

recurrir a ella impone al intérprete la tarea de desentrañar qué es la buena fe. La respuesta es, en general, que se trata de un deber de comportarse con lealtad, corrección y honorabilidad, pero esa respuesta es sólo una forma de reformular la pregunta. Sin embargo, quizá al reformularla se gane claridad acerca de cómo resolver el problema. Eso es lo que he intentado hacer en estas páginas. Lo que he tratado de sugerir es que al formular la pregunta acerca de qué sea la buena fe, es necesario dotarla de un contexto, es decir, es necesario caracterizar la relación jurídica al interior de la cual se formula la pregunta. En el caso que me interesaba, esa relación es la que tiene lugar en la etapa precontractual. Responder a la pregunta en esta etapa precisa considerar sus peculiaridades. Una vez que se advierten es posible distinguir porque en ciertos casos es evidente que la actuación merece un juicio de reproche y en otros no. Desde luego, existen otros casos –probablemente la mayoría– donde las cosas no son tan sencillas y allí las certezas se acaban. Pero tengo la sospecha que la mayoría de quienes se dedican al estudio del fenómeno jurídico llegan, más temprano o más tarde, a la conclusión de que el Derecho no es precisamente el reino de las certezas y que ciertas preguntas sólo admiten como respuestas reformulaciones. Sin embargo, a veces espero que ésta sea una de ellas, al reformularlas se gana claridad sobre la solución al problema.

LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO PRINCIPIO SUSTENTADOR DE LA TEORÍA DEL CONTRATO Y SU APLICACIÓN EN CHILE

Rodrigo Barcia Lehmann

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla el principio de la autonomía privada, diferenciándolo de la autonomía de la voluntad. El análisis de aquel brocardo está íntimamente ligado a la teoría alemana o europea del negocio jurídico. Asimismo, se plantea que nuestra forma de solucionar los problemas más relevantes en materia contractual se sustenta en la teoría clásica francesa. Dicha postura se estima como insuficiente, sobre todo considerando el desarrollo de la teoría del negocio jurídico a partir de mediados del siglo pasado. Además, para explicar de mejor forma cómo opera la teoría del negocio jurídico, se hacen dos aplicaciones de ella. Así, se analizan, a raíz de esta teoría, el artículo 1.464 del CC. y la teoría de los contratos atípicos. Se hace cargo también, aunque de forma tangencial, de la crisis del Derecho de los Contratos.

Finalmente, se señalan algunas conclusiones en torno a la teoría del contrato.

1. INTRODUCCIÓN

Es imposible separar un cuerpo normativo de la época que le ha dado origen. Así, el elemento histórico, al cual pueden recurrir los jueces, es de vital importancia para aplicar, interpretar y entender una norma. Sin embargo, en su aplicación el elemento histórico es sólo uno de los que el juez debe ponderar. Es, en cambio, la teoría del contrato –y ojalá la más moderna y apropiada–, la que debe aplicar y reinterpretar normas adecuándolas a nuevas situaciones y contextos.

Nuestra doctrina aún se aferra a la denominada teoría clásica o tradicionalista, es en ella en la que se cimienta la teoría del contrato, la cual obedece al

racionalismo jurídico, pero también es una reacción frente al antiguo régimen absolutista¹. Sin embargo, en la aplicación que se hace de la doctrina conservadora o clásica se ha dejado totalmente de lado, el que la regulación que instauraron los códigos decimonónicos fue la propia de una sociedad agraria y convulsionada, que daría origen a la industrialización². Este aspecto debe considerarse al momento de abordar la discusión, cada día más fuerte entre nosotros, de si es necesario recodificar o actualizar el *Código Civil* chileno. En la medida que la dogmática civil sea capaz de aplicar y reinterpretar, conforme a las nuevas o ya no tan nuevas tendencias, el Derecho de los Contratos, la supervivencia de las normas de nuestro *Código Civil* está garantizada. De no ser de esta forma, estaremos condenados a seguir los pasos que ya han dado el Derecho brasileño, peruano y está comenzando a dar el argentino.

Por otra parte, esta discusión, muy importante en verdad, se ha visto rebasada por la realidad. Así, mediante leyes especiales se ha ido siguiendo, de una forma un tanto inconsciente, una tendencia mundial a la pluralidad de regulaciones que desdibuja la teoría general del contrato³. Desde esta

¹ Una muestra de que no es posible separar los códigos decimonónicos, ni las teorías en las cuales se sustentaron de su momento histórico, es la conciencia de que existe en el Derecho Comparado que dichos cuerpos legales son deudores de su tiempo, incluido el *BGB*. Todos estos códigos regulaban situaciones de una sociedad agraria, precapitalista o que estaba por ingresar en la industrialización. En este sentido María Dolores DÍAZ - AMBRONA (directora), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid, Editorial Colex, 2001, p. 128, señala que: “[e]l Derecho civil contenido en los Códigos decimonónicos, aunque se promulgan en una época en la que ya se había iniciado el desarrollo de la gran industria en ciertos países europeos [se refiere a España] responde a las exigencias de una sociedad agraria, rural y artesana. Por ello se ha dicho de ellos que no es el Derecho civil de la alta burguesía ni el capitalismo; es más bien el Derecho civil de los propietarios y de los poseedores, el de los amos y los criados”. En el mismo sentido Arnold WALT, “El nuevo *Código Civil* brasileño y el solidarismo contractual”, en María Dora Martinic G. y Mauricio Tapia R. (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Lexis Nexis, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005, tomo I, p. 571, citando a Miguel REALE, se refiere al nuevo *Código Civil* brasileño en los siguientes términos: “[c]uando entre en vigor el nuevo *Código Civil*, se notará rápidamente la diferencia entre el código actual, elaborado por un país predominantemente rural, y el que fue proyectado para una sociedad en la cual prevalece, en gran parte, la vida urbana...”. Esta mirada decimonónica y rural de nuestra legislación explica una serie de criterios inspiradores del Derecho Privado chileno, como la mayor protección que en el *Código Civil* chileno se presta a los inmuebles sobre los muebles; las reglas de Derecho Sucesorio, que conceden una insignificante libertad para testar; la forma patriarcal en que se regularon las relaciones de familia, etcétera.

² Así se explica una constante tensión entre conservadores y liberales que, en cierto grado, se mantiene hasta nuestros días.

³ En la actualidad en los distintos ordenamientos jurídicos se está tomando el camino contrario al que se adoptó en la codificación. Así, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, *Código Civil*.

perspectiva no es de extrañar que el principio fundamental de la codificación, es decir, la autonomía de la voluntad o privada, se vea fuertemente sobrepasado⁴. Dicho principio sería puesto a prueba, desde la industrialización, llegando a desvirtuarse de tal forma, que hoy es difícil sustentar el Derecho de los Contratos tan sólo en él. Ello es evidente desde que la manifestación más palpable de este principio, que es la primacía de la “autorregulación”, se ha visto desplazada por diferentes estatutos regulatorios de origen legal⁵.

Este trabajo se centra en una parte de la solución del problema actual del Derecho de los Contratos chileno, que es el proponer un adecuado desarrollo de los principios contractuales a través de la dogmática civil. Como se verá más adelante, dicho camino nos llevará necesariamente a corregir o, incluso, desechar la teoría clásica del contrato. Pero tampoco es posible obtener demasiadas soluciones de la teoría general del contrato o la actual dogmática continental europea del negocio jurídico. Así, en el Derecho Comparado, al analizar un contrato, si bien es necesario recurrir a los principios de la teoría del negocio jurídico, las controversias son resueltas, muchas veces, por normas especiales, como las que regulan el Derecho del Consumo, Derecho de la Competencia, contratación electrónica, etcétera. Éste es un camino que nosotros estamos empezando a recorrer, y en el que, sin lugar a duda, jugará en nuestra contra, el débil sustento dogmático de la teoría del contrato⁶. En

1855-2005. *Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 41, señala, siguiendo a Jean-Étienne-Marie Portalis, que es posible explicar la permanencia en el tiempo del *Code civil* y el *Código Civil* de Andrés Bello en que ambos cuerpos legales se sustentaron en principios uniformes, universales e inmutables. Obviamente estos principios se ven afectados por la tendencia a la pluralidad de regulaciones dentro del Derecho Privado. Para muchos autores, como Franz WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, Comares Editorial, 2000, p. 492, la decadencia del Derecho Privado, que se plasma en la ruptura de su unidad ideal, es evidente. Ello se debería a la íntima relación existente entre la clase burguesa que dominó el siglo XIX y la codificación. Dicha clase, como dominante, no sobrevivió al siglo XX. El referido autor discurre sobre la vaticinada caída del liberalismo económico clásico que siguió a la República de Weimar.

⁴ De este modo, una de las características fundamentales de nuestro Derecho de los Contratos es que se encuentra en un terreno intermedio, en el que conviven retos del antiguo sistema con los propios del nuevo, cualquiera que éste sea.

⁵ En Chile son muchos los autores que se refieren a la decadencia de la tesis voluntarista en desmedro de una justificación social del contrato. Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos. Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, N° 40, pp. 236 a 241, es especialmente claro al tratar las críticas a la autonomía de la voluntad. Estas críticas son un reflejo de lo que ocurre en el Derecho Comparado con las nuevas tesis que pretenden servir de sustento al contrato. María Victoria BAMBACH SALVATORE, “III. Las cláusulas abusivas”, en Enrique BARROS (coord.), *Contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 48.

⁶ Ello es evidente si se considera la proliferación regulatoria al que han dado lugar las modificaciones introducidas a la LPC por la Ley N° 19.955/2004; a la ley sobre libre competencia

resumen, estos estatutos jurídicos específicos han rebasado la teoría moderna o alemana del contrato, obligándonos, nuevamente, a revisar la teoría del contrato, aspecto que sobrepasa el presente estudio.

2. EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA PRIVADA

La expresión autonomía privada, como destaca Federico de Castro Bravo, se forma etimológicamente por las palabras 'nomos', es decir, ley y 'autos', que significa propio o mismo. En este sentido, la autonomía privada sería la facultad de dictar leyes propias o de sujetarse uno mismo a un estatuto vinculante⁷. Pero el origen etimológico de este principio da una idea incorrecta de su actual alcance. Así, para una parte importante de la doctrina, lo que realmente define a este principio es "un poder individual de autodeterminación"⁸.

Para Federico de Castro Bravo la autonomía privada está compuesta de los siguientes dos elementos: "[e]l poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas" y "[e]l poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos"⁹. El primer elemento de la autonomía privada sería clásico, y se traduce en una manifestación capaz de crear, modificar, transferir, transmitir o extinguir derechos y obligaciones. El segundo elemento, se refiere a la manifestación de voluntad en el ejercicio, titularidad o contenido, si se quiere, de un derecho subjetivo. El ejercicio se centra en los derechos personales y la titularidad en los derechos reales¹⁰.

DL 211 por la ley N° 19.911/2003 sobre tribunal de defensa de la libre competencia o la pluralidad de leyes sobre contratación electrónica (leyes N° 19.223 sobre criminalidad informática, 19.628 sobre protección de datos personales, 19.799 sobre firma digital, etcétera).

⁷ En este mismo sentido se pronuncian Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, 9ª ed., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 1998, volumen I, p. 373, al señalar que: "[l]a autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo".

⁸ Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, p. 12.

⁹ De Castro y Bravo (n. 9), p. 13.

¹⁰ Las opiniones de De Castro Bravo (n. 9), pp. 13-18, en torno al origen y desarrollo de este principio son muy interesantes. Para el referido autor este principio ha influido fuertemente el Derecho europeo desde la Edad Media. Así, el sistema feudal básicamente funcionaba, entre los iguales, conforme al principio de la autonomía de la voluntad que se manifestaba en el respeto a la palabra empeñada. Sin embargo, su impulso definitivo se alcanza en lo que Federico de Castro denomina la reacción liberal, la mercantilización del Derecho Privado y el normativismo positivista [como tres etapas sucesivas]. Todas estas concepciones, de distinta forma, llevarían al desarrollo del capitalismo y finalmente a la crisis del principio. Esta crisis se manifestaría por la tensión entre dos poderes sociales, que serían los poderosos y los ciudadanos comunes.

Por otra parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón destacan una significación institucional del principio de la autonomía privada, que se manifiesta como principio del ordenamiento jurídico en general y civil en particular. Como un principio institucional la autonomía privada se traduce en una serie de reglas y aforismos¹¹. La escuela realista es la que pone de manifiesto de una forma más extrema, el negocio jurídico o la autonomía privada como un fenómeno social, más que como un hecho psicológico individual que se centra en la voluntad¹².

En nuestra doctrina, se reconoce la importancia de este principio que es, además, una "doctrina de filosofía jurídica". En efecto, conforme a Jorge López Santa María, la importancia de este brocardo es evidente desde que de él se desprenden todos los otros principios contractuales como: el consensualismo, la libertad contractual, la fuerza obligatoria, el efecto relativo y la buena fe¹³.

3. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO COMPARADO

El Derecho Romano clásico no consideró al contrato como una figura autónoma o genérica, es decir, los romanos no conocieron ni elaboraron una *teoría general del contrato*; más bien se preocuparon de reglamentar grupos de contratos o contratos específicos¹⁴.

La teoría del contrato se comienza a desarrollar en el Derecho Romano posclásico, como consecuencia del agotamiento de las figuras contractuales típicas. De esta manera, la autonomía de la voluntad le otorga un sustento teórico adecuado al consentimiento, como generador de obligaciones, a través de los *contratos atípicos o innominados*. Éstos permitieron a las partes convenir reglamentos especiales para solucionar problemas prácticos o específicos.

Ambos grupos presionarían al Estado para legislar o abstenerse de ello. En este sentido, los primeros buscan ampliar la autonomía privada y los segundos impedir sus excesos.

¹¹ Díez-Picazo y Gullón (n. 7), p. 374.

¹² Sin embargo, estas posiciones se han ido generalizado. José Luis Monereo Pérez, "El negocio jurídico como categoría problemática", estudio preliminar para el prefacio de Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. xxxix.

¹³ Es del caso destacar la opinión de López Santa María (n. 6), pp. 233 a 236, en consideración a la cual el principio de la buena fe es un principio independiente de la autonomía privada.

¹⁴ Rodrigo Barcia, "¿Es posible construir la teoría general del contrato desde la excepción: la revisión judicial del contrato?", en Martinić y Tapia, *Sesquicentenario...*, op. cit. (n. 2), pp. 686 y 687.

La doctrina civil tradicional o clásica sustenta la teoría general del contrato en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual descansa en la siguiente idea matriz: la voluntad, que se basta a sí misma y que no es contraria al ordenamiento jurídico, da lugar a la autonomía de la voluntad como fuente de los derechos personales que emanan de los contratos.

En el Derecho Comparado, desde principios del siglo pasado, la expresión "autonomía privada" ha desplazado a la más tradicional "autonomía de la voluntad". Es posible diferenciar estos términos: el primero, se refiere a la voluntad como creadora del acto jurídico; en cambio, el principio de la autonomía privada no sólo se refiere a la voluntad como creadora del acto jurídico sino, también, a la regulación de sus efectos, como sucede con el negocio jurídico entendido en forma restringida, es decir, contempla su dos elementos propios. En otras palabras, la expresión autonomía privada pone de manifiesto la función normativa o creadora de Derecho objetivo¹⁵. Por ello, el término "autonomía privada" es más preciso y comprensivo que el de "autonomía de la voluntad", aunque esta última expresión también denota una posición dogmática, que se inclina por la noción francesa de acto jurídico más que la alemana, de negocio jurídico. Sin perjuicio de ello, muchos autores siguen utilizando dichas expresiones de forma indistinta¹⁶.

En resumen, independientemente como se le denomine, este principio está presente no sólo en la formación del contrato o del negocio jurídico sino,

¹⁵ Para los seguidores de esta posición el negocio jurídico no sólo da lugar a derechos subjetivos sino que, también, crea derecho objetivo. Vid. Luigi FERRI, *La autonomía privada*, Granada, Editorial Comares, 2001, pp. 16 y 17.

¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, muchos autores siguen utilizando dichas expresiones de forma indistinta. El dominio, casi sin contraste, de la expresión autonomía privada sobre la autonomía de la voluntad, en el Derecho Comparado, se debe al influjo de la teoría alemana del negocio jurídico. Los pandectistas se percataron que el principio de la autonomía de la voluntad se centra en el origen del acto jurídico, pero la voluntad y el consentimiento pueden jugar en cualquier momento del *iter* contractual, por ello es preferible referirse a este principio como autonomía privada. Este punto es crucial en la doctrina alemana, que crea el concepto de negocio jurídico como un "haz normativo". El concepto autonomía de la voluntad pone su acento sólo en uno de los requisitos del acto jurídico, como lo es la voluntad o el consentimiento. En cambio, la expresión autonomía privada es comprensiva de todos ellos. Díez-PICAZO y GULLÓN (n. 7), resaltan esta diferencia al señalar que "[c]onviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de 'autonomía de la voluntad', no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo -función de la voluntad- sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias", p. 373. Con relación al negocio jurídico, algunos puntos centrales de las discusiones futuras del sistema de los contratos son las relaciones contractuales de hecho (*Faktische vertragverhältnisse*), la extensión y ámbito de aplicación de los estatutos regulatorios y la certeza.

además, permite crear verdaderos "estatutos regulatorios". Pero, asimismo, como del principio de la autonomía privada se desprenden la mayoría de los principios contractuales, el cambio de la concepción -autonomía de la voluntad por autonomía privada- afecta a todos los otros¹⁷.

A continuación, analizaré el principio de la autonomía privada en el Derecho Comparado, centrándome especialmente en el Derecho alemán, desde el cual la expresión "autonomía privada" se extendería por el resto de Europa. También se abordará brevemente el Derecho español, italiano y francés con relación a este principio, y sus principales repercusiones y límites.

3.1 La autonomía privada en el Derecho alemán

Una de las etapas culminantes del sistema jurídico alemán es la promulgación del *BGB*. Sin embargo, la influencia y prestigio de este Código, que afectaría primero a todo el norte y luego al sur europeos, sólo es uno de los frutos de la ciencia jurídica alemana. El Derecho alemán, previo a la codificación unitaria, se formó por la tensión entre dos grandes corrientes, la romanista, promulgada principalmente por los pandectistas, y la codificadora¹⁸. La segunda vertiente terminó imponiéndose, como todos sabemos, a lo menos, aparentemente, mediante la promulgación del *BGB*.

La tendencia codificadora se hace sentir mediante la promulgación del primer Código Civil moderno en 1756, denominado como *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, aunque fue más importante el *AGB* de 1791, que pasaría a ser el *Código Prusiano*. En los *Länder* germanos se produce un estancamiento

¹⁷ La utilización entre nosotros, casi sin contrapeso del la expresión "autonomía de la voluntad", no sólo se explica como un atraso en nuestra doctrina, sino en la fuerte influencia del Derecho francés, que al igual que nuestro Derecho, ha permanecido fiel a la nomenclatura que se desarrolló a partir de los códigos decimonónicos. Sin embargo, en nuestro medio, el atraso se hace más patente al comprobar la falta de recepción de una serie de figuras, ya ampliamente aceptadas en el Derecho Comparado. Ello, unido a la falta de discusión en torno al rumbo que debería adoptar el Derecho de los Contratos, nos hace perder una buena oportunidad para adoptar una teoría realmente eficiente y moderna de los contratos. Rodrigo BARCIA, "Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del Derecho", en revista *Ius et Praxis*, año 4, N° 2, Santiago, Universidad de Talca, Facultad de Derecho, 1998, pp. 149 a 176; Rodrigo BARCIA, "Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el Derecho chileno", en Fernando PARRA ARANGUREN (ed.), *Libro de homenaje al prof. J.L. Aguilar*, Caracas, Colección de Libros Homenaje, tomo I, N° 5, 2002, pp. 191-211; Rodrigo BARCIA, "Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico", en *Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado*, tomo I: Temas de responsabilidad civil, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2004, pp. 127-167; BARCIA (n. 15), pp. 685-719.

¹⁸ La otra tendencia que se puede apreciar en el Derecho alemán histórico es el Derecho Germánico, que se enfrentó al Derecho Romano.

en la codificación hasta la unificación de Alemania. En 1896 recién se promulga el *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán) conocido como *BGB*¹⁹. Este Código comenzó a regir en Alemania en 1900 e influyó en todo el Norte europeo, especialmente en Austria y Suiza²⁰. Sin embargo, como destaca Franz Wieacker, en Alemania la doctrina y la jurisprudencia tuvieron la destreza de actualizar el Derecho Civil a través del concepto de negocio jurídico, interpretando la parte general del *BGB*²¹.

En resumen, además de la innegable fuerza que le imprimieron los pandectistas a la teoría del negocio jurídico, la jurisprudencia y la doctrina, posteriores a la promulgación del *BGB*, se preocuparon de reformular el Derecho de los Contratos. En materia de negocio jurídico, se ha recurrido fuertemente a las obligaciones, extendiendo la aplicación de las normas que configuran el estatuto negocial o contractual a través de la creación de conceptos de aplicación general (*culpa in exigendo*, *culpa in contrahendo*, imposibilidad económica, la buena fe objetiva, etc.) o de la teoría general del negocio jurídico (con conceptos como buenas costumbres, el dolo como engaño provocado, el error determinante, etcétera). Incluso, la dogmática alemana ha ido más lejos y ha extendido los efectos del contrato más allá de las partes creando derechos subjetivos oponibles a tercero²².

Para concluir, la influencia del Derecho alemán en el Derecho de los Contratos, se hizo sentir en el Derecho Comparado, principalmente en los siguientes aspectos:

- a) El Derecho de los Contratos se construye sobre la noción de negocio jurídico y autonomía privada en lugar de convención y contrato y la autonomía de la voluntad.

¹⁹ En el Derecho Comercial son muy influyentes en Europa el *Código comercial* holandés (*Wetboek van Koophandel*) de 1838; el alemán, que tiene sus antecedentes en la ley General de Instrumentos Negociables de 1848 y el *Código de Comercio General* germánico de 1861.

²⁰ El *Código Civil General* de Austria de 1811 se basa en un exhaustivo estudio del Derecho Comparado de su tiempo. La demora en adoptar la codificación de los *Länder* alemanes no sólo tenía razones de índole geopolíticas sino, principalmente, jurídicas. En el Derecho alemán es clásica la división de los juristas de la época, entre los partidarios de la codificación y los que abogaban por mantener el Derecho Consuetudinario. Los principales exponentes de estas posiciones son Antón Friedrich Justus THIBAUT, que estaba a favor de la Codificación, y Friedrich Kart von SAVIGNY, que era partidario del Derecho Consuetudinario. Esta discusión se produce en Alemania en la primera mitad del siglo XIX.

²¹ Así, el referido autor destaca una serie de materias en las cuales la influencia de esta tendencia fue determinante, como el derecho de la personalidad, que fue desarrollado a través del derecho al nombre (párrafo 2, *BGB*) y derecho de la propia imagen (párrafo 22 de la ley de Derecho de Autor) o el derecho constitutivo del Derecho Privado de las personas jurídicas organizadas corporativamente, que se modificó profundamente, entre otros. WIEACKER (n. 4), p. 475.

²² WIEACKER (n. 4), pp. 475-477. En Chile se han escrito ríos de tintas respecto de este fenómeno (*Drittwirkung*), que está íntimamente vinculada a la teoría del negocio jurídico.

- b) El Derecho de los Contratos se entiende objetivamente. Así, se desarrollan los conceptos de buena fe objetiva y el dolo, entendido como un engaño provocado, entre otros. La teoría de la declaración se levantó, frente a la teoría de la voluntad, como fundamento de un Derecho de los Contratos más objetivo y científico.
- c) La concepción del negocio jurídico, sobre la que se construye la teoría del contrato, le da coherencia al sistema jurídico.
- d) Existe un fuerte vínculo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, no sólo en el alemán, entre jurisprudencia y doctrina. Dicho vínculo fue y es fundamental para elaborar y sustentar una teoría del negocio jurídico o del contrato²³.

A continuación, se analizarán brevemente los dos principios en los que se descompone el principio de la autonomía privada.

3.1.1 Libertad de conclusión

Una de las manifestaciones más importantes del principio de la autonomía privada es la libertad para contratar o de conclusión, que consiste en que nadie puede ser obligado a concluir un contrato sin su voluntad o anuencia²⁴. La libertad de conclusión, sin embargo, no es absoluta y puede verse afectada por un deber de ayuda, que emana directamente de la ley. Pero, en este caso, nos alejamos de la responsabilidad contractual para entrar en el campo de la responsabilidad aquiliana o de las obligaciones legales.

3.1.2 Libertad de configuración interna

En virtud de la libertad de configuración interna, las partes libremente puedan convenir el contenido del contrato. En nuestro Derecho, este principio es conocido como libertad contractual. Sin embargo, esta libertad puede estar limitada por causales internas propias del Derecho de los Contratos, como externas²⁵. Así, por ejemplo, en el Derecho chileno, una limitación de la

²³ Éste es un gran tema con relación al Derecho chileno, pero excede claramente este trabajo. Sin embargo, es de destacar que en nuestro medio no sólo no existe comunicación entre doctrina y jurisprudencia sino que rara vez los trabajos jurídicos hacen referencia siquiera a la doctrina nacional. En este sentido, le sugiero al lector que revise una reciente publicación MARTINIC y TAPIA, *Sesquicentenario...*, op. cit. (n. 2), tomos I y II. En ella, de los trabajos nacionales, la mayoría de un alto nivel, obvian recurrir a la doctrina nacional o, bien, se refieren a autores los cuales, en su mayoría, están muertos.

²⁴ Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, versión española y notas de Jaime Santos BRIZ, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 66.

²⁵ Es importante destacar que en el Derecho alemán las prohibiciones de contenido o de celebrar determinadas cláusulas, como el caso del anatocismo del párrafo 248.1° del *BGB*

última clase es la relativa a la contratación entre cónyuges. En este sentido, las donaciones entre cónyuges son siempre revocables (artículo 1.138.2º del CC). La limitación externa obedece a un principio ajeno al contractual, en este caso la justificación de la limitación estaría en impedir el fraude a tercero o la protección de la familia.

En el Derecho alemán han sido especialmente relevantes las buenas costumbres, como límite a la libertad de configuración interna el contrato. En el Derecho Germano, los parámetros para determinar las buenas costumbres se presentan como objetivos, y se obtienen de la opinión o el sentimiento general. Sin perjuicio de lo cual, las buenas costumbres no deben confundirse con la moral, que estaría, más bien, relacionada con el orden público. Así, el negocio jurídico contraviene las buenas costumbres en la medida que se opone o afecta valores que, según la convicción jurídica, el ordenamiento jurídico está llamado a proteger²⁶.

Como el principio de la autonomía privada está íntimamente ligado a la teoría del negocio jurídico, antes de seguir con su análisis se abordará el concepto de negocio jurídico en el Derecho alemán y su ámbito de influencia.

3.2 El negocio jurídico como noción configuradora de la teoría del contrato

Se pueden destacar dos nociones del negocio jurídico. Una de ellas dio lugar al negocio jurídico como una corrección refundadora de la teoría del contrato (teoría alemana). Esta noción se opuso y dio por superada la expresión "acto jurídico", propia de la teoría clásica o francesa en el Derecho europeo²⁷.

no son prohibitivas, aunque generen nulidad. Para estar frente a una norma prohibitiva, el ordenamiento jurídico, además de desconocer los efectos del acto, trata de impedir la ejecución del negocio, como en el caso de la reducción de especies robadas. LARENZ (n. 25), pp. 77-78.

²⁶ Los límites que se establecen en el Derecho español, conforme al artículo 1.255 del CC, son los mismos que en el Derecho chileno, es decir, el límite legal, moral y el orden público.

²⁷ También existe otra noción de negocio jurídico, que, más bien, es un intento de adaptar esta terminología a las legislaciones latinas. Estas acepciones ya las he abordado en unos trabajos anteriores, así que no me detendré en ellas. BARCIA (n. 18), pp. 688-689. El dominio de la expresión negocio jurídico se hace evidente en los ordenamientos jurídicos latinos, como el español o italiano, en los cuales la expresión acto jurídico ha sido casi completamente relegada. En apoyo de esta afirmación se puede recurrir a las elocuentes palabras del español Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *El negocio jurídico*, Barcelona, Librería Bosch, 1958, p. 38, que ya en el año 1958 señala: "[e]s posible construir una teoría general del negocio jurídico porque de las que son hoy singulares figuras del mismo se puede inducir un sistema de conceptos y principios comunes a todas. Y el mérito fundamental de haber realizado tal tarea corresponde a los pandectistas alemanes del pasado siglo, que con ello han dado una pieza importantísima a la ciencia jurídica actual...".

En realidad, en el Derecho europeo actual se presentan sólo dos sistemas contractuales, el sistema del *common law* o Derecho de los jueces y el sistema romano-germánico. La fuerte influencia que tuvo en sus orígenes el sistema contractual francés en gran parte se ha diluido, después de haber sido absorbida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. Sin embargo, el Derecho alemán fue una fuente de inspiración durante todo el siglo XX, principalmente a través de la noción de negocio jurídico y de la influencia de la jurisprudencia, que ha tenido a bien acoger la teoría del negocio jurídico.

La noción clásica del contrato, que se centra en la relación jurídica, ha sido puesta en tela de juicio no sólo porque no se avizora la diferencia, en torno al estatuto regulador, entre contrato y convención, sino porque el contrato está destinado a constituir relaciones de cualquier clase tanto patrimoniales como extramatrimoniales²⁸. Por esta razón, y dado que la influencia de la doctrina francesa ya fue absorbida por nuestro Derecho, me centraré, principalmente, en el análisis del Derecho Germánico o de la teoría del negocio jurídico para, de esa forma, ir construyendo una visión más amplia del Derecho de los Contratos.

3.2.1 Características del negocio jurídico como noción configuradora de la teoría del contrato

Las características del negocio jurídico pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) El negocio jurídico es una figura envolvente

Dicho concepto trata de englobar de forma unitaria todos los "actos jurídicos", y se sustenta totalmente en la autonomía privada.

El negocio jurídico es envolvente por cuanto supone la adscripción a un estatuto jurídico y, además, porque nace por efecto de una suma de voluntades que en las convenciones se traduce en una única y ficticia voluntad, que se denomina "consentimiento"²⁹. Pero, además, el negocio jurídico es un concepto que admite un análisis teórico más rico.

b) Es un concepto abstracto

La abstracción es una característica fundamental del negocio jurídico, pues deja de manifiesto la interrelación entre los elementos que configuran la estructura del negocio jurídico y que configuran la teoría del negocio jurídico³⁰.

²⁸ DIAZ-AMBRONA (n. 2), p. 135.

²⁹ La tesis de la "voluntad unitaria", como pone de manifiesto Emilio BETTI, *Teoría del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000, p. 64, es un legado de los pandectistas.

³⁰ Cabe destacar las palabras de ALBALADEJO GARCÍA (n. 28), que al respecto señala "...el estudio del concepto del negocio jurídico como título abstracto y de la teoría general del

c) El negocio jurídico es un *supra*-concepto (*obergriff*)³¹.

En este sentido, José Luis Monereo Pérez se refiere al proceso de objetivación del cual el concepto de negocio jurídico es impulsor. El negocio jurídico objetiviza el Derecho, transformando al contrato en un vehículo por el cual los individuos se adscriben a diferentes estatutos normativos. Para José Luis Monereo Pérez este proceso, que denomina impersonalización de las formas del negocio, "reside en la sustitución de los convenios personalísimos por 'formas de contrato' en las que cada contratante penetra en un sistema de disposiciones objetivas que regulan de modo anticipado la conclusión del contrato y de las clases se sirven como de un instrumento para sus fines personales"³². Así, a pesar de que el origen del negocio jurídico está en la autonomía de la voluntad, se forma por la conjunción de experiencias concretas y de principios propios de cada ordenamiento jurídico.

d) El negocio jurídico presenta un fuerte grado de instrumentalidad

La noción de negocio jurídico no es neutra, depende de la tradición jurídica del respectivo ordenamiento jurídico³³.

Este punto es de crucial importancia. Así, las características del negocio jurídico-patrimonial en España, según Luis Díez-Picazo, son las siguientes: el negocio jurídico se forma conforme a la autonomía privada y la libertad individual, se aplica la idea de conmutatividad propia del comercio, exige la observancia de aquella conducta que exige en cada caso la buena fe y protege la seguridad del tráfico³⁴. En cambio, las características del negocio jurídico para el Derecho italiano, aunque muchas de ellas se comparten, son otras³⁵.

mismo *facilita* el de dichas figuras singulares (contrato, testamento, matrimonio, etc.), *simplifica* la exposición de aquello que les es común, y *da una visión unitaria* de una serie de cosas que conviene contemplar conjuntamente. Por eso hay que sostener que el negocio jurídico constituye una abstracción útil", p. 38.

³¹ Díez-Picazo y Gullón (n. 7), p. 471.

³² Monereo Pérez (n. 13), p. xxx.

³³ El concepto negocio jurídico es un instrumento para la elaboración de la teoría del contrato. Así, dentro de una concepción realista del Derecho, el negocio jurídico es una norma conducta o precepto (regula comportamientos) o para Rudolph von Ihering se trataría de un intercambio de intereses. En otras palabras, el concepto de negocio jurídico es más moldeable o dúctil.

³⁴ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, tomo 1: Introducción. Teoría del Derecho, pp. 74-75.

³⁵ Es así como Francesco Galgano, "I. El negocio jurídico en Alemania y en Italia", en Francesco Galgano (coord.), *Tabla 4: negocio jurídico y contrato, atlas de Derecho Privado Comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 116, señala: "[l]os artículos del código civil italiano de 1942 tomaron la decisión opuesta: invierten la perspectiva del BGB

e) El negocio jurídico está regulado en un estatuto jurídico común

El negocio jurídico representa el estatuto común o general. Es una noción que permite darle coherencia al sistema, llenando vacíos normativos y logrando un sistema contractual más eficiente. Así, las normas que regulan el negocio jurídico no se aplican en caso de un vacío de ley, por ejemplo, al testamento, sino que son las normas que regulan el testamento, salvo que se disponga lo contrario³⁶. En este sentido, el término negocio jurídico sirve como vaso comunicante para crear un estatuto jurídico común a distintas figuras, que emanan de la autonomía privada, no sólo contractuales.

De este modo, se solucionan ciertas incongruencias que se presentan en nuestro sistema jurídico. A continuación, se estudiará conforme a la teoría del negocio jurídico, un problema específico. En nuestro Derecho es posible analizar el estatuto regulatorio de la compraventa, como título traslativo, en comparación con otras convenciones traslativas, respecto de los siguientes aspectos:

- i) La aplicación del artículo 1.464 del CC con relación a los títulos traslativos que no son compraventa no está exenta de problemas.
- ii) El ámbito de la aplicación del artículo 1.880 del CC, que se refiere a la prescripción del pacto comisorio en la compraventa, no está claro³⁷.

haciendo del contrato la categoría principal, y declarando que las normas correspondientes al mismo fueran observadas, en cuanto compatibles, para los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial (art. 1324)" y, aun, es más claro al agregar: "[l]a diversa política de construcción jurídica se traduce en la tendencia a adecuar las categorías jurídica-formales a la tipología social...".

³⁶ Francesco Galgano, *El negocio jurídico*, Valencia, Triant Lo Blanch, 1992, página 28.

³⁷ La redacción dada al artículo 1.880 del CC ha sido fuertemente criticada por la doctrina. Así, dicha norma puede llevar al absurdo de entender que la acción, que emana del pacto comisorio calificado, prescriba antes de nacer. De esta forma, podría suceder si se estipula un pacto comisorio calificado, en un contrato que contiene obligaciones a un plazo superior a cuatro años; entonces, al vencimiento del cuarto año, la acción del pacto comisorio estaría prescrita. La solución a este inconveniente, para Hernán Larraín ríos, está en conceder al acreedor la acción resolutoria que emana de la condición resolutoria tácita.

Para una parte importante de la doctrina, el artículo 1.880 del CC se aplica al pacto comisorio en general. Ello se debería a que esta disposición a pesar de estar ubicada en el párrafo 10 del título XXIII denominado "De la Compraventa" del libro IV del *Código Civil*, de aplicación general. Para estos autores los pactos comisorios en general prescribirían conforme a la regla del artículo 1.880 del CC. De esta opinión son Arturo Alessandri, Mamuel Somarriva, Antonio Vodanovic, *Tratado de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 29 y Daniel Peñailillo Arévalo, *Obligaciones: teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 440. René Abeliuk, en cambio, restringe la aplicación de esta norma al pacto comisorio calificado en la compraventa por el no pago del precio. Para este autor, el pacto comisorio simple y calificado, salvo el pacto comisorio calificado por no pago del precio en la compraventa, prescriben conforme a las reglas generales de la prescripción

iii) El ámbito de aplicación del artículo 1.801.1° del CC. Conforme a esta norma, la cesión de los derechos hereditarios, que sustenta en la compraventa, debe celebrarse por escritura pública (artículo 1.801.1° del CC), pero, ¿qué ocurre con relación a otros títulos traslativos, que no sean compraventa, como si un socio aporta a la sociedad sus derechos hereditarios en la sucesión de su padre? Al respecto puede concluirse que es posible extender las formalidades a otros títulos traslativos en el caso de la cesión del Derecho Real de herencia. Ello, sin lugar a dudas, podría hacerse conforme a la teoría del negocio jurídico³⁸.

Como no es atingente desarrollar cada uno de estos casos, sino aplicar la teoría del negocio jurídico, a continuación haré un paréntesis tan sólo en uno de ellos, el primero. Pero antes, me detendré en la forma en que se trata normalmente la autonomía de la voluntad en Chile.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO CHILENO

El análisis que se hace a continuación de la autonomía privada, es el que se viene realizando tradicionalmente en nuestras escuelas de Derecho. Sin embargo, dicha presentación es algo automática y, en cierto grado, obedece a las repercusiones o la importación que se ha hecho de la teoría del negocio jurídico sin una mayor profundización de su significado.

4.1 Concepto de autonomía privada

Conforme a lo señalado, se puede definir a la autonomía privada como el poder o facultad de los individuos para crear actos jurídicos o someterse a

extintiva. Así, el pacto comisorio prescribiría en general en cinco años desde que la obligación se hizo exigible.

No es del caso profundizar en esta materia, ya que el pacto comisorio calificado puede analizarse conforme al Derecho germano y al latino. A pesar de que, por regla general, del pacto comisorio calificado no nace una acción resolutoria, ya que opera de pleno derecho; el acreedor —como siempre mantiene la opción de exigir el cumplimiento forzado de la obligación—, deberá efectuar una declaración unilateral no recepticia de resolución.

³⁸ Sin embargo, dentro de nuestra tradición jurídica ello no es factible, porque las solemnidades son de Derecho estricto. Pero quiero separarme tan sólo un instante de este tema. Como ya se señaló, antes de responder estas preguntas y muchas otras, debemos tratar de analizar, si la teoría del negocio jurídico es aplicable en nuestro Derecho. Esta pregunta, sin embargo, no tiene mayor relevancia, ya que ella, por supuesto, puede aplicarse como se hace en la mayoría del Derecho europeo, que adoptó códigos que, como el nuestro, están inspirados en el *Código* de Napoleón, así sucede, por ejemplo, en el propio *BGB* o el *Código Civil* español. La pregunta de fondo, en realidad, es, ¿cuáles serían las características o la construcción del negocio jurídico en nuestro ordenamiento jurídico?

un estatuto legal o particular, si lo desean de esta forma, y regular los efectos del acto jurídico o someterse a un estatuto preexistente.

Es posible distinguir los siguientes elementos fundamentales de la autonomía privada:

- a) La libertad para contratar, es decir, la libertad para sentarse a negociar.
- b) La libertad contractual.

Esta última libertad se traduce en la negociación del contenido de acto jurídico que se celebra o el sometimiento a un estatuto jurídico preexistente.

4.2 Elementos de la configuración básica de la autonomía de la privada

Conforme a lo señalado precedentemente la autonomía de la voluntad comprende los siguientes dos elementos:

A. La libertad de contratar o para contratar

La celebración de un contrato queda entregada a la iniciativa de los interesados. Las partes son las que eligen y deciden la oportunidad para contratar. Ellos contratan cuando *pueden o quieren*. Sin embargo, existen casos en los cuales el ordenamiento jurídico impone la celebración de un acto o contrato, ello ocurre en los denominados *contratos forzosos*. Un ejemplo de éstos es el seguro de responsabilidad por accidentes de tercero. Conforme a nuestra legislación, los propietarios de vehículos para poder circular deben de contratar un seguro de daños a favor de terceros. En este caso, el ordenamiento jurídico estaría limitando la *libertad de contratar*.

Otro tanto sucede en los seguros que debe tomar la locomoción colectiva.

Como se señaló el principio de la libertad para contratar resalta al principio de la autonomía de la voluntad en su vertiente clásica, es decir, como creadora de derechos subjetivos.

B. La libertad contractual

En virtud de ella, las partes fijan el *contenido y los efectos* del contrato. Así, este elemento pone de manifiesto la función normativa del contrato, como creador de derecho objetivo. Sin perjuicio de ello, las partes están limitadas por el ordenamiento jurídico e, incluso, por su propia voluntad, que puede estar vinculada por actos o contratos anteriores³⁹.

³⁹ A esta facultad LARENZ (n. 25), pp. 74-75, la denominaba libertad de configuración interna porque a través de ella las partes podían resolver no regirse por las normas civiles supletorias. En este sentido, un contrato típico puede transformarse en atípico, en la medida

Sin perjuicio de lo señalado, la función normativa del contrato no puede llevar a asimilarlo a la ley, ya que el contrato es una fuente normativa de alcance muy limitado. Su limitación no sólo se aprecia en su jerarquía, que es inferior a la ley, sino, también, a su alcance, pues el contrato produce efectos relativos a diferencia de las normas que tienen efectos *erga omnes*. Así se aprecia claramente en los casos en que el ordenamiento jurídico no sólo suple la falta de regulación de las partes —en cuyo caso no se restringe la libertad contractual—, sino cuando impone disposiciones o cláusulas legales, como en los contratos dirigidos. En dichos contratos, sus cláusulas fundamentales, o sea, las que se refieren a elementos de su esencia, son impuestas por la ley.

C. La autonomía privada está presente en todas las etapas del contrato

El principio de la autonomía privada puede analizarse a través de la formación, vigencia y término del contrato. De esta forma, la autonomía privada no sólo está presente en el nacimiento del contrato sino en todo su proceso de desarrollo. Incluso, tiene cabida en las eventuales ineficacias que pudieren afectarlo, como en el saneamiento de la nulidad relativa. A continuación, se analizará la autonomía de la voluntad en las distintas etapas del contrato o “*iter*” contractual:

a) En la formación del contrato

Este principio se manifiesta, tanto en la libertad contractual como en el principio del consensualismo. En virtud de este último, sólo a través del *consentimiento* las partes pueden obligarse. Para la mayoría de la doctrina chilena el consensualismo es el principio predominante en cuanto al perfeccionamiento del contrato. Así, los contratos consensuales son la regla general. Pero en realidad el principio general en nuestro Derecho parece ser el formalismo, como se desprende del simple análisis de los artículos 1.708 y 1.709 del CC.

b) En los efectos del contrato

En la autonomía privada se sustenta el principio de la fuerza obligatoria del contrato⁴⁰. En dicho sentido, una vez formado el consentimiento y producido el acuerdo de voluntades las partes no pueden modificarlo unilateralmente. Sin

que se vea afectado algún elemento de la esencia del contrato nominado y se dé lugar de este modo, a un nuevo contrato.

⁴⁰ Ello es bastante discutible, ya que para autores menos kantianos, como Emilio Betti o la mayoría de los positivistas, la fuerza obligatoria del contrato emana de la ley.

embargo, como una forma de corregir la fuerza que le otorga el ordenamiento jurídico al contrato, el artículo 1.546 del CC señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe. De esta forma, conforme a la referida disposición, los contratos, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Además, como el sustento del contrato está en la autonomía privada, los contratos tienen efectos relativos, sin perjuicio que eventualmente alcancen a los terceros relativos o interesados.

c) En cuanto a la interpretación del contrato

La autonomía privada se manifiesta fundamentalmente en los artículos 1.560 y 1.564.2° del CC. Según estas normas siempre es preferible la interpretación auténtica del contrato, o sea, aquella que emana de las propias partes que han celebrado el acto o contrato.

d) En cuanto a la extinción del contrato

De la misma forma que la autonomía de la voluntad da origen al contrato puede ponerle término a través de la resciliación.

En resumen, este tratamiento que se da al principio de la autonomía de la voluntad, que es típico en nuestro medio⁴¹, de alguna forma acoge la teoría del negocio jurídico. Ello es evidente desde que se reconoce la importancia del consentimiento no sólo en la creación del contrato sino a través de todo el “*iter*” contractual, pero no se profundiza en la creación de estatutos jurídicos concretos. Y es, precisamente, valiosa en este aspecto, la teoría del negocio jurídico.

5. APLICACIONES DE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO AL DERECHO CHILENO

Ya estudiado el principio de la autonomía privada con relación a la teoría del negocio jurídico, se analizarán las ventajas de sustentar la teoría del contrato en la teoría del negocio jurídico en el ordenamiento jurídico chileno. La adopción de esta teoría solucionará ciertas incongruencias que presenta nuestro sistema jurídico. Así, a continuación, se estudiará, conforme a la teoría del negocio jurídico, dos problemas específicos para apreciar en concreto cómo opera esta

⁴¹ Para probar esta afirmación basta recurrir a cualquier manual o clase de Derecho Civil.

teoría y sus eventuales ventajas. El primero de ellos será la tensión entre la regulación de las convenciones traslaticias, que no son compraventa, y las normas de la compraventa; y el segundo, la regulación de los contratos atípicos.

5.1. Análisis del artículo 1.464 del Código Civil a la luz de la teoría del negocio jurídico

El análisis del artículo 1.464 del CC es especialmente relevante en atención a que es una de las normas que una mayor discusión teórica ha generado en nuestro medio y se enseña profusamente en la licenciatura.

5.1.1. Ámbito de aplicación del artículo 1.464 del CC: alcance de lo que se entiende por enajenación

El análisis del ámbito de aplicación de esta norma comienza determinando lo que se entiende por enajenación. Ello permitirá distinguir los distintos actos jurídicos y contratos a los cuales puede eventualmente alcanzar dicha disposición.

La palabra 'enajenación' en nuestro Derecho se utiliza conforme a las siguientes dos acepciones:

- a) Enajenación en sentido restringido, es transferir el dominio que se tiene sobre una cosa, es decir, mediante la enajenación un derecho se transfiere de un patrimonio a otro.
- b) Enajenación en sentido amplio, no sólo significa transferir el dominio sino constituir cualquier derecho real sobre la cosa. Por lo tanto, la constitución de cualquier derecho real da lugar a un principio de enajenación, como ocurre con la hipoteca, prenda, uso, habitación, usufructo, prenda o servidumbre. Así, se explica que los artículos 2.387 y 2.414 del CC exijan la facultad de enajenar para constituir la prenda y la hipoteca⁴².

Conforme a lo anterior, lo primero a analizar, para determinar el ámbito de aplicación del artículo 1.464 del CC, es si la palabra 'enajenación', utilizada en el artículo 1.464 del CC, tiene un sentido restringido o amplio.

Para Luis Claro Solar el *Código Civil*, en el artículo 1.464 y en la mayoría de sus preceptos, utiliza la palabra 'enajenación' en sentido restringido, como sucedería en los artículos 144 y 393, entre otros. Ésta ha sido la posición minoritaria en la doctrina y la jurisprudencia respecto de ese artículo. Ello se debe principalmente a que dicha posición haría ilusorios los derechos de los

⁴² Sin embargo, como destaca Karl LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Jaén, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 648, en este caso es mejor hablar de facultad de disposición por cuanto dicho término comprende a cualquier prohibición o gravamen que afecte la facultad de disposición.

acreedores, que se tratan de proteger en los numerales 3° y 4° del artículo 1.464.1° del CC.

Sin perjuicio de lo anterior, la enajenación, ni aun en sentido amplio, afecta a los contratos por cuanto ellos sólo son títulos traslaticios de dominio. De este modo, el artículo por sí solo no alcanza a los contratos. Entonces, para ver qué contratos se pueden ver afectados por la referida disposición se deben analizar de forma específica.

5.1.2 Análisis sobre que convenciones traslaticias se ven alcanzadas por el artículo 1.464 del CC

Para poder abordar las posiciones que ha adoptado la doctrina en torno a este tema se analizarán las siguientes situaciones:

A. La compraventa

En principio, una compraventa, que cae en alguno de los supuestos que establece dicho artículo, no es nula por objeto ilícito por cuanto la compraventa no puede ser considerada como forma de enajenación, ni en sentido amplio ni restringido. De la compraventa no nacen derechos reales por lo que por la celebración de dicho contrato (acuerdo sobre la cosa y el precio) no hay enajenación.

Sin embargo, conforme al artículo 1.810 del CC, no pueden venderse las cosas corporales o incorporales cuya enajenación esté prohibida por ley⁴³. Entonces, por aplicación del artículo 1.810 del CC, la compraventa que recaiga en alguno de los supuestos del 1.464 adolece de objeto ilícito, y es nula, de nulidad absoluta.

Sin perjuicio de lo anterior, Eugenio Velasco desarrolló una teoría que rechaza la aplicación del artículo 1.810 del CC a los numerales 3° y 4 del artículo 1.464.

Para el referido autor el artículo 1.810 es una norma de naturaleza prohibitiva, lo que se traduce en la imposibilidad absoluta de celebrar la compraventa. Pero ello sólo sucede en los numerales 1° y 2° del artículo 1.464.1° -que son

⁴³ El artículo 1.810 del CC tiene su antecedente en el artículo 1.598 del *Code*. Sin embargo, la aplicación que nuestra doctrina y jurisprudencia ha hecho del artículo 1.810 del CC. se separa de la que le ha dado la doctrina y jurisprudencia francesa. La doctrina y jurisprudencia francesa entiende que esta norma sólo se aplica respecto de prohibiciones contenidas en leyes especiales. Ello se haría evidente entre nosotros por la utilización en el artículo 1.810 del CC. de la expresión "enajenación no esté prohibida por ley" y no "en la ley". Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Instituciones jurisprudenciales en el *Código Civil* chileno, en MARTINIC y TAPIA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Lexis Nexis, 2005, tomo 1, p. 356.

normas prohibitivas-. En cambio, en los supuestos de los numerales 3° y 4° -que son normas imperativas de requisito- sólo se exige cumplir con ciertas condiciones para celebrar la compraventa, como sucede con la autorización del juez para enajenar los bienes embargados.

En virtud de esta interpretación, el artículo 1.810 no se aplica a los numerales 3° y 4° del artículo 1.464.

En resumen, como las causales de los numerales 1° y 2° son normas prohibitivas, la compraventa que transgrede estas normas es nula, siendo válida la que recae sobre los supuestos establecidos en los numerales 3° y 4° del artículo en estudio.

La doctrina y jurisprudencia desecharon la posición de Eugenio Velasco sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Para Manuel Somarriva la distinción de las leyes en prohibitivas, imperativas y dispositivas sólo tiene importancia para los efectos de determinar la sanción. Pero la sanción al artículo 1.464 del CC es indiscutiblemente, la nulidad absoluta, por lo que la distinción a este respecto no tiene sentido.
- b) El artículo 1.810 del CC no se refiere sólo a leyes prohibitivas, sino, también, a las imperativas de requisito, pues no hace distinción alguna. De este modo, dicha norma se remite a las enajenaciones que están prohibidas por la ley, ya sea en forma absoluta (N° 1 y 2), ya sea que se exija el cumplimiento de ciertos requisitos (N° 3 y 4).
- c) La teoría de Eugenio Velasco es artificiosa, pues no tiene ningún antecedente de *ratio* ni *ocassio legis* que la justifique.
- d) La posición de Eugenio Velasco llevaría al absurdo de dejar en la indefensión al comprador que celebra una compraventa con un vendedor-deudor que transgrede los numerales 3° y 4° del artículo 1.464 del CC.

Sin tomar partido en la discusión precedente, se puede señalar, a lo menos, que de estas críticas, la menos acertada es la última (iv). Si bien la compraventa, que transgrede los numerales 3° y 4° del artículo 1.464 del CC, no adolecería de objeto ilícito, la posición de Eugenio Velasco no impide que el comprador entable la acción resolutoria en contra del vendedor incumplidor, mas la correspondiente indemnización de perjuicios. El cumplimiento forzado de la obligación debe desecharse, conforme a la posición del autor precedente, pues se haría imposible por la traba del embargo o la medida precautoria sobre la cosa litigiosa.

En definitiva, sólo se le puede criticar a Eugenio Velasco una falta de coherencia que genera en el sistema jurídico la diferencia de tratamiento, respecto de los numerales 1° y 2°, que llevarían aparejada la nulidad -por una parte- y 3° y 4° por la otra -que llevarían aparejada la resolución-.

B. Situación de otros títulos traslaticios diferentes a la compraventa

Un tema que ni siquiera se ha planteado por la doctrina y jurisprudencia es la aplicación del artículo 1.464 del CC a otras convenciones traslaticias, diferentes a la compraventa.

En las convenciones traslaticias, en que no existe una norma similar al artículo 1.810 del CC, cobra importancia la posición de Eugenio Velasco. De este modo, si uno de los socios aporta a la sociedad un bien embargado, como el contrato no es un acto de enajenación, el contrato de sociedad es perfectamente válido. Sin embargo, como no se puede efectuar la tradición, por contravenirse al artículo 1.464.1°; N° 3 del CC; entonces, a los acreedores, es decir, a los otros socios, sólo les quedará solicitar la resolución con indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la obligación de efectuar la tradición del aporte. De esta forma, como la compraventa es sólo uno de los títulos traslaticios de dominio, respecto de los otros recobra vigencia la tesis de Eugenio Velasco.

C. Aplicación de la teoría del negocio jurídico

Pasemos a analizar el supuesto precedente desde la perspectiva del negocio jurídico. Conforme a esta perspectiva nos debemos preguntar, ¿forma la regla del artículo 1.810 del CC parte del estatuto regulatorio de las convenciones traslaticias o negocios jurídicos traslaticios? Independientemente de los antecedentes históricos de la norma, conforme a la teoría del negocio jurídico, podríamos señalar que el estatuto de los negocios jurídicos onerosos es distinto en nuestro Derecho a los gratuitos, y que la conmutatividad constituye uno de los principios del negocio jurídico⁴⁴. Así, la regla del artículo 1.810 del CC, a pesar de su ubicación en la compraventa, se debe generalizar; pero no a cualquier acto jurídico, sino sólo a los onerosos conmutativos.

Las ventajas de aplicar esta posición son evidentes. La posición de Eugenio Velasco, aplicada a las convenciones traslaticias, puede ser "jurídicamente correcta", pero carece de toda coherencia; en cambio, la extensión de la aplicación del artículo 1.810 del CC, conforme a la teoría del negocio jurídico,

⁴⁴ De un análisis de las clasificaciones del contrato por parte de la doctrina, se puede apreciar que una de las distinciones que se considera más relevante es la del contrato, en unilateral y bilateral. Ello es evidente desde que la mayoría de los autores destacan las múltiples diferencias entre estos contratos. Sin embargo, producto del estudio de la teoría del contrato, en el Derecho Comparado, se concluye que la distinción fundamental es la onerosidad o gratuidad del contrato. Aspecto que no parece haber pasado desapercibido para Victorio Pescio, *Manual de Derecho Civil, teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, tomo II, pp. 30-31. Para comprobar esta afirmación en un trabajo anterior me he preocupado en señalar en que materias esta clasificación es de importancias. BARCIA (n. 18), pp. 136-137.

otorga coherencia al sistema contractual. Por otra parte, conforme a la teoría del negocio jurídico, también es factible extender la tesis de Eugenio Velasco a todos los títulos traslativos onerosos conmutativos.

5.2 Los contratos atípicos como una manifestación de la autonomía privada

Éste es un tema que en el Derecho Comparado se analiza conforme a la teoría del negocio jurídico.

5.2.1 Generalidades

Los contratos consensuales nacen en el Derecho histórico como contratos atípicos, pues de los tradicionales cuatro estatutos contractuales se comienzan a crear contratos que terminaron siendo regulados por el legislador.

En el Derecho Comparado tanto el Derecho alemán, con su noción de negocio jurídico, como en el *common law*, con su noción de *contract* de aplicación general, se ha propiciado un sistema jurídico que crea las condiciones necesarias para el desarrollo de los negocios jurídicos o contratos atípicos. Ello es evidente desde que la estructura regulatoria del contrato es clara y generalmente aceptada.

La relación entre los contratos típicos y atípicos es inversa con relación a la libertad contractual y para contratar. De este modo, la libertad contractual se encuentra limitada en los elementos de la esencia particulares del tipo, que están regulados por normas de Derecho Positivo; en cambio, el “contrato atípico” sólo cuenta, en principio, con el sustento de la estructura general del contrato. Sin embargo, los tipos contractuales atraen a los contratos atípicos, ya sea absorbiéndolos, combinándolos o aplicando sus reglas por analogía.

El concepto de la tipicidad está presente en varios campos del Derecho. De este modo se presenta en el campo penal, de los derechos reales, etc. A continuación, brevemente, me referiré a la delimitación del ámbito de regulación de los contratos atípicos.

5.2.2. Delimitación del estatuto normativo de los contratos atípicos

Éste es uno de los problemas que enfrenta la teoría civil del tipo contractual. A través de los supuestos teóricos que se analizarán, lo que se busca es reconducir una categoría negocial atípica a una típica, es decir, contenida en un tipo legal. El ejercicio de reconducción se hace elaborando unas categorías típicas, que se aplican a la tipicidad estructural del contrato (requisitos: el acto jurídico), su clasificación (clasificación del acto jurídico, del negocio jurídico y

de los contratos), y a la clasificación de las prestaciones que se pueden aplicar a la prestación que nace el contrato atípico (obligación de declarar, de restituir, de traidir, etc.)⁴⁵. Este esfuerzo de reconducción no sólo lleva a la aplicación de la regulación típica sino a su integración por los distintos principios y elementos que la integran. Ello va desde, por ejemplo, la simple aplicación de los principios contractuales al establecimiento de un estatuto jurídico, que regulan la obligación de restituir, si se elabora una teoría del tipo de “obligaciones de restituir” en el ordenamiento jurídico chileno. Todos estos criterios serán decisivos para resolver los problemas que genere un contrato atípico.

La falta de su regulación pueden crear problemas al juez al momento de aplicar el Derecho, ya sea porque existen vacíos en la regulación que se han dado las partes o simplemente porque el contrato atípico no es tal y las partes a través de él han tratado de evitar la aplicación de una norma imperativa⁴⁶. Para solucionar estos problemas es posible recurrir a los siguientes criterios.

5.2.3 Absorción del contrato atípico por un contrato nominado

En realidad, ésta es una forma de delimitar la naturaliza típica o atípica del contrato. En el fondo, mediante esta figura, se concluye que el contrato que

⁴⁵ Como destaca María del Carmen GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1979, p. 19, existen fundamentalmente dos grados dentro de la tipicidad. El primer grado está dado por la teoría del contrato (teoría del negocio jurídico) y el segundo, por la ubicación del contrato (estatuto contractual dentro de la teoría del contrato). Eric PALACIOS M., “La problemática de la teoría del tipo y la integración contractual”, en *Estudio sobre el contrato en general por los setenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Lima, ARA Editores, 2004, p. 734, distingue un tercer grado, que estaría dado por la especificación del contrato dentro de un tipo específico como, por ejemplo, una donación irrevocable.

⁴⁶ Como destaca Ana LÓPEZ FRIAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch Editor, 1994, pp. 277-278, la doctrina italiana se ha ocupado especialmente de esta materia. Así, para la unidad o pluralidad contractual, se distinguen fundamentalmente los siguientes dos criterios: a) Tesis subjetiva: el problema de la conexión contractual –e indirectamente de la determinación del tipo– debe reconducirse a la voluntad. De este modo, conforme a esta tesis subjetiva, en estas materias simplemente estaremos frente a un problema de interpretación. Esta posición habría sido desechada. b) Tesis objetiva. Para la determinación del tipo se debe recurrir a “la relación en que se encuentran las diversas prestaciones concurrentes en la situación de hecho”. Para otros, el problema se ciñe en la reubicación o encuadramiento de la figura atípica en el tipo legal. En este sentido, las pluralidades de prestaciones de un contrato se deben reconducir a un solo tipo que puede dar lugar a varios contratos, independientemente que estén contenidas en un único instrumento. En cierto modo esta posición no es más que la aplicación de la teoría del negocio jurídico en los términos planteados en este trabajo. Pero, como destaca Ana López también se puede concluir que estamos frente a un contrato coligado. Finalmente, la referida autora se refiere a la última posición de la doctrina italiana en virtud de la cual el criterio decisivo es la causa.

se presenta como atípico no es tal, y por ello es absorbido por un contrato nominado. Para entender si ello acontece se puede recurrir a los siguientes criterios:

a) Elementos de la esencia particular del tipo

Conforme a este criterio, si la figura en principio atípica comparte uno o más elementos de la esencia de una figura típica se le debe aplicar dicha regulación. En el Derecho Comparado este criterio ha sido rechazado, pues existen contratos que tienen los mismos elementos de la esencia, como el contrato de suministro y de compraventa, y no se pueden regirse por el mismo estatuto regulatorio.

b) En la medida que la causa de contratar sea la misma

En la medida que el contrato atípico comparta los elementos de la esencia particular o la causa de un contrato nominado será absorbido por este último⁴⁷.

c) En la medida que los elementos delimitadores de ambas figuras sean los mismos

Conforme a los autores que adoptan esta posición, los elementos diferenciadores del tipo pueden ser los siguientes:

- i) Elemento personal, así, el seguro requiere que una de las partes sea una compañía de seguro.
- ii) Elemento temporal. En este sentido, es posible diferenciar, por ejemplo, un contrato de agencia -que presupone una relación constante en el tiempo- de uno de corretaje, que, en cambio, se celebra para efectos específicos.
- iii) Independencia de las partes. Así en una misma relación de servicios si hay dependencia es un contrato de trabajo y sino de honorario (lo mismo sucede con el contrato de arrendamiento de servicios y de trabajo).

d) Por el objeto

En la medida que el objeto sea el mismo se debe aplicar el mismo estatuto regulatorio.

⁴⁷ La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia italianas se inclinan por la teoría de la causa como la determinante del tipo. Así, conforme a LÓPEZ FRÍAS (n. 49), pp. 278-279: “[s]e entiende con un carácter general que existe un contrato si la causa es única, y una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas”. Esta posición sería una consecuencia de la adopción de la teoría de la causa como función económica-social.

5.2.4 Construcción de supratipos sobre una base contractual común

Este criterio se puede extraer del Derecho histórico. Por ejemplo, primero se regula el contrato de arrendamiento de cosa y después el de servicio. El contrato atípico prestación de servicio entonces, después de ser un contrato atípico, pasa a formar parte del contrato de arrendamiento. Éste, también, es un criterio de técnica legislativa que recomienda aplicar un mismo estatuto jurídico, una especie de supratipo, a tipos intermedios. Ello solo es factible en la medida que estas figuras compartan rasgos comunes.

5.2.5 Aplicar el Derecho de los Contratos a través de una teoría de las prestaciones rompiendo con la figura de los tipos contractuales

Conforme a esta teoría es posible extraer estatutos regulatorios de las obligaciones típicas como, por ejemplo, de la obligación de restituir. De esta forma, las distintas normas que regulan esta obligación en los distintos contratos, mediante un proceso integrador, configuran el estatuto jurídico a aplicar a la obligación de restituir. Ello permitiría solucionar los problemas que genere un contrato atípico a lo menos en torno a su cumplimiento.

En resumen, conforme a esta posición, el juez puede aplicar las normas que regulan un tipo de obligación a las obligaciones de un contrato atípico.

5.2.6 Teoría alemana de la comprensión o consideración tipológica

Para esta teoría se puede diferenciar entre concepto y tipo. De este modo, es posible definir al contrato de compraventa como aquél en que una parte de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Pero la tipología del contrato es mucho más rica, así la compraventa es onerosa, conmutativa o aleatorio, etc. En definitiva, lo que debe de predominar es la “imagen total del contrato”.

5.2.7 Conclusiones

- a) La teoría del negocio jurídico es útil frente a los distintos problemas que se presentan con relación a la determinación del tipo contractual y la creación de estatutos jurídicos regulatorios aplicables a los contratos atípicos⁴⁸.

⁴⁸ Esta teoría también permite solucionar problemas similares que se presentan con relación a los contratos coligados, conexos o a un negocio jurídico entendido como un complejo de actos jurídicos.

- b) Una doctrina fuerte del negocio jurídico permite desarrollar mejor la teoría general del contrato y sirve para elaborar una estructura común del contrato.
- c) En cierta medida, las teorías precedentes permiten desarrollar un sistema jurídico contractual más integrador. Además, estas teorías se sustentan indirectamente en la teoría del negocio jurídico, pues no son más que la aplicación de la teoría del negocio jurídico como haz regulador.
- d) En la elaboración de la teoría del negocio jurídico será esencial la integración de las normas, que se toman de ámbitos distintos, para integrar la teoría del negocio jurídico. Lo primordial para que este proceso tenga éxito es la adopción de los criterios y principios integradores. Así, por ejemplo, el estatuto jurídico de la obligación de restituir puede diferenciarse según si el contrato es oneroso o gratuito. Pero, además, se pueden adoptar modernos principios como, por ejemplo, el principio de eficiencia, y aplicarlos a los contratos a través de la teoría del negocio jurídico.
- e) A mayor profundidad de la teoría del contrato mayor será la capacidad de respuesta que pueda dar el Derecho de los Contratos a los problemas que se presenten en torno a las figuras atípicas⁴⁹.

6. CONCLUSIONES FINALES

1. Nuestra cultura jurídica se ha mantenido fiel a la tradición contractual francesa. El Derecho francés se ha desarrollado hasta donde le ha sido posible al margen de la teoría alemana. Sin embargo, tampoco hemos seguido la teoría francesa más moderna. Es así como nuestra adscripción a la teoría clásica o francesa del contrato explica nuestro evidente atraso con relación al Derecho Comparado de los contratos, incluido el francés.
2. El estatuto jurídico por el cual se rige el negocio jurídico suele ser el contractual. Así, por ejemplo, el *Codice civile* en su artículo 1.324 señala que las normas que regulan el contrato son generales, salvo en cuanto sean incompatibles, a los actos entre vivos de contenido patrimonial. En igual sentido se inclinan los códigos portugués y holandés. Entonces, es posible entender que los contratos, como negocios jurídicos, están regulados por un estatuto jurídico común. Dicho estatuto no es evidente en los códigos, y se va construyendo conforme a las distintas culturas jurídicas. A su vez, este estatuto se alimenta de los principios contractuales o de Derecho

⁴⁹ No es casualidad que se esté hablando de un tercer grado dentro de la tipicidad.

Patrimonial, las reglas que regulan las obligaciones contractuales y, por último, de algunas normas aisladas que por distintas razones, la mayoría históricas, están ubicadas en figuras específicas, como los artículos 1.801.1° o 1.810 del CC.

3. La adopción de nuevos criterios y teorías con relación a la teoría del contrato se ha venido haciendo en Chile a través de la adopción de estatutos jurídicos particulares, los que vienen impregnados de la teoría del negocio jurídico. Sin embargo, a pesar de que la teoría del negocio jurídico sirvió para dotar de coherencia al sistema contractual europeo del siglo XX, se encuentra en la actualidad agotado. Ello ha dado lugar al denominado proceso de descodificación y a la crisis del Derecho Privado.
4. Sin perjuicio de lo anterior, la teoría del negocio jurídico tiene la virtud de ser instrumental y en este sentido puede ser una buena oportunidad para introducir principios propios del Derecho Privado que nos permitan crear un sistema innovador para el siglo XXI.
5. Independientemente de lo ya señalado, tal vez la conclusión más relevante de este trabajo es que el desarrollo de la teoría del contrato es fundamental para la aplicación del Derecho. El que nuestra doctrina siga mirando hacia atrás y no se ocupe de la elaboración de una teoría moderna del contrato presenta el grave peligro de importar teorías con lógicas incompatibles con el Derecho Privado Patrimonial. Dicho de otra forma, el evidente atraso en el estudio de los contratos es una oportunidad para que el pasado no nos ate, sino en lo que consideremos beneficioso, pero también representa un peligro en la medida que erremos el camino. En este sentido, es necesario revertir las dos grandes tendencias actuales del Derecho chileno, como es la proliferación de estatutos jurídicos particulares y la constitucionalización del Derecho Civil. En verdad, estas dos tendencias no son necesariamente negativas en la medida que se adscriban dentro de una gran teoría del contrato o del negocio jurídico.