

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO¹

I. PARTE

- ***Advertencia.***

En la sistemática tradicional, todavía hoy muy extendida, la disciplina jurídico-privada de la vida económica aparece dividida en dos grandes campos, que la doctrina suele denominar respectivamente Derecho de Obligaciones y Derecho de Cosas, como si fuesen compartimentos estancos.

En el llamado Derecho de Cosas es usual incluir el estudio del régimen jurídico de la propiedad, mobiliaria e inmobiliaria, y de los derechos sobre las cosas ajenas. Como un apéndice, aunque reconociéndole por lo general alguna sustantividad, coloca la doctrina tradicional el Derecho del Registro.

En el llamado Derecho de Obligaciones se suele comprender un estudio general de las obligaciones y de los contratos y una exposición pormenorizada de cada uno de los contratos en particular. En el mismo lugar se colocan usualmente los llamados cuasicontratos y las obligaciones nacidas como consecuencia de los daños causados interviniendo culpa o negligencia o incluso de los daños fortuitamente causados (Derecho de daños o Derecho de la responsabilidad civil).

La verdad es que el Derecho de Cosas y el Derecho de Obligaciones no son compartimentos estancos en la disciplina normativa de la vida económica, ni tampoco sectores autónomos o independientes. Son mas bien porciones o fragmentos de una unidad superior que es el Derecho civil patrimonial o Derecho de bienes. Esta denominación trasunta la interconexión entre una rama y la otra, subrayando el hecho de que ninguna de ellas puede de verdad comprenderse sin la otra. El sistema de las operaciones económicas y del intercambio no puede comprenderse sino partiendo y llegando a un estado de la propiedad y de los derechos sobre los bienes y, a la inversa, este último no resulta fácil de comprender si no se examina

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

la dinámica económica de la que es rigor consecuencia. Por ello, antes de hablar de un Derecho de Cosas y de un Derecho de Obligaciones hay que hablar y tener presente un Derecho civil patrimonial.

- ***Introducción:***

Etimológicamente, el término "contrato" proviene del latín "contractus", expresión elíptica de "negotiorum contractus", que significa la relación que se constituye sobre la base de un acuerdo; es decir, lo que queda luego de un acuerdo entre personas, y no el acuerdo mismo.

Más tarde pasó a señalar el acuerdo mismo, cosa distinta de las obligaciones que de él nacen.

- ***Razón de ser de una teoría general del contrato.***

El Código Civil contempla una vasta regulación de las normas generales sobre los contratos.

De hecho, el Libro IV trata de las obligaciones general y de los contratos, e inmediatamente después de definir las fuentes de las obligaciones, este cuerpo legal se refiere a la definición de contrato en general contenida en el artículo 1438, y en los artículos siguientes, (1439 a 1444), efectúa la clasificación de los contratos, y de los elementos que a ello pertenecen.

También en el Título II del mencionado libro, referido a los actos y declaraciones de voluntad, si se analiza con cuidado veremos que el legislador lo hace pensando en el concepto de contrato y no en el concepto de acto jurídico unilateral, y tampoco en los actos jurídicos extrapatrimoniales.

Así por ejemplo, el art. 1449 referido a la estipulación en favor de otro, el artículo 1450 referido a la promesa de hecho ajeno, el tratamiento de los vicios del consentimiento, y en general todos los requisitos generales de los actos jurídicos están discurridos esencialmente bajo la noción de contrato, bajo la noción de parte

contratante.

Basta con revisar las disposiciones del Título II del Libro IV para entender que en general el legislador razona dentro de los requisitos del acto jurídico, más bien pensando en los requisitos del contrato, lo cual hace a muchos pensar que la teoría del acto jurídico tiene algo de artificioso, toda vez que estos requisitos que en principio son considerados generales y comunes, más bien son articulados en torno a requisitos generales del contrato.

De esta forma es que en doctrina comparada muchas veces se señala una disposición en la cual los requisitos de existencia y de validez de los contratos se aplican indirectamente a los actos unilaterales con contenido patrimonial entre vivos, sólo en cuanto sean compatibles con éstos. Se estructuran los requisitos generales del contrato y se deja a un nivel supletorio estos requisitos para los restantes actos jurídicos.

Sin decirlo en nuestro Código Civil sucede algo parecido. Los contratos llenan plenamente los requisitos de existencia y de validez establecido en nuestro Código Civil como generales para los actos jurídicos. Respecto de los restantes actos, hay que discriminar en cada caso si le son aplicables o no.

Dos ejemplos al respecto: El artículo 1458 del Código Civil, señala que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes. La pregunta que surge inmediatamente es si esta disposición es o no aplicable a los actos jurídicos unilaterales. La doctrina intenta compatibilizar esta disposición señalando que el dolo vicia el consentimiento en los actos jurídicos unilaterales cuando es obra de aquél que se beneficia con el acto.

Otro ejemplo que podemos dar al respecto son los vicios del consentimiento en materia extrapatrimonial, concretamente en materia de matrimonio, en el cual el legislador se vio en la necesidad de regular concretamente los vicios del consentimiento (error, fuerza y rapto), con características distintas a las de los regulados teóricamente como generales para los actos jurídicos.

Ahora bien, la razón de ser en consecuencia de la doctrina general del contrato es bastante clara.

Articulado como está nuestro Código Civil, en general en todo Libro IV, pensando en los contratos, básicamente en dos categorías, en primer término de los contratos en general, con sus consecuentes obligaciones, efecto de las obligaciones, e interpretación de los contratos, y por otro lado, articula los contratos en particular estableciendo disciplinas particulares para cada contrato; por lo que la razón de la doctrina general del contrato es absolutamente clara y categórica.

El intérprete descubre que existen normas aplicables a todo tipo de contratos, después normas aplicables a alguna subcategoría de éstos, como por ejemplo, los contratos bilaterales (ejemplo la condición resolutoria tácita) y finalmente, normas dictadas para cada contrato en específico.

En consecuencia de esto, la conceptualización en términos generales del contrato, es fruto de una técnica legislativa y no de descripciones de la realidad.

En efecto, en los hechos, el contrato en general, no puede ni siquiera ser pensado. Sólo pueden ser pensado tipos contractuales específicos, sean éstos contratos nominados o típicos o innominados o atípicos.

Las normas del contrato en general son en consecuencia abstracciones realizadas a partir de las normas de la experiencia en relación a los contratos singulares (Galvano señala que las normas del Título II del Código Civil Italiano, equivalentes a nuestro Título II del Libro IV, ni siquiera se pueden leer hoy sin sustraerse de la sensación de que éstas aluden fundamentalmente a la compraventa.)

Ahora bien, por ser abstracción y una técnica legislativa, esto no es motivo de censura.

Esto obedece en primer término a una razón de economía en materia de normas. No tiene ningún sentido repetir para los tipos singulares de contratos las normas que se revelen comunes a todos

los contratos. Esto es uno de los grandes descubrimientos y abstracciones de la codificación en cuanto a la existencia de normas generales a todo tipo de contrato. En segundo lugar, es importante la teoría general del contrato, toda vez que ésta es una categoría abierta esto es, existe de parte de los particulares la libertad de crear todos los tipos contractuales que estimen conveniente, y para lo cual era necesario preconstituir las reglas fundamentales de su regulación.

Finalmente, debemos señalar que el intento de generalización sirve también para los efectos de la aplicación de las normas, en cuanto sean compatibles a los actos jurídicos unilaterales y a los actos de familia.

En consecuencia, existe una razón de economía evidente en la aceptación de la parte general de los contratos, esto en técnica legislativa es llamado "el método de la economía".

- ***Noción de contrato.***

Como ya nos habíamos referido en su momento al tratar de las fuentes de las obligaciones, el artículo 1437 señala que las obligaciones nacen, en primer lugar, "del concurso real de dos o más voluntades".

Posteriormente, define el contrato en el artículo 1438 como un "acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa".

Esta definición es criticada desde un doble punto de vista.

a) En primer término, la conocida objeción de que contrato y convención no son lo mismo, sino que constituyen una relación de género a especie.

Esta es una categorización conceptual que viene de la doctrina francesa y cuya aceptación en materia comparada no es uniforme.

Lo aceptamos dentro de este esquema como una convención en el lenguaje que no tiene gran importancia si no es la didáctica.

En consecuencia, para los efectos de nuestro curso, será

convención aquellos actos jurídicos destinados a crear, modificar o extinguir obligaciones, y reservaremos el uso del concepto contrato para las convenciones creadoras de obligación.

b) En segundo término, es criticada la definición del artículo 1438 por cuanto la misma señala el objeto de las obligaciones y no el objeto del contrato. En efecto, el objeto del contrato son las obligaciones que el mismo genera, y las obligaciones tienen a su turno como objeto el dar, hacer o no hacer alguna cosa.

En todo caso, parece evidente que la inserción de la noción clásica de contrato, como convención generadora de obligaciones se nos inserta dentro del marco de las fuentes de las obligaciones dentro de la voluntad generadora de obligación.

- ***Ubicación del contrato desde un punto de vista jurídico.***

De lo anterior, es fácilmente desprendible la ubicación del contrato dentro de los actos jurídicos. El acto jurídico contrato dentro de la tradición francesa, que es la que sigue nuestro Código Civil, corresponde a un acto jurídico bilateral.

Pero si retrocedemos más atrás en la inserción del concepto de acto jurídico, veremos que tenemos previamente los hechos jurídicos.

Dentro de esto se puede definir el hecho jurídico como cualquier acontecimiento natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas.

Hecho jurídico puede ser cualquier acontecimiento independiente de la voluntad del hombre, como por ejemplo, la mutación del curso de un río, que formando un nuevo lecho hace dueños a los propietarios riberaños. Se constituye un nuevo derecho, el derecho de propiedad más allá de la voluntad del hombre. Lo mismo sucede con los frutos de las cosas.

Pero además el hecho jurídico puede ser un hecho humano. La constitución, modificación o extinción de la relación jurídica, se produce como efecto de una conducta voluntaria del hombre. Por

ejemplo, los actos ilícitos o la adquisición de la propiedad por ocupación.

Delimitados así los hechos se pueden distinguir entre hechos jurídicos lícitos y hechos jurídicos ilícitos según sean conformes o contrarios a derecho.

Ahora bien todos los hechos lícitos voluntarios del hombre no son actos jurídicos. La diferencia específica se produce en cuanto el acto jurídico requiere no sólo el comportamiento consciente y voluntario, esto es el querer el hecho, elemento que es común a todos los hechos voluntarios del hombre, la diferencia se produce, es que mientras el hecho humano general produce los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, siempre que se trate de un hecho consciente y voluntario, el acto jurídico requiere además que el sujeto haya querido los efectos jurídicos previstos, y que por este motivo el ordenamiento jurídico sanciona esta declaración de voluntad.

El contrato en consecuencia, lo situamos dentro de los actos jurídicos bilaterales. El contrato es un acto jurídico bilateral, que no es lo mismo que la reunión de dos actos jurídicos unilaterales, los que no son contrato.

Por ejemplo, el testamento es un acto jurídico unilateral (artículo 999) que al ser seguido de aceptación, que es otro acto jurídico unilateral, (artículo 1225) no se transforma por ello en un contrato.

Otro ejemplo de dos actos jurídicos unilaterales es el acto unilateral del apoderamiento y el acto unilateral de aceptación del apoderado (siempre que no haya mandato que es un contrato).

Para efectos de aclarar la nomenclatura, la doctrina alemana entiende:

1. Como hechos jurídicos, los hechos naturales con consecuencias jurídicas -
2. Como actos jurídicos, los hechos humanos, entre ellos los actos ilícitos, los actos de ciencia y los actos de participación.
3. Como negocio jurídico, las declaraciones de voluntad destinadas

a producir efecto jurídico, que el ordenamiento realiza en cuanto querido el fin práctico que se persigue.

De esta forma se produce respecto de la doctrina alemana un dialecto especial en términos de nomenclatura, que ha sido recogido por autores nacionales y extranjeros, intentando incorporarse al lenguaje jurídico nacional.

La verdad es que el concepto de negocio jurídico como categoría está en franco retroceso, y cuando se usa, se usa como sinónimo de acto jurídico, en el concepto tradicional, lo cual puede traer repercusiones de confusiones terminológicas que es necesario precisar.

El concepto de contrato, según la legislación y doctrina chilenas es amplio:

- a. Engloba contratos de Derecho Público que son los realizados por con el Estado en su carácter de ente público y contratos de Derecho Privado en que no existe preeminencia jurídica de una parte sobre la otra.
- b. Engloba contratos patrimoniales, que son aquellos que tienen por objeto crear un derecho pecuniario avaluable en dinero y contratos no patrimoniales, que pueden decir relación con la posición del sujeto en la familia y las relaciones que tenga con los otros miembros de ella. Contrato patrimonial es la compraventa, por ejemplo, y contrato no patrimonial el matrimonio, la adopción.
- c. Engloba también a los contratos individuales, que son aquellos que afectan a las personas que los suscriben, y a los contratos colectivos, que tienen un carácter normativo, razón por la cual afectan a personas que no han consentido y aún a personas que los ha resistido (por ejemplo, convenio judicial preventivo)

- d. El término engloba contratos que son actos jurídicos bilaterales y actos jurídicos plurilaterales (sociedad).
- e. El término engloba contratos entre dos o más personas y contratos consigo mismo o autocontratos.
- f. El término engloba los contratos en que se transigen intereses opuestos y contratos en que se reúnen intereses afines, como la sociedad o el mandato.
- g. Finalmente, existen contratos entre particulares y contratos entre Estados. (Tratados particulares Internacionales).

- ***Diferencia entre contrato y acto colectivo.***

El contrato se caracteriza por una combinación de voluntades llamada consentimiento, en que dos voluntades divergentes se ponen de acuerdo en algo en común.

En el acto colectivo las voluntades no se combinan, están paralelamente dirigidas a un idéntico y único resultado. En el acto colectivo las voluntades que concurren no se ponen una frente a la otra, sino que se suman unas a otras. Son declaraciones de voluntad paralelas, de igual contenido, que persiguen un mismo fin, cuyo objeto es la formación de una voluntad común. Ejemplo: Acuerdo de junta de accionistas para vender un bien social.

Las voluntades no llegan a un avenimiento, a una coordinación, a un consenso. Al decir de Messineo se suman unas a otras y no se oponen entre sí, sino persiguen crear una voluntad colectiva, varias voluntades con un mismo contenido. Muchas veces el acuerdo se toma por mayoría, pero hay una sola parte; los que manifiestan voluntad no se obligan entre sí, sino frente a otros.

En el contrato, en cambio, las voluntades se cruzan, cada declaración va dirigida contra la otra y sus contenidos difieren: el objeto de una es la causa de contratar de la otra.

El acto colectivo es unilateral; el contrato es bilateral.

Las declaraciones en el contrato van dirigidas la una hacia la otra, mientras en el acto colectivo no van dirigidas hacia una parte, van dirigidas hacia terceros.

- ***Ubicación del contrato en el contexto del régimen económico imperante en el país de que se trate.***

El contrato debe ubicarse en el contexto más amplio del régimen económico imperante, que en Chile, a la época de dictación del Código Civil, era el de capitalismo competitivo de mercado, o bien, de pre-capitalismo.

En un régimen de capitalismo competitivo de mercado, es la voluntad individual la que determina si se celebra o no un contrato, la que selecciona la persona del otro contratante y la que fija las condiciones y efectos del contrato. El contrato no puede ser modificado sino por voluntad de ambos contratantes. La validez o nulidad del contrato, su resolución y la exigencia de su cumplimiento quedan entregados, en gran parte, a la iniciativa de las partes. Este es el sistema que acoge nuestro Código Civil.

En un régimen de socialismo centralizado, en cambio, es la voluntad estatal la que determina si se celebra o no un contrato, la que selecciona la persona del contratante y la que regula los efectos y condiciones del contrato. El contrato puede ser modificado en su aplicación por los órganos del Estado, aún contra la voluntad de las partes; y su validez o nulidad, su resolución o la exigencia de su cumplimiento son generalmente independientes de la voluntad de las partes. La voluntad estatal que se impone al contrato se manifiesta normalmente en el Plan Estatal, formulado por los organismos político-económicos, y el contrato viene a ser una forma por medio de la cual dicho plan se ejecuta obligatoriamente.

Pueden existir también regímenes económicos intermedios, como el de la división de la economía en áreas, donde hay un área de economía dirigida en la cual es la voluntad estatal la que determina

si se celebra o no un contrato, la que selecciona la persona del contratante y la que regula las condiciones y efectos del contrato, como también la posibilidad de modificar el contrato en su aplicación. Pero existe otra área de libertad de mercado, en la que prevalece la voluntad de las partes en todos estos aspectos, salvo las excepciones que impone el orden público económico; pero esta área es cada vez menor en la medida que se acentúa la intervención estatal en la economía.

El Código Civil chileno recoge las ideas que configuran un régimen de capitalismo competitivo de mercado y esas son las que estudiaremos.

- ***Funciones del contrato***

Además de la creación de derechos y obligaciones resulta evidente que el contrato es el elemento más normal para la movilización de bienes y servicios, hoy en una sociedad de consumo.

El contrato podrá parecer como una herramienta simple, en que el acuerdo de voluntades pasará desapercibido o podrá aparecer como una herramienta compleja que permite a las partes satisfacer múltiples necesidades.

Como sea el contrato cumple una función económica de máxima importancia.

Sin duda la circulación de la riqueza y el intercambio de bienes se efectúa principalmente con los contratos, que llega a ser la figura jurídica típica. Y esto independientemente dentro del régimen político que se le use.

Dentro del régimen de capitalismo competitivo de mercado, la función económica del contrato se caracteriza por lo siguiente:

1. El contrato es una institución conciliadora de intereses, muchas veces antagónicos. Por eso, si ambas partes obtienen beneficios (derechos, créditos), ambas partes deben obligarse como contrapartida. El contrato resulta así una transacción de intereses

contrapuestos, una composición de diferentes intereses no coincidentes, una armonía de opuestos, un instrumento de cooperación entre individuos. Esta función se plasma en el acuerdo o "convención" (género al cual pertenece el contrato), el cual participará de todas estas características en la medida que las partes tengan igual poder de negociación. El contrato será entonces conmutativo.

2. El contrato es además, la figura central del fenómeno de la circulación de la riqueza, por medio de los llamados contratos de cambio (compraventa, permuta, arrendamiento, fletamento, transporte, trabajo, donación, aporte, mutuo).

3. El contrato puede ser también un instrumento de opresión económica, especialmente en el contrato de adhesión, derivado del monopolio legal o de hecho, o del extremo poder de un contratante frente a otro. Frente a esta situación encontramos el contrato dirigido (contrato de trabajo) en el que la ley busca imponer aquel equilibrio que no se da naturalmente entre los contratantes.

En este último sentido, el contrato tiene una evidente función social, que es regulada normalmente por el Estado. La función social de contrato se cumple a través de diversas vías, que como veremos más adelante han debilitado el voluntarismo que inspiró nuestra primitiva codificación.

La función social se cumple con contratos dirigidos y forzosos, respecto de los cuales podemos dar múltiples ejemplos como el acceso a la vivienda, a la salud, al estudio, etc.

Jorge López Santa María distingue a modo de ejemplo las siguientes subfunciones:

1. Función de cambio.
2. Función de crédito.
3. Función de garantía.
4. Función de custodia.

5. Función laboral.
6. Función de previsión.
7. Función de recreación.
8. Función de cooperación.

▣ **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Es la piedra angular de la teoría general del contrato y se enlaza íntimamente con el concepto de propiedad privada y de circulación de la riqueza. Constituye una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes; y la voluntad es la fuente y la medida de los derechos y obligaciones que el contrato genera.

El fundamento tradicional del principio de la autonomía de la voluntad está en la afirmación filosófica de la libertad natural del hombre, que se plasma con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la revolución de 1789.

Estas consideraciones filosóficas se incrementaron con otras, ya de carácter mas bien económico, el contrato garantiza la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico (la ley de oferta y demanda)

¿Qué significa la autonomía de la voluntad?

En primer lugar, es un aspecto de la libertad en general; es la libertad jurídica protegida por el ordenamiento. Esto, en la práctica, significa:

a) En primer término, ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra un contrato, o su contenido, sin que esta otra lo acepte por su parte; aún en el contrato de adhesión se mantiene esta autonomía de la voluntad, ya que la parte débil a la cual se impone el contrato, debe por lo menos aceptarlo y siempre le quedará la posibilidad de rechazarlo en bloque.

b) En segundo término, la autonomía de la voluntad, significa que el contenido del contrato puede ser fijado por las partes como les parezca, con excepción de las leyes de carácter imperativo sea que éstas traten sobre el contrato en general, sobre una clase de contratos o sobre un contrato específico; estas leyes, como ya sabemos, no pueden ser derogadas por voluntad de las partes.

c) En tercer término, la autonomía de la voluntad significa que las partes pueden derogar las normas legales dispositivas o supletorias, que han sido establecidas especialmente para los contratos nominados singulares.

d) Por último, la autonomía de la voluntad significan que las partes pueden inventar contratos con finalidades no previstas en la ley, siempre que no se opongan al ordenamiento jurídico. (contratos innominados).

Este principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en nuestro Código Civil en los artículos 1.545 y 1.560. El primero dice "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Y el segundo señala que "Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

En el Código Civil Italiano (artículo 1.322) se señala: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley"

"Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico".

El Código Español consagra el principio de autonomía de la voluntad en su artículo 1.255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".

- ***Manifestaciones de la autonomía de la voluntad (principios fundamentales de la contratación):***

- a) **El principio de la libertad contractual:**

Cada parte es libre para contratar o para no contratar, para elegir al co-contratante (esto es lo que se denomina libertad de conclusión) y para fijar el contenido del contrato (cláusulas) (esto es lo que se denomina libertad de configuración interna).

La libertad contractual es una expresión característica de la autonomía de la voluntad, aunque no tiene consagración directa y formal en nuestro ordenamiento. (Si en otras legislaciones como en España, Suiza, Italia, Perú). Sin embargo, los textos legales que la consagran positivamente se cuidan de establecer que ella reconoce limitaciones en la ley, el orden público y las buenas costumbres.

- ***Limites a la libertad contractual:***

1. Las normas legales imperativas, las cuales deben ser respetadas por los contratantes ya que son inderogables por la voluntad de las partes.

Por ejemplo, los elementos esenciales del contrato (artículo 1.444), y las leyes imperativas en general: objeto y causa lícitos (1460 a 1466-1467).

2. Las reglas generales de la política económica nacional, a las cuales el contrato debe subordinarse, si el Estado ha resuelto intervenir en el campo contractual.

El mecanismo definido como acuerdo de voluntades para los efectos de coordinar intereses en conflictos parte del supuesto de que dos personas llegan en igualdad de condiciones. Esto es lo denominado contrato libremente discutido, o contrato por negociación.

Este modelo no es aplicable en la generalidad de los casos.

En efecto, la dinámica interna de la sociedad capitalista determina que el fenómeno de producción en masa de bienes y servicios haga necesario una ampliación o ensanchamiento del círculo de clientes o destinatario de bienes y servicios.

En consecuencia, con esto surge el contrato de adhesión, el que claramente no se vincula con la libre discusión al respecto.

De otro lado, ya sea por razones de orden público económico (manejar la economía nacional; como es el caso de las normas sobre inversiones de las AFP), o de orden público social (proteger a los grupos más débiles, como trabajadores, arrendatarios y consumidores), en un intento de paliar las consecuencias injustas o desiguales del contrato de adhesión u otros de interés social, existe una intervención del Estado en el campo contractual que se manifiesta en el contrato dirigido, el cual ha sido definido como "aquel contrato que se encuentra reglamentado y fiscalizado por los Poderes Públicos, en su formación, ejecución y duración" (A. Alessandri R. RDJ, año 1941, Sección Derecho).

Este contrato dirigido ha quebrado el esquema tradicional del contrato como categoría genérica; el poder público deroga el principio de la autonomía de la voluntad, ya imponiendo el contenido del contrato (por ejemplo: contrato de trabajo donde la ley impone mínimos y máximos que las partes deben acatar): ya impidiendo la elección del co-contratante (contrato de transporte colectivo); o prohibiendo decidir sobre si se contrata o no se contrata (contrato forzado, como el seguro automotriz obligatorio).

El poder público interviene con el fin de proteger a la parte más débil con el fin de manipular la economía.

3. La lesión, considerada en general como una desproporción chocante entre las prestaciones de las partes. En Chile, la lesión no tiene alcance general, más allá de los actos en que específicamente se acepta:

- Compraventa: artículos 1.888, 1.889, 1.890 y 1.891.

- Permuta : artículos 1.900
- Aceptación de una asignación hereditaria: 1.234
- Partición de bienes: 1.348
- Mutuo con interés: 2.206
- Anticresis: 2.443
- Cláusula Penal: 1.544

En otros sistemas jurídicos la lesión es una institución consagrada como de aplicación general, por ejemplo el código alemán, el código soviético, el código mexicano, el Código Suizo de las obligaciones y el Código Italiano (artículo 1.448).

b) El principio del consensualismo:

Para ser consecuente con el dogma de la autonomía de la voluntad, ha debido afirmarse la vigencia del principio del consensualismo contractual. Los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, ya que cualquier exigencia ritos externos o formalidades vendrían a contradecir la premisa según la cual la voluntad, todo poderosa y autosuficiente, es la fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales. Pero esta afirmación es falsa y lo ha sido desde el mundo helénico, pasando por el Derecho Romano y hasta la edad media. El consensualismo solo surge en los tiempos modernos.

En nuestro derecho si bien hay contratos propiamente consensuales, que no requieren de formalidades externas para su existencia o validez, existen una serie de otras formalidades que representan marcadas atenuantes al consensualismo, como son las formalidades habilitantes, las probatorios, las por vía de publicidad y las por vía de prueba.

Las formas en los contratos no son nunca exigencias vacías de sentido, sino que determinan evidentes ventajas.

La utilidad de la exigencia de ciertas formalidades (vestimenta) a los contratos es innegable. En primer lugar, el cumplimiento de las formas da tiempo a las partes para reflexionar en torno al acuerdo, ya

que el contrato formal se concluye más lentamente que el consensual. De otro lado, el consensual no deja huella, lo que mas tarde puede traducirse en dificultades probatorias insuperables.

c) El principio de la fuerza obligatoria de los contratos.

El artículo 1545 establece que el contrato es la ley para los contratantes, cuando ha sido legalmente celebrado. Esto se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*. (los contratos son para ser cumplidos)

Sin embargo, este principio de la fuerza obligatoria de los contratos, no solamente alcanza a las partes, sino que se traduce en términos generales en la intangibilidad del contrato. Esto es, que no puede ser tocado o modificado ni por el legislador ni por el juez.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden ocurrir casos en que el legislador vulnera la fuerza obligatoria del contrato. Por ejemplo, mediante leyes de emergencia para atender circunstancias excepcionales que afectan a la población. (leyes moratorias, por las que se conceden facilidades de pago respecto de deudas actualmente exigibles).

Pero también, puede tratarse de normas permanentes, como es el caso del pacto comisorio calificado por no pago del precio en la compraventa, en virtud del cual el comprador puede hacer subsistir el contrato - contra su texto expreso - si es que paga antes que transcurran 24 horas desde la notificación de la demanda.

La fuerza obligatoria del contrato también alcanza al juez, pues, en principio, este no puede entrar a revisarlo o modificarlo de modo alguno. Esto nos lleva al tema de la teoría de la imprevisión que vimos a grandes rasgos el año pasado, y que en algunas legislaciones admite la revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente en razón de la imprevisión.

d) El principio del efecto relativo de los contratos:

En principio, sólo los que han manifestado voluntad quedan

obligados por el contrato (res ínter al ios acta). Sobre esto volveremos cuando estudiemos los efectos del contrato.

e) **La autonomía de la voluntad también se manifiesta en la forma de interpretar los contratos**

El artículo 1.560 dispone que la intención de los contratantes predomina sobre la letra o palabras del contrato: la voluntad subjetiva es el principio rector. Sobre esto volveremos cuando estudiemos la interpretación de los contratos.

▫ **FUNDAMENTOS DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO.**

La obligatoriedad del contrato y sus fundamentos va más allá del Derecho Civil e incursiona en la teoría general del derecho y en la filosofía del mismo.

Tiene que ver con la concepción general del Derecho.

a) ***Voluntarismo jurídico***

En una concepción individualista del mundo, la creación de obligaciones propias procede de la facultad de auto obligarse. El sujeto, de una manera voluntaria, enajena o limita su propia voluntad.

El voluntarismo jurídico está aplicado en la doctrina conocida como la autonomía de la voluntad, que pretende ser la fuente y medida de todas las obligaciones. Si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio.

Es así como se ha señalado en torno a esta doctrina que el Derecho Civil patrimonial reposa en dos pilares, en el campo de los derechos reales, todo se afinca, explica y sustenta en el Derecho de dominio. A su turno, en el campo de la contratación todo se explica y sustenta en la doctrina de la autonomía de la voluntad

Y esta explicación va más allá de la fuerza obligatoria de los contratos. Se extiende la autonomía de la voluntad al mismo nacimiento de la sociedad (tesis del contrato social).

La autonomía de la voluntad reposa en la concepción de la libertad natural del hombre, el que siendo así por naturaleza se junta para crear la sociedad.

Si el voluntarismo del hombre es lo suficientemente fuerte para los efectos de crear la sociedad, evidentemente tendrá la misma fuerza para crear contratos, llevando la concepción a sus últimas consecuencias, toda obligación que no emane de la voluntad es ilegítima.

Esto es categóricamente recogido por nuestro Art. 1545 del Código Civil que dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Es tal la fuerza que el legislador pretende darle al principio de la autonomía de la voluntad que en esta disposición pretende asimilarlo a la fuerza de la ley.

La autonomía de la voluntad impregna no sólo la formación del consentimiento, sino que también: a) la propia libertad para celebrar contratos, b) la fuerza obligatoria de los contratos, y c) el efecto relativo de los mismos.

Todos estos, según lo vimos, aparecen como manifestaciones o subprincipios de la autonomía de la voluntad.

Dicho de otra manera, consensualismo y libertad contractual en la génesis del contrato.

Fuerza obligatoria y efecto relativo de los contratos en la relación jurídica contractual ya formada.

También la autonomía de la voluntad tiñe la forma de interpretar los contratos. Esto es especialmente significativo en nuestro sistema subjetivo de interpretación establecido en el artículo 1560 del Código Civil. El intérprete debe estarse a la génesis del contrato, a la voluntad de las partes para interpretarlo.

De esta forma vemos que todo el iter contractual desde la

oferta hasta los efectos del contrato está teñido por el principio de la autonomía de la voluntad.

Y precisamente es el contrato el paradigma de las manifestaciones de voluntad, la piedra en la cual se edifican las restantes manifestaciones.

Desde el punto de vista filosófico se ha sostenido que el principio de la voluntad se basta a sí mismo, que el mismo sirve para justificar los demás principios jurídicos, y que en palabras de Kant es un postulado de la razón pura que hace abstracción de las ideas en el espacio y en el tiempo.

Esto es la cúspide del individualismo con una negación evidente de un hecho de suyo obvio, cual es que el hombre es un ser social.

Esta consideración no puede sino llevarnos a la conclusión de que los derechos de grupo preceden a los del hombre y que de consiguiente es falaz el argumento en orden a considerar la voluntad como la única forma jurídica eficaz al margen de su contenido.

Contra la corriente de la autonomía de la voluntad han reaccionado diversas escuelas en materia de derecho. Corrientes sociologistas y socialistas.

Esto es la voluntad por si sola es impotente para crear obligaciones. La experiencia demuestra que un contrato no es forzosamente justo como pensaban los filósofos liberales, y que esto importa el aplastamiento del débil por el fuerte, lo que importa la necesidad de una adecuada reglamentación.

b) *La motivación ética de la obligatoriedad de los contratos*

Se ha sostenido también como fundamento de la obligatoriedad de los contratos en que está basado en el principio de la buena fe y que hay una expectativa ética razonable en cuanto se puede esperar el cumplimiento de la promesa de la contraparte.

Esta sería la fundación ética, llamada también la ética de la veracidad en las comunicaciones al prójimo.

Esto obviamente choca con la realidad, aun cuando importa

una moralización en las relaciones con el prójimo. El ordenamiento jurídico no ha protegido siempre la palabra dada, no ha sido así ni en el pasado ni en la actualidad.

Basta recordar la falta de protección a los pactos desnudos o sin forma en el Derecho Romano y a la exigencia en la actualidad de determinadas solemnidades para efectuar los contratos.

c) *Fundamento en Kelsen. La norma.*

Kelsen busca la respuesta a la obligatoriedad del contrato en una norma de grado superior.

El fundamento queda reducido al de la ley o la norma que lo admite. La convención es obligatoria en la medida que el ordenamiento jurídico la considera como un estado de hecho creador de derecho. La razón de la validez de la convención se reduce, por lo tanto, a la validez de la ley general o de la costumbre que prescriben que la convención es creadora de derecho (*pacta sunt servanda*).

d) *Contrato y persona. Relación.*

Se ha puesto de manifiesto la relación que existe entre contrato y persona como fundamento del contrato, señalándose que no es sólo una manifestación de la actividad de la persona, sino una forma en su vida de relación.

De consiguiente la obligatoriedad del contrato encontraría su fundamento en la idea misma de persona que para realizar sus fines, para reglamentar sus situaciones jurídicas necesita del contrato. En consecuencia el contrato tendría su fundamento más hondo en la propia persona.

Esto sin duda tiene un trasfondo de realidad y además asideros constitucionales.

En efecto, si se examinan las garantías constitucionales se podrá establecer claramente la protección a la persona y a sus actividades. El artículo 19, N° 3, señala la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, el N° 15 el derecho de asociarse sin

permiso previo, el N° 17 la admisión a todas las funciones y empleos públicos, el N° 18 el derecho a la seguridad social, el N° 20 la igual repartición de tributos.

Pero especialmente el artículo 19 N° 21 establece como garantía el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional.

Resulta evidente, en consecuencia, que este derecho a desarrollar actividades sólo puede efectuarse adecuadamente a través de la forma contractual, y de consiguiente, nos es fácil hacer la relación entre el fundamento constitucional de protección a la persona y la libertad contractual.

□ **FORMACIÓN DEL CONTRATO**

a) Las fases de la vida del contrato:

Es posible distinguir tres fases o momentos principales en la vida de un contratos, que son: la generación, la perfección y la consumación. Este es el iter contractual.

La fase de generación o de gestación comprende los tratos preliminares o el proceso interno de formación del contrato. Se trata de un período preparatorio.

La fase de perfección viene determinada por el cruce o encuentro de voluntades de las partes y constituye, por tanto, el nacimiento del contrato a la vida jurídica.

Finalmente, la fase de consumación comprende el período de cumplimiento del fin para el cual el contrato ha sido celebrado, o lo que es lo mismo, la realización de las prestaciones derivadas del contrato.

Sin embargo, en verdad podemos distinguir dos fase separadas por un momento específico. La fase anterior a la celebración del contrato (fase de preparación) y la fase posterior a la celebración del contrato (fase de ejecución).

La formación de un contrato puede ser momentánea o

instantánea, pero puede ser también sucesiva o progresiva.

Entonces, a veces se forma instantáneamente, sin que precedan contactos previos, como el caso de una compraventa a precio fijo en una tienda, o en un contrato de adhesión cualquiera.

Pero lo más frecuente es que el consentimiento sea precedido de tratos o negociaciones previas que pueden ser largas, o es de una proposición concreta de una parte que es discutida por la otra (no es contrato de adhesión, es un borrador), o de un contrato de promesa de celebrar un contrato, que lleva necesariamente a su conclusión.

b) Los tratos preliminares y la responsabilidad contractual

Los llamados tratos preliminares son los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. Pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores. Estas conversaciones, minutas o borradores no constituyen per se ningún acto jurídico en sentido estricto, pues de ellos no derivan efectos jurídicos de manera inmediata. Pero eso no significa que sean irrelevantes. Por de pronto es clara su trascendencia en orden a la formación del consentimiento y en orden a la interpretación del contrato.

No hay aquí entre los interesados una verdadera relación jurídica, sino una evidente relación social, que los alemanes denominan contrato social. Pues bien, por el hecho de relacionarse o de entrar en contacto las partes asumen unos determinados deberes. Quedan obligados a comportarse con la buena fe necesaria y a observar en los tratos la lealtad que exigen las convicciones éticas imperantes. Estos deberes de veracidad y de buena fe pueden tener alcances diversos. Por ejemplo, veracidad de las informaciones que se suministran, diligencia en responder, secreto., etc.

La cuestión clave que suscita la fase preparatoria del contrato consiste en dilucidar si, como consecuencia del comportamiento que

en ella adoptan las personas pueden o no derivarse una determinada responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. Prima facie la respuesta es negativa. Las negociaciones no son vinculatorias, las partes trabajan sobre la hipótesis de que habrá un contrato; (salvo la promesa de celebrar un contrato que sí es vinculatoria, pues las partes se obligan a celebrarlo).

Sin embargo, a partir de Ihering se ha venido discutiendo el tema de la culpa in contrahendo (bautizada así por este autor)

Las hipótesis de responsabilidad precontractual pueden ser muy variadas. Así por ejemplo:

1° Uno de los contratantes oculta al otro una circunstancia que impide la conclusión del negocio y que determina una causa de nulidad;

2° Después de haberse celebrado un acuerdo verbal, que sin embargo ha de trasladarse a un documento con valor de requisito esencial para la perfección del contrato, una de las partes desiste de firmar antes de la suscripción.

3° Sin ningún propósito de contratar, sino sólo buscando obtener una determinada información, una persona mantiene con otra largos tratos para la adquisición de una finca, como consecuencia de lo cual, el propietario que por lealtad mantiene su fidelidad al trato, pierde la ocasión de vender a un tercero, además del tiempo que ha consumido en estas tratativas.

4° A mantiene con B una negociación para encargarse de la distribución en Chile de un nuevo producto fabricado por éste, aunque en verdad no tiene ningún propósito de celebrar el contrato, sino que busca que C, de quien es cómplice, gane tiempo y lance antes al mercado un producto similar.

Actualmente, en la figura de la culpa in contrahendo se engloban los siguientes tipos de supuestos:

1. Las lesiones físicas o en la propiedad producidas con ocasión de las conversaciones contractuales. En virtud del comienzo de las relaciones contractuales, las partes asumen deberse de protección en

orden a la preservación de los daños en la integridad física del otro contratante o sus bienes. Se menciona como caso típico el del linóleo en la jurisprudencia alemana. Una señora entró a una tienda a comprar un linóleo, y después de que el empleado le había mostrado varias piezas se retiró para buscar otras. En ese momento, y por imprudencia del empleado un rollo de linóleo cayó sobre la vieja causándole lesiones. (En nuestro derecho estos sería en verdad una hipótesis de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, y parece difícil enmarcarla dentro de la violación de los deberes de diligencia y de lealtad comprendidos en el principio general de la buena fe)

2. La culpa en la nulidad o en la falta de validez del contrato, que son los supuestos que recogió el Código Alemán disponiendo el resarcimiento de perjuicios en los casos de declaraciones de voluntad nulas por falta de seriedad y error, en que se ordena indemnizar el daño que se sufra por haber confiado en la validez de la declaración. El fundamento de tal reparación es el propio contrato, pues éste, a pesar de su nulidad, despliega sus efectos jurídicos. La responsabilidad precontractual se funda en los deberes dimanantes de la buena fe.

3. Otro grupo de casos son aquellos en que las negociaciones fueron iniciadas de mala fe, sin propósito leal de concluir el contrato en ningún tiempo, sino buscando un beneficio propio o el de un tercero, al tratar de desviar a la otra parte de otras posibles negociaciones. En este caso, parece indiscutible el deber de indemnizar.

4. Un supuesto diferente se produce cuando se ha alcanzado entre las partes un acuerdo verbal, que por imperio de la ley o de la voluntad de las mismas partes o de los usos debe quedar documentado, cuando antes de la suscripción del documento una de

las partes se desiste del contrato. En este caso, el desistimiento del contrato es lícito y el contrato no llega a concluirse, pero deben ser resarcidos aquellos daños que puedan haber sido originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo verbal, cuando la parte que desiste no dispone de justa causa para hacerlo.

5. Finalmente, todos los supuestos de responsabilidad precontractual en determinados casos de interrupción o cesación de las conversaciones contractuales. Si en el curso de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura.

Los elementos o supuestos de hecho son:

a) La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato. Exige valorar el estado en que las conversaciones o negociaciones se encuentren y el comportamiento que han tenido los partícipes. (supone cierto desarrollo y avance). Por ejemplo, habrá un comportamiento positivo de confianza si el futuro arrendatario le solicita al futuro arrendador que haga algunas obras para adecuar el objeto al fin que se va a destinar.

b) El carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones. (es una fórmula abierta que deberá apreciarse caso a caso)

c) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. No son resarcibles, por ende, los gastos especulativos o que constituyan un riesgo implícito de todo negocio. Los daños resarcibles serían los gastos realizados en contemplación del contrato

proyectado.

- *El problema del fundamento normativo de la responsabilidad precontractual:*

a) La posición más antigua, que adoptó Ihering, consideraba a esta una responsabilidad contractual; claro que en ese entonces se pensaba únicamente en los casos de contratos nulos, por lo cual la aplicación del esquema a los supuestos en que el contrato no se ha concertado resulta imposible. Además, esta posición cae en un absurdo ya que sostiene que el contrato es nulo como ley privada que regula las relaciones entre las partes pero que existió como fuente de responsabilidad.

b) Otra parte de la doctrina han intentado buscar a la culpa in contrahendo su asiento normativo en la responsabilidad extracontractual o aquiliana. El problema es que esta posición no explica el entronque del supuesto con la idea del daño resarcible. La responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico (delito o cuasidelito civil), lo que no puede darse en el terreno en que las personas se mueven con libertad. Desistirse de un acuerdo que no ha dado lugar a la celebración de un contrato no es en sí ilícito)

c) Otra postura sostiene que puede encontrar fundamento normativo en la doctrina del abuso del derecho, partiendo de la idea de que las partes tienen el derecho de abandonar las negociaciones o a desistirse de los tratos. En crítica a esta postura se ha dicho que la posibilidad de retirarse de los tratos o abandonar las negociación no constituye un derecho subjetivo en sentido técnico, del que se pueda abusar por ejercerlo de manera extralimitada. No es más que un reflejo de la libertad contractual.

d) Hay todavía una cuarta posición que ha buscado el

fundamento normativo en una relación jurídica sui generis, que sería la relación precontractual. El hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos.

e) Finalmente, un gran sector de la doctrina ha buscado el entronque de la responsabilidad precontractual con el principio general de la buena fe. Por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse las partes asumen el deber de comportarse de buena fe.

Todo el problema de la culpa in contrahendo se entronca fuertemente con el principio general de la buena fe, particularmente con la buena fe contractual (objetiva). Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, corrección, lealtad. En el campo del derecho civil, la buena fe tiene dos vertientes: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

Buena fe subjetiva o BONA FIDE es la creencia de estar actuando conforme a derecho. Es una convicción interna o psicológica de encontrarse conforme a derecho aunque objetivamente no sea así (error).

Buena fe objetiva es la noción que a estos efectos nos interesa y que recoge el artículo 1546 del C.C. La regla de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas desde el inicio de los tratos preliminares y hasta la terminación o consumación del contrato. La buena fe objetiva, como deber de conducta, se aprecia in abstracto, prescindiendo el juez de las creencias o intenciones de las partes, sino atendiendo a la conducta socialmente exigible, en base a la equidad, los usos y costumbres del lugar.

Como la regla de la buena fe objetiva tiene valor normativo, resulta que su aplicación constituye una cuestión de derecho que puede, por tanto, ser objeto de casación ante la Corte Suprema.

La buena fe objetiva, entonces, debe estar presente durante todo el iter contractual. En lo que aquí nos interesa, la buena fe objetiva exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad absteniéndose de dar informaciones falsas o inexactas (por ejemplo, en cuanto a los sujetos, la buena fe exige que no se incurra en inexactitudes en torno a la solvencia, aptitudes técnicas o artísticas, capacidad, etc. Lo mismo sucede respecto del objeto. Un caso típico es el contrato de seguro en que el asegurado debe informar fielmente sobre la naturaleza y calidad del objeto asegurado).

En ciertos casos, la violación de alguno de estos deberes puede configurar dolo en la conclusión del contrato, en cuyo caso será aplicable el art. 1458. Pero el aporte normativo de la buena fe en los tratos preliminares consiste en afirmar que aún sin dolo, cuando se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por culpa in contrahendo.

En nuestro ordenamiento jurídico, en general, y sin perjuicio del fundamento que podemos encontrar en los principios generales del derecho, no hay acogimiento a la responsabilidad precontractual. Sin embargo, existe un caso de consagración positiva en el artículo 100 del C. de Comercio. La ley protege especialmente a quienes puedan tomar medidas en torno a la propuesta que el oferente revoca a su arbitrio. Queda obligado el oferente a indemnizar los gastos en que haya incurrido y los perjuicios. (Art. 100). Es importante hacer notar que se trata de una indemnización por retractación tempestiva, u oportuna, entendiéndose por tal la que se produce después de emitida la oferta y antes de la aceptación. Se hace notar esto porque mucho se ha discutido acerca de cual es el fundamento de esta responsabilidad precontractual. Pues bien, la conclusión a que mayoritariamente ha llegado es que se trata de una norma de equidad incorporada para evitar el abuso del derecho, ya que, si bien se le concede al oferente el derecho de arrepentirse, esto no puede hacerlo, no puede ejecutar su derecho irrogando perjuicios al

destinatario de la oferta. El oferente según nuestra legislación puede exonerarse del deber de indemnizar cumpliendo el contrato propuesto.

Lo que sí hay que tener claro es que las negociaciones preliminares no obligan a celebrar el contrato.

c) Formación del consentimiento:

1. Oferta y Aceptación

• **Clases de oferta y aceptación:**

Tácita o expresa; verbal o escrita; pura y simple o condicional. Ambas son actos jurídicos unilaterales.

- La propuesta debe ser completa: que basta una aceptación pura y simple para que el contrato se forme.
- La propuesta puede revocarse antes de la aceptación (99 COM, 100 COM).
- La propuesta caduca con la muerte o incapacidad del proponente (101 COM).
- La propuesta caduca por el transcurso del tiempo; en forma verbal en el acto; y escrita, a vuelta de correo si viven en distintos lugares, dentro de 24 horas si viven en el mismo (98 COM).
- La propuesta puede ser a persona indeterminada, en cuyo evento no vincula, conforme al artículo 105 del Código de Comercio.

• **Contrato por concurso:**

Se celebra entre la persona que propone su celebración y el que resulta mejor calificado en un examen abierto para tal efecto. Participan de los contratos por adhesión y de los contratos de pública subasta. Tiene importancia saber en qué momento se perfecciona, ya sea si al presentarse el concursante (con la condición suspensiva de ganar el concurso) o al momento de reunirse el jurado.

- ***Pública subasta o contrato con el mejor postor:***

Puja de ofertas: celebrado sobre la base de un edicto o de una invitación a ofrecer, en que sólo falta la determinación del precio, resultando contratante el de la oferta más alta (si el remate tiene por objeto una venta) o el de la más baja (si tiene por objeto una compra o la ejecución de una obra). Si se retracta de la pública subasta el que llama a ella, debe pagar los perjuicios en que el otro haya incurrido (100 Código de comercio).

La aceptación debe ser oportuna (mientras la propuesta está vigente) y pura y simple. El silencio no es normalmente manifestación de voluntad de aceptar, pero puede serlo en casos especiales (Art. 2125 Código Civil).

2. Momento y lugar de la formación del consentimiento

- ***Teorías:***

a) **declaración o aceptación:** el consentimiento queda formado cuando el aceptante da la aceptación. Esta teoría es la aceptada por nuestro Código de Comercio. Ver sus artículos 97, 99, 101 y 104.

b) **expedición:** cuando envía el aceptante la aceptación. Esta teoría era la que contenía el proyecto primitivo.

c) **recepción:** cuando recibe la aceptación el oferente.

d) **conocimiento;** conoce la aceptación el oferente; Código Civil italiano.

- ***Importancia de la determinación del momento:***

a. Legislación aplicable, cuando hay cambio de ella, artículo 22. Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

- b. Incapacidades y otras condiciones de validez.
- c. Inicio de los plazos y de las obligaciones emanadas del contrato.
- d. Determinar hasta qué momento el proponente puede revocar la oferta, o ella caduca por muerte o incapacidad.

- ***Importancia de la determinación del lugar:***

- a. Legislación aplicable, si hay dos países.
- b. Costumbre aplicable.
- c. Juez competente.

- **CONTENIDO DEL CONTRATO**

Para adentrarnos en materia, debemos pensar primero en el contrato como una relación compleja, que engloba derechos, facultades y expectativas diversas. En otras palabras, todo contrato contiene derechos, obligaciones y los denominados derechos potestativos.

Esquemáticamente, veremos este asunto del siguiente modo:

1. **Contenido Principal:**

- a) Derechos personales o créditos y
- b) Obligaciones emanadas del contrato.

Los tratadistas españoles introducen, dentro del contenido del contrato, los llamados derechos potestativos. Estos derechos potestativos son:

- a. **Acciones de Nulidad Absoluta o Rescisión** que competen a cada parte en contra de la otra o a un tercero contra las partes.
- b. **Acciones de Resolución o Cumplimiento** de la parte

diligente contra la parte negligente o incumplidora, y las demás acciones. El ejercicio de estas acciones puede repercutir contra los créditos y obligaciones que el contrato generó. Estas acciones se relacionan, en consecuencia, con esos créditos y obligaciones.

- c. **Facultades que se conceden por la ley, el contrato, a una parte o ambas, para poner término unilateralmente al contrato**, por desahucio, revocación o renuncia (Arrendamiento, artículo 1.951; Trabajo; Mandato, artículo 2164, 2165, 2166, 2167; Sociedad, artículo 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113). Estas facultades no están incluidas en crédito alguno; pero pertenecen a la relación contractual básica, e influyen sobre los derechos y obligaciones: les ponen término en ciertos casos).
- d. **Obligación de las partes de actuar de buena fe** y de ejecutar no sólo lo que expresa el contrato sino todo aquello que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenezcan a ella. (artículo 1546)
- e. **Obligación de cada parte de emplear la diligencia que le corresponde**, según la naturaleza del contrato de que se trate (artículo 1547). En el fondo, se trata de que cada parte responda del grado de culpa en relación a la diligencia o cuidado que la ley o el contrato le exija.
- f. **Excepciones** de que cada parte puede valerse frente a la otra.
- g. **Derechos accesorios** que están al alcance de las partes, como prendas, hipotecas, fianzas, codeudorías solidarias, cláusulas penales y garantías en general que aseguren el

cumplimiento de la obligación.

- h. **Deberes de consideración o deferencia;** de fidelidad o lealtad; obligaciones de aviso (en el caso de siniestro de la cosa asegurada, dar aviso al asegurador), obligaciones de información sobre la cosa vendida (que dan origen al saneamiento de vicios redhibitorios (artículo 1857).
- i. **Deberes de conservación y custodia.** Se aplican en todos aquellos contratos que recaen sobre cosas específicas y que no son traslaticias de dominio, y en que el deudor debe restituir la cosa (Arrendamiento, artículo 1939; Comodato, 2178; Depósito 2211, 2215). Se trata de conservar la cosa mientras la tiene en su poder el deudor).
- j. **Obligación de restituir las cosas debidas y custodiadas.** Se trata de devolver la cosa en su momento, entregarla al acreedor. (Arrendamiento 1947; comodato, 2180; depósito 2228).
- k. **Deberes de cuidado personal de la contraparte.** El empleador debe velar para que el empleado no sufra accidentes del trabajo. Igual pasa en el contrato de hospedaje. Esta obligación también se extiende a colaborar con la contraparte para evitarle perjuicios. El vendedor de un arma de fuego debe preocuparse de que quien se la compra sea una persona equilibrada. Así lo exige la legislación en España.

A pesar del gran número de derechos y obligaciones que están contenidos en el contrato, éste es más que la simple suma de dichos derechos y obligaciones. El contrato es una unidad jurídica propia, es una síntesis superior que integra derechos y obligaciones, a las que da sentido.

Respecto de estos derechos potestativos, debe advertirse que no todos están presentes en todos los contratos. Un contrato perfectamente válido no otorga a nadie el derecho de reclamar su nulidad. Tampoco existe la obligación de conservación en los contratos reales en que se transfiere el dominio.

2. Contenido aleatorio del contrato:

Según Ripert "contratar es proveer". Las partes pretenden adelantar, explorar el futuro inmediato cuando contratan, a lo menos el futuro que existirá mientras se mantenga el contrato.

En todo el contrato hay un alea previsible: una contingencia incierta de ganancia o pérdida que puede preverse (1441). Es un alea normal, como por ejemplo el alza del costo de la vida (IPC), el retardo en la llegada de una mercadería, no ganar un juicio que se cree justo, riesgos corrientes de una operación de apendicitis, oscilaciones de precios producidos por las fluctuaciones regulares del mercado.

Pero, también hay un alea imprevisible, imposible de imaginar en condiciones normales. Es un alea anormal. Según Messineo, si el contrato pasa a esta alea anormal, resulta resoluble o revisable por excesiva onerosidad (teoría de la imprevisión).

Buscar la relación entre este contenido, aleatorio de todo contrato y la división entre contratos conmutativos y aleatorios es inoficioso, porque no tienen nada que ver. Todo contrato conmutativo de cumplimiento diferido puede incluir aleas previsibles e imprevisibles. Si un jugador del loto juega una cartilla con sus 6 números, entra dentro del alea previsible la expectativa de ganarse el gordo y dentro del alea imprevisible el que le roben su boleto guardado dentro de la caja fuerte de un banco. Igual, dentro de un contrato conmutativo hay un alea previsible, como es el caso de que el abogado pierda el juicio que se le ha encomendado; y un alea imprevisible en que el abogado muera mientras está alegando.

En consecuencia, en todo contrato puede sobrevenir lo imprevisible.

▫ **ASPECTO MATERIAL DEL CONTRATO:**

Demás está decir que se tratará en este capítulo del aspecto material del contrato que consta en un documento, este, del contrato escrito. En un sentido estricto, nuestras leyes entienden por documento todo recipiente en el cual se vierten por escrito manifestaciones o declaraciones.

Los documentos pueden pertenecer, según sabemos, a dos categorías distintas: Pueden ser documentos públicos, que son los autorizados por un funcionario público (por ejemplo Notario) especialmente encargado de dar fe de las declaraciones que ante él se han emitido y que por consiguiente poseen unas mayores garantías de autenticidad y de fehaciencia. Y documentos privados, cuando son suscritos únicamente por las partes o con la intervención de terceros que no poseen el carácter de funcionarios públicos especialmente encargados de tal tarea.

• **Funciones del documento en la contratación:**

a) El documento como presupuesto de la existencia del contrato

No cabe duda que la primera y más rigurosa exigencia de documentación de un contrato puede hacerse para cumplir una función denominada ad solemnitatem. En estos casos, el documento cumple el papel de presupuesto de existencia misma del contrato y por consiguiente de validez. Esto supone que sólo cuando el documento ha sido otorgado, redactado y firmado por las todas las partes contratantes podemos decir que el contrato ha nacido a la vida jurídica y se ha perfeccionado. Con anterioridad al otorgamiento del

documento habrá una pura fase previa del iter contractual (tratos preliminares, conversaciones) pero todavía no un contrato en sentido jurídico. En consecuencia, en estos casos, un acuerdo de voluntades que no haya llegado a ser documentado, es nulo o más bien inexistente como negocio jurídico. (Por eso en estos casos la forma es un elemento constitutivo del contrato).

b) El documento como presupuesto de eficacia del contrato

Este es el caso en que el documento cumple únicamente una función probatoria. Se trata de un documento establecido y pactado con la única finalidad de facilitar la prueba sobre la existencia o el contenido de un contrato que se presupone ya con anterioridad celebrado y perfecto. Al ser el documento un simple medio de prueba de las declaraciones negociales emitidas por las partes, debe concurrir en su función de prueba conjuntamente con los demás medios de prueba posibles. De manera que otros testimonios podrían, eventualmente modificar lo establecido en el documento.

A esta concepción del documento, como un simple medio de prueba, se contrapuso por algún sector de la doctrina del s. XIX la llamada concepción del documento como un medio de reconocibilidad y de fijación del contenido contractual. Según esta parte la doctrina, si el contrato ha sido documentado, no puede decirse sin más que el documento sea un puro medio de prueba. El documento tiene una función de fijación del contenido del contrato, aunque no sea requisito de validez y eficacia del mismo, el documento se convierte, por así decirlo, en la plasmación o más acertadamente en el texto del contrato, de manera que no podría quedar desvirtuado con otros elementos de prueba que pretendan modificarlo. (Y en verdad esta es la tendencia tanto en la práctica jurídica como en la Doctrina del Derecho común).

c) El documento como presupuesto de oponibilidad del contrato

respecto de terceros.

Esta situación es la que contempla, por ejemplo, el artículo 1707 del C.C.

d) El acuerdo no documentado y la obligación de hacer el documento.

En todos aquellos casos en que por disposición de las propias partes contratantes, debe procederse a documentar un contrato, se plantea la cuestión de decidir si con anterioridad al otorgamiento del documento las partes se encuentran ya vinculadas por el consentimiento prestado o si por el contrario la relación existente entre ellas se encuentra todavía en una fase de tratos previos, de manera que pueden aún apartarse del contrato proyectado, negándose a suscribir el documento.

Justiniano dio solución a este problema disponiendo que los contratantes podían apartarse libremente del contrato no documentado, por entender que cuando es preciso proceder a redactar el documento, hay una tácita reserva de las partes de no considerarse vinculadas hasta el momento en el cual la formalización del documento se ha llevado a cabo. (hay mucho contratos de arriendo en que se pacta en una cláusula que el contrato comenzó a regir con anterioridad a la fecha del documento)

Los civilistas modernos, en general, se inclinan por la solución justiniana sosteniendo que ella es menos gravosa y más favorable para la libertad de la persona.

En nuestro C.C. el problema no tiene una solución genérica. Existe una norma particular en materia de compraventa (art. 1802) que se refiere a la estipulación de la escritura pública o privada para la venta (formalidad consensual) de muebles. Según esta norma, cualquiera de las partes puede retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

Ahora bien, si existe un pacto previo y expreso de los interesados por virtud del cual ellos mismos se hayan comprometido

a considerar únicamente como celebrado el contrato cuando el documento haya sido suscrito, parece evidente que el documento es el elemento constitutivo del contrato.

En todos los demás casos en que el documento no es un presupuesto de existencia del contrato, es decir, no es por imperio de la ley o por voluntad de las partes un documento constitutivo, sino que cumple funciones diferentes (oponibilidad, prueba, etc.) hay que convenir que el contrato existe desde que el consentimiento ha quedado manifestado y que las partes se encuentran contractualmente vinculadas desde que se han prestado dicho consentimiento. La falta de documentación, en tal caso, no desvirtúa la fuerza obligatoria del contrato. Las partes están obligadas a llevar a cabo la documentación del contrato y cada una de ellas puede exigir a la otra la suscripción del documento.

Un supuesto totalmente distinto del anterior, pero de regular ocurrencia, es aquel en el cual la forma exigida es la del documento público y las partes se han limitado a suscribir un documento privado. Convengamos que la mera suscripción de un documento privado constituye ya un contrato, con independencia de la validez o eficacia que tal contrato posea.

Si la escritura pública es presupuesto de existencia del contrato (documentación constitutiva), el documento privado constituye un contrato inválido. Las partes podrán impugnar el mismo de nulidad por falta de solemnidad, e incluso puede conducir a una responsabilidad precontractual o por culpa in contrahendo, aun cuando en principio ambas partes deben considerarse culpables de la carencia de forma.

Por último, si la escritura pública no es exigida con carácter constitutivo, sino como simple presupuesto de eficacia o de efectividad, las partes podrán compelerse recíprocamente para el otorgamiento de la escritura.

- **Elementos integrantes del documento - contrato:**

1. Elementos generales

El contrato debe contener la individualización de las partes contratantes, de los testigos, en el caso que los haya.

Tanto las partes, como los testigos deben estampar su firma en el documento o dejar constancia que no pueden o no saben firmar.

También debe dejarse constancia de la fecha del contrato y del lugar de su otorgamiento.

2. Preámbulo del contrato (documento):

Es la parte introductiva o preliminar del contrato. No es una parte necesaria del mismo, perfectamente el contrato puede carecer de ella.

Normalmente, el preámbulo está constituido por las primeras cláusulas del contrato. En todo caso, estas cláusulas que no contienen todavía los acuerdos mismos que serán la esencia del contrato, se llaman cláusulas enunciativas. El preámbulo de que se está hablando sirve para enunciar las finalidades que las partes se proponen con el contrato; los motivos, causas o antecedentes del contrato; los hechos que se han tomado en consideración, como un avalúo de bienes los deslindes de una propiedad y en general, los asuntos que las partes estiman necesarios enunciar como previos.

Estas cláusulas enunciativas, constitutivas del preámbulo, hacen fe entre las partes, sí tienen relación directa con lo dispositivo del contrato, esto es, con las cláusulas en que se contienen la declaración misma de la voluntad de las partes (artículo 1706).

3. Cláusulas:

Son las disposiciones del contrato, en ellas se distribuye el contenido mismo.

El contrato es el conjunto de sus cláusulas, las que se integran armónicamente entre sí constituyendo un todo orgánico (1564).

Las cláusulas que contienen lo medular de la declaración de voluntad se llaman cláusulas dispositivas. Ellas son la parte substancial del contrato, lo que las partes en definitiva quieren.

Además, el contrato puede tener anexos: documentos que se agregan, o a las que se remite el contrato, expresando que las partes entienden que forman parte del contrato para todos sus efectos. Tales son, por ejemplo, los inventarios de los bienes a que se refiere el contrato, presupuestos y tasaciones, informes o planos, los cuales no forman parte de la materialidad misma del contrato, pero se entienden incluidos en él por haberse remitido a ellas las partes en las cláusulas del contrato.

- **El problema de las cláusulas abusivas:**

Dentro del esquema clásico de la autonomía privada y su construcción dogmática, las cláusulas aceptadas por el contratante no pueden ser abusivas si han sido aceptadas. Pero esto sería cierto si todos los contratantes fueran igualmente lúcidos, poderosos y razonables. Muchas de estas cláusulas, aunque firmadas, no son en verdad aceptadas o consentidas.

Normalmente, el problema de las cláusulas abusivas se presenta en los contratos de adhesión. Esto contratos forman parte de una categoría denominada en doctrina contratos de consumo, el cual se define no por su objeto, sino por la diferente cualidad de las partes y el modo escrito de celebración. Es todo contrato escrito, concluido entre un profesional y un consumidor (es aquel que para sus necesidades personales es parte de un contrato de prestación de servicios o suministro, ejecutando un acto de consumo).

Esta misma calidad desigual de los contratantes, que se manifiesta en una superioridad económica y/o técnica del profesional frente al consumidor puede influir en la celebración de convenciones desequilibradas, como consecuencia de cláusulas abusivas.

Estos contratos se celebran siempre por adhesión. El contrato es redactado en forma previa y unilateralmente por el profesional y

debe ser aceptado o rechazado en bloque por el consumidor, sin posibilidad de discusión.

No hay que confundir el contrato de adhesión con el contrato tipo. El contrato tipo es aquel en el cual se estipulan condiciones generales que en los contratos individuales posteriores habrán de ser aceptadas por las partes; es decir, establece las bases sobre las cuales se celebrarán los contratos individuales.

La dinámica de estas formas de contratación la veremos más adelante, pero lo que aquí interesa es el tema de las cláusulas abusivas.

En general, las cláusulas consideradas abusivas por la doctrina y legislaciones extranjeras se pueden referir a distintos rubros:

Así, por ejemplo, en materia de formación del consentimiento, se estima abusiva la cláusula en que existiendo por parte del consumidor una oferta de compra, el oferente profesional se reserva un plazo excesivo para decidir si acepta o no la oferta. El abuso en la estipulación de que el consumidor queda inmediatamente obligado, en cambio el profesional conserva el derecho de cambiar su decisión dentro de determinado plazo.

En materia de la reglamentación de las distintas obligaciones de las partes, se estiman abusivas las cláusulas que subordinan la ejecución del contrato a la voluntad del profesional que presta el servicio; o aquellas en que el productor se reserva, sin motivo específico, la facultad de fijar unilateralmente la fecha de entrega del bien.

En cuanto a la reciprocidad de las obligaciones en los contratos sinalagmáticos, se estiman abusivas las cláusulas en que el consumidor renuncia a la excepción de contrato no cumplido; o a la resolución judicial del contrato en caso de incumplimiento del proveedor; o cláusulas destinadas a gravar de manera excesiva la responsabilidad del consumidor; etc.

Si bien no existe una reglamentación sobre las cláusulas abusivas, y el principio de la autonomía de la voluntad es un

problema para dar adecuada solución a ellas, existen algunos medios para combatirlas.

Por de pronto, la mejor protección frente a este tipo de cláusulas es la invocación del principio de la buena fe, el orden público y las buenas costumbres, como límites irrebasables de la eficacia de los contratos. Esto son considerados por la doctrina moderna como verdadero estándares jurídicos que trascienden a la norma y que actúan en su función rectora como límite cuando una norma (ley o acto jurídico) colisiona o atenta en contra del espíritu general de la legislación. La sanción, en tales casos, será normalmente la nulidad por objeto o causa ilícitas.

La doctrina y la legislación extranjera han querido buscar otras dos formas generales y directas de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas: Una de ellas es la institución de la lesión como causal general de rescisión de contratos. La presencia de cláusulas abusivas entraña una desproporción entre las obligaciones recíprocas que surgen del contrato, por lo que la lesión pudiese constituir una protección eficaz al consumidor. Algunas legislaciones extranjeras recurren a esta vía como una forma de protección al consumidor (EEUU, Italia, Quebec);

Otra forma de protección genérica ha sido por la vía de la interpretación de los contratos cuando las cláusulas abusivas son ambiguas u oscuras. Nuestro C.C. contempla esta situación, disponiendo que las cláusulas oscuras o dudosas se interpretarán en contra del redactor.

Sin perjuicio de estas medidas de protección directas y generales, existen medidas específicas de lucha contra las cláusulas abusivas. Con esto nos referimos a disposiciones que no se aplican a todos los contratos, sino que solamente a aquellos que tienen un determinado objeto. Lo frecuente será que el legislador, a fin de proteger a la parte más débil en la relación contractual, intervenga fijando el contenido del contrato. Lo anterior puede hacerlo estableciendo una lista de menciones esenciales que necesariamente

deben figurar en la convención, o confeccionando una lista de cláusulas que se consideran prohibidas para cada tipo de contratos. (por ejemplo, el caso de la ley de protección al consumidor) En estas categorías de contratos (seguros, transporte, mutuos, etc.) resulta claramente necesaria la intervención del legislador, sobre todo cuando por circunstancias de hecho o de derecho el profesional que dicta el contrato se encuentra en una posición monopólica.

▫ **ELEMENTOS DEL CONTRATO:**

El reconocimiento de la autonomía privada para que los individuos creen sus relaciones jurídicas y regulen sus propios intereses a través de la contratación, implica la recepción y acogimiento de esa regulación que se dan las partes por parte del ordenamiento jurídico. Ello es así, para poder darle el valor de una verdadera norma jurídica que ligue a las partes tal cual como si fuera ley.

De allí que resulta lógico que el derecho intervenga con normas imperativas que las partes deben respetar para dar vida a ese acto jurídico, en cuanto constituye una herramienta o un instrumento puesto a disposición de las partes para el desarrollo de sus relaciones.

Determinada la noción de contrato, es necesario que veamos ahora la estructura del mismo, pretendiendo ya no distinguir su génesis (acuerdo de voluntades) sino la esencia del mismo.

Nos referiremos, entonces, a los elementos del contrato.

Adelantemos que en este terreno existen una serie de denominaciones en doctrina y en las propias legislaciones que son un tanto vagas. Reina aquí una suerte de anarquía en cuanto al alcance que se le pretende dar a cada uno de los términos. Se habla de elementos del contrato, de requisitos, de condiciones, presupuestos del mismo, y por cierto, las disquisiciones alcanzan al punto de

determinar cuáles elementos de los que integran el contrato concurren a su formación y cuáles a su validez.

1. Así, por ejemplo, para algunos autores en el Derecho comparado sólo cabe distinguir entre elementos de la esencia y elementos accidentales.

2. Para Pothier, en cambio, es preferible la distinción clásica entre elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales.

3. Para Colin y Capitant existen 3 condiciones necesarias para la existencia y formación del contrato (voluntad, objeto y causa) y una cuarta, la capacidad, necesaria para su validez.

4. Aún podemos encontrar otros criterios en la legislación comparada.

a. C.C. Francés (art. 1108) enumera 4 condiciones para la validez del contrato : consentimiento, objeto, causa y capacidad.

b. C.C. español (art. 1261) enumera al consentimiento, el objeto y la causa como los 3 requisitos sin los cuales no hay contrato.

c. C.C. italiano, habla de requisitos del contrato y menciona el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y las formalidades ad solemnitatem.

5. La doctrina más moderna abandona o deja de lado la clásicas categorías reconocidas incluso por nuestro código, de elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales, y distingue entre elementos constitutivos y presupuestos de validez.

a. **Elementos constitutivos o estructurales** son los que en la doctrina clásica se conocen como elementos esenciales o de la

esencia del contrato (aquellos sin los cuales el acto no produce efecto alguno). Son requisitos de la esencia o de la existencia. Son los que podríamos llamar el material de construcción del negocio. Como dice un autor italiano sobre ellos no puede actuar la autonomía de la voluntad.

Para la doctrina clásica, aún prevaleciente, estos elementos constitutivos del contrato son:

- el consentimiento o acuerdo de voluntades
- el objeto
- la causa

La capacidad, en cambio, sólo sería un presupuesto del consentimiento.

Con respecto a las formas o solemnidades exigidas a cierto tipo de contratos, algunos la incorporan como un elemento constitutivo (Messineo) y otros, en cambio, estiman que al ser una expresión o exteriorización de la voluntad pasaría a ser también un presupuesto del consentimiento.

En los contratos típicos o nominados, que son aquellos estructurados por el legislador, es posible encontrar elementos constitutivos propios o particulares, establecidos de modo imperativo. Así, por ejemplo, los aportes en la sociedad, el precio y la cosa en la compraventa, la gratuidad en el comodato.

b. Los presupuestos de validez de contrato ejercen una función integradora con respecto al contrato y la falta de alguno de ellos, por regla general, da lugar a la anulabilidad del contrato.

En cuanto a los llamados **elementos de la naturaleza**, de acuerdo a la doctrina clásica, son aquellas consecuencias que se siguen de la naturaleza misma del negocio, aún en silencio de las partes. Como resulta evidente, tales elementos no pertenecen a la zona de la estructura del negocio sino a la zona de los efectos del mismo.

Como efectos, son impuestos por el ordenamiento jurídico en calidad de normas supletorias de la voluntad de las partes (concurren espontáneamente sin necesidad de mención o incorporación expresa). Forman parte de una determinada figura o negocio o de un determinado grupo de negocios, pero a su respecto las partes pueden ejercer su libertad contractual y excluirlos derechamente.

Ej.: la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral.

La onerosidad en el mandato (en otras legislaciones, por ejemplo, en argentina, la gratuidad es el efecto natural del mandato)

La garantía de la evicción y de los vicios redhibitorios constituyen efectos naturales de los contratos onerosos.

En fin, como podemos observar, los elementos de la naturaleza son efectos y no elementos. Los elementos son los que deben concurrir para formar el contrato o darle validez. El efecto, en cambio viene después, es la consecuencia y ésta no puede revestir el carácter de elemento. Estos elementos no constituyen propiamente elementos del contrato, sino que son parte de los efectos del mismo, dado que no actúan sobre el nacimiento del contrato, sino que actúan sobre los efectos del mismo (Puig Peña y Francesco Galgano)

En cuanto a los **elementos accidentales**: son aquellos que las partes señalan en uso de su autonomía, pero que la ley no declara obligatorios. Sin embargo, el legislador ha estructurado algunos elementos accidentales del negocio, como las modalidades (plazo, condición y modo) y la cláusula penal.

En consecuencia, los elementos accidentales pueden no pertenecer al contrato, sin que ello lo afecte de manera alguna. Pero una vez que han sido incorporados por las partes dichos elementos dejan de ser accidentales y pasan a ser esenciales en ese negocio específico.

Sin embargo de lo anterior, los elementos accidentales, al igual que los de la naturaleza, pertenecen a la zona de los efectos del

contrato. Por ello se los define como aquellos que se incorporan con el objeto de alterar los efectos normales del contrato.

- **Nuestra legislación:**

Este tema puede ser estudiado remitiéndonos al art. 1444 que siguiendo la teoría clásica distingue en todo contrato las cosas de la esencia, de la naturaleza y accidentales, y al art. 1445 que se refiere indistintamente a lo que podríamos llamar elementos (constitutivos) y presupuestos (de validez), al mencionar como requisitos o condiciones para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad: a) la capacidad; el consentimiento; que dicho consentimiento no adolezca de vicio; el objeto lícito y la causa lícita. (leer disposiciones)

Desde un punto de vista doctrinario, se suelen clasificar los elementos del negocio jurídico distinguiendo entre aquellos

- De existencia o de la esencia
- De validez

Los **requisitos de existencia** son aquellos sin los cuales el negocio no puede formarse y pueden ser generales o comunes a todo contrato o específicos a cierto tipo de negocio.

Son ***requisitos de existencia generales o comunes***: la voluntad, el objeto y la causa. Las solemnidades, como sabemos, algunos las ubican aquí. Otros, en cambio, estimamos que no podrían ser requisitos comunes ya que no tienen carácter general (sólo ciertos negocios lo requieren, cuando la ley expresamente así lo establece). Por otra parte, no es un requisito que tenga una entidad autónoma o independiente ya que forma parte de la manifestación de voluntad.

Requisitos de validez, son lo que intervienen cuando el negocio ya existe. No afectan a su existencia, sino a su validez, pues si uno de ellos no concurre el contrato podrá ser anulado. También pueden

ser generales o específicos.

Son generales:

- la capacidad
- la voluntad exenta de vicios
- objeto lícito
- causa lícita

Finalmente, y habiendo destacado la distinción tanto en el derecho comparado como en nuestro derecho positivo, podemos entrar a revisar las diferentes clasificaciones y categorías contractuales, donde será particularmente útil e interesante la distinción entre los elementos constitutivos estructurales y los meros efectos naturales o accidentales.

Haremos tan solo es esta parte un breve recuerdo de los denominados elementos positivos esenciales comunes más relevantes (voluntad, objeto y causa). La solemnidad puede ser entendida como una forma especial de manifestación de la voluntad que estudiaremos en cada tipo contractual.

Veremos, en consecuencia, brevemente, algunos aspectos de la voluntad, el objeto y la causa.

o **VOLUNTAD:**

Se la ha definido como la aptitud para querer algo. Se la denomina "voluntad" en los actos jurídicos unilaterales, como en el testamento, renuncia, oferta. Y se llama "consentimiento" en los bilaterales, como el contrato, pago, tradición, matrimonio, etc... Tiene tres requisitos:

- a. seriedad: que se emita con el propósito de crear un vínculo jurídico.
- b. debe emanar de persona capaz
- c. manifestación: que se proyecte externamente. Esto se puede realizar de varias maneras:

Expresa: lo que se quiere se revela explícitamente. El medio normal será el lenguaje verbal o escrito, pero también podrían ser actuaciones gestuales de signos inequívocos, como levantar la mano en la subasta.

Tácita : lo que se quiere se deduce de circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento. Hechos inequívocos. (Art. 1904, en la cesión de derechos; 2164, en la revocación del mandato; 1654, en la remisión; 1516, en la renuncia a la solidaridad)

Presunta: la ley señala que una conducta determinada debe considerarse como manifestación de voluntad.

Hay veces en que se exige que la manifestación sea expresa, como sucede en los contratos solemnes; en la novación por cambio de deudor (1635).

Revisando los artículos 1241, 1243, 1244, se puede advertir las diferencias entre voluntad expresa y tácita.

¿Puede el silencio constituir manifestación de voluntad?

Sí, cuando le señala la ley. Esto es lo que se denomina silencio circunstanciado. Ver artículo 2125. También si así lo han acordado las partes.

Manifestada que sea la voluntad, nos surge en nuestro derecho el problema de la disonancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, y ello puede deberse esquemáticamente a tres causas:

- 1) **Espontánea**, en cuyo caso nos encontramos en la esfera del error como vicio de la voluntad, que ya estudiamos latamente.
- 2) **Inducida**, en cuyo caso nos encontramos con la fuerza o el dolo, también como vicios de a voluntad.
- 3) **Deliberada**, en cuyo caso nos encontramos con la reserva

mental, cuando es obra de una sola parte y con la simulación cuando es obra de ambas,

Existen diversas teorías para resolver si debe predominar la voluntad real o la voluntad declarada.

- Teoría de la voluntad real o interna:

La voluntad que debe ser tomada en cuenta es la interna, lo que el individuo realmente quiere.

Esta es la solución adoptada por nuestro Código Civil en el artículo 1560 que establece la regla general. El resto de los artículos del título "de la Interpretación de los Contratos", son una aplicación del 1560. Sin embargo, el artículo 1566 atenúa en alguna medida la regla general, ya que según él las cláusulas redactadas por una de las partes se interpretarán en su contra, cuando la ambigüedad provenga de defectos de la redacción. Esto, en los casos en que resulten inaplicables todas las demás reglas de interpretación consignadas en los artículos 1560 a 1565.

La regla general del artículo 1560 se encuentra moligerada también por el 1707, según el cual la intención de los contratantes consignada en escritura privada o en una contraescritura pública que altere lo declarado en escritura pública no produce efectos respecto de terceros si no se cumplen los requisitos establecidos en ese artículo. En síntesis, nuestro Código Civil acepta la teoría de la voluntad real o interna atemperada en beneficio de terceros de buena fe.

- Teoría de la voluntad declarada:

El derecho debe considerar la voluntad en la medida que ésta ha sido declarada, exteriorizada y, por lo tanto, es ésta la que debe prevalecer y no la voluntad interna. Esta teoría fue formulada por Saleilles.

- Teorías eclécticas:

Como la de la responsabilidad y la de la confianza, que son las más difundidas.

La teoría de la responsabilidad busca la intención de los contratantes sólo si la disconformidad entre la voluntad real y la declarada no es culpable. Según la teoría de la confianza hay que atender a la voluntad declarada porque lo normal es que coincida con la voluntad real.

La Reserva Mental:

Consiste en no aceptar en el fuero interno lo que se está declarando como voluntad real; lo que se manifiesta no es la verdadera voluntad, y el declarante está consciente que está declarando lo que realmente no quiere.

Esta reserva mental se da, por ejemplo, en la acción pauliana que no prospera en los contratos onerosos ejecutados por el deudor, cuando el tercero no tenía conocimiento de mal estado de los negocios del deudor que con el contrata. (artículo 2468).

Quien hace reserva mental es el deudor insolvente, pues por su calidad de tal, sabe que no podrá cumplir las obligaciones contraídas con sus acreedores, pero el tercero que con él contrata desconoce esta circunstancia.

La reserva mental se diferencia de la simulación en que en la reserva mental el que conoce la disconformidad entre la voluntad real y la declarada, es uno de los contratantes; mientras en la simulación son los dos contratantes quienes tienen dicho conocimiento.

La Simulación:

Consiste en querer una cosa diversa de la contenida en la declaración, conscientemente, y con el acuerdo de la parte a la que la declaración va dirigida. Sólo se concibe en los contratos en los

actos jurídicos unilaterales cuando deben ser conocidos por un tercero. Sus fines pueden ser diversos, ya sea para defraudar la ley, engañar acreedores o por simple ostentación. No hay que confundirlo con los actos realizados en fraude de los acreedores o en fraude a la ley. El acto simulado es nulo, porque no es querido, en cambio el acto real es válido. El acto en fraude de la ley, será nulo cuando sea contrario a ella; y el acto en fraude de los acreedores es anulable a través de la acción pauliana.

La Simulación puede ser de dos clases:

A. simulación absoluta: no se quiere celebrar ningún negocio jurídico.

B. simulación relativa: se quiere celebrar uno, pero se celebra otro. Y ello por diversas razones:

- por la índole del negocio: se quiere donación, pero se simula que se vende.
- por la índole de los sujetos: compraventa en favor de A, pero es en favor de B. Esta situación es muy común entre los cónyuges.
- por su contenido: se quiere una cosa en el contrato, pero se dice otra

• *Efectos de la simulación:*

a) Entre las partes:

- absoluta; hay un sólo contrato, el simulado y es inexistente o nulo por falta de voluntad.
- relativa; el simulado es inexistente o nulo y el disimulado es válido, porque manifestaron su voluntad.

b) Frente a terceros:

Los terceros de buena fe (el que ignora la simulación al momento de adquirir un derecho, que puede verse lesionado por la declaración posterior de simulación) pueden asumir la actitud que más les convenga frente al contrato simulado; pueden sostener tanto

la validez como la invalidez del contrato simulado.

Las partes no pueden oponer a terceros el contrato disimulado o escondido, pues éste es ignorado por dichos terceros.

El artículo 1707 dispone que las partes no pueden oponer a terceros lo que ellos acuerdan, privadamente, apartándose de lo pactado en escritura pública, sino con los requisitos establecidos en el mismo artículo 1707.

- *¿Cómo se prueba la simulación?*

Con todos los medios que la ley franquea, por cuanto es un hecho. No se aplica la limitación del artículo 1708.

- *¿Quién deberá probar la simulación?*

El que la alega (1698).

Vicios del Consentimiento:

Los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo (1451)

- o **EL OBJETO:**

1. Objeto del acto jurídico: Es el conjunto de derechos y obligaciones que el acto jurídico crea, modifica o extingue.

2. Objeto de la obligación: Es la finalidad material a la que la obligación se refiere; es la cosa que debe dar o entregar, o el hecho que se debe hacer o no hacer (art. 1460).

En la práctica, los dos conceptos definidos se confunden, pues los derechos y obligaciones creados por el acto jurídico, no pueden existir sin un objeto sobre el que recaigan. No se concibe un derecho sin una materialidad a que aplicarlo.

“Es, entonces, el objeto de la obligación el

verdaderamente importante y el que constituye el requisito de validez señalado en el art. 1445: el objeto del acto mismo no puede serlo porque él jamás puede faltar; si existe una relación jurídica, ella en principio tiene que engendrar derechos y obligaciones. Son estos los que pueden carecer de objeto a qué aplicarse y en tal caso no podrán subsistir y el acto será inválido". (Eugenio Velasco Letelier, "El objeto ante la jurisprudencia").

- *Requisitos del objeto que recae sobre un hecho (positivo o negativo) (art. 1461, inc. 32).*

- a. Debe ser determinado, el hecho debe encontrarse específicamente señalado.

- b. Debe ser físicamente posible, esto es no debe ser contrario a las leyes de la naturaleza. El hecho físicamente imposible debe serlo para todos los hombres, ninguno debe poder realizarlo, éste último es el que no podrá ser objeto de una obligación.

- c. Debe ser, además, moralmente posible, lo que quiere decir que debe estar de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público.

- *Requisitos del objeto que recae en una cosa material (art. 1461 inc. 1).*

- a. Debe ser real, existir al momento de la celebración del acto jurídico o esperarse que exista en el futuro. Pueden darse tres posibilidades:

- La cosa existe actualmente; hay objeto y el contrato es válido.

- La cosa existió, pero ya no existe, no hay objeto y el contrato es nulo o inexistente (art. 1814 inc. 12: el acto no produce efecto alguno).

- La cosa no existe pero se espera que exista: art. 1813, la venta de tales cosas se entiende hecha bajo la condición de que existan, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compro la suerte.

En consecuencia, el contrato puede ser:

- **Condicional**, sujeto a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. Si la condición acaece opera con efecto retroactivo. La posición moderno señala que la existencia futura de la cosa no es una condición sino un derecho eventual, porque la cosa es un elemento esencial del contrato.
 - **Aleatorio**. La regla general es que el contrato será condicional. Sólo será aleatorio si se expresa lo contrario o por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.
- b. Debe ser comerciable susceptible de transferencias lícitas entre los hombres (arts. 1461 inc. 12).
- c. Debe ser determinado por lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta, con tal que sea determinado por reglas y datos consignados en el mismo acto o contrato.

• **Objeto Ilícito:**

A) Todo lo que contraviene al Derecho Público chileno (Art. 1462)

El Derecho Público es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización política, la constitución de los poderes del Estado. El Derecho Público tiene normas de orden público. Existe una contradicción respecto de estas normas.

Si son contrarias al orden público son moralmente imposibles - art. 1461- no habría objeto y el acto será inexistente. Pero en virtud del art. 1462, si son contrarias al Derecho Público hay objeto ilícito y nulidad absoluta. La nulidad de los actos contrarios al Derecho Público garantiza el cumplimiento de la ley por los particulares. Este es un límite a la autonomía de la voluntad.

B) Pactos sobre sucesión futura (Art. 1463 y art. 1204.)

El derecho de suceder a una persona viva no puede ser objeto de contrato alguno.

El origen histórico de la idea de nulidad de estos pactos está en el Derecho Romano. Se consideraba que eran inmorales y peligrosos. Las legislaciones modernas han abandonado esta idea, admitiendo la validez de los pactos.

Los pactos sobre sucesión futura pueden ser de tres tipos:

- a. Pactos de renuncia a una sucesión futura: Se renuncia anticipadamente a una asignación. Estos pactos son nulos en virtud del objeto ilícito contenido en ellos, ya que por los arts. 1226 y 956, no se puede repudiar una asignación sino después de deferida.

- b. Pactos de disposición de derechos hereditarios en la sucesión de un tercero: En ellos, el presunto heredero cede sus derechos eventuales a un tercero, lo que adolece de objeto ilícito ya que no se puede renunciar a una herencia no deferida (art. 1463).

- c. Pactos de institución de heredero. En ellos se conviene en dejarle a alguien todo o parte de la herencia. Son nulos por objeto ilícito (art. 1463).

Excepción: Hay un tipo de pacto de esta especie que está permitido y es el pacto a que se refiere el art. 1204, relacionado con la cuarta

de mejoras. Constituyen la herencia la mitad legitimaria, la cuarta de libre disposición y la cuarta de mejoras.

La legítima - la parte que corresponde de pleno derecho a los herederos - no es susceptible de este tipo de pacto ya que en virtud del art. 1192 no puede sujetarse a condición, plazo, modo o gravamen alguno. En la cuarta de mejoras el testador puede mejorar la posición de alguno de sus descendientes o cónyuge y si no lo hace, todos los herederos concurren de igual forma en dicha porción.

Si el causante hubiere prometido no disponer de la cuarta de mejoras y luego contraviene a su promesa, el prometido con este pacto tiene derecho a que los asignatarios de esta cuarta le enteren lo que hubiere recibido si la promesa hubiere sido cumplida. La promesa de no asignar la cuarta de mejoras debe hacerse por escritura pública, en vida del causante y a un descendiente que sea legítimo.

C) Enajenación de las cosas que enumera este artículo (Art. 1464).

La palabra enajenación está tomada en sentido amplio. Incluye la tradición del derecho de dominio y la constitución de derechos reales limitativos del dominio.

La enajenación es la tradición, que es modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales. Respecto de los números 1 y 2 del art. 1464, no se suscita problema alguno, pues son disposiciones claramente prohibitivas que se refieren a cosas que en ningún caso pueden ser enajenadas (su enajenación se prohíbe absolutamente). De esta manera, celebrar un contrato sobre ellas, del cual nacerá la obligación de hacer tradición, importará la nulidad del contrato por objeto ilícito, por prohibición expresa del art. 1810, cuya infracción constituye objeto ilícito, conforme al art. 1466 el que a su vez acarrea nulidad absoluta, conforme al art. 1682.

Los números 3 y 4 del mismo artículo enumeran cosas cuya enajenación puede hacerse cumpliendo ciertas formalidades.

Estos números han provocado en la doctrina el problema de la validez del contrato de compraventa mismo de las cosas que ellas enumeran, sin perjuicio - que la tradición de ellas (enajenación) sea en todo caso nula.

Sin la existencia del art. 1810, el contrato de venta sería válido, ya que no son sinónimos venta y enajenación de los vendido, esto es la tradición. El 1810 dispone que "Pueden venderse todas las cosas corporales e incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por la ley" y como el 1464 establece que la enajenación de las cosas que enumera, está prohibida, la venta sería nula.

A esta conclusión debe llegarse si se entiende que los números 3 y 4 del art. 1464 constituyen normas prohibitivas, al igual que las contenidas en los números 1 y 2 del mismo artículo.

El profesor Velasco Letelier cree algo diferente, a saber, que los números 3 y 4 dichos, son normas imperativas que reglamentan la enajenación de las cosas que ahí se señala, normas que establecen los requisitos en que ella puede realizarse válidamente.

(Según Alessandri norma prohibitiva es aquella que impide que un acto se lleva a efecto, "si ni con autorización judicial ni por interpuesta persona puede realizarse" "Fuera de estos casos, hay otros en que el acto es aparentemente prohibido; pero en el hecho es permitido. Cuando así suceda, nos hallamos ante leyes imperativas que obligan a cumplir ciertos requisitos para que el acto sea eficaz").

Sucede así, que la ley no prohíbe la enajenación de cosas embargadas y de aquellas cuya propiedad se litiga sino que la reglamenta.

Luego, como el art. 1464 establece que hay objeto ilícito sólo en la enajenación, el contrato de compraventa de las cosas antes dichas es válido porque el art. 1810 lo prohíbe sólo cuando existe prohibición de enajenar.

El Profesor Avelino León acepta la tesis Velasco; no así don Arturo Alessandri Besa. El N° 1 del art. 1464 no es del todo preciso, ya que las cosas inenajenables no pueden ser objeto de un acto

jurídico (art. 1461 inc. 1) y mal podrían ser entonces objetos ilícitos.

El art. 1464 N° 3, sobre prohibición de enajenar cosas embargadas por decreto judicial está modificado por el Código de Procedimiento Civil. El sistema del Código Civil sólo protegía al acreedor y no al tercero adquirente de la cosa embargada. Según el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces el embargo es una medida que "puede inscribirse". El sistema que establece el Código de Procedimiento Civil favorece en cambio al tercero. Para que la prohibición de enajenar las cosas embargadas sea oponible a terceros hay que distinguir:

- a. Si son bienes inmuebles; la prohibición debe inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces (art. 297 y 453 C.P.C.).
- b. Si son bienes muebles; la prohibición sólo produce efectos contra terceros que tengan conocimiento de ella. Todo esto, sin perjuicio que el demandado sea responsable de fraude si procedió a sabiendas.

El N° 4 del art. 1464 prohíbe la enajenación de las cosas litigiosas que son aquellas cuyo dominio se discute en un juicio, es decir, el objeto directo de la litis. Para que la enajenación de una cosa litigiosa se entienda nula, el Tribunal debe decretar una prohibición al respecto (art. 296 C.P.C.) y si se trata de un bien raíz la prohibición debe inscribirse (art. 297 C.P.C.). Los derechos litigiosos que corresponden al demandante y que son el evento incierto de la litis, pueden cederse sin dificultad. (arts. 1911, 1912 1913, 1914).

D) Condonación del dolo futuro (Arts. 1465.)

a. Dolo futuro: El dolo futuro, sea categórico o hipotético no se puede condonar. En el mismo sentido, la responsabilidad contractual se puede atenuar por cláusulas de irresponsabilidad, pero hasta el límite del dolo y culpa grave. (art.

1547, inc. 4 y 1558 inc. 3).

b. Dolo pasado: Si en la aceptación de una cuenta, se estipula no pedir más en razón de ella, tal estipulación es revocable en cuanto al dolo que contenga. Si el que presenta la cuenta comete dolo para que le sea aprobada y efectivamente lo es el que aceptó la cuenta puede pedir una nueva, siempre que pruebe el dolo. Si el dolo pasado se condona expresamente, no puede pedirse una nueva cuenta.

E) Deudas contraídas en Juegos de azar (Art. 1466)

Los juegos pueden ser lícitos e ilícitos. Los juegos lícitos pueden ser:

- a) De destreza corporal: producen acción y excepción (art. 2263).
- b) De destreza intelectual: Sólo producen excepción art. 2260).

Los juegos ilícitos son los juegos de azar y son nulos absolutamente, salvo aquellos contemplados en leyes especiales.

F) Actos contrarios a la moral:

Venta de libros circulación es prohibida por la autoridad competente, de láminas pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa.

G) Actos prohibidos por la ley (Arts. 1466, 10, 1682, 1683).

Son nulos de nulidad absoluta.

LA CAUSA

De conformidad a los arts. 1445 N°4 y 1467 del C.C., el cuarto requisito de todo acto o declaración de voluntad es la causa.

El art. 1467 del C.C. define la causa como “el motivo que induce al acto o contrato (se entiende el motivo que induce a las partes)

El concepto de causa e incluso la utilidad de este requisito ha sido objeto de una acalorada discusión tanto en la doctrina nacional como extranjera.

A pesar de que nuestro legislador definió expresamente lo que debe entenderse por causa, a diferencia del C.C. francés, no hay acuerdo entre los autores para estimar cuál de los conceptos recogió el C.C.

Existen tres doctrinas principales que pretenden explicar lo que jurídicamente es la causa: a) teoría de la causa eficiente, b) teoría de la causa ocasional o impulsiva, c) teoría de la causa final.

A) CAUSA EFICIENTE:

Este concepto que tiene su origen en el derecho romano, y que según Claro Solar era el verdadero sentido que le asignaban los jurisconsultos romanos, atiende al elemento generador del efecto; el que da origen a algo que antes no existía, lo cual, en el campo de las obligaciones, significa el acto que les da vida, la fuente de donde emanan.

Según el art. 1437 del C.C. tales fuentes son: las convenciones o contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley; todos los cuales, conforme a esta doctrina, constituirían la causa de las obligaciones.

Parece evidente que esta teoría no puede ser la que ha sido aceptada por nuestro C.C., ya que éste exige la causa como requisito de existencia y validez del acto o contrato, de modo que si ella fuera la fuente de las obligaciones, sería en muchos casos el mismo acto o contrato, lo que constituye un absurdo. Es decir, importa sostener que uno de los requisitos de existencia y validez de la convención es la misma convención.

B) CAUSA OCASIONAL O IMPULSIVA:

Es de carácter estrictamente personal y psicológico, por lo que es diferente para cada individuo. Está constituida por el móvil, la razón que lo impulsa a celebrar un acto o contrato en determinadas circunstancias. Por ello es que una misma especie de acto jurídico puede tener infinitas causas, según los fines que hayan perseguido las partes.

Algunos autores, como Somarriva, piensan que para nuestro Código los motivos son los que constituyen la causa, y se basan en la propia definición del art. 1467, que usa la expresión "motivo", por lo que afirman que nuestro legislador deliberadamente ha sancionado el concepto de causa ocasional.

Otro argumento en apoyo a esta tesis, es el ejemplo de causa ilícita que pone el Código en el art. 1467 inc. final, los cuales entrañarían todos un motivo y no una causa final.

Carlos Ducci, en apoyo a esta tesis, agrega que ya antes el art. 1455 había empleado los conceptos de intención o motivo y causa al decir que el error de la persona con quien se tiene la "intención" de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la "causa" principal del contrato.

Sin embargo, esta no es la doctrina mayoritaria. La mayor parte de los autores sostienen que el CC acoge la teoría de la causa final.

C) CAUSA FINAL:

Es el fin próximo que determina la voluntad de obrar y que siempre es posible encontrar en la estructura misma del contrato y que es siempre idéntica, es siempre la misma para todos los actos pertenecientes a una determinada especie.

En consecuencia, este concepto no es psicológico ni variable, sino por el contrario, es siempre igual para las personas que se

encuentran en idénticas condiciones contractuales y es perfectamente determinado y concreto en su aplicación.

La causa será siempre idéntica en los contratos de una misma especie o categoría.

Dijimos anteriormente que la gran mayoría de los tratadistas sostienen que la doctrina recogida por el CC es la de la causa final, y las razones para sostener lo anterior son las siguientes:

1. Así lo demuestra la historia fidedigna del establecimiento de la ley; el C francés y la doctrina imperante en la época de su dictación era uniforme en el sentido de que la causa es la razón o interés jurídico y no el motivo que induce a obligarse. Bello, en esta materia siguió rigurosamente el Código de Napoleón y él consagraba la causa final.
2. El inc 1 del art. 1467 establece que "la pura liberalidad es causa suficiente", con lo cual, como veremos un poco más adelante, sigue los postulados de la causa final.
3. El ejemplo de causa inexistente que contempla el inc. 3° del art. 1467 (leer) demuestra que el Código recogió la teoría de la causa final, puesto que se refieren a un caso de causa final.

A las anteriores razones de texto habría que agregar una consideración de carácter meramente lógico, cual es si el C.C. recogiera la doctrina de la causa impulsiva ningún acto habría sin causa, ya que las personas mentalmente sanas siempre tienen un motivo individual y concreto para celebrar un acto.

Ahora bien, hemos dicho que la causa final es uniforme para todos los actos de la misma especie. La doctrina distingue tres categorías: a) contratos onerosos bilaterales, b) contratos reales, y c) contratos gratuitos.

¿Cuál es la causa final en los contratos onerosos bilaterales?

El interés jurídico que mueve a las partes a obligarse es la obligación que contraerá la otra. Así, las obligaciones serán recíprocamente objeto del contrato para una parte y causa del mismo para la otra. La causa es una manifestación de la concatenación de las obligaciones en los contratos bilaterales, como ocurre también con la condición resolutoria tácita (art. 1489) y la exceptio de non adimpleti contractus (art. 1552).

Ambas obligaciones se sirven recíprocamente de causa.

Por ejemplo, en la C/V la causa de la obligación del comprador de pagar el precio es la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, y la causa de la obligación del vendedor de entregar la cosa es la obligación del comprador de pagar el precio.

¿Cuál es la causa final en los contratos reales?

Como estos contratos engendran obligación para una sola de las partes, el interés jurídico que guía al único obligado (el deudor) es la entrega que se le hace por la otra parte.

La entrega tiene un doble papel:

- a) Requisito generador del contrato.
- b) Causa de la obligación que emana de él.

Así, en el comodato, la causa de la obligación del comodatario (de restituir la cosa) es la entrega de la cosa que el comodante le ha hecho.

¿Cuál es la causa final en los contratos gratuitos?

En estos contratos, la causa de la obligación es sólo el interés de conceder un beneficio al otro contratante, o sea, la mera liberalidad, concepto contenido en el inc. 1 del art. 1467 y que constituye una de las razones que se esgrimen en apoyo a quienes sostienen que el CC acoge la teoría de la causa final.

- **Breves nociones de anticausalismo y su defensa:**

Algunos autores, como Planiol, critican la noción de causa por ser falsa, incompleta e inútil.

Para Planiol, la causa sería falsa por:

a. En los contratos onerosos bilaterales: porque la causa de las obligaciones nacería simultáneamente por lo que hay una imposibilidad lógica de que una sea causa de otra.

Esto es controvertido por los causalistas quienes sostienen que las obligaciones recíprocas pueden servir de causa aunque nazcan simultáneamente, que la relación de causalidad no importa necesariamente un escalonamiento en el tiempo y que la voluntad de las partes sitúa a estas dos obligaciones sobre un mismo plano.

Si lo que se exigiese fuese un antecedente lo que se estaría requiriendo es de la causa eficiente.

b. En los contratos reales (unilaterales): Planiol sostiene que si en el contrato real la causa es la prestación ya recibida por el deudor, esto se confundiría con la causa eficiente.

Los causalistas dicen que esto es cierto, que efectivamente en los contratos reales la causa de la obligación es el hecho que la genera pero que no hay contradicción en que la misma prestación pueda desempeñar dos roles y pone como ejemplo para salvar este problema, que bastaría que el legislador transformase los contratos reales en consensuales.

c. Respecto de los actos gratuitos y la mera liberalidad Planiol sostiene que no es más que una noción sin sentido, pues equivale a decir que se dona porque se desea donar.

Los causalistas se defienden diciendo que no es una comprobación vana, toda vez que sirve para distinguir los actos gratuitos de los onerosos.

Planiol sostiene que la noción de la causa sería inútil:

a. Planiol sostiene que si en los contratos bilaterales, la causa de un contratante corresponde al objeto del otro, entonces basta que el objeto exista y sea lícito. Si no hay causa en los contratos bilaterales, o ésta es ilícita, el acto es inexistente o nulo por falta de objeto, y en consecuencia, la noción de causa sería inútil.

Agrega que en los contratos reales, mientras no hay entrega, no hay obligación, por lo que la ausencia de causa equivale a la ausencia de contrato

Finalmente, en un acto gratuito no se concibe la falta de deseo de donar.

Los causalistas, sin embargo, rebaten esta postura, señalando que si una obligación no tiene causa es porque la otra carece de objeto, en consecuencia no explicaría satisfactoriamente porque la otra obligación es nula, esto es la obligación que sí tiene objeto pero carece de causa.

De otro lado, se sostiene que la única explicación válida en los contratos bilaterales para la acción resolutoria tácita, la teoría de los riesgos y la mora purga la mora, que ya vimos como importante en los contratos bilaterales está en noción de la causa; obligaciones interdependientes.

La causa es el fin perseguido y que todos los demás elementos del acto jurídico juegan en torno a esta noción, esto están al servicio de este fin. Para Capitant la causa es el elemento

primario y esencial de los contratos.

Planiol sostiene que la noción de la causa sería incompleta:

Existen contratos no considerados en la clasificación, como los contratos consensuales unilaterales y la promesa unilateral de celebrar contrato.

Los neocausalistas: Corriente que aparece en el Siglo XX y que admite nuevamente la causa.

Capitant: Publica su libro "De la Causa de las Obligaciones", donde justifica la causa, dándole algunos matices propios.

Elabora la "doctrina del fin económico" que es derivado de la de la causa final. Lo que mueve a una parte a contraer una obligación es un beneficio de carácter económico, es la prestación que la otra parte deberá hacer. No es movido por la obligación de la contraria, sino por el objeto de la obligación de la misma (lo que se debe dar, hacer o no hacer).

Joserrand: Es también partidario de mantener la teoría de la causa, pero de la causa subjetiva, psicológica. De esta manera, la moral entra en el Derecho, pues la causa ilícita será tal en sentido moral aunque estructuralmente sea lícita.

La jurisprudencia francesa, creadora de la teoría de la causa impulsiva y determinante, ha seguido la misma línea de Josserand y otros: los móviles individuales son los que deciden la validez o nulidad de un acto.

En los actos a título gratuito, basta que los móviles del disponente sean ilícitos para que dichos actos sean nulos.

En los actos onerosos, deben considerarse los móviles comunes, o a lo menos el conocimiento mutuo de los móviles ilícitos de una de las partes.

La teoría de la causa se ha defendido especialmente porque pone de relieve la interdependencia de las prestaciones.

En Chile, la gran mayoría de los autores ha aceptado la teoría de la causa final: Claro Solar, Jorge Mera Molina, Alessandri Rodríguez, Avelino León, Alessandri Besa, Humberto Pinto. Por la

teoría de la causa motivo: Ricardo Hevia Calderón.

- *Requisito de la causa en el Código Civil Chileno*

- a. Realidad de la causa:**

El Código exige que la causa para ser válida debe ser real, esto es que objetivamente exista causa, no importando por cierto la causa ocasional. El ejemplo del Código confirma la referencia efectuada "la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa".

Lo mismo se ha fallado respecto de la transacción de un juicio que ya no existe, porque ha sido fallado.

Aquí se hace una distinción meramente doctrinaria que es bueno tener presente como disquisición teórica:

- a) Cuando la causa no existe en ninguna forma, ni en el mundo objetivo ni en el subjetivo, se dice que hay *ausencia o falta de causa*. Ejemplos: compraventa en que no se pacta precio alguno, donación sin ánimo de liberalidad o de beneficencia, contrato de mutuo sin que se haya entregado al deudor dinero alguno.
- b) Cuando la causa sólo existe en la mente de los sujetos y no corresponde a la verdad objetiva, se dice que es *falsa o errónea*. Ejemplo clásico: el heredero que paga un legado sin saber que éste fue revocado en un testamento posterior.

La sanción a la falta de causa debe ser analizada dentro de la clásica discusión respecto de la inexistencia y nulidad absoluta.

El 1682 sanciona la inexistencia de causa ilícita con nulidad absoluta.

- b. Licitud de la causa:**

Tal como hemos venido sosteniendo de conformidad al artículo 1467 la causa además de ser real debe ser lícita y esta exigencia es la que permite a los tribunales mantener el control de

moralidad de los actos jurídicos.

Según nuestro Código en el artículo 1467 es causa ilícita la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Todos conceptos que hemos trabajado con anterioridad en relación al objeto.

En un contrato bilateral por ejemplo el objeto casa como objeto de un contrato de arrendamiento es un objeto lícito, pero si el destino del inmueble va a ser el instalar una casa de prostitución tiene una causa ilícita.

Corresponde probar la falta o ilicitud de la causa a quien la alega. No es necesario expresar la causa y aunque no se exprese, se subentiende (art. 1467 y 1698).

Por nuestra parte queremos hacer presente que parece del tenor de los antecedentes históricos y el sentido de la norma que el legislador se refirió a la causa final, pero sin embargo, la idea de causa es una idea que ha estado sometida a constante evolución y que el redactor de nuestro Código Civil lo hizo en pleno proceso evolutivo y la doctrina lo ha seguido fabricando.

De ahí que con el intento de moralización de la causa se hayan buscado la tesis que sostienen la dualidad de la causa, esto es que el Código Civil contendría dos nociones de causa.

Por una parte aceptada la causa como fin abstracto y típico respecto de la causa lícita (causa final), pero respecto de la causa ilícita se acogería la causa concebida como motivo.

Esto pretende solucionar el problema de la esterilidad de la noción de causa frente al problema de la ilicitud de la misma, toda vez que si ésta es un fin típico, único e invariable, no podemos juzgar los motivos.

Como tantas veces hemos dicho la licitud o ilicitud no son mas que cualidades en lo que se refiere objeto o causa existente.

La contradicción de pretender causa final para los efectos de la causa lícita y estimar como causa ocasional la causa ilícita exige dos funciones al mismo concepto.

Pareciera ser que la causa, en el concepto de nuestro legislador deberá ser siempre la misma en los contratos de una misma especie, sin embargo ésta puede ser ilícita cuando su contenido es contrario al orden público, a las buenas costumbres o a la ley.

Lo que pasa es que en verdad nada impide que el juez analice o desentrañe cual es el contenido de esta contraprestación o prestación efectuada o mera liberalidad para los efectos de calificarla de lícita o ilícita, sin que esto importe investigar los motivos concretos, sino la prestación en sí misma.

No se trata de indagar los motivos particulares de cada acto o contrato. Lo que se trata si estamos frente a un contrato bilateral es de desentrañar si la contraprestación es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a la ley.

En los contratos reales, de lo que se trata es de desentrañar si la entrega previa fue contraria al orden público, a las buenas costumbres o a la ley.

Y en la donación de lo que se trata es de desentrañar si el contenido de la misma es contraria a las buenas costumbres, al orden público o a la ley.

Todo esto de conformidad al inciso segundo del 1467. Dicho de otra forma la causa aparece invariable en todos los contratos de igual especie.

Actos abstractos

Pese a la exigencia de nuestro Código Civil de que no exista obligación sin una causa real o lícita, existen una serie de actos cuya validez no queda subordinada a la existencia de causa.

Avelino León cita como ejemplo las relaciones del fiador

con el acreedor, en la cual el fiador carece de causa en sus relaciones con el acreedor.

La mera liberalidad debe buscarse tan sólo en las relaciones del fiador con el deudor.

En esta figura, como en todas aquellas de garantías reales o personales cuando es un tercero, ajeno al contrato entre el acreedor y el deudor principal, el que garantiza, mediante una fianza, una prenda o una hipoteca, el cumplimiento de la obligación del deudor, la relación entre el tercero y el acreedor carece de causa.

Pero tal vez lo más importante en los actos abstractos son los denominados efectos de comercio, como la letra de cambio, cheques, títulos al portador, etc.

Todos estos documentos una vez que entran en circulación, los obligados lo son al pago del legítimo tenedor, independiente de la causa de las obligaciones que hayan sido generados.

Frente al tenedor de un pagaré, por ejemplo, la causa de la obligación del aceptante es abstracta, carece de causa.

Si el motivo que indujo a la suscripción del pagaré fue inexistente o ilícito, esto es inoponible a quien posea el documento.

La razón de ser de esto se ha estimado en otorgar seguridad al tráfico jurídico, de forma tal de lograr que el acto sea válido, aun cuando la causa no existe o sea ilícita, ya que en este supuesto la seguridad jurídica ocupa el lugar de la justicia respecto del portador legítimo y de buena fe.