# ALGUNAS CUESTIONES ACTUALES EN TORNO A LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

*Francisco Segura Riveiro*

RESUMEN

Atendida la escasa atención que ha prestado la dogmática civil chilena a la etapa de la formación del consentimiento, las siguientes líneas constituyen una revisión a la luz de modernos estudios, de los conceptos clásicos de oferta y aceptación y su consecuencia: la formación del contrato. Con ese objetivo se examinan las tratativas anteriores a la oferta, la aceptación y el momento, y lugar en que se entiende formado el consentimiento.

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto clásico de contrato del Derecho Romano continental, cuyo esplendor se alcanzó junto al *Código Civil* francés, y los que en su época lo siguieron, lo conciben como el resultado de la unión libre de las voluntades. Se consolida, así, el principio de autonomía de la voluntad y la posibilidad de contratar se convierte en una auténtica extensión de la libertad humana. El contrato es el medio o continente de las voluntades que, dirigidas a la satisfacción de necesidades, se unen en un sentir común o consentimiento.

La celebración del contrato supone, en esta idea clásica, la igualdad entre contratantes, a dos individuos considerados en abstracto, uno de los cuales dirige una proposición de contrato al otro, a los efectos de que éste acepte la propuesta, ojalá pura y simplemente, naciendo el contrato. Esta igualdad, por cierto, es sólo abstracta o formal, pues se desentiende de la realidad económica de cada contratante[1].

Tal es la fuerza de la voluntad en esta concepción, que los contratantes pueden, incluso, derogar el Derecho Dispositivo contenido en las reglas legales o tipificaciones de negocios jurídicos particulares[2].

[1] *Vide* sobre el particular, Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLVEZ, "La predisposición del contenido contractual", en *Revista de Derecho Privado*, N° III, Madrid, 1979, p. 666.

[2] La idea clásica de que el Derecho Dispositivo contractual es derogable por las partes no es aceptada universalmente, al menos, en toda su extensión. En especial entre la doctrina

Fiel reflejo de esta concepción es, en Chile, el art. 1.545 del *Código Civil*. El citado texto dispone, que el contrato es una ley para los contratantes y no puede ser dejado sin efecto, sino por los contratantes o por causas legales. Esta idea ha mantenido vigencia en el tiempo[3]. Incluso, se ha extendido hasta crear un principio que ha tomado fisonomía propia –que en realidad no es mucho más que la expresión máxima de la autonomía de la voluntad–, denominado libertad contractual[4]. Para muchos, abocados al análisis de los principios, en el marco del liberalismo económico triunfante en nuestra época, concluyen que ellos, autonomía y libertad contractual, son reglas fundamentales de la estructura política-económica, y son pilares sustanciales de una sociedad eficiente.

Por tal razón es sostenible que la unión entre el éxito casi ya legendario del *Código Civil* francés, del año 1804, que contempla el principio con vigor[5], y el liberalismo económico, afirmado en la Inglaterra victoriana y en la revolución industrial, surgida años más tarde, crearon una fuerza que absorbió a gran parte de las legislaciones del siglo XIX y, por cierto, se ha mantenido vigoroso luego de la afirmación política y social de los modelos liberales del siglo XX[6].

Los esquemas contractuales tradicionales suponían un contrato personalizado en que ambas partes, ubicadas en un plano de relativa igualdad, convenían las cláusulas que regularían sus relaciones. Este esquema, que subsiste hoy en pocos casos, ha sido reemplazada por la contratación masiva, por el imperio del mercadeo y la publicidad, siendo reemplazada –desde el punto de vista económico– por el consumo y la adhesión. En palabras de un

alemana pueden encontrarse interesantes opiniones que postulan que el Derecho Dispositivo tiene una función ordenadora que no puede ser desplazada por la voluntad sin una razón suficiente, de forma que es posible que, no obstante, la declaración derogatoria de las partes el Derecho se aplique igualmente si esa derogación no ha obedecido a una razón fundada. *Vid.* ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, Kolh, Bosch, 1977, p. 172. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y de la eficacia de las leyes*, Madrid, Univrsidad, 1975, p. 12

[3] Así aparece vigorosamente reconocido en el proyecto de ley uniforme europea de contratos. *Vide*, Gabriel GARCÍA CANTERO, "¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía?", en *Anuario de Derecho Civil*, N° 3, Madrid, 2004, pp. 51-90, en especial p. 67, n. 7.

[4] En Argentina Atilio ALTERINI, Roberto LÓPEZ CABANA, *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Buenos Aires, UNR, 1989. En Chile Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, parte general, en especial pp. 15-94.

[5] Hermosamente expresado por Jean CARBONNIERE, "Code Civil", en *Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalooz, 2004, p. 21, discurso leído por una de sus nietas, dado su fallecimiento poco tiempo antes con ocasión del ducentésimo aniversario del *Código Civil* francés.

[6] Tal vez si, dentro de los sistemas jurídicos más conocidos, sea el Derecho alemán el que mantuvo siempre cierta independencia de la intensidad del fenómeno descrito.





destacado profesor argentino: "la economía moderna consiste en un permanente estado de tentación"[7] y como consecuencia de ellos, y adoptando una frase celebre: "el derecho de los contratos ha de ser la reglamentación contra las tentaciones". Valga una advertencia sobre la función de esta reglamentación, que hemos tomado de la opinión de un celebre jurista y economista[8], las correcciones (jurídicas) del sistema de economía moderna, no hacen más que reafirmar el modelo liberal. Se trata de despertar en el consumidor o el contratante más débil la ilusión que existe un instrumento para su tutela, lo cual le inhibe de plantearse el problema de la transformación estructural del sistema económico: el Poder Legislativo al regular y el Jurisdiccional al aplicar criterios de protección, aceptan, implícitamente, las reglas del liberalismo y el mercado, facilitando su funcionamiento.

Sin embargo, no ha de creerse que la concepción clásica haya estado libre de críticas, algunas ya desde antiguo[9], otras manifestadas con mayor vigor durante la primera mitad del siglo XX. Es más, con todas las virtudes que pueden referirse respecto de la autonomía de la voluntad, pocos discuten hoy que sin regulaciones[10] es frecuente la existencia de abusos y distorsiones contractuales.

La principal crítica formulada es producto o consecuencia del fenómeno de la adhesión o contratos por adhesión[11], nacidos por efecto de la producción en masa de bienes y servicios; por cierto, que también existen autores que destacan los aspectos positivos de ella, de alguna forma "desdramatizando" el problema de la adhesión[12] considerándolo como un hecho consustancial a la economía de empresa.

[7] La hemos tomado del profesor Ciuro Caldani, concretamente de sus clases de la maestría de Derecho Privado la Universidad Nacional de Rosario.

[8] Aunque no literalmente, Jaon HART, en HART-MUCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo. Monopolio y cultura jurídica*, Madrid, Bosch, 1977, p. 124.

[9] Raymond SALEILLES, *La déclaracion de volunté*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1901. La expresión contrato de adhesión utilizada hoy universalmente, incluso, en el mundo jurídico anglosajón, suele atribuirse a este jurista ilustre, como pocos, y relativamente desconocido en el medio chileno.

[10] La gran cuestión y debate se centra en cuáles deben ser estas regulaciones, sus alcances y los grados de intervención que en las relaciones privadas puede permitirse al juez.

[11] OSORIO, "Crisis en la dogmática del contrato", en *Anuario de Derecho Civil*, N° II, Madrid, 1952, p. 1.183, señala: "es consustancial con tales negocios un cierto vicio del consentimiento que, sin embargo, no los invalida".

[12] Para algunos, adhesión y condiciones generales de la contratación son términos sinónimos, por ejemplo, Francesco MESSINEO, *Il contrato in genere*, Milano, Europa América, 1968, tomo I: "Trattado di diritto civile e commerciale", pp. 428 y 429. Para otros, la adhesión es un fenómeno más amplio que comprende dentro de si las condiciones generales o predisposición contractual como también se le llama, por ejemplo, CLAVERÍA GOSÁLVEZ (n. 1), p. 669 y BERLIOZ, *Le contrat d'adhesión*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1973, p. 13.

Cabe destacar que cada vez es más frecuente la adhesión mediante las condiciones generales de contratación preestablecidas o contratos formularios, aun en contratos entre empresarios que recurren, ya sea a las condiciones generales; o la adhesión a formularios preimpresos; o a contratos tipo, para facilitar el comercio en masa; o por razón de tiempo; o por la adaptación a usos de la tecnología de información en tiempo real; etcétera.

Entre los problemas que las reflexiones anteriores pueden desencadenar, podemos mencionar el que hemos elegido como objeto de estas líneas: la cuestión de la formación del contrato[13]. Su estudio ha sido siempre parte secundaria dentro de la teoría general del contrato. Es más, normalmente en Chile se estudia sólo a propósito del acto jurídico y en ribetes muy elementales. El tema ha cobrado alguna notoriedad en los últimos años, con ocasión de la llamada cuestión de la responsabilidad precontractual.

Dentro del extenso desarrollo que estas cuestiones permiten, trataremos una revisión a la luz de modernos estudios, de los conceptos clásicos de oferta y aceptación y su consecuencia: la formación del contrato.

## 2. La formación del contrato y la etapa precontractual

La doctrina distingue dos actos unilaterales diversos –pronto se discutirá ese carácter–[14], la oferta y la aceptación, cuando ellas coinciden en el sentir, es decir, cuando la aceptación es el reflejo de la oferta, en términos que ambas coinciden nace el contrato. Esta tesis es conocida como la regla del espejo[15].

El criterio tradicional supone una igualdad entre los negociantes, la cual como ya advertía Ripert: "es puramente jurídica"[16].

La determinación conceptual de lo que ha de entenderse por oferta y aceptación y la naturaleza que se le atribuya, produce importantes consecuencias, en especial en lo que se refiere a la revocabilidad de la oferta o, aun, de la aceptación en lo sistemas que sólo la consideran tal desde que llega a conocimiento del oferente, pudiendo, entonces, revocarse antes.

[13] Ya explicaremos con que alcance es que será analizada la etapa previa al contrato y sus efectos, que supera la normal concepción estricta de "formación" del negocio.

[14] En España: Enrique Lalaguna Domínguez, *Sobre la perfección de los contratos y el Código Civil*, homenaje al profesor Roca, Murcia, Reus, 1989, p. 408.

[15] Salvador Durany, "Sobre la necesidad que la oferta coincida en todo con la aceptación: el espejo roto", en *Anuario de Derecho Civil*, N° II, Madrid, 1992, pp. 1.012-1.095.

[16] George Ripert, *La régle morale dans les obligations civile*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1949, n. 22, 31.





Se puede afirmar que, en general, las cuestiones relativas al momento del nacimiento del contrato, fueron olvidadas por el legislador y, ciertamente, por la doctrina y la jurisprudencia.

Ello tiene explicaciones de alcance general y universal. Como señala una autora: por años las hipótesis de conflicto ventiladas en los tribunales de justicia no fueron muchas, por no decir ninguna y los efectos prácticos de su análisis no parecían justificar mayores explicaciones[17]. Por otro lado, el modelo de legislación que fue, para gran parte de la doctrina clásica el *Código Civil* francés, no contenía regla alguna sobre la formación del contrato. Esta falta de tratamiento fue imitada en su gran mayoría por los códigos redactados bajo su inspiración.

En el caso puntual de la doctrina chilena, existen, además de las ya anotadas causas generales, razones particulares que explican esa omisión o descuido de los autores, aun, en tratados y manuales. En primer término, el *Código Civil* inspirado en el francés, no tenía regla alguna sobre la formación, omisión que fue corregida –al menos parcialmente– por la entrada en vigencia del *Código de Comercio*. En segundo término, el artículo 1.546 del *Código Civil*, que dispone que los contratos "deben ejecutarse de buena fe", fue regla tomada del artículo 1.134 del *Código Civil* francés, que disponía, a su vez, un tenor similar, en cuanto establece que los contratos deben "exécutées de bonne foi". Al no contener la norma chilena una referencia en el texto finalmente vigente a la expresión 'celebración', la doctrina y jurisprudencia chilena[18], especialmente exegética, dejó en el olvido la etapa previa al contrato, bastándose con algunos comentarios a partir del dolo y el error, más la referencia a las clásicas normas del *Código de Comercio* que, como veremos, sólo se entienden aplicables a los actos y contratos consensuales y, aun, por alguna jurisprudencia, sólo a los actos de comercio.

No obstante, la fuerza de los acontecimientos, por un lado –en particular las transformaciones del comercio–, y la doctrina extranjera que termina por reconocer, tímidamente en un comienzo y con autoridad pronto, a la etapa formativa como un capítulo especial del Derecho de Contratos y en su caso de la responsabilidad civil; han llevado por fin a toda una revisión de la materia y a la adopción tanto de nuevos como de renovados conceptos.

[17] Noemi Nicolau, *La responsabilidad precontractual*. Trabajo inédito, adscripción a la cátedra de Derecho Civil dirigida por el profesor Roberto Brebbia, 1983, p. 2, en actualización del comentario antiguo de Saleilles.

[18] Una reciente sentencia chilena afirmó que no es posible fundar la responsabilidad precontractual en el art. 1.546, pues éste se refiere sólo a la ejecución y no a la celebración del contrato. Corte Suprema, 12 de julio de 2004, publicación de jurisprudencia de Lexis Nexis.

## 3. Reglas para determinar la existencia del contrato

### *3.1. La técnica y la práctica de la creación del contrato*

El primer problema que presenta la etapa precontractual, y el que abordaremos en estas líneas, es la elección de la técnica que permite tener por celebrado el contrato, y fijar, también, el momento y lugar de su celebración. Esto es, como se dijo, lo que generalmente es estudiado dentro del tema de "formación del consentimiento" en la cátedras de Derecho Civil[19], que hemos de llamar formación en sentido estricto, para distinguirlo de estudios más extensos que alcanzan otros aspectos de lo precontractual, en especial la responsabilidad.

Respecto de la elección de la técnica para determinar la existencia del contrato, prácticamente no hay legislaciones que no recurran a la clásica idea de una oferta, seguida de una aceptación, cuya identificación crea el contrato. Esta regla básica, fundada en la unión de voluntades libres como fuente del contrato, subsiste y, aunque con importantes variaciones, es sobre su base que se construyen los diversos sistemas de formación del negocio. Sin duda que aquí, como en todo el Derecho de los Contratos, la profunda variación de su tratamiento en los últimos años se explica, expresándolo en términos muy simples, por el cambio de concepción sobre la teoría general del contrato: desde la consideración de la creación del negocio, desde una voluntad libre, pero abstracta o teórica, al reconocimiento de la creación por una voluntad, también libre, pero real o concreta[20] y, por ello, sujeto a la necesidad de prever y, en su caso, corregir los abusos a los que puede conducir el negar las diversidad de cultura, educación, poder económico y otras tantas que existen entre las personas que contratan[21].

[19] En Chile Antonio Vodanovic, sobre las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1942, tomo IV, p 77, n. 97.

[20] Sobre el punto *vide* en España Clavería (n. 1); en Argentina VVAA, *La contratación contemporánea; autonomía de la voluntad*, Buenos Aires, La Ley, 1989 y también el ciclo de mesas redondas del año 1989, "La contratación contemporánea", en *Revista del Notariado*, N° 822, Buenos Aires, 1988, p. 632 y ss.

[21] Tomando las palabras del profesor Atilio Alteniri: "...Las grandes empresas, en este festival de la autonomía de la voluntad, actúan como si quisieran ratificar, mediante la convención escrita y puntual, que es la voluntad de ellas, y no la voluntad tácita que les asigna la ley con las normas supletorias no derogadas por las partes, la que funda la celebración del negocio", en "La contratación...", *op. cit.* (n. 20), p. 637. Igual planteamiento hace el venezolano Luis Corsi, "El consentimiento en la contratación estandarizada", en *Revista de Derecho*, N° 10, Caracas, 2001, p. 15. Sobre el abuso de la posición dominante en un contrato puede verse Julio Pascal y Vicente, "Abuso de las posición dominante", en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 245, 2002.





### *3.2. Ámbito de aplicación de las reglas clásicas de oferta y aceptación*

Antes de ingresar al estudio detallado de las reglas de formación y sus modernas adaptaciones, es necesario definir, mas no sea brevemente y para efectos de orden, cuál es su cambo de aplicación, tanto dentro de la teoría del negocio jurídico como dentro de la teoría general del contrato.

#### 3.2.1. Respecto de la teoría del negocio jurídico

Claramente se refieren sólo a los negocios o actos jurídicos bilaterales, también llamados contratos o convenciones. La nomenclatura suele variar entre los diversos sistemas, adoptamos aquí la usual en el sistema chileno.

Es así que, la formación de los actos unilaterales y, en general, el problema de la voluntad unilateral como fuente de derechos y obligaciones, se somete a sus propias y controvertidas reglas. Ello, sin perjuicio que, tanto para la naturaleza de la oferta de contrato como para justificar la responsabilidad que eventualmente surge por su retractación, se ha recurrido a la explicación de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones[22].

#### 3.2.2. Respecto de la teoría general del contrato

En principio, las reglas que rigen la conducta precontracual y sus efectos son aplicables a todo contrato. En efecto, todos tienen necesariamente un proceso de formación y, por cierto, están sujeto a la lógica de identificación de la oferta y la aceptación. La conducta desplegada por las partes en la etapa de su elaboración merece la misma atención y, aun, con matices propios de cada uno en particular, refieren, en general, a los mismos efectos en el contrato celebrado. Sin embargo, conviene recordar que algunos no basta el solo acuerdo de voluntades, sino que se requiere, para su perfección, el cumplimiento de alguna solemnidad o la entrega –a veces tradición– de una cosa.

Esta advertencia es necesaria, pues ha originado que la doctrina olvide, en su afán por agotar los problemas de la formación del contrato consensual, las particularidades propias de los contratos solemnes y reales. En el sistema chileno[23] esta aclaración es especialmente necesaria, pues parte de la jurispru-

[22] Aunque luego veremos más detalles, puede citarse en Argentina a Atilio Alterni, "Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual", en *Revista Jurídica San Isidro*, Córdoba, 1967, tomo I, pp. 41-51.

[23] Hugo Rosende, *De la responsabilidad precontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Destina un capítulo, el IV, a analizar aspectos de la formación en estos contratos. En Chile, fuera de ella, no se encuentran tratamientos doctrinarios especiales sobre el tema. En la doctrina

dencia[24] y la doctrina sostienen que las reglas de formación del consentimiento que contiene el *Código de Comercio* chileno son sólo aplicables a los contratos consensuales y, por lo mismo, en Chile, para esta tesis, los contratos reales y solemnes carecen de reglas legisladas, obligando a construir unas que le sean propias.

### 3.2.2.1 Referencia a los contratos solemnes

En todo contrato es posible reconocer, en general, una fase previa de negociaciones, la oferta de contrato y la conclusión del mismo.

Sin embargo, lo que la doctrina, al menos en general, no ha tratado adecuadamente es la relación entre solemnidad y consentimiento en la etapa precontractual, en especial cuando la solemnidad exigida –como suele ser la regla generalísima hoy– es la escrituración del contrato. En efecto, los problemas de la conducta en la etapa de elaboración y la interpretación e integración del negocio posteriormente celebrado son referidos como problemas propios de los consensuales. Rara vez se desarrollan en torno a los solemnes, pues en ellos el consentimiento queda determinado al momento de cumplirse la solemnidad y su contenido es el que ha quedado abarcado por la formalidad respectiva exigida para la validez, sin ella no hay contrato, aunque exista acuerdo y lo que no conste en la respectiva solemnidad –normalmente la escritura, tratándose de actos patrimoniales– no está dentro de lo pactado y, por lo mismo, no integra el negocio. Insistimos en que el problema es patente al ser la escritura la solemnidad, pues en caso de ser otra como, por ejemplo, la presencia de testigos

comparada, si bien se ha tratado, tampoco se compadece en cantidad con los estudios dedicados a los consensuales. Es más, muchos de estos estudios ni siquiera efectúan la advertencia, tal vez por estimarla obvia, de que se están refiriendo sólo a los consensuales.

[24] Corte de Apelaciones de Santiago, 1951, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIV, segunda parte, sec. 2, Santiago, 1951, p. 28; Corte de Apelaciones de Santiago, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, sec. 2, Santiago, 1962, p. 48. Sin embargo, ello no es uniforme desde que una sentencia ha señalado que: "es procedente aplicar las reglas de la responsabilidad precontractual a los contratos solemnes, aun a falta de regla especial para ellos, (porque se excluye la aplicación del *Código de Comercio*) pues estas reglas derivan del respeto a la buena fe y a la lealtad, que ha de regir siempre las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración del contrato, buena fe cuya violación acarrea a sus autor la obligación de indemnizar perjuicios". Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1999, *Gaceta*, N° 357, Santiago, 1999, p. 56, n. 5, aunque luego anulada por otras razones por la Corte Suprema. Igualmente se ha resuelto: "El vendedor de un bien raíz no puede válidamente retractarse de la celebración del contrato, aunque la escritura no se haya autorizado, si ya firmaron el y su contratante, pues en el momento en que así lo hicieron se produjo el respectivo acuerdo de voluntades", Corte Suprema, *Fallos del Mes*, N° 209, Santiago, 1976, sent. 5, abril de 1976; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVIII, sec. 2, Santiago, 1971, p. 244; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVII, Santiago, 1970, p. 523; tomo LXVI, sec. 1, Santiago, 1969, p. 523.





o la realización de ciertas formas sacramentales –todas hoy generalmente en desuso– el problema precontractual es claramente asimilable a los consensuales, pues la dificultades para determinar el contenido del contrato es la misma.

En resumen, los contratos solemnes se han considerado separadamente o de manera especial, pues la perfección del consentimiento se obtiene mediante la ejecución, por las partes, de la respectiva forma de validez establecida en la ley para el valor del acto. Empero, como en tantas otras ocasiones, la fuerza de la realidad nos obliga a cuestionar los conceptos que parecen solidamente establecidos. Ninguna duda cabe que la solemnidad es imprescindible para la validez del acto; pero, cuestión diversa es preguntarnos, si ha de entenderse que todo su contenido debe estar comprendido en ella, de tal forma que lo conversado y acordado, en la etapa de elaboración del acto, respecto de cuestiones accesorias, no son consideradas y, por tanto, quedan fuera del ámbito del contrato. En otros términos nos preguntamos, ¿realmente es indiferente a estos contratos la etapa previa al cumplimiento de la solemnidad?; el carácter solemne, ¿implica desligarlos absolutamente de lo acordado, pero no reflejado en la forma de validez?

El problema rememora una clásica sentencia de la jurisprudencia española del 27 de enero de 1977[25], la cual provocó en la doctrina interesantes reflexiones. Fundada en razones de buena fe y equidad, la referida sentencia señaló: que los compromisos de las partes no declarados en la solemnidad integran la voluntad contractual y su incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios como incumplimiento de contrato, aun cuando aquellos compromisos no consten formalizados en la respectiva solemnidad. Luego de algunos años esta solución, celebrada por gran parte de la doctrina, fue recogida en la legislación española en la ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988.

En Chile, la situación se da frecuentemente y ha sido objeto de denuncias permanentes de las nacientes asociaciones de consumidores. Es habitual la existencia de diferencias entre lo ofrecido y lo vendido en materia habitacional, quedando el comprador desamparado, pues el contrato de compraventa "pactado" –normalmente predispuesto por el vendedor o el financista– es decir, el que se lee en la respectiva escritura, nada dice de aquello que ha servido para convencer al adquirente. La falta de reacción de la jurisprudencia, muy habitual en la realidad chilena, obligó a la intervención del legislador respecto del punto preciso de la venta de viviendas. Al efecto se dictó la llamada "ley de calidad de la construcción", número 19.472, cuyo contenido hoy se ha sistematizado e incorporado a la ley General de Urbanismo y Construcción,

[25] Carlos Lasaro, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. Sentencia de 27 de enero de 1977", en *Revista de Derecho Privado*, N° III, Madrid, 1980.

en su artículo 18, que creemos necesario transcribir en lo pertinente: "Las condiciones ofrecidas en la publicidad se entenderá incorporadas al contrato de compraventa".

Se aprecia, pues, un consentimiento que ha recaído sobre aspectos que no integran la solemnidad. En Chile, esta cuestión pudo haber sido resuelta también a la luz del artículo 1.546 del *Código Civil*, que recoge el principio de la buena fe, pero, como ya hemos explicado, la falta de referencia expresa de la norma a la etapa de celebración ha dado lugar a la jurisprudencia para estimar la imposibilidad de aplicarla a la etapa de elaboración contractual, en un exceso de exégesis difícil de comprender. Sin embargo, existe jurisprudencia nacional que ha señalado que es procedente la responsabilidad precontractual igualmente frente a un contrato solemne que no se ha suscrito y pese a que no existía formalmente un contrato de promesa que obligaba a celebrarlo.

#### 3.2.2.2. Referencia a los contratos reales

Otro tanto ocurre con los contratos reales. En ellos, mientras la entrega no se realiza el contrato no se forma, aunque exista consentimiento –coincidencia oferta-aceptación–. Los problemas y advertencias señaladas en el párrafo anterior son aplicables aquí, aun cuando la situación de estos contratos es más fácilmente asimilable a los consensuales, pues el hecho de la entrega de la cosa no importa tener por establecida todas las condiciones del negocio, mas si éste no se ha escriturado.

### *3.3. Contratos patrimoniales y contratos de familia*

El Derecho de Familia es campo fértil para encontrar casos de análisis sobre efectos de la conducta anterior al contrato, la promesa de celebrar un matrimonio, el noviazgo, las capitulaciones matrimoniales o contratos prenupciales, son todas claras conductas precontractuales. Cabe preguntarse, entonces, y dudar, por cierto, si le son aplicables las mismas reglas que a los contratos patrimoniales.

La cuestión es discutible. Supone una previa querella nunca totalmente superada en la ciencia jurídica, cual es si en Derecho de Familia es aplicable el concepto de contrato o, al menos, el mismo concepto que en los actos de contenido patrimonial principal. Si se toma partido por la afirmativa, surgirán los mismos aspectos de controversia doctrinal referidos a la creación de los negocios patrimoniales y la conducta precontractual. Por el contrario, si se postula negativamente, deberá elaborarse una noción propia de instituciones para el Derecho de Familia y, en consecuencia, se deberán elaborar reglas propias, también para la formación de aquellas instituciones.





En la doctrina francesa se ha estudiado con especial interés esta cuestión[26]. En principio, se afirma que los códigos clásicos, entre ellos el chileno, contienen, generalmente, reglas que, de manera expresa, excluyen la violación de la promesa de matrimonio, como un hecho antijurídico y, por lo mismo, su incumplimiento no genera responsabilidad. En el caso chileno, el art. 98 del *Código Civil* no deja dudas al respecto, al señalar que los esponsales son un hecho privado que queda entregado al honor de las personas y no da derecho a pedir el cumplimiento de la promesa ni a demandar indemnización de perjuicios. En virtud de tales reglas, sería sostenible la opción de negar toda trascendencia de la etapa precontractual en negocios de familia. Sin embargo, como se destaca, por la citada doctrina francesa, ésta conclusión no parece terminante, sobre todo luego de las leyes contemporáneas de divorcio que han ampliado el alcance de los vicios del consentimiento, en especial el error en las cualidades personales de los contrayentes, que permiten concluir que la etapa previa no puede ser indiferente al acto de familia. Se afirma que los negocios de familia no están ajenos a las reglas de la formación progresiva. En particular, el matrimonio es una acto que se forma gradualmente y la ceremonia que lo consagra no es más que un momento, el cúlmine, de esa formación. Si durante esa formación las partes actúan con dolo o culpa, no hay razón para excluir la posibilidad de que la víctima sea resarcida. Por lo demás, así es admitido en otros sistemas jurídicos[27].

Por su parte, Louis Josserand admitía que en la ruptura de las promesas de actos de familia podía originarse responsabilidad civil –que sería entonces precontractual–, la cual fundaba en el abuso del Derecho[28]. Para el maestro francés, las promesas de matrimonio tienen valor de ofertas de contratos sinalagmáticos y, por ello, están sujetos al control del abuso del derecho a retractarse.

## 4. Los tratos previos anteriores a la oferta

Los contratos negociados, salvo excepción, inician su etapa de gestación con aproximaciones entre los interesados, cuyo origen puede ser del más variado, incluso, accidental. Se trata de un proceso más o menos prolongado que, al menos en abstracto, concluye con la formulación de una oferta y la espera de

[26] Jean Hauser y Danièle, Huet-Weiller, *Traité de Droit Civil. La famille*, dir. Jacques Ghestin, 2ª ed., Paris, Libraire Générale de Droit et Jursiprudence, 1993, pp. 28-36.

[27] El caso del Derecho alemán, arts. 1.297-1.302 del BGB.

[28] Louis Josserand, "Le probléme juridique de la ruptura des fiancillas", en *DH*, N° 24, Paris, 1927.

la aceptación. Se les conoce indistintamente como tratativas previas, tratos preliminares u otras denominaciones similares.

Se ha definido a estas tratativas como: "los actos que los interesados o sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato"[29] o: "las destinadas a la formulación de un reglamento contractual que satisfaga las exigencias de ambas partes"[30].

### *4.1. Utilidad de la distinción entre tratos previos y oferta propiamente tal*[31]

Varias pueden enunciarse: por una parte, contribuyen a esclarecer las diferencias que existen entre meras aproximaciones y tratativas y una oferta o propuesta propiamente tal. Ello tiene particular importancia en tiempos, como los actuales, en que se advierte un lento progresar hacia la regla de la oferta irrevocable, al menos, entre comerciantes o profesionales. En estos casos, de oferta vinculante e irrevocable, distinguir cuándo ha existido propiamente propuesta y cuándo estamos aún en fases de negociación es de máxima y apreciable importancia.

Por otro lado, está la cuestión de la responsabilidad civil. Mientras no hay oferta y todavía nos encontramos en la o las fases previas –en ello no hay dos opiniones–, no hay vínculo jurídico obligatorio alguno, de manera que es lícito a las partes volver sobre lo acordado, desdecirse, cambiar de opinión o plantear nuevos términos; se trata del supremo ejercicio de la autonomía y la libertad superior del individuo. Sin embargo, no significa que quede exento de toda consecuencia de derecho. Por cierto, no hay aún vínculo jurídico determinado, pero su conducta dirigida a uno futuro ya es, en algún sentido, un comportamiento que ingresa en el mundo de lo jurídico, no se trata de simples hechos sociales o culturales indiferentes al Derecho, si es que en verdad existen. Por el contrario, se trata de conductas que están próximas a generar un contrato y que comprometen también el comportamiento de otros sujetos, de manera que no puede ser indiferente al Derecho. Es imposible pensar, al menos en el estado actual de las cosas, en una regulación legal de la fase de tratativas, su riqueza y variedad hace imposible una regulación agotada, sin contar, además, con los inconvenientes que serían denunciados, frente a ese intento, ferozmente por el comercio y sus profesionales. No obstante, la doctrina, y tímidamente aún en Chile, la jurisprudencia y, luego, los textos legales han consagrado la

[29] Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Editorial, 1996, tomo I, p. 200.

[30] Enzo Roppo, *Il Contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 97.

[31] En Argentina, Alberto Bueres (dir.), "Responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas, los pourparlers", en *Responsabilidad Civil*, N° 14, Buenos Aires, 1990, p. 151.





regla general que ha de guiar esta etapa: que los contratos deben celebrarse de buena fe. Quien viola este principio, si bien no podrá ser obligado a contratar, pues no ha existe contrato sin voluntad, bien puede ser condenado a indemnizar los daños que ha causado por el retiro de sus tratativas.

Esa posibilidad de desdecirse termina en los sistemas de irrevocabilidad, con la formulación de la oferta. En los sistemas o doctrinas que sostienen la revocabilidad, formulada la propuesta, aún puede ser dejada sin efecto, y en tal caso el arrepentido será responsable de los perjuicios que cause. La cuestión a resolver es si esta responsabilidad es de la misma naturaleza, abarca los mismos daños reparables que la responsabilidad por el retiro de la oferta propiamente tal o ambas[32].

## 5. La oferta de celebrar un contrato

Siguiendo las ideas clásicas, la oferta es entendida como "una manifestación unilateral de voluntad". Ha de ser seria, completa y dirigida a persona determinada. Algunos autores agregan como variaciones del concepto de seriedad, que debe ser precisa.

Entendida de esta forma, es siempre revocable, pues siendo un acto unilateral, mientras no intervenga la voluntad de otro –aceptante de la oferta– la misma voluntad permite dejarla sin efecto. La posibilidad de revocación es objeto de antigua discusión.

Destacamos que todos los tratos previos a una oferta que reúnan las características reseñadas, no producen, en principio, obligación alguna y por muchos años fueron derechamente ignorados por la doctrina[33].

Los conceptos brevemente expuestos fueron por años los pilares de la idea de oferta, y continúan presentes pese a las profundas alteraciones que han sufrido por impulso del comercio internacional. Aclaremos, que, si bien suele atribuirse a la contratación electrónica particular relevancia en los cambios conceptuales en la materia, en verdad estos cambios son muy anteriores a la explosión tecnológica y, además, en verdad, no ha exigido tanto más que algunas adecuaciones menores a los conceptos y no son comparables a los efectos que en su día y hora produjo sobre en la materia, la adhesión y la contratación masiva[34].

[32] *Vid. supra* N° 5.2.2, capítulo 4, N° 2.

[33] Si bien en 1896 Nicolás Coviello, *Dei contratti preliminari*, Roma, Universal, 1896 puede apreciarse comentarios sobre la existencia de tratos previos o anteriores a la oferta, aunque sin analizarlos más que para descartar en ellos toda consecuencia jurídica.

[34] *Vide* sobre formación y contratación electrónica, Iñigo de la Maza, *Contratos por adhesión en plataforma electrónicas una mirada al caso chileno*, en www.low.ed.oc.uk, visitado en noviembre de 2005.

### 5.1. *El concepto y su naturaleza*[35]

Pese a ser un concepto clásico del Derecho Civil, no existe plena claridad sobre su alcance y naturaleza. Los conceptos más usuales son los que consideran a la oferta como una declaración de voluntad unilateral o como un acto o negocio jurídico unilateral[36]. La doctrina más moderna se inclina por sostener que se trata de una declaración de voluntad recepticia, pues, como todo acto de tal carácter, precisa, para producir su efecto, que sea dirigida a otra persona, siendo necesario que se dé a conocer a sus destinatarios[37].

Como vemos, la naturaleza del citado concepto ha sido discutida. Para algunos es un acto jurídico unilateral, es la voluntad unilateral, la del oferente, la que produce un efecto jurídico: la creación de una propuesta de contrato, pero en ningún caso crea una obligación, ésta nace sólo cuando hay consorcio de voluntades. Pero se ha llegado a sostener que igualmente se crea una obligación, pero condicional. Dicha condición sería la eventual aceptación del destinatario de la oferta de celebrar el contrato[38].

En cambio, otros han sostenido que la propuesta contractual no es un acto o negocio jurídico unilateral, pues ella en sí misma no crea ningún efecto jurídico ni menos una obligación, sólo en caso de aceptación se produce la formación del negocio bilateral. Se señala, por quienes defienden esta última tesis, que la dependencia que existe entre oferta y aceptación no permite concebir a estos actos por si solos como negocios jurídicos propios, sino como etapas destinadas a producir el nacimiento de un contrato. En general, los autores que niegan todo valor obligacional a las declaraciones unilaterales de

[35] La naturaleza que quiera darse a la oferta depende, en gran medida, de la aceptación tanto legal como doctrinaria de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones. Quienes la acepten como tal, declaran normalmente a la oferta como de esa naturaleza. Quienes no aceptan su valor como fuente de las obligaciones, la consideran una simple declaración sin contenido obligatorio propio. Es bueno tener presente la diferencia entre acto jurídico unilateral, que consiste en la voluntad unilateral como creadora de consecuencias de derecho –reconocimiento de un hijo, el testamento, etc.– y el problema de determinar si una declaración unilateral de voluntad es suficiente fuente generadora de obligaciones con independencia de la voluntad de otro. En Chile puede verse claramente expuesto en Daniel PEÑAILILLO, *De las obligaciones*, Concepción, Universidad de Concepción, 2001, tomo I, p. 182.

[36] Según los que nos refiere MESSINEO (n. 12), p. 312, n. 9, incluso, se llegó ha sostener, sin éxito, que la oferta irrevocable es un "negocio jurídico temporal", cita en ese sentido la opinión de Hasenöhrl.

[37] Sobre el concepto de acto jurídico recepticio, Gabriel FERRANDIZ, "Perfección, sustanciación y eficacia de la declaración de voluntad recepticia", en *RJC*, N°, 30, Madrid, 1986.

[38] En Chile, Manuel RISUEÑO, *Responsabilidad precontractual*, memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1936, p. 94. Parece ser, aunque no parece definitivo que ha sido la posición adoptada en su época por SALEILLES (n. 9), p. 131.





voluntad, se adscriben a esta postura. Así entendida, se la define, entonces, como una simple declaración, que no crea obligación alguna en el proponente y lo limitan al campo de los hechos jurídicos, por lo tanto, no es tampoco un acto jurídico. Es, pues, el simple hecho jurídico de enviar o dirigir a otro una propuesta para la celebración de un contrato[39]. En palabras de Francesco Messineo: "se trata de dos declaraciones de voluntad, oferta y aceptación, que se combinan, constituyendo el consentimiento y el contrato negocio bilateral. Sin aceptación no hay acto alguno, solo una tentativa de contrato".

Es dentro de la doctrina más moderna en que ha hecho escuela el reconocimiento de la declaración de voluntad unilateral como suficiente fuente de las obligaciones, donde existe la tendencia a considerar a la oferta como declaración unilateral de voluntad que crea una obligación en el oferente. Normalmente, se le considera recepticia desde que sólo existe como tal, desde que llega a conocimiento del aceptante y, por cierto, crea un derecho en el aceptante –tomar o desechar la propuesta–[40]. Valga la advertencia que la calificación de recepticia o no recepticia, no aparece como una cuestión de principio y depende, en gran medida, del tratamiento legal de la oferta en cada ordenamiento particular.

En todo caso, el criterio más común, por ejemplo, el seguido en la CV, artículo 15, N° 1, es el de considerarla recepticia. Tal concepción es la que convive mejor con la moderna doctrina: de reconocer valor, como fuente de las obligaciones, a la declaración unilateral de voluntad.

En Chile, se ha aceptado, sin discusión, el carácter de negocio jurídico unilateral[41]. En España –con autorizadas opiniones en sentido diverso– la tesis de la naturaleza de la propuesta como negocio unilateral es la dominante[42]. En Argentina, la cuestión es debatida sobre la base de los artículos 946 y 1.137 del *Código Civil*, existiendo quienes sostienen la tesis de la naturaleza como acto jurídico unilateral[43] y quienes abogan por la tesis del consentimiento bilateral, creador de la obligación como resultado de la coincidencia de oferta y aceptación, de manera que la propuesta no tiene en sí misma contenido

[39] *Vide*, en este sentido, Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Europa América, 1952, tomo I, p. 312; Manuel ALBARADEJO, *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1997, tomo II, vol. I, p. 385.

[40] DÍEZ-PICAZO (n. 29), tomo I, p. 283, n. 13.

[41] Antonio VODANOVIC, *Tratado de Derecho Civil* (sobre las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva), Santiago, Editorial Jurídica, 1960, p. 78; RISUEÑO (n. 38), pp. 94-95; Sara EILER, *De la formación del consentimiento en los contratos*, memoria de prueba, Santiago Universidad de Chile, 1935, n. 18, p. 23.

[42] Por todos Jorge MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, Editorial Pamplona, 1998, p, 79, n. 147.

[43] Roberto BREBBIA y Roberto FONTANARROSA, en NICOLAU (n. 17), p. 5.

obligatorio[44]. Igualmente, otros sostienen que se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia[45].

En el Derecho anglosajón se postula que la oferta crea la facultad de aceptación en la persona a quien se hace, facultad que puede crearse respecto de personas determinadas e indeterminadas, ello resulta de la lectura del artículo 24 del *Restatement of Contracts.* Como ocurre habitualmente en ese Derecho, se adopta un concepto basado en el efecto práctico del instituto, en este caso, de la oferta.

La resolución de lo anterior no es un simple ejercicio abstracto. Por el contrario, postular una u otra solución es determinante para resolver en concreto varios problemas centrales, tales como: la revocabilidad de la oferta, su transmisibilidad por causa de muerte o su valor como fundamento de ciertas hipótesis de responsabilidad por retiro de la propuesta entre otros, que se mencionaran. Si se postula que la oferta es una mera declaración unilateral sin contenido sustancial propio o un negocio jurídico unilateral, será lógico concluir que puede ser retirada o retractada libremente sin que suponga responsabilidad alguna para el proponente, pues en ambos casos mientras no intervenga la aceptación no habrá surgido obligación alguna. Igualmente, será lógico en ese concepto que la oferta caduque con la muerte o incapacidad sobreviviente del proponente.

En cambio, considerada como una declaración unilateral de voluntad, entendida como fuente de las obligaciones, su retiro o retractación podrá ser limitada y, en todo caso, siempre existirá el deber de reparar los daños causados a quien actuó de buena fe, confiado en la vigencia de lo ofrecido; por fin será complejo justificar que caduque con la muerte o la incapacidad sobreviniente.

Entendida como recepticia, sólo será tal desde que llega a conocimiento del aceptante y antes de ello podrá ser retirada libremente y sin responsabilidad alguna para el oferente. Se distingue, entonces, entre retiro y retractación. Si es considerada no recepticia, la solución es más simple: habrá oferta desde que se formula sin posibilidad de retiro o en otros términos; todo retiro será una retractación.

En otro orden de ideas, alguna posición doctrinaria distingue el concepto de oferta, propiamente tal, del concepto de propuesta por la cual entienden, en general, comprendida a la publicidad, las invitaciones a hacer ofertas, las cartas sin compromiso y otras formas no vinculantes o que no significan

[44] Raimundo SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino,* 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica, 1950, pp. 50-80; Jorge MOSSET ITURRASPE, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995 p. 660 y ss.

[45] Edgardo DALL'AGLIO, *Responsabilidad precontractual en las relaciones informáticas,* Argentina, Jurisprudencia 1987, tomo III, p. 673.





ofertas propiamente tales. Incluso, se ha querido interpretar en el texto de la CV esa diferencia, en cuanto señala: "la propuesta de celebrar un contrato ...constituirá oferta cuando..." (art. 14). No compartimos este criterio, en cuanto lo consideramos un exceso de abstracción que no aporta gran utilidad.

En conclusión, la naturaleza de la oferta es difusa y, por cierto, en este tema están siempre muy próximas las profundas y peligrosas aguas de la Filosofía.

Para finalizar, tomamos como nuestra la precisa observación del profesor Roberto Brebbia[46] respecto a que, en realidad, toda oferta genera alguna fuerza vinculante desde que el proponente está obligado a cumplir en caso de aceptación oportuna, a lo que llama "efecto vinculante relativo". Otra cosa es que si en el intervalo puede retractarse libremente de lo ofrecido o queda vinculado en forma definitiva con su declaración, a la que llama efecto vinculante absoluto.

### *5.2. Requisitos de la oferta*[47]

#### 5.2.1. La oferta debe ser seria. Seriedad de la oferta. Intención de obligarse

El oferente debe tener el propósito de vincularse contractualmente con carácter definitivo[48]. Por lo demás, y aceptado que, entendida como negocio unilateral o como simple declaración, es siempre recepticia, esta característica supone necesariamente que la propuesta debe estar dirigida a ser conocida, en principio, por otra persona determinada, y sólo cuando sea recepcionada por su destinatario podrá entenderse que ha existido propiamente oferta. Antes de ser recepcionada, lo que ocurra con ella resulta indiferente, se tratará simplemente de una interrupción de la fase de formación, pero ni siquiera es posible hablar de retractación de la oferta propiamente tal. Su recepción por las personas a las que está destinada es condición de su eficacia.

De considerarla recepticia, es forzoso concluir que el proponente puede retirarla mientras no haya llegado a destinatario. A este retiro se le distingue

[46] Roberto BREBBIA, *Responsabilidad precontractual,* Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, p. 73.

[47] En general, estos requisitos son exigidos tanto para la oferta a persona determinada como la indeterminada al público, cuando, como veremos, se aceptan éstas en calidad de tal. Jacques GESTHIN, *Traité de Droit Civil, La Formation du Contrat,* 3ª ed., Paris, Biblioteca de Derecho y Jurisprudencia, 1993, pp. 261-166.

[48] Santos CASTILLO, "Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos", en *Anuario de Derecho Civil,* Nº III, Madrid, 1949, p. 565; B.E. AMORY y Marcus SCHAUS, "Formación de contratos: comunicación de la oferta y de la aceptación al oferente", en *Validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos,* Madrid, Bosch, 1988, p. 31.

de la revocación propiamente tal. El retiro no será un caso de revocación, pues aún no hay oferta propiamente tal. Por el contrario, al estimarla no recepticia, una vez que la propuesta ha salido de manos del oferente, si la deja sin efecto, habrá siempre retractación.

Estos criterios nos presentan, al menos, tres problemas que deben ser abordados:

5.2.1.1. ¿Significa qué si la oferta está dirigida a persona indeterminada, no es tal?[49]

De acuerdo con la definición tradicional, la declaración recepticia debe ser dirigida a persona determinada para ser catalogada de tal. Por ello, es normal que las legislaciones antiguas no consideren ofertas a las dirigidas a personas indeterminadas. En este sentido, y todavía actualmente, hay doctrina que niega el carácter de oferta a las propuestas dirigidas a sujetos indeterminadas o al "público en general"[50], ésta no parece ser la opinión dominante[51], sino, por el contrario, y en opinión que compartimos, la propuesta dirigida a persona indeterminada puede ser catalogada de oferta –ello obviamente si cumple los demás requisitos que le son propios–. En las leyes recientes de protección al consumidor es posible apreciar sin excepción la regla de la validez de las ofertas hechas por un comerciante, al público en general, y como veremos, incluso, no solamente son válidas sino que obligan al comerciante a cumplir lo prometido[52].

Por su parte, la CV de 1980 (artículo 14) dispone que la propuesta hecha a persona indeterminada se considera una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta manifieste claramente lo contrario. Como se aprecia, se adscribe al criterio restringido, levemente atenuando.

[49] *Vide* Eva, MARTÍNEZ GALLEGO, *"La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación"*, Madrid-Barcelona Marcial Pons, 2000; José ARRIALLAGA, "Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas", en *Revista Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1952, p. 12.

[50] En este sentido; Fernando PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*", Madrid, Reus, 1976, p. 286.

[51] En España *vide* MARTÍNEZ GALLEGO (n. 49), p. 36 y la doctrina citada en n. 30-31. En Francia, claramente es lo que sostiene la doctrina autorizada, Marcel PLANIOL y George RIPERT, *Derecho Civil francés*, Habana, Bosch, 1946, p. 130, n. 106; AUBRY y RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1902, tomo IV p. 479; LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Paris, 1878, tomo XV, n. 474; VALÉRY, *Des contract par correspondance*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1890, pp. 208-220.

[52] En el caso de la ley chilena de protección al consumidor, 19.496, su artículo 12 no deja dudas en cuanto dispone que: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar lo términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio".





En Chile, hasta la reciente vigencia de la ley de Protección al Consumidor, se sostuvo que la determinación es requisito de la oferta[53]; en la actualidad, producto de las disposiciones de la citada ley, la cuestión es discutida[54]. Es nuestra opinión que, aun, sin necesidad de recurrir a las reglas modernas, es posible sostener que en Chile no es requisito de la oferta que se destine a sujeto determinado. Para esta conclusión nos fundamos en la detenida lectura del art. 105 del *Código de Comercio*, podrá verse que esta regla sólo decreta que las ofertas a persona indeterminada: "no son obligatorias para el disponente", es decir, reconoce que son ofertas, aunque no vinculantes.

5.2.1.2. ¿Qué ha de entenderse por que la oferta haya sido recibida o recepcionada por el aceptante?

La respuesta se relaciona directamente con la cuestión del momento en que queda formado el acto, sobre lo cual, como veremos, existen varias teorías diversas e irreconciliables. Sin embargo, el problema no es el mismo. No se trata de determinar cuándo queda formado el negocio jurídico-bilateral, sino cuándo queda perfecta la oferta, como acto recepticio que ha de llegar a poder del aceptante. En efecto, para entender que la condición de eficacia de la oferta se cumple, la cuestión es si será necesario que el aceptante haya tomado conocimiento de su contenido o basta que la haya recibido y, aun, en este último extremo, si debe haberla recibido directamente o basta que esté a su disposición o dentro de su círculo de su control. Esta última, es la posición adoptada por la doctrina más autorizada[55] y la compartimos. Para que haya oferta basta que el proponente haya hecho todo lo que razonablemente podía para ponerla a disposición de sus destinatarios. Es el criterio propuesto en los *Principios de Unidroit* (artículo 2.3).

El tema, que puede parecer exageradamente abstracto, tiene importancia práctica. Imaginemos, por ejemplo, que una persona llega a tener conocimiento de la oferta y aceptándola reclama el cumplimiento del contrato; el supuesto oferente, para evitar tener que defenderse con las reglas de la revocación, hoy muy discutidas, y exponerse a la condena de perjuicios, se defiende, señalando que en verdad no hay oferta, pues no ejecutó conducta alguna para que ésta fuera conocida de ninguna persona y que si llegó a poder del demandante fue por un hecho ajeno a su voluntad. Siguiendo los criterios

[53] VODANOVIC (n. 19 y 41), p. 80, n. 102.

[54] Ramón DOMÍNGUEZ, *El negocio jurídico*, 2ª ed. (en trabajos previos).

[55] Si bien hay opiniones sobre el punto, esta última variante es la aceptada por destacados maestros, tales como Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 153-154; Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF, *Tratado de Derecho Civil alemán*, Barcelona, Bosch, tomo I, parte general, vol. II, primera parte, p. 234.

expuestos, en el caso no hay oferta o, al menos, no se cumplió una condición de su exigibilidad y la demanda deberá ser rechazada.

5.2.1.3. ¿Cómo distinguir una propuesta seria y dirigida a obligarse de los demás tratos previos?

El mundo actual de los negocios reconoce una larga lista que día a día crece, de lo que llamaremos *aproximaciones para contratar*. Se trata de declaraciones efectuadas con el propósito de informarse sobre eventuales negocios, o de reservar un lugar de privilegio en futuras negociaciones, o de reservar lugar ante la llegada de futuros productos, o de invitar a otros a hacer ofertas, como en la subasta o licitación, etcétera.

No existe duda sobre la no admisión de la posibilidad del oferente de desvincularse de su propuesta, con la simple afirmación de que no ha tendido voluntad de obligarse. La dificultad surge, como se ha referido ya, con ocasión de describir criterios objetivos que diferencien la oferta propiamente tal, de otros tratos preliminares. Recordando lo expuesto en el párrafo respectivo diremos que existen criterios de orden general como, por ejemplo, los enunciados en la CV, que señala que la oferta debe ser "suficientemente completa". La doctrina plantea también los suyos[56].

5.2.2. La oferta debe ser precisa y completa[57]

El principio se enuncia muy simple. La oferta debe contener todos los elementos propios del acto que se propone celebrar, de tal forma que baste su aceptación pura y simple para que el negocio quede perfecto. Concretada en la práctica, las dificultades que la regla origina son extensamente conocidas y se relaciona fundamentalmente con el problema de la aceptación condicionada. En lo abstracto o puramente teórico, se han formulado múltiples reglas que buscan dar certeza, estableciendo, a priori, cuando una oferta es completa y cuando no[58], para distinguirla de los tratos previos. Por ejemplo, lo tradicional ha sido decir que debe contener todos los elementos del futuro contrato de tal manera que basta su aceptación pura y simple. Los excesos a que puede conducir la regla son evidentes y, por lo mismo, se le atemperó, señalando que debía contener los elementos esenciales del contrato.

[56] Humberto Gómez Laplaza, *Comentario al art. 1262* (*Código Civil* español), Madrid, Ministerio de Justicia, p. 64; Menéndez Mato (n. 42), p. 132.

[57] Algunos autores argentinos se refieran a este requisito como la completividad o autosuficiencia de la oferta.

[58] En España por todos Bernardo Moreno Quezada, "La oferta de contrato cuarenta años después", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid, 1996, p. 148.





La CV parte por señalar que ha de ser "suficientemente precisa", claramente un concepto fáctico. Luego, en su artículo 14, trata de precisar la regla, señalando que se considera tal si estipula las mercaderías y explicita o tácitamente su cantidad y precio o prevé medios de determinación futura.

Los problemas principales presentes para determinar la suficiencia de la oferta, en la práctica comercial, pueden ser divididos de la siguiente forma:

a). Que ocurre con los términos secundarios o accesorios que normalmente están presentes en todo contrato, pero que están ausentes de la oferta. Como sería, por ejemplo, quien asume el costo de un flete interno. No debe confundirse con el problema de la aceptación, que luego veremos. Se trata de determinar que tan detallada ha de ser la oferta para estimarla suficiente.

b). El problema de los precios implícitos. Por su importancia práctica ha merecido –y parece preferible– un tratamiento separado[59]. Lo cierto es que el precio es elemento esencial y debe estar contenido en la oferta. Sin embargo, es posible preguntarse si una propuesta será considerada oferta, aunque no figure un precio, por estar éste implícito de acuerdo con el negocio ofrecido. Se advierte, por la doctrina, que no resulta fácil calificar de oferta a una propuesta que carece de precio determinado, sin precio, se dice; mas parece que estamos en la fase de tratos previos. Pero, aplicada esta solución en extremo, puede dejar a un buen número de intercambios comerciales, sin el soporte jurídico contractual. La regla ha debido atenuarse.

Entre las atenuaciones más usuales está el aceptar como suficiente determinación de precio la referencia de la oferta a catálogos, o notas de pedidos. Incluso, se ha aceptado que la determinación puede quedar al arbitrio de un tercero o de una circunstancia objetiva, como si en la oferta se indica que el precio será el que disponga el aceptante de acuerdo con sus usos y prácticas o el que tenga determinado el mercado, fórmula conocida como "precio corriente en plaza", etc. En todos estos casos, y siguiendo a Luis Díez-Picazo: "Quiere decir con ello que se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio boni viri, con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector".

Es la solución que contiene el *Código Suizo de las Obligaciones* (art. 212) que dispone, que puede hacerse un pedido en firme sin incluir precio y en este caso se presume que la venta se concluye por los precios medios del día y lugar de la ejecución del contrato[60].

[59] Para detalles *vid.* Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1996, tomo I, p. 286.

[60] En la misma línea el *Código de Comercio Uniforme* de Estados Unidos. Si bien el art. 14 de la CV, parece no aceptar estos criterios, sino exigir determinación de precio, aunque

### 5.2.3. La vigencia de la oferta. Caducidad. Revocación. La cuestión de la transmisibilidad

#### 5.2.3.1. Respecto del plazo de vigencia de la oferta

Como declaración recepticia, está dirigida a ser aceptada o rechazada por otro, por lo que intrínsecamente se supone un plazo para que el destinatario tome conocimiento y responda. Ese plazo puede estar establecido en la propia oferta, ya sea mediante un lapso determinado –una fecha precisa o un número de días– o, como es frecuente en las relaciones de consumo, mediante algún indicador cierto. pero indeterminado en su momento exacto –la popular fórmula "hasta agotar *stock*"–.

Si nada se ha dicho por el oferente, la doctrina en general distingue si se trata de una oferta entre presentes o entre ausentes. En el primer caso, la oferta no tiene plazo, pues comunicada directamente debe ser aceptada o rechazada en el acto. Tratándose de propuestas entre ausentes, existe uniformidad en cuanto a entender o suponer una vigencia tácita de la oferta por el tiempo que corresponde al que de acuerdo con el caso, resulte ser un lapso "razonable" o "prudente". Es la solución que puede verse en la CV, artículo 18, N° 2 y en el artículo 2:206 de *Los Principios Europeos de Derecho de Contratos.*

Para determinar la prudencia del término debe ser considerando su contenido, básicamente su mayor o menor complejidad, la envergadura del negocio propuesto y la forma en que ha sido comunicada.

Algunas legislaciones contienen indicaciones expresas del plazo de su vigencia, obviamente supletorias de la voluntad del oferente. Suelen señalarse, entonces, plazos de vigencia de la propuesta, dentro de los cuales ha de ser comunicada la aceptación. El problema principal, en estos casos, es si la existencia de un plazo de vigencia de la oferta, convencional o legal supletorio, supone la irrevocabilidad de la misma mientras el término está vigente.

En caso del plazo convencional, la doctrina dominante señala que mientras está vigente, la oferta es irrevocable y obliga al oferente, aun cuando hay autores que opinan en contrario. Por su parte, si el plazo es legal hay uniformidad en la doctrina, dentro de quienes aceptan la revocabilidad como regla, en estimar que el plazo legal no obliga al oferente, sin perjuicio de su obligación de reparar el daño si corresponde en el caso. Volveremos pronto sobre ello.

El *Código de Comercio* chileno ha regulado expresamente el punto, art. 98. Si la oferta se hace entre personas presentes físicamente, dura un instante,

sea éste implícito, ello debe entenderse en relación con el art. 55 del mismo cuerpo, que no sin aparente contradicción, dispone que si el contrato se ha celebrado sin señalar precio, ni expreso ni tácito, se considerará que las partes han hecho referencia al precio generalmente admitido para contratos similares por las mismas mercaderías y en circunstancias semejantes al trato respectivo.





pues debe ser aceptada de inmediato. Si es hecha entre personas ausentes, pero que pueden comunicarse directamente el plazo de vigencia es de veinticuatro horas; por fin, si se trata de personas ausentes, el plazo corresponde a la fórmula "a vuelta de correos". Esta última expresión requiere de una evidente actualización desde que el correo ha dejado de ser la forma por excelencia del comercio a distancia y ha venido a ser reemplazado por la llamada tecnologías en tiempo real, como veremos, al tratar la formación del contrato entre ausentes.

#### 5.2.3.2. La regla de la caducidad de la oferta por muerte o incapacidad sobreviviente

Clásicamente se afirmó que la muerte o incapacidad sobreviviente del oferente extingue la oferta. Sigue siendo hoy la regla general y está contenida en varias leyes y códigos, pero existen excepciones.

La doctrina moderna discute ampliamente lo que denomina el problema de la "transmisibilidad de la oferta"[61]. En esta discusión cobra especial importancia el debate sobre la naturaleza de la oferta y su eventual autonomía una vez emitida.

a. Para quienes la conciben como un acto jurídico unilateral o un simple hecho de la voluntad, antes de ser aceptada y, por tanto, formado el contrato, está dentro del poder de disposición del oferente y sigue la suerte de éste, de tal forma que si el declarante muere o se incapacita legalmente la oferta se extingue. Como con la sola oferta no ha nacido derecho ni obligación alguna, no existe, en realidad, nada que transmitir a los herederos. Ésta es la solución clásica en doctrina[62] y la normalmente recogida en los textos legales[63]. Dentro de quienes sostienen su caducidad, algunos advierten, no obstante, que los herederos o el devenido a incapaz, deberán indemnizar los gastos en que haya incurrido el destinatario de la propuesta caducada. Se fundan para ello en razones de

[61] Para un desarrollo extenso de la cuestión MARTÍNEZ GALLEGO (n. 49), pp. 52-60.

[62] Sostenida entre otros por Louis JOSSERAND, *Derecho Civil*, Buenos Aires, Europa América, 1950, tomo II-1; PLANIOL y RIPERT (n. 51), tomo 6, p. 190; COLIN y Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, Civitas, 1924, tomo III, p. 555; ALBAJADEJO (n. 39), p. 390.

[63] *Código Civil* argentino 1.149 (relacionada con los arts. 1.147 y 1.154); *Código de Comercio* chileno art. 101; *Código Civil* italiano art. 1.329. En España, si bien la cuestión es ampliamente discutida, pues se carece de texto claro, así lo ha resuelto el Tribunal Supremo, sentencia de 23 de marzo de 1988. Por fin, en Estados Unidos es la solución adoptada por el art. 48 del *Restatement of Contrats*. En Chile una sentencia ha señalado: "La aceptación producida después de la muerte del oferente es extemporánea aunque se ignore ese hecho", Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de agosto de 1935, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 34, Santiago, sec. 2, p. 28.

equidad y equilibrio justo de las prestaciones. Esta última es la solución adoptada, por ejemplo, en el art. 1.156 del *Código Civil* argentino.

Por su parte, el *Código de Comercio* chileno art. 101, que sigue el criterio clásico, nada dice sobre la indemnización de perjuicios. Luego, veremos si es posible aceptar su procedencia de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil.

b. Para otros, normalmente quienes ven en la oferta una declaración unilateral de voluntad vinculante, la oferta es transmisible. Dado que se entiende que la propuesta hace nacer una obligación, la cual es, como en general toda obligación, transmisible de acuerdo con los principios del Derecho Sucesorio. Por lo demás, no aparece razón alguna para que no sea considerada transmisible, siendo, además, útil por las necesidades de la seguridad del tráfico. Es la solución normalmente adoptada por la doctrina y legislación alemana[64]. Y pese a que sus textos, afirma lo contrario, es la reclamada intensamente por la doctrina anglosajona.

c. El criterio mixto. Si bien no es planteado generalmente, nos inclinamos por un criterio mixto, siguiendo la regla del art. 1.330 del *Código Civil* italiano. De acuerdo con esta regla, que hace excepción a la general de la intransmisibilidad de la oferta del art. 1.329, la oferta será transmisible cuando el declarante sea un empresario y actúa dentro del ejercicio de su empresa. Se trata de una regla aplicable entre comerciantes, y también al caso de los contratos de consumo[65], claramente de utilidad para la seguridad del tráfico.

Esta solución, regla general de intransmisibilidad, con la excepción entre comerciantes y respecto de los contratos de consumo, nos parece la más adecuada y la que mejor responde a las necesidades de la economía actual. En todo caso, vale apreciar que no parece haber ninguna razón jurídica poderosa, más allá de la tradición dogmática, para negar la transmisión[66].

### 5.2.3.3. La revocación de la oferta. El dogma de la revocabilidad de la oferta

Entendido el contrato como acuerdo de voluntades individuales libremente manifestadas, mientras ese acuerdo no se produce, la voluntad individual

[64] *BGB*, párrafo 130; Enneccerus, Kipp y Wolff (n. 55), p. 244. En Estados Unidos por todos Fuller citado por Fernando Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1978, tomo II, p. 223.

[65] *Vide* G. Rivolta, *Proposte e accettazioni nell'esercizio dell'empresa*, Padova, Silloge in onore di Giogio, 1992, vol. II, pp. 1-20; Renato Scognamiglio, *Comentario art. 1330 Codice Civile*, Roma, Editorial Roma, 1990.

[66] Compartimos la opinión de Martínez Gallego (n. 49), p. 56.





es libre para volver sobre sus pasos y revocar la oferta, cualquier otra regla implica constreñir la voluntad libre y es contraria a la esencia de la tesis del contrato como creación de la voluntad. Esta tesis, que consagra a la revocación como derecho del oferente, ha sido objeto de críticas, en especial desde el Derecho de Comercio Internacional, que ve en ello un riesgo de los negocios y un atentado al deber de lealtad entre profesionales del comercio[67].

La revocabilidad de la oferta fue elevada a la categoría de dogma, en especial, por los grandes juristas franceses del siglo XIX[68]. En palabras de Roberto J. Pothier:

> "No puede haber obligación, sin haber un derecho que en contra del obligado adquiera la persona hacia la cual esta obligación se ha contraído. Del mismo modo que yo no puedo por mi sola voluntad transferir a alguien un derecho sobre mis bienes, si su voluntad no concurre para adquirirlo, no puedo tampoco por mi promesa otorgar a alguien un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concurra para adquirirlo, por la aceptación que ella haga de mi promesa"[69].

No obstante las críticas, sigue siendo el principio dominante el que postula la revocabilidad de la oferta[70]. Incluso, es el principio que consagra el art. 16 de la CV, siempre y cuando, como resulta obvio, no haya sido el propio oferente el que estableció un plazo de vigencia de su oferta, hipótesis que ya había recogido parte de la doctrina clásica citada.

[67] En Chile *vide* Guillermo Acuña, "El contrato internacional, problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, vol. 6, Santiago, Universidad de los Andes, 2002, p. 179.

[68] Por todos, Roberto José Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, Paris, Biblioteca de Jurisprudencia, 1878, tomo XV, p. 540, n. 469.

[69] Pothier, *Traité de la Vente*, Paris, 1835, pp. 14-15, n. 32.

[70] En Chile, Arturo Alessandri, *De la compraventa y la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 82. Avelino León, *De la voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica, 1942, p. 109, n. 69. En Argentina, es la regla aceptada por la doctrina y tiene consagración en arts. 1.150, 1.154 y 1.156 del *Código Civil*, de acuerdo con ellos se señala que la retractación debe efectuarse antes que el aceptante haya expedido, a su vez, su propia aceptación, pues expedida ésta el contrato está perfecto (1.154). En caso que la retractación es expedida antes de la expedición de la aceptación, pero aquélla es recibida luego de que éste ha despachado su aceptación, por aplicación del art. 1.156, el aceptante que ha incurrido en gastos o sufrido pedidas tiene derecho a reclamar pérdidas e intereses. En España es la solución aceptada por la doctrina autorizada, Díez-Picazo (n. 59), cit, p. 295. Igual regla en los clásicos, Colin y Capitant (n. 62), p. 555 y Marcel Planiol y George Ripert, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Buenos Aires, La Ley, 1951, tomo 6, p. 177, n. 131. Respecto de la situación actual en Francia, *vide* Ghestin (n. 47), p. 274.

Cosa diversa es la opinión que se adopte acerca de la eventual responsabilidad civil en que pueda incurrir quien se retracta. Ponemos atención en esta diferencia, pues suele ser referida en forma confusa por la doctrina, al menos chilena[71]. Revocabilidad y responsabilidad, aunque relacionados son temas distintos. La primera se refiere exclusivamente a reconocer, o no, la posibilidad del proponente de desdecirse, lo cual significa que el oferente no tiene obligación alguna de mantener su propuesta, ni, aun, algún tiempo, esto hasta que se haya formado el contrato. La segunda, es el problema de determinar si surge, para el oferente, el deber de reparar los perjuicios causados por su retractación. Así, por ejemplo, entre los autores que sostienen el dogma de la revocabilidad de la oferta hay quienes, acto seguido, advierten que ello es sin perjuicio de la responsabilidad del oferente por los daños causados a los destinatarios de la oferta[72]. Otros, en cambio. llevaron el principio hasta sus extremos de manera tal que no aceptan la responsabilidad del oferente en caso de revocación ni consideraban posible calificar de culpable al retiro de la propuesta[73]. Por otro lado, cualquiera sea la posición que se adopte sobre la revocabilidad, es independiente del problema de la responsabilidad civil que pueda reconocerse en la ruptura de los tratos anteriores a la oferta. En tal caso, nadie discute que es posible retirarse de las tratativas previas a la oferta en libertad, quedando por definir, según veremos, si existe la posibilidad de calificar esas rupturas de injustas y derivar de ello el deber de reparar los daños causados.

La regla usual señala que es posible hasta que esté perfeccionado el contrato –por ejemplo, y por todos el art. 16 de la CV–. La regla, en apariencia simple, se complica y genera problema, porque las reglas que se aplican para tener por perfeccionado el contrato varían en doctrina y derecho comparado. Siendo diverso el criterio para determinar cuando ha nacido el contrato, necesariamente se condiciona la decisión del momento hasta el cual tiene valor la retractación.

Otra cuestión relacionada a lo que venimos desarrollando es la situación en que el propio oferente ha renunciado a su derecho a revocar sea indefinidamente o por el tiempo o en las condiciones que indica. Se ha sostenido, y no parece objetable, que ello es perfectamente posible, pues se trata de una libre disposición del declarante[74]. En este aspecto hay quienes sostienen que la fijación

[71] Por ejemplo, en Francisco GALLEGUILLOS, *Teoría del consentimiento,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 278. VODANOVIC (n. 19), tomo IV, pp. 81-84; Horacio VARELA ESPEJO, *Formación del consentimiento en los contratos consensuales en el Derecho chileno e italiano,* memoria de prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1961, p. 29.

[72] Por todos POTHIER (n. 69).

[73] Por todos LAURENT (n. 68), pp. 553-555, n. 481.

[74] El *Código Civil* italiano reconoce un caso de oferta irrevocable por ley. Artículo 1.333, que dispone, en resumen, que es irrevocable la oferta de un contrato en que sólo surgen obligaciones para el oferente.





de un plazo no impide la revocación de la oferta, sino sólo da derecho a solicitar la indemnización de perjuicios[75]. Dentro de quienes defienden esta postura, algunos señalan como excepción el caso en que pueda ser posible desprender, de la forma en que ha sido efectuada la oferta, que sería categóricamente irrevocable. La doctrina mayoritaria adscribe a la tesis contraria, la oferta a plazo obliga al oferente y no puede ser revocada[76]. Por tanto, si interviene aceptación valida el contrato se forma, aun, contra la revocación del proponente. Es la solución adoptada en la CV y los principios de *Unidroit* (art. 2.4).

#### 5.2.3.4. Distinción entre oferta propiamente tal e invitaciones a hacer ofertas

Un estudio de la práctica de los negocios releva la existencia de una serie de actos destinados a generar e, incluso, proponer futuros contratos, sin que puedan ser catalogados de auténticas ofertas[77], al menos en el sentido técnico-jurídico que hemos referido. Por cierto, que no deben ser confundidos con los tratados en general bajo el nombre de tratos previos. Nos referimos a actos que se presentan normalmente como ofertas, pero que en realidad no lo son pese a que con frecuencia se les confunde, incluso, existiendo tesis, a nuestro juicio, equivocadas, que las consideran derechamente ofertas[78]. En la actualidad, se les conoce como "invitaciones a hacer ofertas". Las más conocidas son la subasta y la licitación, pero, aun, se ha estimado como tal a la publicidad comercial.

No son exactamente tratos previos, pues no buscan explorar posibles futuros contratos, sino celebrarlos. Tampoco son ofertas, pues ellas no contienen las condiciones completas del acto tales como: precio, plazos de ejecución, etc., es decir, no son autosuficientes. Lo que pretende el proponente es atraer a los interesados para que le hagan ofertas con la finalidad de celebrar el negocio que, en general, ha descrito, pero al cual le faltan elementos tales como el precio u otras circunstancias sustantivas.

Esta categoría, que podríamos situar entre los tratos previos y la oferta propiamente, como se dijo, es conocida entre los juristas bajo la categoría

[75] Joanna SCHMIDT, "La sanction de la faute précontractualle", en *Revue Trimestrielle de droit civil,* N° 1, París, 1974, p. 46 y cita en el mismo sentido a F. Chabas. Desde el año 1978 por leyes especiales se ha establecido la irrevocabilidad de la oferta durante cierto plazo.

[76] En Francia ya Pothier lo sostenía. Por todos Henri y León MAZEAUD y André TUNC, *Lecciones de Derecho Civil,* Buenos Aires, 1960, p. 155. En Argentina por todos BREBBIA (n. 46), p. 62. En Chile está expresamente resuelto en el *Código de Comercio* que la oferta sujeta a plazo obliga al oferente art. 99.

[77] Ya Marcel Planiol y George Ripert formulaban una serie prevenciones sobre actos que no constituyen ofertas, como las que llama oferta sin compromiso y meras negociaciones *Traité practique de Droit Civil Français,* edición en español, Cuba, Bosch, 1958, tomo VI, n. 127-130.

[78] Alonso Gete, citado por MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), p. 32 n. 18.

de invitaciones a ofrecer, tomando la nomenclatura del Derecho alemán[79]. No son, pues, ofertas. Éstas provendrán de los interesados que acerquen sus propuestas a quien invita, el cual elegirá la mejor proposición y aceptándola se tendrá por formado el contrato.

Es más, parte de la doctrina ha creado toda una interpretación doctrinal para la publicidad comercial entendida como una de las invitaciones a hacer ofertas o *invitatio ad offerendum*[80].

## 6. La aceptación[81]

Se entiende por la declaración o acto del destinatario de la propuesta en que manifiesta su conformidad con ella. Si bien se ha sostenido lo contrario[82] estimamos que la aceptación no puede ser catalogada de acto recepticio sin antes pronunciarse por alguna de las tesis propuestas para determinar el momento en que se forma el contrato. Si se acepta que el contrato se forma cuando el oferente ha tomado conocimiento de la aceptación o ésta ha llegado a su poder de disposición, podremos afirmar que la aceptación es recepticia. Por su parte, si se siguen las tesis de la aceptación o la expedición o envío, las que normalmente no son seguidas en la moderna doctrina, ni en el Derecho Comparado, necesariamente ello se contradice con estimar al acto como recepticio, pues el contrato se entiende formado con independencia absoluta de si la conformidad ha llegado a poder del oferente.

La aceptación ha de ser pura y simple y debe ser oportuna, es decir, ha de hacerse mientras la oferta está vigente. La cuestión más discutida en relación con ella es desde cuándo se entiende formado el contrato, siendo sus extremos las concepciones que sostienen que basta que la aceptación se formule, por un lado y, por el otro, lo que exigen que la aceptación sea conocida por el oferente.

### *6.1. La aceptación puede ser expresa o tácita*[83]

Como toda manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se comunique por medios claros y precisos destinados a dicho fin,

[79] *Vide* Francesco Messineo, *Doctrina general del Derecho*, Buenos Aires, Europa-América, 1952, p. 220. Enneccerus, Kipp y Wolff (n. 55).

[80] Díez-Picazo (n. 59), tomo I "Introducción Teoría del Contrato", p. 327, párrafo 8, n. 54.

[81] *Vide* detalladamente en el Derecho español, Martínez Gallegos (n. 49), p. 73.

[82] Fernando López de Zavalia, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Universidad, 1997.

[83] Incluso, se ha llegado a reconocer como aceptación a las declaraciones negligentes de voluntad. Es decir, a quien despliega conducta descuidada que hace creer legítimamente en otro que ha aceptado lo propuesto.





aunque no requiere de formas especiales, salvo que en la oferta o en actos preparatorios o tratativas previas se hubiere dispuesto u acordado una forma especial en que la aceptación ha debido ser dada o comunicada. Por su parte, la aceptación tácita supone que el aceptante realice actos que, calificados objetivamente, signifiquen conformidad con la oferta.

En la jurisprudencia española se ha desarrollado la diferencia entre declaración, para referirse a la manifestación expresa y comportamiento para referirse a la tácita. También se ha llamado, en doctrina, a la expresa como la aceptación por palabras[84] y la tácita aquiescencia por "hechos o actos". Lo cierto, que es indudable que la calificación de actos, hechos o comportamientos como manifestaciones tácitas de aceptación –y por qué no de expresas– es una cuestión que dependerá de la casuística propia de cada sistema[85].

### *6.2. La aceptación debe ser pura y simple*[86]. *Criterio tradicional*

Como ya hemos expresado, se trata de que debe existir una coincidencia entre la aceptación y la propuesta, sin esta coincidencia absoluta de voluntades el contrato no nace. Esta regla, tal vez la más discutida de todas las clásicas, si bien resulta teóricamente irreprochable, se ha mostrado insuficiente en la realidad y práctica comercial y en su aplicación estricta se corre el riesgo de dejar sin soporte contractual a gran número de operaciones de comercio. Al estudiar el momento de formación del contrato profundizaremos el problema y sus modernas soluciones.

### *6.3. La aceptación debe ser oportuna. Ha de hacerse mientras la oferta esté vigente*

En ciertos casos, cuando ha sido regulado, la aceptación debe ser dentro de los plazos señalados en la ley

[84] El *Código Civil* de México, art. 1.803, luego de reciente reforma, incluye en la forma de expresión de las palabras a las verbales, las escritas o las formuladas por medios electrónicos.

[85] Por ejemplo, *vide* el art. 1.327 del *Código Civil* italiano y los criterios que contiene para calificar la manifestación de voluntad. También los comentarios de Francesco Galgano, *Negocio jurídico*, Valencia, Ciudad de Valencia, 1992, p. 85 y ss.

[86] Sobre de la necesidad de coincidencia de las voluntades como fundamento del contrato *vid.* en España, fuera de las obras generales de Derecho Civil; Blas Pérez y José Alguer en Enneccerus, Kipp y Wolf (n. 55), p. 242; Eduardo Danz, "La interpretación de los negocios jurídicos", en *Revista de Derecho Privado*, tomo II, Madrid, 1955; Sastre Roca, "Estudios de Derecho Privado", en *Revista de Derecho Privado*, tomo I, 1948, pp. 1-48. En argentina, Jorge Zago, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981, p. 17; en Chile Domínguez (n. 54), p. 46; Avelino León, *De la voluntad y la capacidad en el Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 84.

La oferta debe ser aceptada mientras esté vigente. El *Código de Comercio* chileno contiene aquí una regla particular que fija el momento en que la aceptación ha de ser dada. En sus arts. 98 y 99 dispone que la propuesta hecha en forma verbal, requiere la aceptación, en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige. Si la propuesta se ha dirigido por escrito, deberá ser aceptada o desechada dentro del plazo de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente o a vuelta de correo si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos la propuesta se tendrá por no hecha aun cuando fuere aceptada.

Por el contrario, en algunas legislaciones de protección al consumidor se plantea que la aceptación respecto de ofertas contenidas en eventos masivos de ventas, publicidades dirigidas por medios electrónicos y otros similares no pueden ser emitidas de inmediato. La aceptación inmediata en tales casos vicia la voluntad. Se trata de evitar que el consumidor sea sorprendido por el despliegue de medios técnicos y de seducción y manifieste una voluntad irreflexiva. Es el mismo criterio protector del consumidor el que ha permitido el establecimiento de reglas que permiten la retractación, incluso, luego de que el contrato se reputa ya legalmente formado. Es lo que ocurre en Chile con los nuevos artículos 3 y 3 bis de la ley 19.496 de protección al consumidor.

### *6.4. La aceptación puede retirarse*[87]

Salvo que se acepte la tesis de que el contrato queda formado en el instante mismo que la aceptación es dada –que, por cierto, no conocemos legislaciones modernas que así lo dispongan–, ésta puede ser retirada por el aceptante hasta el momento en que se entienda formado el contrato. Si se acepta la tesis más usual en la legislación comparada, de que el contrato queda formado cuando el asentimiento llega a poder del oferente –doctrina llamada de la recepción–, hasta ese momento es posible el retiro. Es la opción, por ejemplo, de la CV, art. 22.

[87] En España existen opiniones en sentido contrario: Italo MANRESA, "Comentario al art. 1262 del Código Civil", en *Código Civil español*, Madrid, 1950, número 8 vol. II, p. 373.





## 7. CUANDO SE ENTIENDE FORMADO EL CONTRATO. MOMENTO Y LUGAR. LAS NUEVAS CONCEPCIONES

### *7.1. Momento de la formación del contrato*

#### 7.1.1. Teoría de la declaración[88]

Consiste en que el contrato se entiende formado en el momento mismo en que se presta la aceptación, aunque el oferente lo ignore y el aceptante no haya aún comunicado o siquiera intentado comunicar su decisión. Esta alternativa, en principio sólida desde lo abstracto, presenta inconvenientes evidentes para la seguridad del comercio. Por cierto, que, además, significa que la aceptación ha de ser entendida como declaración de voluntad no recepticia, privando por su efecto al aceptante, de toda posibilidad de retractarse de su decisión, pues existe un contrato que ha quedado perfecto. De no ser así, ello significaría aceptar una hipótesis de desistimiento del contrato.

#### 7.1.2. Teoría de la emisión o de expedición[89]

Aquí se señala que el contrato queda formado en el momento que el aceptante expide con destino al oferente su aceptación. Concretamente se trata del momento en que el aceptante pierde la disposición libre del documento en que va contenida su aceptación. En ese instante se dice, se adquiere la certeza mínima conveniente a la seguridad del tráfico.

#### 7.1.3. Teoría de la recepción[90]

Para quienes la proponen no basta con la expedición de la aceptación, sino que debe haber llegado a destino. Se trata de que sea recepcionada por el oferente o sus agentes y que éste quede en condiciones de conocerla con normal diligencia. No es necesario que el oferente realmente esté informado, ni de su arribo ni de su contenido. Por el contrario, basta con que esté dentro del ámbito de su disposición. Ésta es la tesis que impera hoy en la mayoría de los textos internacionales; CV art. 18 en relación con el 23; *Principios de*

[88] VALVERDE Y VALVERDE, "La obligación del contrato como fuente de las obligaciones", en *Revista de Derecho Privado*, tomo III, Madrid, 1914, p. 24; JOSERRAND (n. 62), tomo II, p. 46. Seguida por el *Código Civil* portugués. Igualmente es la tesis que acoge el *Código de Comercio* chileno, art. 101, norma que ha sido largamente criticada en la doctrina.

[89] Por todos LALAGUNA DOMÍNGUEZ (n. 14), p. 1.071. Seguida por el *Código Suizo de las Obligaciones*.

[90] Por todos ALBALADEJO (n. 38), p. 398. Solución aceptada por el *BGB*, art. 130 ap. 1 y por el nuevo *Código Civil* brasileño art. 434.

*Unidroit* que, si bien no contienen reglas directas, se desprende claramente de lo dispuesto en el art. 2.3. Es más, los citados principios de *Unidroit* disponen de una definición expresa de lo que debe entenderse porque la aceptación "llegue" a poder del oferente. Indica que ha de entenderse por "llegar", cuando se encuentra dentro del poder de disposición del proponente.

#### 7.1.4. Teoría de la información o conocimiento[91]

Es éste el extremo opuesto a la tesis de la simple aceptación. En esta doctrina, para que exista contrato, debe el oferente haberse informado del contenido de la respuesta, debe, pues, tomar conocimiento de la decisión del destinatario de su propuesta. Sin duda que, como suele serlo con todos los extremos, nos parece que es susceptible de las mismas críticas que se hacen para la tesis de la emisión. Como muy bien señala un autor: al oferente le bastaría con dejar el sobre cerrado sin abrirlo sobre su mesa para que el contrato no estuviere nunca formado. No negamos, como indican sus defensores, que tal conducta, contraria a la buena fe, seguramente generará responsabilidad en su ejecutante, y ello obstará a que sea de común ocurrencia. Sin embargo, la incertidumbre se mantiene igual y la responsabilidad no es solución, pues lo que se pretende no es su determinación, sino un criterio que sirva a las necesidades sociales reales de la contratación.

#### 7.1.5. Los actos concluyentes. ¿Una nueva tesis?

El *Código Europeo de Contratos*, señala en su artículo 24 bajo el epígrafe "Actos concluyentes", lo siguiente:

> "Salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres".

Al parecer, estamos en presencia de un criterio nuevo para determinar el momento de perfección del contrato. Su tenor no deja dudas, el momento de la perfección del contrato se considera una situación de hecho, que sólo puede calificarse caso a caso, según la conducta de las partes y la naturaleza del negocio.

[91] Tesis recogida en el *Código Civil* español según refiere MARTÍNEZ GALLEGOS (n. 49), n. 40.





En todo caso lo que exponemos es ampliamente discutible, y puede arribarse a otra conclusión, pues su artículo 16 dispone, en lo pertinente, que la aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma. Es decir, parece adscribir a la teoría de la información. Incluso, el art. 15 puede llevar a otra conclusión diferente de las anteriores.

### *7.2. El lugar de formación del contrato*

No es usual encontrar normas precisas sobre el punto. Ello es lógico, pues el lugar donde se entiende celebrado el contrato será aquél en que éste ha quedado perfecto. Describiendo las opciones teóricas para precisar el momento de formarse el consentimiento, queda también determinado el lugar de su formación. Debe recordarse la utilidad de la determinación del punto geográfico en que se entiende celebrado el contrato, ya que dicho lugar será, en muchos casos, el punto de conexión para la aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado.

El *Código de Comercio* chileno, como pocos otros consultados civiles o comerciales, señala expresamente cuál es el lugar en que entiende formado el contrato, que como lógica consecuencia de la teoría recogida en su texto respecto de la celebración, no es otro que el lugar en que se ha prestado la aceptación (art. 104). Esta regla, que es la general, no se aplica al contrato de donación, en que existe norma especial, que fija como lugar el domicilio del donante.

Pese a la lógica de lo expuesto, hay algunas soluciones legislativas diversas. Se conocen leyes que han aceptado una teoría respecto del momento de formación y, sin embargo, ha fijado un lugar distinto para tener por punto de celebración. Tal es el caso del art. 1.086 que contenía el primer *Código Civil* de Brasil.

### *7.3. Nuevos criterios, la ruptura de la tesis clásica. La aceptación condicionada*

Se ha dicho que el contrato se entenderá formado, en la tesis clásica, sólo cuando haya identificación total entre propuesta y adhesión, de acuerdo con la regla magníficamente bautizada por los estadounidenses como *the mirror-imagine rule* o la regla del espejo. Es la esencia del concepto de formación instantánea.

Este criterio clásico está hoy en evidente crisis y no responde a las exigencias más modernas, en particular, del Derecho Mercantil Internacional en que se reconoce el proceso de creación de un negocio como complejo o "gradual", en cuyo curso pueden distinguirse, según cada caso, diversas etapas

previas a cualquier oferta concreta y final en los términos reconocidos en la doctrina clásica.

El criterio o regla del espejo propone, para que exista el contrato, que debe haber identificación absoluta entre oferta y aceptación, sólo en ese momento habrá negocio, cualquier disparidad, por menor que sea, significa que el contrato no está formado.

Esta regla, entendida en forma tan rigurosa, ha mostrado ser injusta e insuficiente frente a la realidad comercial moderna. Es así que es posible actualmente distinguir un progreso de la doctrina y la legislación internacional hacia una versión claramente atenuada de la idea del espejo. Dicho progreso ha sido solidamente descrito por el español Salvador Duchy, en un trabajo de excepcionales méritos y que ha de ser lectura obligada para quien quiera profundizar la cuestión[92].

Lo cierto es que, analizando el estado actual de la doctrina y los textos legislativos de fuente interna o internacional, el estado actual de este desarrollo hacia la definitiva flexibilización de la regla del espejo, puede ser reseñada de la siguiente manera.

Desde sus propios inicios, de la regla del espejo, se apreció insuficiente para cubrir la necesidad de determinar cuáles eran los puntos en que debía haber concordancia entre los negociantes. Inicialmente se postulaba una concordancia absoluta[93], criterio que en la práctica revela clara insuficiencia, pues lo normal es que entre los contratantes surjan diferencias menores sobre el contenido del contrato y, sin embargo, las prestaciones se cumplen. Pronto se ha avanzado, primero hacia la idea de que la oferta se bastaba con contener los elementos esenciales del acto que se quiere celebrar y sobre ellos debía recaer la aceptación; luego, al concepto seguido por la CV, que se refiere a que la oferta, debe ser suficientemente precisa y que la aceptación, si bien en principio debe ser pura y simple, puede ser calificada de tal, aunque contenga elementos adicionales o diferentes siempre que no alteren "sustancialmente" la oferta (art. 19).

Este progreso ha sido lento. La primera tesis que se alzó contra la regla del espejo, es la que la doctrina del *common law* ha llamado *last-shot rule* o regla de la última palabra. Ya se explicó algo sobre ella. Se trata de que la aceptación con cambios efectuados sobre la oferta original no necesariamente implica que el contrato no se forme. La idea de que la aceptación con cambios es una contraoferta ya era conocida en la idea clásica del espejo, pero en esta

[92] Salvador DURANY PICH, "Sobre la necesidad que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 1.011-1.096.

[93] Y es la regla que figura, aun, en códigos civiles modernos, como en el art. 431 del nuevo *Código Civil* brasileño.





nueva concepción, a diferencia de la indicada, la existencia de una contraoferta –salvo en el caso de haberse manifestado expresamente lo contrario el primitivo oferente– puede permitir, aun, tener por formado el contrato.

La última palabra significa, entonces, que puede tenerse por celebrado el contrato por el hecho del intercambio de ofertas y contraofertas o condiciones, si en concreto las partes han actuado como contratantes, han exteriorizado su voluntad como si hubiere contrato, por ejemplo, entregando mercaderías o pagando parte del precio; aun cuando entre ellos subsistan diferencias no abarcadas por el consentimiento exacto, o no pueda reconocerse, en el caso, una aceptación pura y simple. Por ejemplo, se ha sostenido que los términos agregados a una oferta no impiden el surgimiento del contrato, cuando son favorables al propio oferente, o no tienen un contenido sustantivo, como serían las peticiones de mayor información o agregados de decoro, cambios de redacción menores, etcétera.

Claramente no debe confundirse con la idea tradicional de contraoferta, en la cual es considerada como una nueva oferta y a ella debe aplicarse entonces la idea del espejo, es decir, debemos esperar una aceptación pura y simple, sin ella jamás habrá contrato. Esta concepción tradicional de la contraoferta es la que puede verse en el art. 102 del *Código de Comercio* chileno[94]. Es evidente el contenido diverso del concepto de *last shot*.

Por cierto que en este orden de ideas, será difícil determinar el momento exacto que ha surgido el contrato, quedando fundamentalmente como una cuestión de hecho a fijar por el juez. La idea abstracta de un "momento de formación" pierde, en realidad, vigor, transformándose en una cuestión del caso concreto; habrá contrato desde que las partes han revelado, por su conducta, sentirse ligadas entre sí por un negocio en que puede reconocerse como debidamente concordado los elementos centrales del mismo. De alguna forma esta tesis puede verse reflejada en el *Código Europeo de Contratos*, art.° 1.2 en cuanto reconoce la formación del contrato por "actos concluyentes". Similar es la regla aceptada por los principios de *Unidroit*, art. 2.11. Por cierto, que este criterio supone dos elementos que han de tenerse muy presentes:

- Que el que envía la aceptación con adiciones o cambios secundarios, pretenda ser aceptante. Si lo que envía, expresa o tácitamente, es claramente una contraoferta, no podrá tenerse por formado el contrato. Tampoco será aceptación la que expresa un mero conocimiento de la oferta o recepción de la misma, por ejemplo la usual cláusula de cortesía: "recibí conforme".

[94] El *Código de Comercio* chileno señala que la aceptación condicionada es una nueva oferta, pero claramente no basta ello para tener por formado el contrato en caso alguno, pues se exige a su vez una nueva aceptación para la nueva oferta.

- Que el oferente, que ha recibido la aceptación modificada no objeta los términos secundarios alterados por el que pretende aceptar, pues de ser así tampoco habrá contrato. Normalmente se le da legal o doctrinariamente un breve plazo o plazo razonable para manifestar esta negativa.

Estos criterios de la *last shot rule*, y alguno aún más extensivos, son los que figuran receptados con mayor o menor intensidad en la convenciones internacionales, esfuerzos privados de unificación del derecho y algunas legislaciones comparadas. Veamos algunos ejemplos:

### 7.3.1. El Derecho estadounidense

Sin perjuicio de las novedosas soluciones jurisprudenciales que serán referidas pronto. En los primeros textos coordinados sobre contratos, se recogió la regla del espejo. Así figura en el art. 59 del *Restatement of Contracts*, en cuanto señala que la aceptación condicionada es una nueva oferta. Sin embargo, otro texto, más reciente, el *Uniform Comercial Code*[95], contiene regla diversa. El art. 2-207 señala, en resumen, que la aceptación con términos adicionales, salvo que se haya expresamente adicionado bajo la condición de ser aceptados, a su vez, por el oferente, constituye suficiente aceptación y permite tener por formado el contrato. Igualmente, la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de un contrato es suficiente para establecer el negocio, aunque de sus escritos previos no aparezca un contrato completo. En este último caso, los elementos del contrato serán aquellos en que las partes coincidan y a falta de coincidencia los supletorios que ofrece el mismo cuerpo legal o el juez.

Ahora bien, desde la experiencia judicial estadounidense es posible recoger algunos otros criterios para determinar la existencia de negocio y el momento de su formación. Ellos son soluciones propias de la realidad jurídica anglosajona. De las soluciones más citadas, suele mencionarse como *living case* la doctrina de Lord Denning del año 1977, formulada en el caso "Butter Machina con Ex - Cell Corporation", de acuerdo con lo expuesto la formación se entiende satisfecha, es decir, se entiende que hay contrato cuando se puede determinar la existencia de acuerdo en los elementos esenciales del acto, aunque difieran elementos secundarios, los cuales deberán integrarse, en caso de discusión entre las partes, por el contenido de sus negociaciones previas y de no poder armonizarse los términos diversos, deberán ser sustituidos por los más razonables. En tal caso, para esta doctrina nos enfrentamos

[95] Se trata de trabajos privados, normalmente confeccionados al amparo de universidades, que a partir del año 1957 fueron siendo adoptados, total o parcialmente, como reglas uniformes de contratos por los estados de la Unión.





a un problema de integración del contrato y no a uno de formación, pues se entiende que contrato existe, pero por decirlo así *incompleto*.

Por su parte, y siguiendo lo dispuesto en el *Uniform Comercial Code*, la jurisprudencia estadounidense ha construido una seria de reglas para el caso, dependiendo del tipo y contenido de la aceptación. Básicamente se distingue el caso de la aceptación con alteraciones o discrepancias que no alteran de manera sustancial a la oferta, en que hay de todas formas contrato; y los casos de la aceptación condicionada expresamente a una aceptación a su vez de la contraparte de los elementos discrepantes o adicionales o en que existe un cambio sustancial del contenido de la oferta. En ambos, existe una contraoferta y, por ello, no hay contrato. Luego, se formulan reglas que tratan de determinar qué elementos son los esenciales o sustanciales, dependiendo del tipo de contrato y la conducta de las partes. Es, pues, una solución que podríamos denominar de "catalogo", que es renegada por la doctrina europea tradicional[96].

Cabe tener presente que el *Uniform Comercial Code* distingue entre lo que es un término adicional –uno que no fue considerado por el oferente– y un término diferente –se altera lo originalmente señalado en la oferta–. En la doctrina y jurisprudencia estadounidense, existe variedad para enfrentar el problema de cual será el contenido del contrato en caso de términos diferentes[97].

### 7.3.2 CV y los principios de *Unidroit*. Tratamiento conjunto, sus soluciones son similares

Ambos postulan que la aceptación con adiciones es suficiente aceptación sino altera materialmente (Viena) o sustancialmente (*Unidroit*) el contenido de la oferta. Los comentaristas de estos textos suelen estimar normalmente como condiciones "sustantivas" las reglas del precio y su determinación, el objeto preciso del negocio, sus plazos de entrega, entre otros similares. En todo caso son simples referencias, pues la cuestión necesariamente es de hecho y debe ser resuelta en el caso concreto.

Estos textos no distinguen entre términos adicionales o diferentes. Para ambos si el oferente, en breve tiempo, no manifiesta su disconformidad con los términos adicionados, el contrato se considerará perfecto y su contenido será el de la aceptación modificada.

[96] Sobre este enfrentamiento de culturas jurídicas es muy reveladora la lectura de las actas de discusiones del proyecto de *Código de Contratos* para Europa. Con ello es posible comprender el debate sobre el "modelo" final de contrato a seguir y sus consideraciones accesorias.

[97] *Vid.* DURANY PICH (n. 92), p. 1.050 y la n. 75, que hace referencia a la doctrina llamada muy descriptivamente del *knock out*. Es decir, los términos diferentes se cancelan mutuamente y queda una laguna en el contrato que el juez debe integrar.

El art. 19 de la CV, señala, en enumeración no taxativa, que se consideran que alteran materialmente la oferta los términos adicionales que se refieren al precio, el pago, la cantidad y calidad de las mercaderías, al lugar y fecha de entrega y al grado de responsabilidad de las partes. Entendido de tal manera, queda poco margen para la discrepancia significativa de los términos.

Por conclusión, diremos que hemos intentado, en apretada síntesis, dar una visión actualizada de la situación doctrinal respecto de la oferta y aceptación y su conclusión en la formación del contrato, entendido como un proceso gradual. Como en tantos otros temas apreciamos la necesidad de actualizar los contenidos de la enseñanza en nuestras cátedras de Derecho Civil y fomentar los mecanismos para que la moderna ciencia del Derecho penetre definitivamente en la conciencia de los operadores del Derecho, reflejándose en mejores sentencias y una resplandeciente justicia.



# LA OFERTA EN CHILE: UN ORDENAMIENTO, TRES REGÍMENES

*Juan Andrés Varas Braun*
*Rodrigo Momberg Uribe*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo revisar, de modo comparativo y crítico, la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad revisar de modo comparativo y crítico la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada a aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos[1].

Como se sabe, es parte de lo que se ha llamado el "núcleo común esencial" a todos los ordenamientos jurídicos el hecho de que los contratos se formen por la concurrencia de dos actos jurídicos (negocios, para algunos autores) denominados oferta (también, propuesta o policitación) y aceptación. Esta necesaria cópula de oferta y aceptación, que materializa jurídicamente el intercambio de consentimientos, es constante, salvo algunos casos anómalos de contratos forzosos, en todos los sistemas.

[1] Para una referencia más extensa a la regulación de la oferta en esa normativa, puede consultarse Juan Andrés VARAS BRAUN, "La oferta en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho*, vol. x, Universidad Austral de Chile, diciembre de 1999, pp. 135 a 152; cuya estructura seguiremos en este trabajo.

El art. 19 de la CV, señala, en enumeración no taxativa, que se consideran que alteran materialmente la oferta los términos adicionales que se refieren al precio, el pago, la cantidad y calidad de las mercaderías, al lugar y fecha de entrega y al grado de responsabilidad de las partes. Entendido de tal manera, queda poco margen para la discrepancia significativa de los términos.

Por conclusión, diremos que hemos intentado, en apretada síntesis, dar una visión actualizada de la situación doctrinal respecto de la oferta y aceptación y su conclusión en la formación del contrato, entendido como un proceso gradual. Como en tantos otros temas apreciamos la necesidad de actualizar los contenidos de la enseñanza en nuestras cátedras de Derecho Civil y fomentar los mecanismos para que la moderna ciencia del Derecho penetre definitivamente en la conciencia de los operadores del Derecho, reflejándose en mejores sentencias y una resplandeciente justicia.



# LA OFERTA EN CHILE: UN ORDENAMIENTO, TRES REGÍMENES

*Juan Andrés Varas Braun*
*Rodrigo Momberg Uribe*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo revisar, de modo comparativo y crítico, la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad revisar de modo comparativo y crítico la triple regulación legal de la oferta en Chile: la tradicional, contenida en el *Código de Comercio*, pero llamada a aplicación general en Derecho Privado; la que emana de la normativa chilena sobre protección de los derechos de los consumidores (ley N° 19.496) y la que rige las compraventas internacionales de mercaderías, desde que Chile ratifica la CV, de 1980, que regula esa clase de contratos[1].

Como se sabe, es parte de lo que se ha llamado el "núcleo común esencial" a todos los ordenamientos jurídicos el hecho de que los contratos se formen por la concurrencia de dos actos jurídicos (negocios, para algunos autores) denominados oferta (también, propuesta o policitación) y aceptación. Esta necesaria cópula de oferta y aceptación, que materializa jurídicamente el intercambio de consentimientos, es constante, salvo algunos casos anómalos de contratos forzosos, en todos los sistemas.

[1] Para una referencia más extensa a la regulación de la oferta en esa normativa, puede consultarse Juan Andrés VARAS BRAUN, "La oferta en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho*, vol. x, Universidad Austral de Chile, diciembre de 1999, pp. 135 a 152; cuya estructura seguiremos en este trabajo.

No es por ello de extrañar que la CV, que recoge el Derecho Uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías, haya basado el desarrollo de la cuestión relativa a la formación del contrato en el juego de estos extremos, que al converger de determinada forma crean una realidad jurídica nueva (el contrato), exactamente de la misma manera como lo hace, en Chile, el *Código de Comercio*. En la contratación internacional el punto es de particular relevancia, por cuanto la regla general es que los contratos se concluyan "entre ausentes", esto es, la aceptación no se presta en presencia de la parte que había emitido la oferta. Esta circunstancia genera, naturalmente, incertidumbres adicionales a las normales incertezas del Derecho Privado interno, lo que determina fuertemente la necesidad y conveniencia de una normativa uniforme que regule la materia, disminuyendo las dosis de incertidumbre asociadas siempre a la contratación internacional, bajando, de ese modo, los costes de transacción de esta clase de operaciones. El juego de estos dos negocios jurídicos unilaterales es también la estructura teórica que funda la formación del consentimiento en los actos de consumo, aunque –como veremos– más bien en forma subyacente, porque la precisión técnica de esa ley es francamente menor.

## 2. Concepto de oferta

Nuestra norma común no uniforme, el *Código de Comercio*, carece de una aproximación conceptual a la oferta. Tal omisión resulta curiosa, puesto que, como en todo sistema regulatorio, fundado en el principio de la autonomía privada, ese negocio jurídico constituye la base de la construcción dogmática de la formación del consentimiento. Su definición, por tanto, ha debido ser construida por abstracción a partir de la regulación específica, y muy en particular, de los artículos 97, 101 y 105 del *Código* mencionado. Así, la doctrina está aproximadamente de acuerdo en entender que la oferta –que, salvo en el artículo 105, el *Código* denomina propuesta– es el negocio jurídico unilateral por medio del cual una parte propone a otra la celebración de una determinada convención, de modo tal que, aceptada pura y simplemente, quede perfecto el negocio[2].

En materia de negocios de consumo, la ley N.° 19.496 dispone en el N° 8 del artículo 1° que: "Para los efectos de esta ley se entenderá por: ...Oferta:

[2] *Vide* Victorio Pescio Vargas, *Manual de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, tomo II: Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba, p. 50; Avelino León Hurtado, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 57.





Práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento". En Derecho Comparado, encontramos una definición similar en la ley federal de Protección al Consumidor de México, de fecha 24 de diciembre de 1992, que dispone en su artículo 46 que: "[Se entenderá] Por 'oferta', 'barata', 'descuento', 'remate' o cualquier otra expresión similar se entiende el ofrecimiento al público de productos o servicios de la misma calidad a precios rebajados o inferiores a los normales del establecimiento". Sin embargo, cabe hacer la precisión que dicha norma forma parte del capítulo VI de dicha ley, que regula justamente las promociones y ofertas.

Si nos atenemos a la regla de interpretación contenida artículo 20 del *Código Civil*, que señala que cuando el legislador haya definido expresamente un término para ciertas materias, debe darse a éstas su significado legal, y al propio tenor literal del inciso segundo del artículo primero de la ley N.° 19.496, se deduce que la noción de oferta antes señalada debería ser la aplicable en todos los casos en que la citada ley hace referencia a tal término. De esta manera, dicha ley se apartaría del concepto de oferta que tradicionalmente ha construido la doctrina, al que ya hemos hecho referencia.

Sin embargo, tal conclusión aparece como evidentemente errada al examinar las normas en las cuales la ley N.° 19.496 utiliza el referido término. Así, el artículo 3 bis, en su letra b), que regula el derecho de retracto en la contratación a distancia, se refiere a la oferta hecha en catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, infiriéndose del contexto de la norma que el término se utiliza en su sentido jurídico tradicional y no en el que le otorga el N° 8 del artículo 1° del mismo cuerpo legal. Lo mismo sucede en el caso del artículo 12 A –requisitos adicionales de la oferta en la contratación a distancia– y en el inciso segundo del artículo 32 (requisitos formales de la información comercial básica en la contratación a distancia). El sinsentido de aplicar el concepto legal llega a su extremo en el caso del artículo 53 b, que se refiere a las ofertas de avenimiento que puede hacer el demandado en el procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

Sólo en las normas correspondientes al párrafo segundo del título tercero de la ley, intitulado justamente "Promociones y Ofertas" (artículos 35 y 36), el término es usado según el concepto legal del mismo.

En definitiva, debemos concluir que el concepto de oferta contenido en el N° 8 del artículo 1° de la ley N° 19.496, no es el de aplicación general para dicho cuerpo normativo, sino tan sólo se relaciona con las reglas contenidas en el párrafo segundo del título tercero. Respecto de las demás normas, debemos entender que cuando hacen alusión a la oferta, se refieren al sentido

tradicional del término. Además, el tenor de las normas y el contexto mismo de la ley, permiten señalar que la regulación de la oferta en esta materia parte del supuesto de considerar al proveedor como oferente y al consumidor como destinatario.

A diferencia de lo que ocurre con los dos regímenes no uniformes, la CV sí define a la oferta. Su artículo 14, según Bernard Audit[3] y Luis Díez-Picazo[4], consagra la consideración de la oferta como una especie dentro del género más amplio de las propuestas contractuales, entendiendo que existe oferta cuando una propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o más personas determinadas, reúne ciertas características o requisitos. Si estas condiciones no se presentan, se está frente a una propuesta que no es más que una invitación a negociar o a realizar ofertas.

En ese marco, el referido artículo 14 de la CV define la oferta como una propuesta de celebrar un contrato que, siendo lo suficientemente precisa, esto es, indicando las mercaderías y el precio y la cantidad, indica la intención del oferente de obligarse en caso de aceptación, y va dirigida a una o varias personas determinadas. Hay que notar que la disposición es abierta en al menos un doble sentido. Primero, en cuanto puede ser oferente tanto el futuro vendedor como el proyectado comprador y segundo, en cuanto la definición no se restringe al contrato de compraventa internacional de mercaderías, y es aplicable a cualquier contrato en que se produzca un intercambio económico de un bien por dinero.

## 3. Requisitos de la oferta

Se realizará la exposición de los requisitos que según la doctrina generalmente aceptada deben satisfacerse para que una propuesta pueda considerarse oferta, a saber: voluntad seria o firme, precisión o completitud y determinación del destinatario[5].

[3] Bernard Audit, *La Vente Internationale de Marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, 1990, p. 57.

[4] Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 165.

[5] Un gran número de autores trata como requisitos sólo a los dos primeros, y abordan al tercero como un punto aparte, sin mayor conexión con los otros. Aparentemente, se trata de una manifestación de la antigua tendencia dogmática a considerar al negocio jurídico como una realidad extra normativa, que tiene, por tanto, "elementos internos esenciales" y algunas condiciones externas de validez o existencia "impuestas" por el ordenamiento jurídico. Véase, por todos, Díez-Picazo (n. 4), pp. 166 y 169. Una perspectiva realista, por cierto, no admite una distinción semejante: sea interno, sea externo, las condiciones de reconocimiento y valor





No obstante, desde ya cabe hacer presente que el análisis de las disposiciones de la ley N.° 19.496, permite concluir que para configurar la oferta en los actos de consumo existen no sólo ciertos requisitos esenciales sino, también, otros accidentales. Los esenciales son aquellos sin los cuales no nace jurídicamente, de manera que si falta alguno, no hay oferta y, por tanto, tampoco contrato, y corresponden a los mencionados anteriormente[6]. Por su parte, los accidentales son aquellos exigidos específicamente por la ley N° 19.496, pero cuya omisión no acarrea la falta de oferta, sino otro tipo de sanciones o consecuencias, de manera que si concurren los esenciales aquélla existe y, por tanto, también el contrato, constituyendo su ausencia en la mayoría de los casos, una infracción al deber de información que tiene el proveedor.

### *3.1. Seriedad o intención de obligarse*

La primera condición que el ordenamiento jurídico exige a una propuesta en orden a considerarla formalmente como una oferta, es que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Esto no es otra cosa que la concreción, para el caso específico de este negocio jurídico unilateral, de la exigencia común a todos ellos de concurrencia de la voluntad. Por lo mismo, es natural que esa exigencia se replique, con más o menos perfección técnico-legislativa, en los tres regímenes vigentes en Chile.

Con toda certidumbre, la referencia legal de mayor precisión es, en este sentido, la que realiza la CV en su artículo 14.1:

> "La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos".

Hay, pues, dos componentes diversos que deben tenerse presentes. En primer término, la efectiva presencia de una decidida intención del oferente en términos de, aceptada su propuesta, quedar contractualmente vinculado sin

son siempre determinadas institucionalmente. Ello explica que aquí trate a la determinación del destinatario como requisito de la oferta, en plan de igualdad con su precisión y la intención obligacional.

[6] Sin perjuicio que, por las razones que más adelante se expondrán, el requisito de la determinación del destinatario no se presenta en materia de ofertas en contratos de consumo.

necesidad de ulterior declaración de ninguna especie. Se trata, por tanto, de la existencia de una genuina voluntad negocial. Así, Bernard Audit postula que: "una oferta verdadera es entonces aquella declaración que confiere al destinatario el poder de dar nacimiento al contrato"[7], agregando la siguiente interesante precisión: "resulta de esta concepción *(y de la necesidad de que la oferta se dirija a persona determinada)* que es frecuentemente el comprador quien ocupa la posición de oferente, por el efecto de una orden; un vendedor que 'ofrece' al público no emite más que una proposición de contratar"[8].

En segundo lugar, es preciso –al tenor del artículo 14– que esa intención sea indicada en la oferta. Por cierto, que esto no significa que la voluntad de contratar deba constar literalmente en el acto de lenguaje, que es la oferta, sea verbal, sea escrita, ni menos, que haya de haber alguna fórmula preestablecida para indicarla. Basta con que del conjunto de circunstancias que rodean el *iter* gestacional del negocio se colija tal intención de modo objetivo. Cobran, aquí, particular relevancia las normas de interpretación contenidas en los artículos 7 a 9 de la CV, y muy particularmente las contenidas en los dos últimos numerales del artículo 8, que establecen que cuando una intención no fuere conocida: "las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte" y que

> "para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

En cambio, el elemento que estamos comentando se encuentra muy insuficientemente expresado en la legislación chilena no uniforme. En efecto, en el régimen común este requisito debe simplemente colegirse del requisito general del consentimiento para los negocios jurídicos (a partir, a su vez, de la regulación específica de las obligaciones contractuales del artículo 1.445 del *Código Civil*)[9], y de lo dispuesto incidentalmente por los artículos 101 ("Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado...") y 105

[7] Audit (n. 3), p. 57. La traducción es nuestra. En el mismo sentido, Díez-Picazo (n. 4), p. 165.

[8] Audit (n. 3). La traducción y el paréntesis son nuestros.

[9] Así, por ejemplo, y por todos León Hurtado (n. 2), pp. 38 a 40.





> ("Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquiera otra especie de anuncios impresos, no son obligatorias para el que las hace. Dirigidos los anuncios a personas determinadas, llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente"),

ambos del *Código de Comercio*, entendiendo –de la yuxtaposición de esas normas– que lo que precisamente distingue a un simple anuncio a persona determinada de una oferta es la completitud y la seriedad o intención efectiva de obligarse en el sentido jurídico de la expresión.

Por otra parte, en materia de negocios de consumo, también es requisito fundamental de toda oferta la circunstancia que el oferente entienda quedar obligado en caso de aceptación. En ello no hay diferencia con los demás regímenes analizados.

Sin embargo, particularmente en el caso de las ofertas relativas a este tipo de negocios, diversas normas de la ley N° 19.496 permiten concluir que existe respecto del proveedor una presunción de seriedad de sus ofertas, en el sentido que el hecho de poner a disposición del público bienes o servicios relativos a su giro comercial, implica *per se* intención de obligarse en caso de aceptación. Así, el artículo 3 letra c) establece como derecho básico del consumidor: "el no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios", de manera que el proveedor se encuentra obligado, en caso de aceptación por parte del consumidor, a ejecutar las prestaciones ofrecidas en el marco de su actividad comercial, sin que pueda excusarse alegando que su oferta no era seria[10]. Los artículos 12 y 13 son aplicaciones claras de este principio[11]. Puede decirse que en esta materia, el legislador ha estimado como

[10] La norma legal aludida puede también enfocarse desde la perspectiva de la existencia de una obligación de contratar por parte del proveedor. Así, Andrés Hübner, "Derecho de la contratación en la ley de Protección al Consumidor", en Hernán Corral Talciani (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Ediciones de la Universidad de los Andes, 1999, p. 128. Estimamos que dicha interpretación no se opone a la nuestra, ya que en definitiva el hecho que el proveedor no pueda alegar que su oferta no es seria, implica que deberá mantenerla y, por tanto, en caso de aceptación, nacerá el contrato y sus obligaciones respectivas. En todo caso, el tema se relaciona necesariamente con la cuestión de la frustración de la oferta, que se analiza más adelante. Además, el tema analizado se vincula también con el requisito de determinación del destinatario, objeto también de posterior análisis en este trabajo.

[11] Artículo 12: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio". Artículo 13: "Los proveedores no

suficiente para determinar la seriedad de la oferta el hecho que el proveedor, en el marco de su actividad comercial, ponga a disposición del consumidor determinados bienes o servicios. Se produce, entonces, la situación contraria al caso de la CV: generalmente será el proveedor (vendedor) el que ocupe la posición de oferente, y sólo en casos excepcionales será el consumidor (comprador) quien asuma ese papel.

### *3.2. Precisión o completitud*

El segundo requisito comúnmente exigido para la oferta es su completitud, sobre la base, en el régimen del *Código de Comercio*, de las mismas disposiciones antes citadas (arts. 101 y 105), en el entendido de que si la oferta es incompleta es imposible que una aceptación forme el consentimiento y perfeccione el contrato. Se ha entendido que respecto de contratos típicos, esto es, regulados legalmente, la completitud se satisface con la mención de los elementos esenciales (art. 1.444 del *Código Civil*), ya que la ley suple el silencio de las partes respecto de los demás[12]. Respecto de negocios atípicos (también referidos con alguna impropiedad como "innominados") la conclusión no puede ser diversa. Bastan los elementos esenciales comunes a todo contrato. El silencio de las partes respecto de otros elementos, si se produce, deberá ser suplido por analogía con la regulación legal de negocios afines o, en último término, de conformidad a los principios generales del Derecho y la equidad natural. En rigor, sin embargo, hay que decir que esta formulación no es demasiado exacta. Si se atiende a la doctrina establecida, los elementos esenciales generales son la voluntad, el objeto y la causa. Pero resulta que la voluntad ya ha sido mencionada a propósito de la seriedad de la declaración: Mal puede haber seriedad si no existe una expresa mención de la dirección precisa de la voluntad, en el sentido, por ejemplo, de vender, de arrendar, de prestar un servicio. Asimismo, ocurre que la causa no es necesario expresarla (art. 1.467 del *Código Civil*); tanto si se la entiende como motivo cuanto si se la entiende como causa final. En definitiva, pues, parece que es posible reconducir la exigencia de completitud a la simple explicitación cabal del objeto del contrato.

La conclusión anterior hace que la norma aplicable para juzgar la cuestión de la completitud de una oferta sea, precisamente, la que regula el requisito de existencia de objeto en las relaciones jurídicas obligacionales, esto es, el artículo 1.461 del *Código Civil*. Como esa regulación, así como su recepción

podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas".

[12] *Vide*, por todos, LEÓN HURTADO (n. 2), p. 57.





jurisprudencial, son de sobra conocidas, no se hará aquí más que recordar que esa norma exige realidad al objeto, pero permite su futuridad; así como exige determinación específica o genérica, siendo en este último caso imprescindible que conste la cantidad o, al menos, que el contrato contenga datos que permitan determinarla. Para el caso del contrato de compraventa, estas exigencias están desarrolladas, en referencia al precio y a la cosa vendida, por los artículos 1.808 a 1.816 del *Código Civil*.

En cambio, en la regulación de la CV, este requisito, de precisión, se desarrolla de modo explícito, bajo la forma de una exigencia de precisión; es reconducido, por el mismo texto legislativo, a una triple exigencia: para que la propuesta pueda considerarse oferta, se requiere que ésta indique las mercaderías que van a ser objeto de la transacción, su cantidad, y el precio al cual serán compradas o vendidas. Cada una de estas condiciones presenta problemas propios, por lo que serán analizadas por separado, advirtiendo de antemano que el tema que plantea más dificultades es el relativo al precio.

#### a) Indicación de las mercaderías

Como es evidente, la mención de las mercaderías que van a ser objeto del contrato es *condictio sine qua non* de la precisión de la oferta, y en ello –como se ha revisado– no existe diferencia alguna con la regulación no uniforme del *Código de Comercio*.

Al tenor del artículo 14, es necesario, que esta determinación se realice en forma expresa. Ahora bien, el grado de precisión requerido será variable en función de la naturaleza de las mercancías, de los usos y del entero entorno fáctico que rodea al contrato. Por cierto, es perfectamente posible una mención puramente genérica y no individualizada de la mercadería, y ello ocurrirá cada vez que se venda al peso, cuenta o medida.

#### b) Indicación de la cantidad

Cada vez que la mención de las mercaderías no se realice mediante la determinación de especie o cuerpo cierto, esto es, que la determinación haya quedado en el ámbito puramente genérico, es necesario que la oferta mencione la cantidad. Respecto de esta materia, la CV plantea una alternativa triple que permite: 1° Determinar expresamente la cantidad, 2° Señalarla en forma implícita o tácita y 3° Señalar un medio para determinarla.

Como es claro, la primera posibilidad no plantea problemas. El *quantum* contractual se fija directamente mediante la determinación de un guarismo de unidades, o por referencia a un estándar de medida (metros, kilos, toneladas, etc.), o a un formato convencional (cajas, balas, etcétera).

No ocurre lo mismo con la segunda, que se anuncia más conflictiva, puesto que supone que la referencia a la cantidad deba encontrarse en un conjunto de hechos que rodeen la celebración del contrato y, en particular, a las relaciones negociales previas entre las partes, como en los contratos de suministro. "La determinación implícita de la cantidad tendrá que resultar de acuerdos marco preexistentes entre las partes (...). Puede resultar también de los usos y de las prácticas preexistentes entre las partes"[13].

El tercer camino consiste en que las partes no fijen la cantidad, ni expresa ni tácitamente, pero prevean la forma en que ella se llegará a determinar. En última instancia, la presencia del mecanismo de fijación es esencial para la validez de la oferta. Con mayor o menor grado de exigencia de objetividad, éste es un mecanismo que es común en los derechos continentales[14]. Son, en este sentido, perfectamente válidas las estipulaciones del tipo "las unidades de X que quepan en el contenedor Y", "las unidades de Z que permitan alimentar a A", "las unidades de B que se produzcan por C en el período D", etc. La consideración jurisprudencial de esta norma ha sido, además, bastante flexible. Así, se han considerado válidas ofertas por "una gran cantidad de X" o "todo el Y que necesite durante el tiempo Z".

Dos mecanismos específicos dentro del supuesto que se analiza merecen especial consideración: son los de la determinación de la cantidad por una de las partes y por un tercero.

La fijación de la cantidad por una de la partes, aunque pueda parecer riesgosa, es un mecanismo bastante usual en la contratación, tanto interna como internacional, particularmente en los contratos de suministro –que se rigen por la CV según el artículo 3.1.–. En este tipo de contratos, son válidas las ofertas que expresamente dejan la determinación de la cantidad a una parte ("le vendo lo que Ud. necesite" u otra locución semejante), porque satisfacen el requisito del artículo 14, y porque la oferta se "completa" en el momento en que la parte la acepta por una cantidad determinada. Por cierto, los parámetros objetivos de buena fe y de razonabilidad deben presidir esta determinación (como todo el *iter* contractual, por otra parte) para prevenir posibles abusos o peligros (véanse los artículos 7.1 y 8.2)[15].

[13] Díez-Picazo (n. 4), p. 166.

[14] Dos extremos en materia de exigencia de objetividad lo constituyen los códigos civiles de Francia ("La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée", la cantidad puede ser incierta con tal que pueda ser determinada) y Chile ("la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". Un punto medio lo constituye el artículo 1.273 del *Código* español).

[15] La argumentación completa, en María del Pilar Perales Viscasillas, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, p. 306 y ss.





Exactamente estos mismos parámetros deben regir la determinación de la cantidad cuando sea un tercero quien la fije, según la indicación de las partes. Ésta es una posibilidad que no presenta mayores problemas de plausibilidad, pues la mayor parte de los sistemas de Derecho Privado interno la admiten. El problema se plantea con respecto a la solución que deba darse al evento en el que las partes no acuerdan el tercero o éste no quiere o puede hacer la determinación. La CV no regula el punto, y las soluciones doctrinales son dispares. María del Pilar Perales postula, salvo que el método determinado por las partes sea considerado como esencial, que es posible, en la sistemática de la CV, llegar a una solución que conserve el contrato cada vez que exista un modo razonable de determinar la cantidad, aplicando *mutatis mutandis* el artículo 55 de la CV[16]. En cambio, Alfonso Calvo y Luis Fernández creen que en tal evento, como se está frente a la presencia de un elemento considerado esencial que no se encuentra determinado; "la perfección del contrato se vería seriamente comprometida"[17].

### c) Indicación del precio

El artículo 14.1 exige que la oferta señale expresa o tácitamente el precio, o prevea un medio para determinarlo. La situación primaria, y ciertamente la deseable, en la mayor parte de las ocasiones, consiste en que la oferta contenga la determinación expresa del precio, y que, produciéndose la aceptación a su tenor, el contrato se forme con el precio perfectamente fijado.

Una segunda posibilidad, abierta por el artículo 14, y permitida también por prácticamente todos los ordenamientos no uniformes, es que el precio se determine de modo implícito o tácito. Esta posibilidad, al igual que con la determinación implícita de la cantidad de mercaderías, ocurre con frecuencia cuando existen entre las partes relaciones comerciales continuadas o, bien, cuando un comprador formula una oferta, sin expresar el precio, sobre la base de un catálogo o prospecto que sí lo contenía.

La tercera vía que abre la CV es la de la determinabilidad del precio. Se trata aquí de que las partes no acuerdan un precio, pero sí pactan el modo mediante el que éste será fijado. Desde luego, la oferta puede contener reglas o datos que permitan la directa fijación posterior del precio. Así ocurre si hay una referencia al precio de mercado, al valor en Bolsa, etc. Asimismo, puede válidamente dejar la fijación del precio a un tercero o, incluso, a una de las partes, en las mismas condiciones y con idéntica prevención que en el caso de la fijación de la cantidad de mercaderías.

[16] Perales (n. 15), pp. 314 y 315.

[17] Alfonso Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara (dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 219.

Hasta aquí, ninguna diferencia significativa aparta la regulación de la CV con la del Derecho Común. Sin embargo, la cuestión que resulta verdaderamente compleja es la relativa a la solución legal a la falta de determinación del precio por las partes, posibilidad que, como se sabe, se encuentra taxativamente vetada en la norma del *Código Civil*[18]. Este punto resulta uno de los de más difícil resolución en el texto de derecho uniforme, a causa de las enormes diferencias que respecto al punto se presentan en los dos grandes bloques de sistemas jurídicos. Mientras en el *common law* son tradicionales y perfectamente admisibles los *open price contracts*, en los derechos continentales el precio es parte de los elementos esenciales del negocio, y por ello, no hay oferta válida –ni contrato, en consecuencia– si no hay fijación de precio o, al menos, acuerdo sobre el modo de determinarlo.

Como resultado de esa diferente aproximación, la CV resultó muy problemática en su redacción final del tema. Dos disposiciones abordan la materia, con sentidos literales contradictorios. Son, por una parte, el ya analizado artículo 14.1., que exige la fijación del precio o el acuerdo sobre el modo de fijarlo, como requisito para entender válida una oferta y el artículo 55, que supone la posibilidad de que se haya celebrado válidamente un contrato en el que no se haya determinado ni expresa ni implícitamente el precio, y prevé para tal caso un mecanismo de determinación (el precio de mercado)[19].

En materia de negocios de consumo, tal como se sostuvo para el caso del régimen común, estimamos que el requisito de la precisión o completitud se cumple mediante la simple explicitación cabal del objeto del contrato, lo que en el hecho se efectuará la mayoría de las veces especificando el bien o servicio ofrecido y el precio de uno u otro. La afirmación anterior es relevante, ya que cumplidos dichos requisitos, habrá oferta y, por tanto, si el consumidor la acepta, nacerá el respectivo contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley N° 19.496 impone una serie de obligaciones adicionales para el proveedor, que se relacionan con la información que debe ser puesta en conocimiento del consumidor respecto de los bienes y servicios ofrecidos, y la forma en que dicha información debe proporcionarse.

[18] Art. 1.809, inciso segundo, de ese cuerpo normativo.

[19] Sobre el punto, y sobre la que parece la interpretación de conjunto más plausible –al menos desde la perspectiva de un Derecho continental– *vide* VARAS BRAUN (n. 1), pp. 139 a 141, en que se postula, siguiendo alguna doctrina española, que debe preferirse el artículo 14, reservando la aplicación del artículo 55 para aquellos casos en que haya constancia de que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, hayan querido específicamente quedar vinculadas por un contrato sin precio; y para los casos residuales en que el Estado haya hecho reserva de la parte II y el Derecho nacional que resulte aplicable admita la validez de un contrato con precio abierto, punto en el cual concuerdan la generalidad de los autores. El citado artículo hace referencia también a los principios *Unidroit*, que postulan una solución parecida.





Sin embargo, dichas obligaciones no constituyen requisitos esenciales para el nacimiento de la oferta, sino que se trata de elementos adicionales exigidos por el legislador para este tipo de actos como manifestación del fundamento general de intervención del legislador en el Derecho del Consumo, esto es, proteger al consumidor como parte débil de la relación contractual (o, más bien, de la relación de mercado), entendiendo que se encuentra en una situación de inferioridad frente al proveedor[20]. Concretamente, estamos en presencia de la aplicación particular a la etapa precontractual del deber de información que pesa sobre el proveedor, que atraviesa de modo transversal todo el *iter* contractual, y que pretende corregir el desequilibrio o desigualdad de conocimiento entre el proveedor y el consumidor, de manera que el último tenga la más amplia información posible respecto del bien o servicio que pretende adquirir[21]. Positivamente, el deber de información está consagrado en términos generales en el artículo 3 letra b) de la ley N° 19.496, que señala como derecho (y deber) básico del consumidor: "El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos". En virtud de lo expuesto, se habla de una *completitud ampliada de la oferta* en materia de negocios de consumo, que excede los requisitos esenciales para la configuración de la propuesta y se extiende hacia otros que tienen por objetivo una adecuada comprensión de la misma por parte del consumidor[22].

Como se dijo, el incumplimiento de estas obligaciones adicionales de información no obsta a la existencia de la oferta, sino que tiene otros efectos, principalmente multas administrativas por infracción a la ley (artículo 24), indemnización de perjuicios al consumidor (artículos 3 e) y 20) o el derecho a pedir la resolución del contrato por parte de aquél (artículo 20). Se trata, en definitiva, de incumplimiento del deber de información por parte del proveedor. En razón de lo anterior, estimamos que se trata de requisitos accidentales de la oferta. De lo contrario, sería más beneficioso para el proveedor incumplir estas obligaciones adicionales de información, pues de esa manera, no existiría oferta y, por tanto, no quedaría obligado respecto de los consumidores[23].

[20] Las obras generales sobre Derecho del Consumo tratan latamente el tema. Sólo a modo de ejemplo, *vide* Gabriel STIGLITZ y Rubén STIGLITZ, *Derechos y defensa de los consumidores*, Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1994, p. 21 y ss. Y Alicia de LEÓN ARCE *et al.*, *Derecho de Consumo*, Barcelona, Editorial Forum, 1995, p. 22 y ss.

[21] Un estudio más detallado del deber de información en LEÓN ARCE *et al.* (n. 20), pp. 107-140 y en Ricardo LORENZETTI, *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, pp. 167-187.

[22] LORENZETTI (n. 21), p. 194.

[23] En el mismo sentido, Javier WAJNTRAUB, *Protección jurídica del consumidor. Ley 22.240 y su reglamentación. Comentada y anotada. Normativa complementaria*, Buenos Aires, Editorial Depalma, LexisNexis Argentina, 2004, p. 72.

Para efectos de un mejor análisis de la materia, examinaremos por separado los casos en que nacen estas obligaciones adicionales de información o requisitos accidentales de la oferta:

a) Información del precio

Tal como se señaló, el precio constituye uno de los elementos esenciales en la precisión de la oferta en los negocios de consumo, de manera que no puede faltar en ella. Sin perjuicio de lo anterior, la ley N° 19.496 establece requisitos adicionales para el proveedor respecto de la forma en que debe informar el precio a los consumidores. Así, el artículo 30 de la citada ley establece, con una redacción al menos equívoca, la obligación general que el precio de los productos o servicios ofrecidos se informe de manera expresa, permanente y visible a los consumidores, con excepción de aquellos bienes cuyo precio debe regularse convencionalmente –pudiendo entonces, provenir la oferta del consumidor–. Además, dispone que cuando los bienes se exhiban en vitrinas, anaqueles o estanterías, se debe indicar en el mismo lugar su precio. En todo caso, debe incluir los impuestos que afecten al bien o servicio y que sean de cargo del adquirente.

Por otra parte, en los casos de negocios de consumo que estén asociados a una operación en que se conceda crédito directo al consumidor y que recaigan sobre bienes que se exhiban en vitrinas, anaqueles o estanterías, deberá indicarse en el lugar de exhibición el precio al contado del bien respectivo, las alternativas de monto, número de cuotas y periodicidad de las mismas, y la tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio (inciso final del artículo 37).

b) Bienes con alguna deficiencia, usados o refaccionados

El artículo 14 de la ley N° 19.496 señala que en el caso que se vendan bienes con alguna deficiencia, usados o refaccionados o en cuya fabricación se hayan utilizado piezas o partes usadas, deberá informarse de manera expresa dicha circunstancia al consumidor antes que "éste decida la operación de compra". La única manera lógica de interpretar la expresión del legislador es concluyendo que dicha información debe estar contenida en la oferta de venta que hace el proveedor.

Si bien la omisión por parte del proveedor en entregar dicha información no acarrea la ineficacia de la oferta y, por tanto, el contrato llega a formarse –sin perjuicio de la eventual ineficacia del contrato por otras causas de Derecho Común, *v.gr.* la presencia de vicios redhibitorios–, el consumidor podrá ejercer los derechos que le conceden los artículos 19 y 20 de la ley: reparación gratuita del bien, reposición del mismo o resolución del contrato, sin perjuicio de la indemnización por los daños causados. En cambio, si el proveedor informa correctamente al consumidor el hecho de tratarse de un bien con las características señaladas, el consumidor pierde el derecho de opción que le entregan los citados artículos 19 y 20, sin perjuicio de lo establecido en la garantía convencional.





c) Promociones y ofertas

Respecto de las promociones y ofertas (en el sentido *legal* de las mismas), la ley N° 19.496 en sus artículos 35 y 36 establece también requisitos adicionales de información: plazo de duración y bases de las mismas. Además, en el caso de las promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de aquellos y el plazo en el cual se podrán reclamar.

En todo caso, confirmando lo que hemos sostenido anteriormente, la falta de esta información no invalida la promoción u oferta, la cual se mantiene vinculante para el proveedor, otorgando expresamente el inciso segundo del artículo 35 el derecho al consumidor de solicitar el cumplimiento forzado del contrato. La norma, además, en una situación excepcional en nuestro Derecho, concede al juez la facultad de disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido.

d) Contratación a distancia

El artículo 12 A de la ley N° 19.496, relativo a la denominada "contratación a distancia", es decir, aquélla que se caracteriza por la ausencia de presencia física de los contratantes, hace excepción a lo que hemos venido señalando en cuanto que las obligaciones adicionales de información que establece la ley no son requisitos esenciales de la oferta. Así, la norma citada establece que en este tipo de contratos *no se entenderá formado el consentimiento* (lo que implica, a nuestro juicio, que la oferta hecha por el proveedor es ineficaz por falta de requisitos esenciales), a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- Acceso claro, comprensible e inequívoco a las condiciones generales del contrato por parte del consumidor
- Posibilidad de almacenar o imprimir la referida información

Por cierto, que es el primero de los requisitos señalados el que debe contenerse en la oferta, debiendo incluir la información respectiva. Por su parte, el segundo requisito se refiere a sus condiciones técnicas ajenas, pero que debido a su relevancia como medio de protección eficaz de los derechos del consumidor –especialmente en lo referido a la prueba en juicio de los términos del contrato– ha sido incorporado por el legislador como condición para que el contrato se forme.

Por último, debe mencionarse que de acuerdo al artículo 1 N° 4 de la ley N° 19.496, se entienden incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebración del contrato. Lo anterior es también concreción del principio general de protección al consumidor, el cual habitualmente se ha generado legítimas expectativas respecto del bien o servicio sobre la base del contenido de la publicidad relativa al mismo. Al respecto, debe tenerse presente que en la generalidad de los casos la publicidad es la principal (sino única) fuente de información y motivación del consumidor y que, por tanto, los términos de la misma son una de las fuentes principales del contrato, el cual, además, no necesariamente constará por escrito. Por estas razones, la publicidad integra la oferta, y, por ello, al perfeccionarse el contrato, pasa a ser contenido del mismo y vinculante para el proveedor.

En todo caso, para que se produzca este fenómeno de integración, se requiere un requisito que por obvio a veces es omitido: que exista oferta, es decir, una propuesta por parte del proveedor que cumpla con los requisitos esenciales para constituir una oferta en el sentido jurídico de la misma. Además, no son todos los términos de la publicidad los que se integran a la oferta y consecuentemente al contrato, sino las condiciones objetivas de aquélla. Al efecto, el citado artículo 1 N° 4 dispone que son condiciones objetivas las enumeradas en el artículo 28 de la misma ley. Particular atención merece la condición señalada en la letra b) de la citada norma que se refiere a "la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante", pues, en este caso, una condición por esencia subjetiva (la capacidad o aptitud de un bien o servicio para satisfacer las necesidades o requerimientos del consumidor) pasa a tener el carácter de objetiva, debido a la mención expresa que de ella haga el anunciante en la publicidad respectiva, siendo, por tanto, exigible por parte del consumidor.

Por último, dos consideraciones adicionales: Primera, el carácter imperativo del N° 4 del artículo 1, y la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores establecida en el artículo 4 de la misma ley, hacen ineficaces cualquier tipo de declaraciones o cláusulas mediante las cuales el proveedor pretenda negar valor vinculante a las condiciones objetivas contenidas en la publicidad. Segunda, en caso que los términos de la publicidad sean más favorables que los establecidos en el contrato, deberán preferirse los primeros.

### *3.3. Dirección a personas determinadas*

En el caso de la CV, el artículo 14 destina un número aparte para precisar que una propuesta dirigida a personas indeterminadas se considera sólo





como una invitación a realizar ofertas, y no es, por consiguiente, una oferta. Es el caso de las proposiciones efectuadas por medio de catálogos, listas de precios, prospectos, u otros medios publicitarios que se distribuyen sin discriminación. Ello, por cierto, a menos que –autonomía privada mediante– el oferente indique con claridad lo contrario, esto es, que su propuesta debe entenderse como una oferta formal, y que se cumplan los demás requisitos (intención y precisión).

La principal dificultad que supone la aplicación de esta norma la constituye la concreción de lo que deba entenderse por "una o varias personas determinadas". Es claro que el criterio de delimitación es el de la individualización del destinatario, sea singular o plural, por contraste con la generalidad o indeterminación que produce ausencia de relevancia jurídica. Las personas, por supuesto, pueden ser tanto naturales como jurídicas. Sin embargo, resulta difícil de responder la pregunta por la naturaleza de una propuesta hecha por medio de un catálogo enviado por el sistema de lista restringida de direcciones (*restricted mailing list*) en las que los destinatarios están nominativamente individualizados. Parece que la sana doctrina, y la que suscita mayor adhesión doctrinal[24], es la de considerarlas invitaciones a hacer ofertas, porque ése es el sentido que normalmente tiene el envío de catálogos o prospectos, a menos, por supuesto, que el oferente estipule con claridad lo contrario. En contrario hay opiniones como la de Bernard Audit: "Una proposición dirigida nominativamente debe ser considerada como a persona determinada, en particular por vía postal, aún cuando ella haya sido dirigida a un gran número de destinatarios"[25].

La cuestión, en el régimen no uniforme, se plantea en términos muy semejantes, con la excepción de que la pregunta abordada en el párrafo anterior está legislativamente resuelta por el inciso segundo del artículo 105 del *Código de Comercio*. Si no hay dirección de la oferta a persona determinada, no hay jurídicamente oferta, sino simples invitaciones a negociar –inciso primero de la misma disposición–; y si los anuncios se dirigen a personas determinadas: "llevan siempre la condición implícita de que al tiempo de la demanda no hayan sido enajenados los efectos ofrecidos, de que no hayan sufrido alteración en su precio y de que existan en el domicilio del oferente", conjunto de condiciones que implica, en la práctica, privarlas de todo efecto[26].

En cambio, este punto presenta radicales diferencias en el régimen de protección del consumidor. Si bien la legislación nacional aplicable, a di-

[24] La revisión bibliográfica completa, en Perales (n. 15), pp. 288 y 289.
[25] Audit (n. 3), p. 58. La traducción es personal.
[26] En ese sentido, León Hurtado (n. 2), p. 61.

ferencia de ordenamientos comparados como el argentino[27], no soluciona expresamente la cuestión, puede deducirse de los artículos 3 letra c), 12 y especialmente del artículo 13 de la ley Nº 19.496, que la oferta hecha a *consumidores* indeterminados obliga al proveedor. Al efecto, no concordamos con lo señalado por Andrés Hübner[28] en cuanto a que el consumidor, a falta de norma expresa en la ley, no podría exigir compulsivamente la contratación denegada, quedándole a salvo sólo la indemnización de perjuicios (además de la multa al proveedor por infracción a la ley). Primero, estimamos que es un error hablar de "cumplimiento compulsivo de la contratación denegada". El hecho que la oferta, de acuerdo con las disposiciones citadas, obligue al proveedor, implica que la aceptación por parte del consumidor tiene el efecto de hacer nacer el contrato, de manera que conceptualmente lo que se exige por parte del consumidor es *el cumplimiento del contrato* y no de la oferta. Segundo, el hecho que la ley Nº 19.496 no contenga una norma particular que faculte al consumidor para pedir el cumplimiento forzado de la prestación contratada, no implica la exclusión de las normas de Derecho Común aplicables, que –de más está decirlo– conceden al acreedor el derecho a solicitar el cumplimiento forzado de la obligación contraída por el deudor[29]. Tercero, las normas del párrafo 5º del título II de la ley contemplan, bajo determinados supuestos, el derecho del consumidor a la reparación del bien o su reposición, que no son sino especies de cumplimiento forzado de la prestación.

En todo caso, debe destacarse que no toda oferta hecha por un proveedor a personas indeterminadas es vinculante, sino sólo aquéllas que sean aceptadas por personas que reúnan las características necesarias para ser consumidores en virtud de las normas de la ley Nº 19.496. La precisión es importante, ya que generalmente las ofertas estarán destinadas al público en general, sin distinguir entre consumidores y otras calidades de sujetos jurídicos. Lo anterior no implica que la oferta deba estar destinada exclusivamente a la concreción de un negocio de consumo, sino que sólo será vinculante en relación con los potenciales consumidores[30].

[27] Al efecto, el artículo 7 de la ley argentina de Defensa del Consumidor (Nº 24.240 ), señala que: "La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer".

[28] Hübner (n. 10), pp. 128-130.

[29] Además, de aceptarse la interpretación impugnada, ¿cuál sería la norma que permitiría al proveedor solicitar el cumplimiento forzado de la obligación en caso de incumplimiento por parte del proveedor? La lógica de dicho razonamiento nos llevaría a concluir que aquél tampoco podría pedir dicho cumplimiento.

[30] En ese sentido, Wajntraub (n. 23), p. 71.





## 4. Eficacia de la oferta

Como ocurre con toda declaración de voluntad, es imprescindible que ella pase desde el fuero interno del declarante hasta el mundo sensible para que comience a adquirir relevancia jurídica. No obstante, ocurre que la oferta es de aquellas declaraciones típicamente recepticias, esto es, destinadas al conocimiento de otro y, por ello, las legislaciones exigen, para entender efectiva la oferta, pasos ulteriores. Lo propio ocurre, y ello es más relevante porque determina la perfección del contrato, con el acto de lenguaje que contiene la aceptación. Los sucesivos momentos que el Derecho puede usar para la determinación de efectos jurídicos son la declaración, la expedición o envío, la recepción y el conocimiento (los procesos –como la conducción– son inútiles jurídicamente). Son célebres las polémicas de la doctrina y la jurisprudencia francesa, en ausencia de norma que resuelva el punto. Por ello, y para evitar toda ambigüedad, la CV se preocupa muy particularmente de determinar con la mayor exactitud los momentos precisos en que se producen efectos jurídicamente relevantes.

Respecto de la oferta, el artículo 15. 1) establece que ésta "surtirá efecto cuando llegue al destinatario". Se adopta, pues, el momento de la recepción como determinante en la vida jurídica de la oferta. Luego, y para máxima precisión, la CV agrega (art. 24) que:

> "a los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención 'llega' al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual".

María del Pilar Perales Viscasillas enumera concienzudamente el alcance global de la disposición del artículo 15: Como el momento clave es la llegada a la esfera de control del destinatario, es irrelevante que éste conozca o no el contenido de la oferta. La llegada debe producirse por el medio determinado por el oferente y el conocimiento del destinatario obtenido por otra vía es irrelevante. Se produce la extinción del derecho a retirar la oferta. Se inicia el período en que puede revocarse la oferta, si ello es posible. Se origina el poder del destinatario de aceptar. Se comienza a contar el plazo de aceptación, cuando no se ha empleado telegrama o carta para el envío de la oferta[31], sea

[31] En esos casos, comenzará a correr el plazo desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre (art. 20.1).

el voluntario o el razonable determinado legalmente. Puede concebirse, finalmente, que el oferente modifique el momento de vigencia por uno diverso al establecido por la CV, en ejercicio de su autonomía privada[32].

A esta enumeración habría que agregar que la recepción determina también el momento en que comienza a correr el plazo de irrevocabilidad, cuando el oferente establece uno distinto al de aceptación.

A diferencia de lo que ocurre con la CV, nuestro régimen común no contiene una norma expresa que determine el momento en que la oferta deba entenderse vigente. Adicionalmente, la doctrina nacional tiende a pasar por alto el punto. El análisis del mismo, sin embargo, es relevante porque –como se ha visto a propósito de la CV–, es a partir de ese momento que se contarán los plazos para aceptar y la oferta devendrá irrevocable, si se produce uno de los casos legales en que ello acontece.

El tenor del artículo 99 del *Código de Comercio* autoriza a pensar que la oferta tiene vigencia desde su envío, puesto que prescribe que la retractación puede producirse "en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación", con lo que implícitamente se postula que la oferta está vigente desde el envío. Con todo, un examen contextual permite arribar a una conclusión contraria. En efecto, no resulta posible comenzar el cómputo de los plazos desde ese momento, porque al menos uno de los plazos legales para responder (veinticuatro horas, cuando la oferta es escrita y las partes viven en el mismo lugar) es incompatible con su cómputo desde el envío: la oferta llegaría casi siempre con el plazo para responderla ya vencido. Por lo mismo, el único entendimiento razonable de la cuestión supone establecer que la vigencia, esto es, la eficacia, de la oferta comienza en el instante de la recepción de la misma por parte del destinatario[33]. Por razones de coherencia sistemática, pensamos que esta solución es aplicable a toda oferta, y no sólo a la realizada por escrito entre partes que viven en un lugar común.

La normativa aplicable a los negocios de consumo tampoco contiene disposiciones expresas al efecto, pero estimamos que tanto las normas que se refieren a los requisitos esenciales de la oferta como a los accidentales de la misma (deberes de información), discurren sobre la base de su recepción por parte del consumidor. Además, la congruencia interpretativa entre los regímenes analizados hace también recomendable que respecto de estos negocios se siga un criterio similar a los de la CV y el Derecho Común.

[32] Perales (n. 15), p. 374 y ss.

[33] Así, en León Hurtado (n. 2), p. 74.





## 5. Frustración de la oferta

Bajo este epígrafe nos referiremos a tres hipótesis en las que una oferta no llega a ser eficaz o pierde su eficacia, es decir, casos en que la oferta, en definitiva, ve frustrada su finalidad primordial y no llega a satisfacer su propósito práctico de provocar una aceptación que perfeccione un contrato. Son ellas el retiro, la revocación y la caducidad.

### *5.1. Retiro*

Como una consecuencia inevitable del hecho de que la CV haya optado –junto con muchos conjuntos normativos no uniformes– por establecer la eficacia de la oferta en un momento diverso al de la declaración (como vimos, el instante de la recepción por el destinatario), surge un lapso temporal en el cual la oferta está materialmente formulada, esto es, el acto de lenguaje está realizado, pero es jurídicamente ineficaz. Por ello, se abre la posibilidad de que en ese tiempo medio entre la declaración y la recepción el oferente niegue eficacia a la propuesta que había previamente efectuado, fuera cual fuere la naturaleza (revocable o irrevocable) de ella.

Pues bien, el acto jurídico en virtud del cual el oferente expresa su arrepentimiento e impide que la oferta llegue a tener valor o vigencia, se denomina en la CV retiro o retirada[34].

El retiro se encuentra limitado a los casos de ofertas entre ausentes en que no se ha empleado para enviar la oferta un medio de máxima velocidad (instantáneos, en el lenguaje de la CV). Esto ocurre porque al emplearse alguno de estos canales (fax, intercambio electrónico de datos, teléfono, télex, correo electrónico) es imposible, en principio, que el retiro llegue antes o al mismo tiempo que la oferta (aunque en teoría existen posibilidades de retraso, por ejemplo, en los correos electrónicos, que posibilitarían una llamada telefónica anulatoria). En definitiva, pues, el retiro se encuentra generalmente limitado a los casos de ofertas enviadas por algún tipo de correo postal, por mano o por correspondencia telegráfica.

El retiro se encuentra, además, limitado en el tiempo por el momento de recepción de la oferta por el destinatario. El retiro, para ser eficaz, debe llegar al destinatario, cuando menos, al mismo tiempo que la oferta. Esto es fundamental en el caso de las ofertas irrevocables, en las que el momento de su recepción coincide con el último instante en que puede tener eficacia una

[34] La expresión equivalente francesa es retractación, que en la versión castellana se ha preferido abandonar, pues en algunas legislaciones, como la nuestra, la retractación equivale a la revocación.

voluntad impeditiva del oferente. En las ofertas normales, una declaración de retiro que llegue después de arribada la oferta debe entenderse como una revocación, y aplicársele las normas correspondientes.

En un sistema normativo que acoja categóricamente la tesis de la declaración resulta, por cierto, impensable desde una perspectiva lógica, esta posibilidad jurídica, y sólo cabe la revocación –retractación– cuando ella es admisible. Ahora bien, hemos visto que pese a que el texto legal autoriza, *prima facie*, a pensar que el *Código de Comercio* se encuentra en esa posición, el conjunto normativo hace que, al menos respecto de las ofertas escritas entre personas residentes en el mismo lugar, ello no sea posible de sostener. Hemos afirmado, además, que la vigencia de la oferta desde su recepción es una solución que debe postularse con carácter de generalidad para todas las ofertas. Ese postulado hace, ahora, válida la pregunta por el retiro, es decir, hace plausible la cuestión de si resulta admisible –en el régimen del *Código de Comercio*– la posibilidad de retirar la oferta antes de su entrada en vigencia. Esta posibilidad resulta particularmente interesante, como se comprende, respecto de las ofertas irrevocables. A nuestro entender, la respuesta es afirmativa. Cuatro razones, creemos, avalan esta tesis.

Primera: si se comparte la idea de que la coherencia del sistema exige que la vigencia de la oferta se produzca, en todos los casos, con su recepción, entonces, por razones de simple lógica formal, se abre la posibilidad del retiro.

Segunda: si parece conveniente interpretar el conjunto normativo nacional relativo a la oferta de modo armónico, entonces, es mejor pensar que la hermenéutica más conveniente de un texto dudoso del *Código de Comercio* es aquélla que lo hace coincidir con una norma clara de la CV.

Tercera: en la realidad de los hechos, el retiro es perfectamente posible, sin necesidad de un acto particular de lenguaje (retractación) antes de que la oferta llegue al destinatario. Piénsese simplemente en el envío de una carta por medio de un mensajero, y la posibilidad (hoy múltiple e instantánea) de contactarse con el mensajero e impedir su llegada. Incluso, en las ofertas verbales es concebible esta posibilidad. Si el destinatario no llega a oír la propuesta, por ejemplo, porque el ruido ambiente lo impidió, o una ráfaga de viento, o una interferencia en la comunicación telefónica, ¿quién podría sostener que el "oferente" no puede desistir simplemente no repitiendo la propuesta de modo tal que sea efectivamente oída?

Finalmente, y desde la perspectiva de la cuestión del tenor literal del artículo 99 –"puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío (...) y la aceptación– debe indicarse que es perfectamente posible salvar ese tenor literal indicando que, como se refiere al "arrepentimiento", esta figura debe considerarse genérica y, por lo tanto, que comprende tanto al retiro cuanto





a la revocación o retractación (con lo cual, de pasada, se da un mejor sentido a la hipótesis indemnizatoria del artículo 100 –que queda reservada para la retractación– puesto que quien no tuvo nunca la expectativa de celebrar un negocio no puede incurrir en gastos susceptibles de indemnizar).

En relación con los negocios de consumo, la normativa vigente ha omitido referirse a esta causal de ineficacia de la oferta. Sin embargo, el hecho que hayamos adoptado respecto de la vigencia de la oferta la tesis de la recepción por parte del destinatario, hace que deba admitirse la posibilidad de retiro de la propuesta válidamente formulada, durante el lapso de tiempo que va desde la declaración del proponente hasta la recepción de la oferta por el destinatario.

### *5.2. Revocación*

La revocación o retractación es un negocio jurídico unilateral del oferente, mediante el cual priva de eficacia a la propuesta que había previamente realizado. Como se puede apreciar, la revocación es un acto que tiene, en su esencia, idéntico designio que el retiro, pero su estructura de plausibilidad es completamente diversa. En ambas, el propósito del declarante consiste en frustrar la oferta, pero en el retiro, se trata de un "aborto" jurídico, posibilitado, como se explicó, por el acogimiento de la teoría de la recepción para determinar la vigencia de la oferta, que produce una época en la cual el retiro es lógicamente posible. En cambio, la revocación supone inhibir la potencia de una oferta cuando ésta ya se halla en plena vigencia, y esta posibilidad está determinada por una decisión de principio: las ofertas, en principio, no obligan a quien las formula.

Nos referiremos, en primer lugar, a los dos regímenes que comparten la misma estructura normativa de un principio general de revocabilidad con situaciones excepcionales de irrevocabilidad (los de la CV y del *Código de Comercio*); para referirnos en acápite separado al régimen de protección del consumidor, que opera sobre una base diversa.

#### 5.2.1. Regla general

El artículo 99 del *Código de Comercio* y el artículo 16 de la CV, en su párrafo primero, establecen como regla general la posibilidad de revocar una oferta eficaz y válidamente formulada, en un margen temporal determinado. Como ya se ha dejado entrever, para ambos regímenes el derecho a revocar se genera temporalmente en el momento en que el destinatario recibe la oferta, y se extingue en el instante de la aceptación (en el régimen no uniforme); y de la aceptación cuando ésta se da en forma tácita, o en el momento del envío

de la respuesta, cuando la aceptación se produce de modo expreso (en el régimen de la CV).

Esta consagración del principio, de básica revocabilidad de la oferta, supone acoger una idea generalizada en el *common law* y en buena parte de los ordenamientos continentales, que la postulan, aunque con fundamentos diversos. En el caso de los ordenamientos angloamericanos, la razón del principio se encuentra en la teoría de la *consideration*. No parece razonable que el oferente genere para el destinatario un derecho, y se imponga una obligación sin recibir nada a cambio. En los ordenamientos continentales, el fundamento del principio se encuentra en el pleno señorío que el oferente tiene sobre su declaración, en tanto no se genere una obligación como consecuencia de la aceptación[35].

La retractación es uno de los pocos negocios jurídicos en que la ley exige voluntad expresa. No puede presumirse, esto es, deducirse de hechos (art. 99 inciso 2° del *Código de Comercio*). Por cierto, la facultad no puede ejercerse de modo absoluto: si el destinatario incurrió en gastos o sufrió daños o perjuicios, el oferente es obligado a indemnizarlos, a menos que se allane a celebrar el contrato (art. 100 del mismo *Código*).

A partir del enunciado, principio general de revocabilidad, tanto uno como otro sistema establecen hipótesis excepcionales de irrevocabilidad en los que conviene detenerse.

### 5.2.2. La irrevocabilidad en la CV y el *Código de Comercio*

La norma no uniforme formula un par de hipótesis, por vía de excepción, en las cuales el oferente pierde señorío sobre su propia declaración y deviene obligado en términos de no poder impedir su eficacia después de su entrada en vigencia. El artículo 99 inciso primero del *Código de Comercio* estipula que: "el proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo".

La CV, en cambio, es menos parca. Establece el texto legal (art. 16.2):

"2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

[35] A su turno, esa opción legislativa se opone a las ideas normativas vigentes en Alemania y Suiza, y en los países escandinavos, fundamentalmente (también en la línea jurisprudencial seguida por los tribunales belgas y holandeses).





b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta".

Este número del artículo 16 contiene, en verdad, cuatro normas jurídicas distintas, cada una conteniendo un supuesto fáctico diverso a los que se conecta idéntica consecuencia jurídica, que revisaremos por separado. En esta revisión, entenderemos que el literal a) contiene una hipótesis de irrevocabilidad expresa y dos supuestos de irrevocabilidad implícita o tácita; y que el literal b) contiene un supuesto especial que se acerca a una irrevocabilidad hipotética o en silencio del oferente.

#### 5.2.2.1. Irrevocabilidad expresa

La primera hipótesis de irrevocabilidad constituye el obvio reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional y se concreta en la valoración de la efectividad de la declaración expresa de irrevocabilidad que realiza el oferente. No presenta mayores problemas de aplicación. La posibilidad se contempla en la frase principal del artículo 16.2.a.: "Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica (...) que es irrevocable". Como es natural, no es necesaria una expresión lingüística determinada para que la imposibilidad de revocación quede establecida. Cualquier expresión que directamente se encamine a asegurar al destinatario que la oferta no será dejada sin efecto, sirve para determinar la irrevocabilidad, entre las cuales, la usual expresión de que se trata de una oferta firme, o que la oferta se mantendrá abierta hasta un cierto plazo.

En el régimen común, como puede apreciarse, este supuesto normativo no existe. Con todo, no es dudoso que frente al silencio legal, y por aplicación de los principios generales del Derecho Privado patrimonial, una declaración expresa de irrevocabilidad debe tener efectos jurídicamente relevantes. En otros términos, resulta inimaginable que se asigne irrevocabilidad a la expresión "me comprometo a no disponer del bien ofrecido hasta tal fecha" y que no se le asigne el mismo efecto a una declaración como "considere Ud. esta oferta como irrevocable hasta tal fecha". La consideración del principio de la autonomía privada y una argumentación *a fortiori* conducen sin duda alguna a esa conclusión.

#### 5.2.2.2. Tácita o implícita

Además de la posibilidad de establecer en términos directos, formales o explícitos la irrevocabilidad de la oferta, la CV admite la eventualidad de que tal determinación ocurra de modo indirecto, a través de formas que supongan la intención, aunque no la declaren. Tales casos son:

5.2.2.2.1. Por fijación de plazo para la aceptación

La hipótesis *en comento* resulta decididamente compleja, tanto en la historia de su establecimiento legislativo como en las dispares consideraciones doctrinales que ha merecido. La cuestión arranca de la redacción de la primera parte de la frase intercalada del artículo 16.2.a: "Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación (...), que es irrevocable".

La cuestión principal que divide aquí a la doctrina es la de determinar si el solo señalamiento de un plazo fijo para la aceptación es o no suficiente para determinar la irrevocabilidad implícita de la oferta. Bernard Audit[36], Vincent Heuzé[37], Fritz Enderlein y Dietrich Maskow[38], Anton Schnyder y Rolf Straub[39], Luis Díez-Picazo[40] y María del Pilar Perales[41] se inclinan, con distinto calibre argumentativo, por la negativa. Alfonso Calvo Caravaca y Luis Fernández de la Gándara[42], Miguel Alejandro Garro y Luis Alberto Zuppi[43], y Karl Neumayer y Catherine Ming[44], por su parte, postulan la posición contraria, aunque generalmente con limitado sustento argumental.

En otro lugar, uno de los autores del presente trabajo ha argumentado extensamente a favor de la segunda opción hermenéutica[45], argumentación que –por lo mismo– no se repetirá aquí, sino en su conclusión, esto es, la idea de que frente a un texto deliberadamente ambiguo, parece preferible considerar que la indicación de un plazo suficientemente determinado implica una presunción *iuris tantum* de renuncia a la posibilidad de revocar, salvo que explícitamente se niegue esa implicancia por parte del oferente.

[36] AUDIT (n. 3), p. 61

[37] Vincent HEUZÉ, *La Vente Internationale de Marchandises. Droit Uniforme*, Paris, GLN Joly Éditions, 1992, p. 141.

[38] Fritz ENDERLEIN y Dietrich MASKOW, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods.* New York, Oceana Publications, 1992, p. 89.

[39] Anton SCHNYDER y Rolf STRAUB, en Heinrich HONSELL (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin - Heidelberg, Springer Verlag, 1997, p. 153, Nº 20.

[40] DÍEZ-PICAZO (n. 4), p. 177.

[41] PERALES (n. 15), p. 436.

[42] CALVO y FERNÁNDEZ (n. 17), p. 225.

[43] Alejandro Miguel GARRO y Alberto Luis ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990, p. 116.

[44] Karl NEUMAYER y Catherine MING, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Commentaire*, Lausanne, Édité par François Dessemontet, Publication CEDIDAC, 1993, p. 157.

[45] VARAS BRAUN (n. 1), pp. 144 a 148, en que se realizan también consideraciones sobre la historia del establecimiento del precepto.





Pese a que unos párrafos más arriba hemos sostenido la conveniencia de generar interpretaciones consistentes entre la regulación común y la normativa de la CV, en este punto ello no es posible. En efecto, si se asume que la posibilidad de retractarse es una norma general y de principio, entonces las hipótesis de irrevocabilidad deben entenderse excepcionales, y como tales, deben interpretarse restrictivamente. Siendo que en el *Código de Comercio* la sola fijación de plazo no está considerada como situación de excepción (sino ligada al compromiso de no disponer del objeto del contrato) parece que no es posible, en ese contexto normativo, sostener que la sola fijación de un plazo de vigencia supone hacer irrevocable a la oferta.

5.2.2.2.2. De otros modos

La disposición de derecho uniforme admite la eventualidad de que la indicación de irrevocabilidad ocurra, además, "de otro modo", abriendo, de esta manera, una ancha vía a la posibilidad de interpretación judicial de las expresiones utilizadas por el oferente y de los hechos que rodean a la formulación de una oferta y al conjunto del proceso de formación del contrato. También en otra parte[46] se ha sostenido que la vacuidad casuística en que la doctrina deja esta parte de la disposición resulta intolerable, pues se deja una norma jurídica (*"la oferta no podrá revocarse si indica (...) de otro modo que es irrevocable"*) sin efecto práctico de ninguna especie, y que en contrario, cabe sostener que hay que incluir en esta hipótesis legal a situaciones concretas como "me comprometo a no enajenar el objeto de la oferta hasta que Ud. me conteste", "no haré ni recibiré ofertas respecto de X hasta el 15 de mayo" o "no aceptaré ofertas de otros en tanto no sepa de la intención de Ud.", "me comprometo a esperar su respuesta hasta el 29 de junio", etc. Éstos son supuestos que no pueden entenderse sino como formas de establecer "de otro modo" la irrevocabilidad de la oferta, y respecto de los cuales una interpretación contraria supondría avalar legalmente una grave violación de la palabra empeñada.

5.2.2.2.3. La irrevocabilidad implícita en el *Código de Comercio*

La norma del *Código de Comercio* carece de una hipótesis semejante a la de la CV en el sentido de incluir una cláusula genérica que permita la inclusión jurisprudencial de casos no específicamente señalados por el legislador. En cambio, presenta sólo las tres hipótesis –bastante circunscritas– que se han transcrito más arriba. Ellas son:

[46] Sobre la consideración doctrinal de esta posibilidad, véase VARAS BRAUN (n. 1), pp. 148 y 149.

a) el compromiso de espera de respuesta;
b) el compromiso de no disposición de la cosa hasta desechada la oferta y
c) el compromiso de no disposición de la cosa hasta transcurrido un cierto plazo.

En estos casos, una retractación no cabe. Si se realiza, es una retractación intempestiva, carece de todo valor, y el consentimiento se forma de todas maneras. Por ello, el incumplimiento eventual del oferente (una negativa a satisfacer las pretensiones del destinatario) se traslada a sede contractual. En otros términos, se trata ya de un caso de incumplimiento de contrato.

5.2.2.3. Por generación de confianza

Finalmente, el artículo 16 de la CV se clausura (2.b.) con una norma de origen anglosajón, fundada en las ideas de la confianza mutua, y buena fe. Lo característico en este supuesto es que el oferente guarda silencio, tanto lingüístico como fáctico, respecto de la irrevocabilidad. Curiosamente, los autores han pasado por alto el tema del silencio, en circunstancias que ésta es una norma que claramente permite poner en juego al denominado "silencio circunstanciado" como equivalente a una manifestación de voluntad[47]. Justamente, se trata de los casos en que el destinatario, a pesar de que el oferente nada dice expresa ni tácitamente en cuanto a la irrevocabilidad, podía razonablemente considerar –dado el conjunto de antecedentes y hechos concomitantes al proceso de formación contractual– que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

Se requiere, pues, para que se produzca esta hipótesis de irrevocabilidad, no sólo que del conjunto de las circunstancias del caso concreto pueda plausiblemente pensar el destinatario que la oferta era irrevocable sino, además, que haya adoptado alguna acción concreta teniendo por base esa oferta. Esas conductas o actuaciones son generalmente la compra de materiales, la formulación de otras ofertas, la contratación de trabajadores, etcétera.

Desde luego, esta hipótesis legal no se replica en la normativa no uniforme. Con todo, una posibilidad hermenéutica se abre en la medida en que se considera admisible –al menos doctrinariamente– la plausibilidad del silencio circunstanciado[48] como una forma válida de establecer (*ex post*) una declaración de voluntad. Si ello se permite, no resulta del todo descabellado –aunque debe reconocerse de antemano que es absolutamente discutible– sostener que la posibilidad existe, aunque excepcionalísima y no regulada legalmente, en el Derecho Privado chileno general. En cualquier caso, dentro de las "circunstancias" configurativas del silencio habría que excluir la indicación de plazo de vigencia de la oferta, que por sí sola, como ya se indicó, es incapaz de establecer la irrevocabilidad (en razón de la necesidad de interpretar restrictivamente una norma de excepción).

[47] Incluso, hay quien (Gyula Eörsi, "Revocability of Offer", en Cesare Massimo Bianca y Michael Joachin Bonell (coord.), *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Convention*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A., 1987. p. 156) sostiene que se trata de la misma excepción a la revocabilidad, sólo que una vez expresada en el lenguaje del *civil law* (16.2.a) y luego en el lenguaje del *common law* (16.2.b).

[48] Según Avelino León Hurtado: "es silencio circunstanciado el que va acompañado de antecedentes o circunstancias externas, que permitan atribuir al silencio, inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad. Estas circunstancias podrán ser de distinta índole y los jueces del fondo deberán apreciarlas en cada caso para ver si permiten atribuir al silencio el valor de una aquiescencia", León Hurtado (n. 2), p. 35 y ss., con referencias doctrinales y jurisprudenciales chilenas y comparadas. Otros autores que, desde antiguo, admiten el silencio circunstanciado en Chile son Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de CXhile, 1978, tomo XI, N° 747; Arturo Alessandri Rodríguez, "Valor jurídico del silencio", en *RDJ*, tomo XXXVIII, Santiago, 1941, 1ª. parte, p. 133; Victorio Pescio Vargas, *Manual de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, tomo II, pp. 47 y 48.





5.2.3. La revocación en materia de negocios de consumo

La ley N° 19.496 no reguló de manera expresa el tema de la revocabilidad de la oferta respecto de los negocios de consumo, cuestión, por cierto, relevante especialmente para el consumidor. Para un análisis adecuado del tema, distinguiremos entre las ofertas definidas en el artículo 1° N° 8 de la ley y aquéllas que corresponden al concepto tradicional de oferta en materia de negocios jurídicos.

5.2.3.1 Situación de las ofertas definidas en el artículo 1° N° 8°

Tal como se señaló al tratar el tema del concepto de oferta, la ley contiene un concepto especial de ésta en su artículo 1° N° 8°, el cual debe entenderse aplicable sólo respecto del párrafo 2° del título III de la ley.

Esencialmente, dicho tipo de ofertas se caracteriza por la transitoriedad de la disminución del precio habitual del bien o servicio ofrecido. Por ello, el artículo 35 de la misma ley exige como deber adicional de información al proveedor la explicitación del plazo de duración de la oferta. Al respecto, estimamos que el objetivo principal del legislador al establecer dicha obligación, es justamente que el consumidor conozca de manera precisa el término durante el cual podrá exigir se respete la oferta respectiva o, en otras palabras, el plazo durante el cual el proveedor no podrá revocarla.

Sin embargo, la misma norma permite implícitamente que se agreguen otras condiciones a la oferta, la cuales podrían modificar la conclusión anterior,

como en el caso que se establezcan requisitos acumulativos o alternativos al plazo de duración (*v.gr.* "...o hasta agotar stock"). A falta de norma expresa, consideramos que deberá primar el principio de autonomía de la voluntad y respetarse las condiciones establecidas, siempre que sean adecuadamente informadas al consumidor, lo cual deberá hacerse al menos en la misma forma y oportunidad que el plazo de vigencia.

Asimismo, se dijo en párrafos anteriores que la omisión de los deberes adicionales de información (requisitos accidentales de la oferta) no importaba la inexistencia o ineficacia de la oferta, sino sólo una infracción al deber de información establecido en la ley y, por tanto, la imposición de una multa administrativa al proveedor, además de otros derechos para el consumidor. En el caso particular, estimamos que la omisión las condiciones o plazo de duración de este tipo de ofertas, implica que se mantendrán vigentes en tanto su revocación no sea informada adecuadamente al consumidor, para lo cual deberán utilizarse medios similares a los empleados para su divulgación[49]. Así, si la oferta fue hecha mediante avisos publicitarios en medios de comunicación, la revocación deberá hacerse mediante avisos de similar naturaleza; si el medio utilizado fue el envío de folletos, o catálogos masivos, el medio idóneo será el envío de prospectos informando la revocación de la oferta respectiva. De otra manera, la oferta debe considerarse vigente y, por tanto, obliga al proveedor.

#### 5.2.3.2. Situación de ofertas que corresponden al concepto tradicional de las mismas

Al efecto, debemos distinguir entre ofertas hechas a consumidores determinados (singulares) y ofertas hechas a los consumidores en general (indeterminados).

Respecto de las primeras, estimamos que la ley N° 19.496 discurre sobre la base de la irrevocabilidad de las mismas, al disponer en su artículo 12 que todo proveedor estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido al consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio. La norma parece clara en el sentido de establecer la obligatoriedad de la oferta para el proveedor, más cuando se refiere expresamente a la oferta que éste hace al consumidor y a la convención posterior entre ambos, otorgándoles similares efectos en cuanto al carácter vinculante de dichos actos para el proveedor. Por último, la naturaleza imperativa de la norma descarta la posibilidad de la exclusión de la irrevocabilidad mediante una declaración en tal sentido hecha por el proveedor.

[49] Ésta es la solución de la ley argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240), que en el inciso segundo de su articulo 7 dispone que: "La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer".





En relación con las segundas, esto es, aquellas ofertas hechas a consumidores indeterminados, a falta de norma expresa, debe aplicarse el principio general de Derecho Común, cual es la posibilidad de revocar una oferta eficaz y válidamente formulada, en el período que va desde el momento en que el consumidor recibe la oferta y el instante de la aceptación por su parte.

En todo caso, al igual que en el régimen no uniforme, la retractación de proveedor debe ser hecha en forma expresa y mediante actos que no dejen margen de duda al respecto. Así, si la oferta es hecha en el establecimiento comercial del proveedor, lo obligará en tanto se mantenga a disposición del público consumidor, por ejemplo, mientras el bien ofrecido se mantenga exhibido en la vitrina o estante con indicación de su precio. Por otra parte, si la oferta es hecha fuera del establecimiento comercial del proveedor, deberá informarse al consumidor la revocación por los mismos medios a través de los cuales se le comunicó la oferta. Esta interpretación se adecua a lo dispuesto por el artículo 13 de la ley N° 19.496, ya citado, pues una adecuada información de la revocación sería una causa justificada para la negativa de venta de bienes o prestación de servicios por parte del proveedor.

Por último, el principio de autonomía de la voluntad permite en este caso que el proveedor establezca plazos u otras modalidades a este tipo de ofertas, con la sola precisión que dichas modalidades sean informadas el momento de formular la oferta y en términos similares a la misma[50].

### *5.3. Caducidad*

Los casos que suelen agruparse bajo el común rotulo de "caducidad" comprenden aquellas situaciones en las que la oferta se extingue por una causa independiente de la voluntad del oferente, lo que permite realizar un deslinde radical con las hipótesis de la revocación y el retiro, en las que la pérdida de eficacia de la declaración está directamente vinculada a la voluntad del proponente.

#### 5.3.1 Por rechazo

El artículo 17 de la CV es el último de la parte II que se dedica específicamente a la oferta, regulando la situación producida por su rechazo. El texto de la

[50] El reglamento de la ley argentina de Defensa del Consumidor (N° 24.240) establece para el art. 7 de la misma que: "En la oferta de bienes o servicios realizada en el lugar donde los mismos se comercializan, se podrán omitir las fechas de comienzo y finalización, en cuyo caso obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice. La oferta realizada fuera del lugar de comercialización deberá contener siempre el plazo de su vigencia. Cuando el proveedor limite cuantitativamente su oferta de productos y servicios, deberá informar la cantidad con que cuenta para cubrirla".

disposición establece que: "la oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente". Se trata, pues, del caso en que al destinatario no le parecen favorables o interesantes los términos de la oferta, y le comunica su disconformidad al oferente.

El rechazo puede efectuarse tanto de modo expreso (regulado por el artículo 17) como tácitamente, al realizar una contraoferta (artículo 19). El primer caso implica rehusar el conjunto del proceso de formación contractual y, el último, es una hipótesis de rechazo específico: se manifiesta disconformidad con la oferta en particular, pero no con el proceso de negociación en general, que continúa adelante, precisamente en virtud del impulso generado por la contraoferta.

La extinción regulada por el artículo 17 tiene un propósito jurídico muy específico: impedir que la oferta reviva por una declaración posterior a la recepción del rechazo en que el destinatario arrepentido pretende "aceptar" la oferta, y esto, aunque se trate de una oferta irrevocable y no haya vencido aún el plazo de su vigencia.

### 5.3.2. Por vencimiento del plazo

Cuando transcurre el término de vigencia fijado por el oferente sin que el destinatario haya aceptado o rechazado la propuesta, se produce la caducidad de la misma, puesto que es claro que el oferente ha querido expresamente fijar un plazo a partir del cual se desliga de la oferta, sea ésta revocable o no. Así lo establece el artículo 18.2 de la CV y, aunque el *Código de Comercio* no contiene una norma similar, la aplicación de las normas y principios de Derecho Común permiten la misma conclusión, ya que al vencimiento del plazo se produce la extinción del derecho del destinatario a aceptar la oferta.

Para los casos en que el oferente, por las razones que fueren, no determinó un plazo concreto, el sentido común y los principios generales del Derecho Privado indican que éste no puede quedar indefinidamente ligado a su oferta, por lo que la oferta debe, también, entenderse caducada transcurrido un término prudencial, atendidas las circunstancias. Tales cuestiones se encuentran resueltas por la segunda parte del artículo 18.2. CV que establece que:

> "la aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa".





María del Pilar Perales, por una parte, y Alfonso Caravaca y Fernández, por la otra, consideran, sin mayor argumentación, en ambos casos, que: "el silencio o la inacción del destinatario cuando éstos no puedan reputarse como aceptación (art. 18.1)"[51] constituye también una causa autónoma de extinción de la oferta. Parece difícil sostener, sobre la base del texto de la CV, tal hipótesis. Lo que verdaderamente extingue la oferta es el transcurso del plazo del que se acaba de hablar en el párrafo precedente, que está lógicamente sumado a la inacción del destinatario. Esta inacción, por sí sola, es incapaz de extinguir la oferta.

Por su parte, el régimen no uniforme resuelve la cuestión en los artículos 97 y 98 del *Código de Comercio*, los cuales son más específicos que la norma de la CV, pues que establecen que la oferta hecha por escrito:

> "deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o a vuelta de correo, si estuviere en otro diverso. Vencidos los plazos indicados, la propuesta se tendrá por no hecha, aun cuando hubiere sido aceptada" (artículo 98).

En el caso que la oferta sea verbal, deberá ser aceptada por el destinatario en el acto de ser conocida por éste, caducando en caso contrario (artículo 97).

En el caso de los negocios de consumo, la caducidad de la oferta por vencimiento del plazo no presenta novedades en el caso de las ofertas que lo contengan, las cuales se extinguirán al vencimiento del término señalado[52].

Sin embargo, el caso en que no se haya señalado plazo de vigencia de la oferta, la situación es, a nuestro juicio, diversa a la señalada para la CV y el régimen no uniforme. Ello porque, en concordancia con lo expuesto en relación con la posibilidad de revocar la oferta en este tipo de negocios, debemos entender que aquellas ofertas que no contienen plazo de duración se mantendrán vigentes en tanto no sean revocadas expresamente por parte del proveedor y se comunique al consumidor dicha revocación por los mismos medios a través de los cuales se le informó de la propuesta[53].

---

[51] Perales Viscasillas (n. 15), p. 464.

[52] Siendo consecuentes con lo expresado en párrafos anteriores, al vencimiento del término *adecuadamente informado al consumidor.*

[53] Esta interpretación es acorde con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 35 de la ley N° 19.496, con la precisión que, sobre la base del principio de estabilización de las situaciones jurídicas (enunciado por Andrés Bello en el mensaje del *Código Civil*), debe establecerse al menos como límite de vigencia de la oferta el plazo máximo contemplado en el Derecho Común para la consolidación de las situaciones jurídicas en general, que es actualmente de diez años.

### 5.3.3. Otras causas (muerte, incapacidad sobrevenida y quiebra del oferente)

La CV deja hasta las anteriores las causas reguladas de extinción de la oferta. Nada se dice, en consecuencia, respecto de causas tradicionalmente determinantes de caducidad en muchos derechos no uniformes, como son la muerte y la incapacidad sobrevenida. Este silencio legislativo significa uno de estos dos extremos, respecto de los cuales la doctrina se divide: o que la cuestión queda regida por el ordenamiento nacional que resulte aplicable, o que no hay más causas de caducidad que las expresamente comprendidas en la CV. (A favor de la segunda posibilidad, Luis Díez-Picazo[54], de la primera, Bernard Audit[55] y María del Pilar Perales[56]).

En el régimen no uniforme, la caducidad de la oferta por estas causas es una consecuencia natural de la doctrina general que sigue nuestra ley: si la oferta no obliga, nada puede transmitir el oferente a sus herederos. Ahora, es claro que si ése es el fundamento, se plantea el problema, ni legal ni jurisprudencialmente resuelto, de saber si la caducidad ocurre igualmente en las ofertas que, excepcionalmente, sí eran obligatorias para el proponente, esto es, aquéllas respecto de las cuales carecía de la facultad de retractarse. En favor de la caducidad pudiera esgrimirse el argumento de no distinción (esto es, si la ley no distingue entre diversas clases de ofertas al establecer su caducidad, no debe interpretativamente distinguirse tampoco y, por tanto, caducan todas las ofertas). En contra de la caducidad pudiera estructurarse un razonamiento *a pari ratione*, pero invertido –es decir, si no existe el mismo fundamento de falta de obligatoriedad, no puede aplicarse la misma norma de caducidad–, además de otros en el terreno del Derecho Comparado[57].

Finalmente, la hipótesis de la quiebra suscita unanimidad doctrinal entre los teóricos de la CV: debido a su complejidad técnica y a las profundas diferencias de trato jurídico, no queda regida por la CV, y su regulación en relación con la vigencia de las ofertas realizadas por el fallido queda entregada a lo pactado por las partes o al Derecho nacional que resulte aplicable[58]. Para la que consideramos la mejor doctrina nacional, la oferta no caduca por la quiebra[59], por lo que habría que entender lo mismo respecto de la oferta internacional.

[54] Díez-Picazo (n. 4), p. 180.

[55] Audit (n. 3), p. 62.

[56] Perales Viscasillas (n. 15), p. 470. Esta autora, sin embargo, realiza una argumentación sobre la base de la continuidad de la empresa, luego de la muerte o incapacidad del gerente. Olvida que, por definición, estos dos supuestos no se aplican sino a personas naturales.

[57] Así, León Hurtado (n. 2), p. 82.

[58] Perales Viscasillas (n. 15), p. 475.

[59] León Hurtado (n. 2), pp. 82 y 83.



# ASPECTOS ESPECIALES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

*Ruperto Pinochet Olave*


## Resumen

El presente trabajo trata algunos aspectos especiales –en comparación a la contratación clásica– que pueden apreciarse en la formación de los contratos electrónicos. Se ocupa de ofrecer un concepto de "contratos electrónicos" haciendo énfasis en el carácter instrumental del mismo. Finalmente se concluye que tiempo y distancia son conceptos calificadamente relativos en el espacio y tiempo virtuales, y que la forma electrónica seguramente sobrepasará rápidamente –por sus mismas posibilidades– su función inicial de constituir un medio de transmisión de la voluntad entre personas distantes físicamente para convertirse en una formato utilizable y preferible incluso entre personas que se encuentren en el mismo lugar.


## 1. Introducción

La sociedad de la información[1] es una forma de entender la cultura, en la que la información, antes escasa, se encuentra hoy a disposición de la gran mayoría de las personas, prácticamente en forma gratuita y, además automatizada, lo que permite analizar y seleccionar los datos que se requieren entre una enorme oferta informativa de ámbito mundial en cuestión de minutos[2].

[1] Carlos Lesmes Serrano, "Las nuevas tecnologías y la administración de justicia. La ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 371, prefiere denominarla sociedad del conocimiento, por la que entiende: "aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública".

[2] En tal sentido, José Antonio Gómez Segade, "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000,

### 5.3.3. Otras causas (muerte, incapacidad sobrevenida y quiebra del oferente)

La CV deja hasta las anteriores las causas reguladas de extinción de la oferta. Nada se dice, en consecuencia, respecto de causas tradicionalmente determinantes de caducidad en muchos derechos no uniformes, como son la muerte y la incapacidad sobrevenida. Este silencio legislativo significa uno de estos dos extremos, respecto de los cuales la doctrina se divide: o que la cuestión queda regida por el ordenamiento nacional que resulte aplicable, o que no hay más causas de caducidad que las expresamente comprendidas en la CV. (A favor de la segunda posibilidad, Luis Díez-Picazo[54], de la primera, Bernard Audit[55] y María del Pilar Perales[56]).

En el régimen no uniforme, la caducidad de la oferta por estas causas es una consecuencia natural de la doctrina general que sigue nuestra ley: si la oferta no obliga, nada puede transmitir el oferente a sus herederos. Ahora, es claro que si ése es el fundamento, se plantea el problema, ni legal ni jurisprudencialmente resuelto, de saber si la caducidad ocurre igualmente en las ofertas que, excepcionalmente, sí eran obligatorias para el proponente, esto es, aquéllas respecto de las cuales carecía de la facultad de retractarse. En favor de la caducidad pudiera esgrimirse el argumento de no distinción (esto es, si la ley no distingue entre diversas clases de ofertas al establecer su caducidad, no debe interpretativamente distinguirse tampoco y, por tanto, caducan todas las ofertas). En contra de la caducidad pudiera estructurarse un razonamiento *a pari ratione*, pero invertido –es decir, si no existe el mismo fundamento de falta de obligatoriedad, no puede aplicarse la misma norma de caducidad–, además de otros en el terreno del Derecho Comparado[57].

Finalmente, la hipótesis de la quiebra suscita unanimidad doctrinal entre los teóricos de la CV: debido a su complejidad técnica y a las profundas diferencias de trato jurídico, no queda regida por la CV, y su regulación en relación con la vigencia de las ofertas realizadas por el fallido queda entregada a lo pactado por las partes o al Derecho nacional que resulte aplicable[58]. Para la que consideramos la mejor doctrina nacional, la oferta no caduca por la quiebra[59], por lo que habría que entender lo mismo respecto de la oferta internacional.

[54] Díez-Picazo (n. 4), p. 180.

[55] Audit (n. 3), p. 62.

[56] Perales Viscasillas (n. 15), p. 470. Esta autora, sin embargo, realiza una argumentación sobre la base de la continuidad de la empresa, luego de la muerte o incapacidad del gerente. Olvida que, por definición, estos dos supuestos no se aplican sino a personas naturales.

[57] Así, León Hurtado (n. 2), p. 82.

[58] Perales Viscasillas (n. 15), p. 475.

[59] León Hurtado (n. 2), pp. 82 y 83.



# ASPECTOS ESPECIALES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

*Ruperto Pinochet Olave*


## Resumen

El presente trabajo trata algunos aspectos especiales –en comparación a la contratación clásica– que pueden apreciarse en la formación de los contratos electrónicos. Se ocupa de ofrecer un concepto de "contratos electrónicos" haciendo énfasis en el carácter instrumental del mismo. Finalmente se concluye que tiempo y distancia son conceptos calificadamente relativos en el espacio y tiempo virtuales, y que la forma electrónica seguramente sobrepasará rápidamente –por sus mismas posibilidades– su función inicial de constituir un medio de transmisión de la voluntad entre personas distantes físicamente para convertirse en una formato utilizable y preferible incluso entre personas que se encuentren en el mismo lugar.


## 1. Introducción

La sociedad de la información[1] es una forma de entender la cultura, en la que la información, antes escasa, se encuentra hoy a disposición de la gran mayoría de las personas, prácticamente en forma gratuita y, además automatizada, lo que permite analizar y seleccionar los datos que se requieren entre una enorme oferta informativa de ámbito mundial en cuestión de minutos[2].

[1] Carlos Lesmes Serrano, "Las nuevas tecnologías y la administración de justicia. La ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 371, prefiere denominarla sociedad del conocimiento, por la que entiende: "aquella en que los ciudadanos disponen de un acceso prácticamente ilimitado e inmediato a la información, y en la que ésta, su procesamiento y transmisión actúan como factores decisivos en toda la actividad de los individuos, desde sus relaciones económicas hasta el ocio y la vida pública".

[2] En tal sentido, José Antonio Gómez Segade, "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000,

Para comprender la magnitud del fenómeno se afirma que en los últimos cinco años se ha generado más información que en los cinco mil años anteriores, lo que equivale a casi toda la historia de la humanidad, y que la información generada se duplica cada cinco años[3].

Los elementos que han posibilitado la entrada en esta nueva era del conocimiento han sido en primer término la informática, disciplina que a través de la invención y desarrollo de los computadores ha permitido el tratamiento automatizado de datos y, en segundo término, el desarrollo de las telecomunicaciones, elemento que ha permitido la interconexión de millones de computadores en el ámbito mundial posibilitando la creación de Internet[4].

La informática en forma aislada no puede ser considerada como un fenómeno que haya generado una revolución de carácter global y de consecuencias históricas, como la creada por la sociedad de la información, sin embargo, es el antecedente primero e indispensable, sin el cual no hubiera podido producirse. El elemento que claramente detonó el inicio de la mencionada sociedad del conocimiento[5] y, aun, considerando la importancia en el desarrollo de otras tecnologías, fue la invención y puesta en práctica generalizada de Internet[6], creación que ha tenido como antecedentes indispensables, a su vez, a la informática y a las telecomunicaciones[7].

Paloma Llaneza González explica que Internet es una red gigante que interconecta innumerables pequeños grupos de redes de computadores conectados, a su vez, entre sí. Algunas redes son cerradas, pero la gran mayoría

p. 22, señala que: "La sociedad de la información, por un lado supone un paso gigante hacia una mayor disponibilidad de información, permitiendo un rápido y fácil acceso a una ingente cantidad de datos. Y por otro lado implica la aparición de un mercado virtual...".

[3] LESMES (n. 1), p. 371.

[4] Desde otro punto de vista, aunque directamente relacionado con el que proponemos, GÓMEZ SEGADE (n. 2), p. 23, señala que los tres cambios tecnológicos decisivos para la aparición de la sociedad de la información: "han sido el creciente uso de información en forma digital, el incremento vertiginoso de las redes electrónicas y la creación de la telaraña mundial (World Wide Web...)".

[5] *Vide* Santiago MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red: poder y Derecho en Internet*, Madrid, Editorial Santillana, 2000, p. 19: "Internet tiende, además, a convertirse en el centro de la sociedad de la información. No sólo en su símbolo más característico sino también en el lugar de encuentro de todas las tecnologías básicas de la información y la comunicación".

[6] En tal sentido señala MUÑOZ MACHADO (n. 5), p. 17: "Porque, en efecto, siendo importantes todos los cambios en el sector de las telecomunicaciones y el audiovisual, ninguno ha generado a su alrededor tanta mitología, tanta ilusión empresarial, ciencia ficción entre los usuarios ensoñadores, ni sensación de cambio de época tan rotundo y apasionante como Internet".

[7] Javier DE ANDRÉS BLASCO, "Internet", en *Cuadernos del Senado*, Madrid, Secretaría General del Senado, Serie Minor, 1999, p. 17, en igual sentido atribuye a la informática y a las telecomunicaciones el desarrollo de Internet, el cual es, a su vez, el elemento desencadenante que da inicio a la sociedad de la información.





están conectados a través de redes, que están, al mismo tiempo, conectadas a otras redes, de manera que cualquier computador perteneciente a una de ellas puede conectarse con cualquier otro que pertenezca a cualquiera de las redes interconectadas[8], en tanto que para Santiago Muñoz Machado[9], es la infovía, la gran telaraña mundial, en suma, un acontecimiento tecnológico y cultural extraordinario que ha revolucionado casi todas las estructuras tradicionales de la vida. Éste es, además, el marco cultural que posibilitó la aparición de los denominados contratos electrónicos, los que pueden ser celebrados por personas en los lugares más distantes del mundo, sin necesidad de recurrir a la figura de la representación, en cuestión de segundos, suscribirlos y enviar copias simples o certificadas de los mismos a cuantos lugares se requiera, nuevamente necesitando para ello escasos segundos o minutos.

## 2. CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA NOCIÓN DE CONTRATO ELECTRÓNICO

Antes de entrar al tema central de este trabajo, y siempre que abordamos la temática referida a los contratos y las nuevas tecnologías, acostumbramos a efectuar la siguiente prevención.

Ella consiste en destacar que el concepto de contrato electrónico se explica, más que por la existencia de una nueva categoría contractual con una naturaleza ontológica jurídica propia, por la necesidad, eminentemente transitoria, de estudiar un fenómeno que, por nuevo, requiere de trabajos de adaptación por parte de la dogmática jurídica tradicional.

Lo que decimos es que, en principio, no creemos en la aparición de una nueva clase de contratos justificada sólo por el medio de comunicación utilizado para la expresión de la voluntad –de ser así existirían contratos telefónicos o telegráficos–, como tampoco se propugna el reconocimiento de nuevas categorías contractuales sólo en virtud del medio de archivo o suscripción

[8] Paloma LLANEZA GONZÁLEZ, *Internet y comunicaciones digitales*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2000, p. 36.

[9] En tal sentido señala MUÑOZ MACHADO (n. 5), p. 17: "Internet es un acontecimiento tecnológico y cultural extraordinario. Permite la integración potencial de textos, imágenes y sonidos en un mismo sistema que puede ser interactuado desde infinidad de puntos situados en cualquier lugar del mundo. Se puede, además, elegir el tiempo en que se desea actuar (real o demorado). El vehículo que permite este tráfico es una red extendida por toda la tierra, compuesta de múltiples fragmentos conectados entre sí (cables telefónicos, figuras ópticas, ondas de radio, conexiones vía satélite y líneas submarinas). Es la infovía, la gran telaraña mundial, como habría que traducir literalmente el nombre inglés de la más importante de sus aplicaciones: World Wide Web (WWW)".

documental –de ser así, hubiera de haber sido reconocida la categoría de contratos papel–, distinción que como se comprenderá no parece razonable y se estima que en el momento en el que en la gran mayoría de los contratos intervenga algún elemento de naturaleza electrónica, ya sea porque la voluntad ha sido expresada por medio de sistema digital o electrónico de telecomunicaciones[10]; ya sea, porque ha sido almacenado en soporte informático, ya sea, porque ha sido suscrito electrónicamente no tendrá sentido hablar de contratos electrónicos, sino que sólo de contratos –probablemente– la clase más usual de contratos que se celebrarán en el futuro.

Con todo, advertimos la necesidad, por un tiempo, de recurrir al concepto de contrato electrónico con el propósito de ocuparnos de los aspectos que puedan parecer novedosos en relación con las formas contractuales clásicas como, por ejemplo, el tratar de determinar los aspectos especiales que pueden apreciarse en la formación de un contrato electrónico.

## 3. Qué entendemos por contrato electrónico

Delimitar lo que debe entenderse por contrato electrónico no es una cuestión fácil, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un concepto cuyos componentes tecnológicos se encuentran en permanente evolución, y sobre el cual, según hemos dicho, puede, incluso, dudarse de su existencia o utilidad como categoría conceptual autónoma.

Dada la fuerte carga de componentes tecnológicos del concepto de contrato electrónico y la rapidez con que evoluciona la tecnología se ha considerado aconsejable, a la hora de trabajar con conceptos jurídicos que se relacionan con la técnica y sus avances, tener en cuenta el denominado *principio de neutralidad tecnológica*[11], según el cual debe intentarse hacer las menos

[10] Al referirnos a contratos transmitidos electrónicamente nos estamos refiriendo a aquellas formas comprendidas dentro de la categoría de nuevas tecnologías de la información. Esto es, aquellas formas que partiendo de la informática utilizan Internet como medio de comunicación. Estos medios son, básicamente el correo electrónico, la WWW, el chat, las reuniones o conferencias, la videoconferencia y la telefonía.

[11] Rafael Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 51, explica el denominado principio de neutralidad tecnológica como: "la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E (comercio electrónico) para abarcar con sus reglas no sólo la tecnología existente en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación. Ello, obviamente, en un horizonte cronológico razonable... Las normas reguladoras del C-E y sus contratos han de resultar aplicables al C-E y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para a práctica de los intercambios comerciales a través del soporte electrónico. Aplicables además, no sólo a las





remisiones posibles a aspectos técnicos con la finalidad de que la normativa no quede obsoleta rápidamente junto con la tecnología existente al tiempo de su entrada en vigor[12].

Según Miguel Ángel Davara contrato electrónico o contratación electrónica es: "aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo"[13].

En un sentido similar entienden la noción diversos autores[14], concluyendo que cualquier contrato celebrado a través de medios electrónicos es un contrato electrónico. Lo importante, en consecuencia, es que la voluntad haya sido exteriorizada por cualquier clase de medios que puedan calificarse de electrónicos lo que conllevará como consecuencia natural la posibilidad de archivo y transmisión electrónica del mismo.

Como puede apreciarse, el elemento común para atribuir el carácter de electrónico a un negocio jurídico se refiere a la circunstancia de que el consentimiento se haya formado por medios electrónicos, distinguiéndose también otro elemento, ésta vez no con carácter de esencial sino accidental, que se refiere a la posibilidad de archivo y transmisión del contrato por medios electrónicos o telemáticos.

A pesar de la aparente unidad de criterios la doctrina reconoce al menos dos acepciones asociadas a la noción[15]: una acepción más amplia, que es capaz

tecnologías actuales sino también a las futuras: tanto, así pues, a las que se apoyan en el uso de cable como a las que prescinden de él, tanto a las que emulan el documento escrito cuanto a las biométricas por citar las más conocidas". Tal principio se encuentra recogido también en el artículo 1 de nuestra ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos y firma electrónica, que dispone en su inc. 2°: "Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel. Toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados".

[12] La norma jurídica debe procurar cierta permanencia en el tiempo y no puede fluctuar junto a los vaivenes sociales y la vertiginosa velocidad de los avances tecnológicos, bajo el riesgo de comprometer gravemente los niveles de seguridad jurídica que son exigibles a todo ordenamiento jurídico.

[13] Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, 3ª ed. revisada y puesta al día, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 189.

[14] En un sentido similar Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho Privado en Internet*, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, p. 289; Miguel Ángel Moreno Navarrete, *Contratos electrónicos*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999, p. 34; Ana María Sanz Viola, "Contratación electrónica", en *Actualidad Civil*, N° 18, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 646; Carlos Vattier Fuenzalida, "En torno a los contratos electrónicos", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1999, p. 78.

[15] Vattier (n. 14), p. 78, señala que los contratos electrónicos pueden ser de dos clases: "según se entiendan estos medios en sentido amplio o en sentido estricto".

de comprender dentro del concepto los contratos celebrados por medio del teléfono, del télex y del fax, y una más restringida[16], que excluye tales medios de comunicación y sólo considera admisible dentro de la categoría aquellos contratos celebrados por Internet.

No obstante, debe considerarse que en la actualidad los medios de comunicación que hemos calificado de 'tradicionales' como el teléfono, el fax o la televisión han digitalizado sus procesos y muchas veces su transmisión se produce digitalmente y por Internet, medio que pareciera se constituirá rápidamente en el futuro en la regla general de transmisión, incluso, para tales medios considerados clásicos.

Con todo, y sólo para efectos de nuestro análisis, limitaremos el concepto de contratos electrónicos a aquellos celebrados a través de Internet, por ser ése verdaderamente el punto de interés desde la perspectiva del estudio de la formación del contrato.

## 4. Algunos aspectos especiales en la formación de los contratos electrónicos

Desde hace algún tiempo venimos afirmando que la nueva realidad contractual electrónica, sin desnaturalizar la teoría general del contrato, admite el estudio de ciertos factores que pueden verse alterados o afectados con la reciente tecnología de transmisión, soporte, suscripción y archivo de datos.

Entre nosotros, Eugenio Gaete[17] sostiene que el contrato electrónico produce importantes cambios –debido a la realidad virtual en que se desarrolla–,

[16] En tal sentido Ángel Fernández-Albor Baltar, "Aspectos fundamentales de la contratación electrónica", en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001, p. 263, señala que: "Para considerar un contrato como contrato electrónico es, pues, en primer término, preciso reducir tecnológicamente la categoría a aquellos contratos en los que se emplean medios electrónicos de carácter telemático. No serían, pues, contratos electrónicos aquellos en los que se recurre a instrumentos técnicos electrónicos como el teléfono, el telégrafo, el télex o el fax. Lo serían simplemente aquellos en los que se recurre al empleo de ordenadores interconectados. En efecto, la aplicación coordinada de las tecnologías de la información (informática) con las de la comunicación (electrónica) producen como consecuencia la aparición de nuevos medios de expresión y transmisión de declaraciones de toda índole (telemática)".

[17] Eugenio Alberto Gaete González, *Instrumento público electrónico*, Barcelona, Editorial Bosch, 2000, p. 134. En tanto que Renato Jijena Leiva, *Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico*, Madrid, La Ley, número 4.586, 17 de julio de 1998, por su parte estima que las nuevas tecnologías provocan en el Derecho los siguientes problemas:"a) la formación del consentimiento en las operaciones o contratos vía redes; b) la firma electrónica o digital como sustituto de la tradicional firma escrita; c) la seguridad y privacidad de las transmisiones, sobre





sea en torno a las formas documentales como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales. El citado autor estima que la forma electrónica altera los siguientes elementos:

"a) la formación del consentimiento, en cuanto a las etapas de oferta y aceptación, además del momento y lugar de su formación.

b) Desaparece la unidad de acto unidad tempero-espacial propia de la expresión del consentimiento contractual– tanto material –que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades– como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquella del Oficial público o funcionario autorizante,

d) Cambios en cuanto a la prueba, especialmente en las fuentes y medios de prueba, así como en la tasación que varía como consecuencia de la introducción de los contratos electrónicos.

e) En materia de asunción de riesgos, por el dinamismo propio de la contratación electrónica, –permanente posibilidad de alteraciones y modificaciones en la emisión de datos– se producen riesgos y que pueden ser involuntarios, debidos a caso fortuito y provocados por disfunciones en el sistema de información o bien voluntarios, originados en actos culposos o dolosos y destinados a causar alteraciones en los programas o disfunciones en los mismos o en los equipos.

f) Problemas de derecho internacional privado, que tienen lugar por ser el contrato electrónico un contrato a distancia, de tal manera que es preciso determinar cual es el momento y lugar de la formación del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente, su asignación a una justicia arbitral internacional".

Centraremos nuestra exposición en el primero de los puntos enunciados por Eugenio Gaete, esto es, en algunos de los problemas que en la formación del consentimiento del contrato electrónico pudieran producirse, en comparación al proceso de formación del contrato en la teoría clásica.

Como es sabido, la regla general respecto de los contratos es que éstos requieran únicamente el mero consentimiento para formarse[18], y que los

todo cuando los datos y los documentos sean de una especial naturaleza; d) la desmaterialización de los documentos escriturados en soporte papel; e) la naturaleza jurídica y la acreditación en juicio o valor probatorio de los documentos transmitidos a distancia, y f) las responsabilidades derivadas de la comisión de posibles ilícitos penales o delitos informáticos".

[18] María del Carmen Gete-Alonso, "Teoría general del contrato", en *Manual de Derecho Civil*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, tomo II: Derecho de Obligaciones. Responsabilidad

contratos se entiendan perfeccionados inmediatamente se haya expresado la voluntad de las partes que constituyen el consentimiento, principio que supone que éstas se encuentran presentes al momento de emitir su aquiescencia.

Por el contrario, la regulación de la formación del consentimiento se ha planteado exclusivamente para las hipótesis de contratación a distancia, en las cuales oferta y aceptación, como elementos esenciales de tal proceso, se desarrollan en diversos tiempos, por lo que se hace necesario determinar el momento, de entre varios, y el lugar, de entre más de uno, en los que deba considerarse perfeccionado el contrato.

Tiempo y lugar, según nos proponemos demostrar, son categorías que en la contratación electrónica ofrecen perspectivas de análisis muy diversas a las que hasta ahora han regido la contratación por medios no pertenecientes a las nuevas tecnologías[19], básicamente el correo tradicional[20], que ha sido el medio de comunicación que estuvo en la mente del legislador del siglo XIX al promulgar los textos legales que se han ocupado de la materia y que se encuentran, en su mayoría, hoy vigentes[21].

Respecto de la contratación electrónica sostenemos que hay al menos dos errores de enfoque referidos al elemento tiempo en la formación del contrato, aspectos en los que centraremos nuestro estudio consistentes; por un lado, en el hecho de que la legislación referida al contrato electrónico parte de la premisa de que los contratantes no se encuentran en el mismo lugar, sino que distantes y, por lo tanto, no contempla la suscripción electrónica de documentos para quienes se encuentren en el mismo lugar –presentes– y, por otro, y derivado del primero, la circunstancia de que los contratantes

civil. Teoría general del contrato, p. 577, entiende por perfección del contrato: "la cualidad que produce (o de la que se deriva) la vinculación de las partes a la relación jurídica creada, la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y, normalmente, el nacimiento de su eficacia típica (la producción de obligaciones)".

[19] Con el concepto "nuevas tecnologías" nos referimos a la utilización de redes de computadores –telemática– y, más precisamente, a aquellos medios que utilizan la red de redes Internet.

[20] Como es sabido el artículo 98 de nuestro *Código de Comercio* dispone que la propuesta hecha por escrito deberá ser aceptada o desechada dentro de veinticuatro horas, si la persona a quien se ha dirigido residiere en el mismo lugar que el proponente, o *a vuelta de correo*, si estuviere en otro diverso.

[21] En nuestro caso, ante el silencio del *Código Civil* el legislador chileno intentó por medio del *Código de Comercio*, "llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil" haciéndose aplicable –aunque no sin opiniones contrarias– los artículos 97 a 108 del *Código de Comercio*, relativos a la formación del consentimiento, en materia civil, ya que "a pesar de estar contenidos en un código especial, regulan una materia de aplicación general". Víctor Vial del Río y Alberto Lyon Puelma, *Derecho Civil. Teoría general de los actos jurídicos y de las personas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1985, p. 39.





electrónicos deben ser considerados –de acuerdo con los criterios usados en el análisis de la contratación clásica– como contratantes distantes. Hipótesis, ambas, que consideramos falsas, al menos planteadas en términos absolutos, como han sido frecuentemente propuestas.

Pareciera, entonces[22], que Internet ha alterado algunos de los elementos usados tradicionalmente para el análisis del proceso de formación del contrato[23], tal es el caso de la noción de tiempo[24] aspecto, entre otros, que han llevado a plantearse la necesidad de, al menos, revisar las soluciones que hasta antes de la aparición de las nuevas tecnologías se daban por satisfactorias[25].

[22] En el sentido señalado Eva María Martínez Gallego, *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000, dice: "En un contexto de incesante progreso de los medios de comunicación, como en nuestros días, se produce un progresivo aumento de las relaciones contractuales entre personas situadas en lugares diversos. Renace constantemente, a causa de tal circunstancia, un creciente interés por un tema tan viejo y nuevo como es el momento de la perfección del contrato, de cuya exacta fijación dependen cuestiones fundamentales como la determinación del límite temporal para revocar la oferta o el límite de la retroactividad del contrato condicional, etc.", p. 114.

[23] Santiago Cavanillas Mújica, *Informática y teoría del contrato. X Encuentro sobre Informática y Derecho*, Madrid, Instituto de Informática Jurídica, ICADE, 1996, manifiesta la capacidad de las categorías jurídicas informáticas para alterar los conceptos clásicos del consentimiento contractual, p. 270. Sobre el particular De Miguel (n. 14), señala: "La rapidez en intercambio electrónico de datos característica de la tecnología de la sociedad de la información tiende a reducir la importancia de la referida disparidad de soluciones en la medida en que facilita la simultaneidad de las comunicaciones, marco en el que el carácter instantáneo y no sucesivo de la formación del contrato provoca que la determinación del momento de celebración se plantee en los términos típicos de la contratación entre presentes", p. 312. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, "Las obligaciones concertadas por medios electrónicos y la documentación electrónica de los actos jurídicos", en *La Ley*, tomo IV, Madrid, 1992, por su parte expresa: "La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades. Así, resulta que el jurista tradicional, formado en esquemas conceptuales no informáticos, encuentra verdaderas dificultades para adaptar la Ley y la jurisprudencia a los cambios tecnológicos", p. 1.012.

[24] En ese sentido De Miguel (n. 14), pp. 313 y 314 sostiene que: "La distinción se difumina como consecuencia del desarrollo de servicios de Internet...". Expresando ideas parecidas Jesús María Prieto Gutiérrez, "Problemáticas y expectativas en torno al documento electrónico: valor probatorio", en *Revista Iberoamericana de Derecho Informático, Contratación Electrónica, Privacidad e Internet*, N°s 30, 31 y 32, Mérida, Editorial Uned, 1999, señala: "En esta realidad, cobra especial trascendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los contratos, en los que las partes, valiéndose de las nuevas tecnologías, logran superar la hasta ahora inexpugnable barrera de tiempo y espacio que suponía la distancia, recurriendo al documento electrónico como respuesta para formalizar sus contratos, sin necesidad de requerir tan siquiera la presencia física de las partes", p. 437.

[25] Destacando las consecuencias que en la teoría del negocio jurídico producen las distintas realidades constituidas por la normal y la virtual De Miguel (n. 14), p. 313, señala: "No obstante,

Respecto al enfoque errático del primer problema enunciado puede decirse que la regulación de la contratación electrónica, tanto en el ámbito mundial como nacional, parte del supuesto de que los contratantes –oferente y aceptante– se encuentran no presentes, ausentes o a distancia. No solamente el legislador acostumbra suponer la distancia entre los contratantes sino que la doctrina suele partir su análisis desde igual premisa[26].

Comprobando tal proposición podemos ver cómo en nuestra legislación positiva, particularmente en las modificaciones introducidas por la ley N° 19.955, de 17 de julio de 2004[27], a nuestra ley del Consumidor, específicamente en los nuevos artículos 3 bis letra b), 12 A y 32 inc. 2°, se utiliza la expresión: "En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia".

En tales disposiciones se acepta expresamente el desistimiento unilateral, entre otros casos, precisamente, porque se trata –de acuerdo con los parámetros de la ley– de una comunicación a distancia, artículo 3 bis letra b). Se impone al proveedor el deber de informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible al consumidor, los pasos que deben seguirse para celebrar el contrato, por que se la considera una contratación a distancia, entre varias otras disposiciones que resulta excesivamente gravoso e innecesario enumerar y que parten de igual creencia.

Recurriendo a otra fuente normativa, con el propósito de confirmar nuestra tesis, podemos mencionar el artículo 3 de nuestra ley N.° 19.799, sobre documento y firma electrónica[28], la que después de enunciar el principio de equivalencia funcional de la firma manuscrita y electrónica dispone que: "Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otor-

la aplicación de las reglas del entorno tecnológico de Internet, en el cabe diferenciar situaciones en las que varía el carácter simultáneo o no de la comunicación de declaraciones negociales, provoca en ocasiones incertidumbre". En un sentido similar GETE-ALONSO (n. 18), p. 577.

[26] VATTIER (n. 14), p. 89, en tal sentido señala: "Ante todo, hay que señalar que la nueva disciplina de los contratos a distancia no hace mención expresa de los ordenadores, ni de los contratos electrónicos, pero parece indudable que están comprendidos en la definición de los mismos". Asimismo, Gema BOTANA GARCÍA y Miguel RUIZ MUÑOZ, Miguel (coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1999, p. 229; DE MIGUEL (n. 14), p. 361; FERNÁNDEZ-ALBOR (n. 16), p. 272; SANZ (n. 14), p. 647 y Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ, "Directiva sobre ventas a distancia y propuesta de directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores", en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, p. 282, entre otros autores.

[27] Tales modificaciones incorporaron en varias de sus disposiciones las hipótesis negociales electrónicas.

[28] Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 12 de abril de 2002.





gados o celebrados en los casos siguientes: b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y...", partiendo nuevamente de la norma citada de la idea de que estando presentes las partes no puede suscribirse electrónicamente un acto o contrato.

Reconociendo que en sus orígenes la contratación electrónica nació estrechamente vinculada a los medios de comunicación a distancia o telecomunicaciones, hoy no existe una relación causal entre ambos supuestos, al menos, en términos absolutos.

Así, por un lado, es perfectamente posible imaginar la utilización del formato electrónico respecto de sujetos que se encuentren en el mismo lugar, como cuando personas que están en la misma sala, empresa, universidad o cualquier otro mismo lugar se comunican vía chat o correo electrónico o cualquier otro medio digital así, al contrario de lo que se pudo creer en los primeros años de irrupción de las nuevas tecnologías, es factible imaginar situaciones en las que sujetos que no se encuentran distantes físicamente se comuniquen vía nuevas tecnologías, y es más, decidan contratar electrónicamente.

Lo anterior se explica fundamentalmente por la circunstancia de que el formato digital ha superado de forma rápida su reconocida funcionalidad inicial de servir de medio de comunicación a distancia, ya que, principalmente, desde el desarrollo e implementación de la firma digital y de la transformación del archivo documental desde el soporte papel al soporte digital podemos suponer que, en algunas situaciones en la actualidad, y en muchas en el futuro próximo, sujetos que se encuentren en el mismo lugar decidirán, por sus ventajas, suscribir y archivar de manera electrónica el contrato que han acordado con el propósito, por ejemplo, de enviar copia del mismo en forma inmediata por Internet a otros lugares o, simplemente, como hemos dicho, debido a que los sistemas de almacenamiento documental se van transformando paulatinamente para acomodarse más al documento contenido en formato electrónico que al contenido en soporte papel.

Tal nueva realidad ha sido posible gracias a la informática, la firma digital e Internet, que son esencialmente los hitos tecnológicos que han permitido el inicio del tránsito entre el soporte papel y el correo clásico, al soporte digital y las telecomunicaciones, en especial las que se despliegan por Internet, hechos que supusieron, a su vez, para su desarrollo, una disminución notable en los costes de utilización de tales medios y, subsecuentemente, la masificación de los mismos, dando paso a lo que hemos denominado y definido como la nueva sociedad de la información.

Así como los hitos tecnológicos necesarios para el cambio desde la realidad contractual clásica a la nueva que se nos muestra, ha sido indispensable la incorporación al ordenamiento jurídico internacional como al nacional de ciertos principios jurídicos que han dado el marco normativo indispensable

para que tal revolución pueda concretarse, con tal finalidad, se ha incorporado en términos prácticamente idénticos en el Derecho comparado y en el nacional[29], el denominado *principio de equivalencia funcional del documento papel y la firma ológrafa con el documento electrónico y la firma digital.*

En Europa, tal principio es reconocido por medio de la directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y complementariamente por la directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior –directiva sobre el comercio electrónico–.

En nuestro país, ha sido la ley N° 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada en el *Diario Oficial*, el 12 de abril del año 2002[30] la que ha recogido el mencionado principio al disponer en su artículo 3 que:

[29] En un trabajo nuestro, de reciente publicación, desarrollamos la tesis de que la introducción de las nuevas tecnologías de la información ha implicado y exigido estandarización tanto en el plano tecnológico, como en el caso de los protocolos de Internet; los mismos introducidos en todo el mundo por la propia necesidad de compatibilidad tecnológica, así como en el plano normativo. Es así como respecto a la firma electrónica ha sucedido que tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han adoptado el mismo sistema, siendo seguidos por, prácticamente, la totalidad de los países del orbe, cumpliéndose, sin acuerdo previo, un supuesto lógico de compatibilidad tecnológica imprescindible para que la nueva firma electrónica pudiera servir, realmente, a los fines para los cuales fue creada, en el contexto que importa, el mundial, que es el ámbito propio por esencia en el que se desenvuelven espontáneamente las nuevas tecnologías de información. El proceso de introducción uniforme de un mismo sistema de interconexión de redes de computadores y de firma electrónica avanzada ha formado, a su vez, de modo natural, la generación de una normativa nacional cada vez más uniformada y armonizada y, esta vez, sin necesidad de requerimientos o acuerdos políticos sino que, según decimos, por las propias exigencias del sistema que se trata de implementar. *Globalización y Derecho Civil: de nuevo el Derecho Común. 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 II, pp. 1.375-1.390.

[30] En Colombia, en 1999, se promulga la ley 527, cuerpo legal en que se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales; en Costa Rica, a través de la reforma introducida en la ley orgánica del Poder Judicial por la ley 7.728 de 1997, se establece la absoluta equiparación entre un documento físico original y aquél que consta en un soporte informático o no tradicional; similar regulación se incorporó en Panamá a través de la ley 43 de 31 de julio de 2001; el Congreso estadounidense aprobó el 24 de enero de 2000 el Electronic Signature Global and National Commerce Act –Acta de Comercio Electrónico y Firma Electrónica para el Comercio Nacional e Internacional–; en México se ha reformado el artículo 289 del *Código de Procedimientos Civiles*; en Venezuela, con fecha 28 de febrero de 2001, entra en vigencia el decreto con fuerza de ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el cual reconoce expresamente el valor probatorio de los documentos electrónicos.





> "Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito".

Hoy ya es posible observar cómo las más importantes bases de datos, tanto de entidades públicas como privadas, se encuentran completamente informatizadas. Piénsese, por ejemplo, en las del Servicio de Impuestos Internos, Tesorería General de la República o del Registro Civil; así como también en el ámbito privado las bases de los bancos comerciales y prácticamente todas las existentes vinculadas a las medianas y grandes empresas.

Los certificados que pueden obtenerse de modo electrónico en el Registro Civil o Impuestos Internos ofrecen opciones de impresión en papel sólo como manifestación de un resabio cultural anacrónico pensado para satisfacer mentes formadas en otra realidad de archivo documental, lo que se demuestra claramente por la circunstancia de que la firma manuscrita que aparece en tales certificados al ser visualizados en la pantalla de un computador o ser impresa en papel nada acredita desde el punto de vista de la suscripción documental y, por lo mismo, de la referida autenticidad del instrumento público, sino que es el certificado electrónico emitido al momento de expedir la respectiva partida de nacimiento, matrimonio o defunción, cuya información se encuentra expresada en un código de barras, el que verdaderamente logra las funciones de identificación y autentificación[31], y tales funciones son conseguidas de manera exclusiva por medios digitales sin requerir, para nada, ni la suscripción ológrafa del documento ni su existencia en soporte papel.

No obstante, como venimos señalando, y al encontrarnos claramente en una etapa de transición, parece que por razones más bien culturales subsiste y subsistirá por algún tiempo la costumbre, un tanto absurda, de emitir documentos electrónicos e imprimirlos en papel. Cuando ello deje de ocurrir, por las evidentes ventajas del documento electrónico[32] será posible suscribir

[31] Así, si alguien desea cotejar la autenticidad del documento deberá entrar a la página web y con la secuencia de números del código de barras verificar si se trata de un documento efectivamente emitido por tal o cual servicio y su contenido.

[32] Antonio Rodríguez Adrados, "El documento negocial informático", en *Notariado y contratación electrónica*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, menciona como ventajas del soporte electrónico: "su rapidez de formación, suprimiendo las barreras del espacio y el tiempo; la inmensa capacidad de almacenamiento de la información; y su fácil transportabilidad, que se convierte en instantánea si de los medios físicos, como el disquete, pasamos a los telemáticos o a los electrónicos", p. 358.

electrónicamente la casi totalidad de los documentos y eso, según decimos, aun cuando las partes se encuentren presentes físicamente en el mismo lugar.

La segunda de las cuestiones que nos hemos propuesto tratar en el presente trabajo, y que consideramos ha sido planteada equivocadamente en los primeros años de desarrollo de la doctrina dedicada al estudio de los contratos electrónicos, es aquélla vinculada al carácter de ausentes o presentes de los contratantes electrónicos, pues, según hemos dicho, las reglas para determinar la formación del consentimiento están diseñadas de forma exclusiva para contratantes que se encuentran distantes.

Advirtiendo que esta tesis ha sido desarrollada en extenso en otro trabajo[33] nos limitamos a sintetizar sus ideas centrales.

En tal sentido nos hemos preguntado, ¿constituyen realmente los supuestos negociales electrónicos una modalidad de contratación entre ausentes?

Abundante y, al parecer mayoritaria, es la normativa y doctrina que entiende de los supuestos de contratación electrónica como una clase de contratación a distancia o sin presencia física de las partes[34], sin embargo, en la actualidad

[33] "La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información, parte II: La aceptación electrónica. Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes", en revista. "*Ius et Praxi*", año 11, N° 1, Talca, Ediciones de la Universidad de Talca, 1er semestre de 2005, pp. 55 a 92.

[34] En tal sentido Javier PRADA ALONSO, "Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: prueba y perfección del contrato", en *Revista General de Derecho*, formato electrónico, http://www.rgid.com/pages/articnov/firmael1_a.htm, 2001, señala: "La contratación electrónica, es un supuesto de contratación a distancia 'o sin presencia física simultánea de los contratantes' como dice el art. 1.1 del R.D. 1906/99; el art. 18.1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico lo define como aquel 'que ha sido celebrado sin la presencia física simultánea de las partes en el mismo lugar, prestando éstos su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos'. Así pues, observamos que el concepto de contratación electrónica se encuentra inicialmente algo desdibujado más en la forma que en el fondo, en razón a lo definido por el ordenamiento nacional (art. 38.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista) y por el ordenamiento comunitario (art. 2.1 de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia, esta Directiva inicia la protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico". De igual opinión es MORENO (n. 14), p. 37, quien sostiene: "Característica fundamental de la contratación electrónica es la ausencia de las partes en la perfección del negocio. Los contratantes no están presentes en la conclusión del contrato...". Consideran, asimismo, el contrato electrónico como una modalidad de contratación a distancia –al menos como regla general– Gema BOTANA GARCÍA, "Contratos a distancia", en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Editorial Mc Graw Hill, 1999, p. 229; FERNÁNDEZ-ALBOR (n. 16), p. 272 y SANZ VIOLA (n. 14), p. 647; SERRANO (n. 26), p. 282, entre otros autores. Por su parte ILLESCAS (n. 11), refiriéndose esta vez C-E expresa: "El C-E, de una parte, no emplea ni formas orales ni escritas; de otra, la contratación comercial electrónica se produce siempre entre sujetos ausentes, distantes el uno del otro geográficamente





comienza a dudarse de que tal modalidad contractual constituya realmente un proceso formativo a distancia o entre ausentes, al menos de acuerdo con los criterios tradicionales utilizados.

El problema propuesto se refiere a determinar si el proceso de formación del consentimiento electrónico entre personas distantes físicamente, obedece a los mismos criterios usados por el legislador decimonónico, ideas que lo llevaron a promulgar normas especiales para la formación del consentimiento entre no presentes.

En nuestro Derecho, según afirman Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, existen dos criterios para determinar si la contratación es entre presentes o entre ausentes: "uno atiende a si ambas partes se encuentran reunidas en un mismo lugar, y el otro a si la aceptación puede ser conocida por el oferente inmediatamente de ser emitida o no"[35], prefiriendo en tal obra, ya el mismo Arturo Alessandri, aquella tesis que considera contratos entre presentes a aquellos en que la aceptación puede ser conocida por la otra parte al tiempo o inmediatamente de ser emitida; y contratos entre ausentes aquellos en que la aceptación puede ser conocida por el oferente sólo después de cierto tiempo, más o menos largo, de ser formulada, razonamiento que como se podrá vislumbrar dará mucho mejor respuesta a los problemas que impone al tema de la formación del consentimiento la forma electrónica de contratación.

En atención a los mismos criterios antes expresados la doctrina no duda en calificar como una especie de contratación entre ausentes aquélla que se producía mediante carta o correspondencia telegráfica[36], pues entre las diversas comunicaciones mediaba un espacio de tiempo jurídicamente relevante[37].

y residenciados con frecuencia en países distintos. Empleo así el término clásico iusprivatista español para hacer referencia a aquellos supuestos de contratación en los que las partes del contrato se encuentran cada una de ellas, a la hora de la perfección del vínculo y de los tratos prenegociales que la anteceden, en lugares distintos. Sus declaraciones requieren, por tanto, de un trayecto a recorrer para llegar a conocimiento de la respectiva contraparte con independencia del momento en que produzcan los efectos jurídicos apetecidos, la distancia a recorrer, la velocidad aplicada al recorrido y el medio de transporte", p. 34.

[35] Arturo ALESSANDRI R., Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H., *Tratado de Derecho Civil*, 1ª ed., julio, 1998. Publicada en formato electrónico en base de datos privada, http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm.

[36] GETE-ALONSO (n. 18), p. 578. Al respecto, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ y María Ángeles PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Colex, 2000, tomo II: Derecho de Obligaciones, afirman: "En cambio, en la aceptación realizada telegráficamente sí existe intervalo temporal, por lo que la perfección del contrato se entiende producida en el momento en que el destinatario del telegrama lo recibe", p. 368.

[37] Todo proceso comunicacional puede presentar interrupciones, pero pensamos junto con MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.* (n. 36), p. 368, que lo importante es determinar si tal interrupción

Respecto de la contratación electrónica, las categorías filosófico-jurídicas de tiempo y espacio[38] –que, para distinguirlas de las categorías clásicas se las ha denominado virtuales–[39], han adquirido nuevos puntos de análisis habiéndose, incluso, comenzado a hablar de un tiempo u hora en Internet distinta a la establecida por convención internacional para los usos horarios.

Por otra parte, la inmediatez de las comunicaciones electrónicas hace que no tenga, en la gran mayoría de los casos, trascendencia jurídica el período de tiempo que transcurre entre el envío y la recepción de una comunicación electrónica, por lo que, aun cuando se llegara a la conclusión que la contratación electrónica se realiza entre contratantes no presentes, la aplicación de las teorías de la emisión, del conocimiento o de la recepción para determinar el momento de perfeccionamiento del contrato resultaría irrelevante, pues este momento siempre sería el mismo.

Como un antecedente de importancia, para resolver el carácter presencial o no de los contratantes electrónicos, puede considerarse la profusamente citada sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de enero de 1948, que señaló que el acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica daba lugar al perfeccionamiento del contrato, lo mismo que se hubiera concertado entre presentes.

Validando el criterio jurisprudencial señalado, la doctrina es pacífica en el sentido de considerar a la contratación telefónica como una especie de contratación entre presentes[40]. Igual criterio es seguido en los países del *common law*,

representa un espacio de tiempo "jurídicamente relevante", ya que si no es así el proceso deberá ser considerado como ininterrumpido para los efectos en estudio.

[38] Al respecto De Miguel (n. 14), p. 79, señala: "El tiempo y el espacio adquieren un significado en las comunicaciones en Internet muy distinto del que es común a las actividades fuera de la Red, lo que determina características peculiares de los conflictos de intereses surgidos en este nuevo medio...".

[39] Han adquirido tal dimensión los conceptos espacio y tiempo en Internet, que, incluso, se habla de una realidad virtual, que se la intenta presentar con rasgos de autonomía propia, distinta de las dimensiones en la que trascurre la vida humana, proyección que, en todo caso, consideramos exagerada. Sobre el carácter relativo que han adquirido en Internet las nociones de tiempo y espacio Rafael Mateu de Ros, "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica", en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2000, afirma: "En Internet, lo mismo que la contratación telefónica directa, no hay distancia temporal (que es lo decisivo) sino mera distancia física, fenómeno que resulta accesorio, y también aparece con frecuencia en la contratación convencional", p. 60.

[40] Así José Luis Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, 2ª ed. puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, Editorial Dykinson, vol. 1º: Derecho de Obligaciones, parte general, Teoría general del contrato, 2000, sostiene: "La disciplina contenida en el art. 1.262, no puede extenderse a la contratación entre personas alejadas que utilizan un procedimiento de comunicación que posibilite el acuerdo entre ellas de una manera inmediata. En este sentido, la S. de enero de 1948 consideró que el acuerdo alcanzado por teléfono da





y específicamente en Estados Unidos e Inglaterra, en los que los contratantes que se comunican por teléfono son considerados *praesentes*[41].

La doctrina considera que la *ratio legis* del razonamiento que estima la comunicación telefónica como una especie negocial entre presentes se encuentra en la circunstancia de que en tal medio de comunicación existe un proceso ininterrumpido. En el sentido indicado se sostiene que: "El problema no se plantea si, no obstante el distanciamiento o la lejanía, existe entre las partes un proceso de comunicación ininterrumpido", continúa, "Lo mismo puede decirse cuando se produzca un ininterrumpido proceso de comunicación por télex, si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación"[42].

Respecto de las nuevas tecnologías –básicamente nos referimos a los medios de comunicación por Internet– sus especiales características de simultaneidad y rapidez en los procesos de comunicación nos lleva a concluir, si de clasificarlos se trata, a considerarlos también, como en el caso de la contratación vía telefónica, como una especie de contratación entre presentes[43]. Que duda cabe que,

lugar a la perfección del contrato lo mismo que si hubiera sido concertado entre dos personas presentes", p. 384. En el mismo sentido Valentín Carrascosa, Mª A. Pozo; E.P. Rodríguez, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 1999, p. 25; Davara (n. 13), p. 170; Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Ediciones Civitas, 1996, vol. I: Introducción. Teoría del Contrato, p. 318; Martínez Gallego (n. 22), p. 137, entre otros.

[41] Así señala Luigi Ferri, *La autonomía privada*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 141.

[42] Díez-Picazo (n. 40), p. 318. En igual línea doctrinal Martínez de Aguirre *et al.* (n. 37), p. 368, señala: "Lo determinante aquí será, ...no la distancia, sino la existencia o no de un intervalo temporal jurídicamente relevante entre la emisión de la aceptación y su recepción o conocimiento por el otro contratante...". Por su parte Paz-Ares, Bermejo, Sáenz señalan: *"Se entiende que hay contratación entre presentes cuando no media lapso temporal alguno entre oferta y aceptación. A estos efectos, la distancia es irrelevante: buena prueba de lo dicho es que, a pesar del distanciamiento físico entre las partes, el Tribunal Supremo, en Sentencia del 3 de enero de 1948 (Ar. 11), consideró que existía contratación entre presentes en el caso de un acuerdo alcanzado durante una conversación telefónica"*, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Nuria Bermejo Gutiérrez, María Isabel Sáenz Lacave, "La formación electrónica del contrato: nada nuevo bajo el sol", en *Derecho sobre Internet* publicación electrónica, en http://derechosobreinternet.com, 2001. En similar sentido Gete-Alonso (n. 18), p. 578 y Enrique Lalaguna Domínguez, *Estudios de Derecho Civil obligaciones y contratos*, 2ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1993, agrupando tal clase de contratos dentro de la denominación de contratos de formación instantánea explica que en éstos: "la separación física entre los contratantes no impide el conocimiento simultáneo del momento en que se unen las declaraciones de voluntad, al utilizar un medio de comunicación que elimina la diferencia de tiempo en la emisión de las declaraciones de oferente y aceptante (contratación por teléfono, télex, etc.)", p. 111.

[43] Martínez de Aguirre *et al.* (n. 37), p. 368, señalan al respecto: "En cuanto a la contratación electrónica mediante medios informáticos, los principios son los mismos: las características técnicas de los mecanismos utilizados para enviar la aceptación permiten conseguir la simultaneidad

en ocasiones, las nuevas tecnologías constituyen un proceso comunicacional casi idéntico al que puede desarrollarse entre personas presentes[44].

Todo lo dicho reafirma el criterio sustentado por la doctrina en atención a que el criterio lógico para la caracterización de un proceso comunicacional como entre ausentes no depende hoy, como antes, de la distancia física, sino de las características de simultaneidad e ininterrupción del proceso formativo del consentimiento[45].

Lo cierto es, y que no debe perderse de vista, cuando afirmamos, en general, que los medios pertenecientes a las nuevas tecnologías son una especie de contratación entre presentes, lo que estamos diciendo realmente es que los consideramos o asimilamos a la categoría clásica de contratación entre presentes, pues la realidad será que en la gran mayoría de los casos las partes se encuentran ausentes, al menos de acuerdo con el sentido que tradicionalmente se ha dado en el ámbito jurídico a la noción de 'ausencia' y que hoy decimos se encuentra en entredicho. En la misma dirección, y como una propuesta que intenta coordinar las nuevas realidades tecnológicas con la dogmática jurídica, Rafael Mateu de

entre el envío y la recepción por el destinatario, por lo que, en términos generales, quedaría sometida a las reglas de la contratación entre presentes, en cuanto al momento de la perfección del contrato...". En un sentido similar De Miguel (n. 14), p. 313, señala: "Por el contrario, cuando la formación del contrato se produce mediante el empleo se servicios interactivos que permiten el intercambio simultáneo de información –esa es la situación normalmente en la malla mundial– predomina la idea de que se trata de medios de comunicación a distancia que posibilitan una formación instantánea y no sucesiva del contrato, de modo que el tratamiento del momento de celebración debe ser equiparado al de otros medios instantáneos como el teléfono, pues permite la comprobación inmediata de que la declaración de voluntad ha sido recibida por el destinatario". Otros autores, aparentemente en sentido opuesto, como Rodolfo Fernández Fernández, *La contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet,* Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, sostienen: "incluimos al contrato electrónico como una modalidad intermedia entre la contratación presencial y la contratación a distancia, pero se acerca más a ésta última", p. 34. Con todo, consideramos que la contradicción es más aparente que real ya que la gran mayoría de los autores estima que los contratos electrónicos son ventas a distancia, en atención a los criterios que las leyes han fijada como el ámbito de aplicación de la normativa aprobada para regular tal clase especial de contratación, no obstante, lo cual para otros efectos, especialmente la determinación del momento de perfeccionamiento del negocio jurídico, deben ser *considerados* como una especie de proceso negocial entre presentes, aunque para otros efectos no gocen de igual calificación. Es la opinión también de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (n. 35).

[44] Piénsese en la comunicación por videoconferencia en la que las partes pueden escucharse y verse simultáneamente percibiéndose las expresiones de los rostros e inflexiones de la voz –rasgos biométricos–, que frecuentemente entregan valiosa información sobre las intenciones de las partes.

[45] En tal sentido señalan Carrascosa, Pozo, Rodríguez (n. 40), p. 25, específicamente para la contratación electrónica, que es irrelevante el hecho de que los contratantes se encuentren presentes o ausentes físicamente, dado que: "es la falta de intercambio inmediato de declaraciones de voluntad, la que determina la ausencia en la contratación".





Ros se inclina por considerar derechamente la contratación electrónica como un proceso negocial verdaderamente entre presentes, si se quiere una forma distinta de presencia –la virtual–, pero una especie de presencia al fin[46].

Así, hemos dejado expuestas dos fallas –quizá inconscientes– que se dejan entrever en los años iniciales de regulación y examen de los contratos celebrados vía nuevas tecnologías: el primero, consistente en el hecho de que la normativa referida a los contratos electrónicos parte de la premisa que los contratantes se encuentran distantes, cuestión como hemos demostrado puede no suceder y, en segundo término, que los contratos electrónicos celebrados desde lugares efectivamente distantes, pueden, si constituyen un proceso de comunicación ininterrumpido, ser considerados una especie de contratación entre presentes, a la cual no será necesario aplicar las reglas para la formación de los contratos las que, como se sabe, se encuentran formuladas para las hipótesis de contratación a distancia.

Todo lo dicho, no obstante, no debe hacer olvidar la circunstancia de que aun cuando los contratantes electrónicos puedan ser considerados presentes para los efectos de la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato, no sucederá necesariamente lo mismo en el caso en que intentemos determinar el lugar de la formación del contrato para los efectos, especialmente, de fijar la legislación aplicable y el tribunal competente para la resolución de los eventuales conflictos que puedan suscitarse.

De lo expuesto, es posible concluir que, si bien concordamos con la doctrina, al sostener que el Derecho de Contratos es uno sólo, y que no se verá afectado en su estructura esencial por la aparición de las nuevas formas de contratación[47], no es menos cierto que existen algunos aspectos de la contratación electrónica que no pueden ser explicados de un modo exactamente igual al que se hacía para la contratación por medios clásicos, y que es labor de la dogmática jurídica el diseñar los nuevos esquemas para ofrecer las soluciones de adaptación que la teoría pudiera requerir.

[46] Mateu de Ros (n. 39), p. 60: "No hay, por tanto, ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia, tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y, a menudo, mucho más libre y espontánea, que la presencia personal, física o material".

[47] José Ramón Camino, "El documento electrónico su admisibilidad en el Derecho español, en *La Ley*, Madrid, 24 de abril de 1997, señala: "Desde la óptica del Derecho, una característica común al entronque de las nuevas tecnologías con el sistema jurídico actual es que el uso de dichas novedades técnicas no supone la alteración de los conceptos jurídicos que regulan las transacciones que se llevan a cabo a través de las mismas". Continúa el autor citado: "Cuando se analiza un contrato realizado a través de Internet, el mismo deberá recurrir las características básicas que se exigen a cualquier transacción al amparo de nuestro Código civil, esto es, consentimiento, objeto y causa". p. 1.879. Álvarez-Cienfuegos (n. 23), p. 57: "En consecuencia, con las necesarias modulaciones, puede afirmarse que las normas del Código Civil relativas a la teoría general de las obligaciones y de la contratación siguen vigentes".

# NOTAS SOBRE EL IMPACTO DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ENTRE PARTES SOFISTICADAS

*Marcelo Montero Iglesis*

RESUMEN

Las siguientes líneas exploran la relación que existe entre contratación y contrato, entendida la primera como un proceso cuyo resultado es el segundo. El texto se refiere, de manera exclusiva, a la contratación libremente negociada entre partes sofisticadas, esto es, partes que negocian con la asesoría de abogados que poseen experticia en negocios jurídicos que presentan grados significativos de complejidad. La sofisticación radica, pues, tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal, y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación y en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación. En apretado resumen las tesis son las siguientes: (1) Toda vez que surja un problema de interpretación respecto de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada, el juez debe, en primer lugar, buscar una solución en el proceso de formación del consentimiento. Si esa búsqueda es infructuosa, entonces el juez debe decidir el asunto actuando como administrador del negocio sobre el que la decisión afecta, solucionando el asunto debatido por la vía de alinear la decisión que adopte con los objetivos más generales del negocio y (2) Si la disputa tuvo su origen en la negligencia de los asesores, las partes podrán perseguir la responsabilidad civil que sea procedente.

## 1. CUESTIONES PRELIMINARES

Con extremada frecuencia suele olvidarse que "contratación" y "contrato" son cosas diversas. La contratación es un proceso cuyo resultado es el contrato. O, dicho de otra forma, el contrato es el producto del proceso de contratación. Este olvido conceptual explica que en la literatura disponible sobre contra-

tación normalmente se trate de los contratos o de instituciones particulares propias del contrato, en vez de las etapas y principios que orientan el proceso de contratación[1]. De la misma manera, muchos cursos de pre y posgrado incluyen en su denominación la palabra 'contratación' cuando, en rigor, tales cursos o módulos tratan solamente de los 'contratos'.

La confusión conceptual que se enfatiza no es trivial. En primer lugar, la metodología analítica para abordar el fenómeno de la contratación no es –ni puede ser– la misma que debe utilizarse para encarar la institución del contrato. El proceso de contratación es dinámico; el contrato, en cambio, es una simbología estática. Luego, y como debiera ser evidente, no resulta apropiado aproximarse al estudio de un proceso dinámico con metodologías propias para un objeto estático y viceversa[2]. En segundo lugar, la creación de valor debería darse –cuando ocurre– en la fase de contratación, debiendo el contrato reflejar o capturar ese valor en sus cláusulas y estipulaciones. Esta relación de valor entre contratación y contrato supone, a su turno, habilidades y destrezas diferentes en los abogados que participan en la estructuración y materialización del negocio de que se trata. Así, por ejemplo, hay abogados muy hábiles y diestros en lo que a la contratación se refiere, pero tales profesionales no son necesariamente expertos en la redacción de los acuerdos que configuran el contrato. Lo inverso es también cierto[3].

El texto que se presenta indaga precisamente en la relación entre "contratación" y "contrato", con especial énfasis en el impacto que tiene la primera en la interpretación del segundo. En este escenario, me interesa destacar que la formación del consentimiento contractual es una de las etapas del proceso

[1] *Vide*, por ejemplo, Álvaro Puelma Accorsi, *Contratación comercial moderna*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

[2] Cuando afirmo que la contratación es "dinámica", quiero decir que puede adoptar diversas modalidades, las que, a su turno, pueden presentar diversas características. Adicionalmente, en las diversas modalidades de contratación las maneras y estrategias para crear valor son claramente diferentes e, incluso, distintas caso por caso. Por otra parte, cuando afirmo que el contrato es "estático", quiero simplemente decir que en el contrato debe capturarse del modo más fidedigno posible el valor agregado producido en el proceso previo de contratación. Si ese valor es capturado, el estudio del contrato supone, entonces, el análisis de las "formas" que permitieron reflejar adecuadamente la protección de los intereses de las partes así como muy especialmente las "formas" o instituciones que permitieron la cooperación entre ellas. Para hacer un estudio apropiado de la contratación y del contrato se necesitan, en consecuencia, metodologías diversas.

[3] Esta afirmación acerca de los abogados no la puedo acreditar empíricamente, porque faltan –o desconozco– estudios serios sobre el tema. En consecuencia, sólo puedo fundar mi afirmación en más de quince años de experiencia, participando activamente tanto en el proceso de contratación como en la redacción de contratos, algunos de ellos bastante complejos. Mi afirmación debe tomarse, en consecuencia, como una hipótesis plausible.





de contratación que influye de manera decisiva en el sentido y alcance que debe darse a las cláusulas contractuales, y es por tal razón que me detendré básicamente en ella. Con todo, el trabajo esboza –en forma muy preliminar– una teoría de la interpretación contractual, aplicable en un contexto muy preciso y delimitado, según paso a explicar.

La contratación es un fenómeno complejo, presenta ramificaciones y adopta formas diversas. No es lo mismo, por ejemplo, la contratación de masas que la contratación libremente negociada entre particulares. Tampoco es igual el proceso de contratación a través de sistemas de alta tecnología que la contratación tradicional "cara a cara". Difieren, también, entre sí la contratación clásica y lo que me gusta llamar "contratación entre partes sofisticadas".

Aquí me refiero de forma exclusiva a la contratación libremente negociada entre partes sofisticadas y al impacto que el proceso de contratación –proceso en el que se forma el consentimiento– tiene en la interpretación del contrato. Es importante tenerlo en cuenta porque los principios que rigen un tipo de contratación no pueden extrapolarse impunemente a otro tipo de contratación, ya que los supuestos sobre los que se opera en cada caso son, en proporción importante, diversos. Es en este contexto donde postulo los lineamientos generales de una teoría de la interpretación del contrato sofisticado.

Finalmente, quisiera manifestar que lo que se presenta al lector es un trabajo exploratorio que intenta, sin embargo, introducir una óptica novedosa en nuestro medio. En otras palabras, se trata de un trabajo modesto –y hasta cierto punto intuitivo–, pero que intenta generar una inquietud que pueda dar lugar a desarrollos posteriores.

## 2. Partes sofisticadas

Cuando hablamos de contratación entre "partes sofisticadas" debiéramos esclarecer lo que se quiere decir con ello. Un par de ejemplos pueden ilustrar el punto.

Si una persona solicita a una institución financiera un crédito para comprar un inmueble, el que, a su vez, se da en garantía hipotecaria a la institución que otorga el crédito, no estamos ante un proceso de contratación entre partes sofisticadas. En un caso como éste, estamos, más bien, ante un proceso altamente estandarizado, con etapas muy reguladas y conocidas, y en el que la persona que solicita el préstamo puede actuar frente a la institución financiera, incluso, sin la asesoría de un abogado. Los insumos legales y financieros necesarios para obtener el crédito solicitado son conocidos en el mercado financiero y el producto final, esto es, la estructura de contratos conexos que dan cuenta del negocio realizado, también. Lo cual no significa,

sin embargo, que la operación no sea compleja. De hecho, lo es: participan el solicitante del crédito, un banco u otra institución financiera, los abogados del banco o los que éste subcontrata para que estudien los títulos respectivos y redacten las escrituras públicas a que haya lugar, los agentes que evalúan la parte comercial de la transacción, el notario, el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, por nombrar los más usuales. Además, para realizar la operación es necesario aportar, llenar, suscribir o ambos, una serie de formularios, documentos, declaraciones y contratos. Con todo, "complejo" no es lo mismo que "sofisticado".

Supongamos, ahora, que quien solicita el crédito al banco es una sociedad anónima cerrada, que es una filial en Chile de una sociedad anónima extranjera estadounidense. Con el dinero que está solicitando, desea comprar la totalidad de los activos de una compañía de la competencia para, de este modo, ganar participación en el mercado. Tales activos, además, se darán en garantía para asegurar el crédito solicitado. En otras palabras, de lo que se trata es de financiar una adquisición de activos por varios millones de dólares y garantizar dicho financiamiento. En este segundo ejemplo, la estandarización de procesos y documentos disminuye en forma considerable. Adicionalmente, es tal el número de cuestiones jurídicas, financieras y contables que deben tomarse en cuenta, que la materialización y diseño de la estructura de la operación requiere de asesores con un alto grado de especialización y experiencia que presten, además, servicios de forma integral y coordinada. De allí que sea exigible un cierto nivel de "sofisticación" que permita una comunicación fluida entre lenguajes técnicos provenientes de distintas disciplinas.

Si pensamos en el tipo de abogados que se requiere para diseñar un negocio de esta naturaleza, deberemos necesariamente concluir que cada parte involucrada deberá contratar los servicios de un equipo de abogados, en atención a la cantidad de trabajo legal que debe llevarse a cabo, además de otros asesores que analicen los aspectos financieros y contables. Estos abogados deberán manejar, en el ejemplo, dos idiomas, poseer conocimientos claros del sistema legal chileno, pero también manejar algunos conceptos legales y funcionales del Derecho de los Estados Unidos de América. Deberán conocer reglas de negociación interculturales y el valor jurídico de los documentos que las partes intercambian antes y después de la suscripción del contrato de crédito y de la compraventa de activos respectiva, por mencionar sólo algunas de las habilidades requeridas. Finalmente, los abogados deberán ser capaces de relacionarse adecuadamente y en forma coordinada –según ya se dijo– con los otros asesores involucrados en la materialización del negocio (y viceversa). Todos los partícipes, además, deberán añadir valor a la operación y no convertirse –como a veces suele ocurrir– en un costo de transacción que opera como un verdadero "impuesto" sobre las ganancias





del cliente[4]. En suma, los asesores deben expandir, mediante su contribución, la "torta" a repartir, y no llevarse, en cambio, un pedazo de la misma, pues existía antes de su intervención[5].

La "sofisticación" radica, pues, tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación; en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación; en la capacidad que se exige para diseñar soluciones creativas a las cuestiones que las partes deben resolver, soluciones que, a su turno, no deben entrabar las negociaciones entre ellas; en el criterio y buen tino del consejo legal y financiero y, en fin, en la rigurosidad con que el contrato debe reflejar la intención de las partes contratantes. Finalmente, aunque como cuestión aparte, la sofisticación supone, también, que los asesores deben estar dispuestos y preparados para asumir la responsabilidad civil profesional que se sigue de sus actos negligentes.

## 3. La contratación sofisticada

La contratación entre partes sofisticadas posee, contra la creencia convencional, una alta demanda en el mercado de servicios profesionales y, en especial, en el mercado de servicios legales. Otra cosa es que en los países en vías de desarrollo, como es el caso chileno, pocos profesionales puedan satisfacer adecuadamente esa demanda[6].

La globalización de los negocios ha dado lugar paulatinamente a fusiones y adquisiciones internacionales, sofisticando, de la manera explicada, el proceso de contratación. Igual cosa ha ocurrido con la proliferación de otro tipo de operaciones[7]. Y, en esto, como en otras áreas, se ha suscitado una

[4] Sobre el tema *vide* Ronald Gilson y Bernard Black, *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*, 2ª ed., Foundation Press, 1995.

[5] *Vid.* Ronald Gilson, "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", en *Yale Law Journal*, Nº 239, December 1984.

[6] *Vide* Rogelio Pérez-Perdomo, *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

[7] En efecto, no sólo las fusiones y adquisiciones internacionales suponen una contratación sofisticada. Hay muchas operaciones y negocios, domésticos e internacionales, que también poseen un alto nivel de sofisticación. Así, por mencionar otros ejemplos no exhaustivos: contratos de financiamiento de proyectos de infraestructura, contratación con capital de riesgo, reestructuración de pasivos, comercialización de propiedad intelectual, elaboración de contratos de futuro, comercialización y distribución internacional de mercancías, sistemas complejos de subcontratación, creación de nuevos productos y servicios a través de estructuras contractuales conexas, entre otros.

verdadera batalla entre sistemas legales por prevalecer por sobre los otros. Hasta ahora, la experiencia muestra que la influencia de los sistemas legales de aquellos países que son dueños del capital se ha impuesto gradualmente. El Derecho de los Contratos de los Estados Unidos de América, junto con algunas instituciones del Derecho Contractual inglés, por ejemplo, predomina en la actualidad en la contratación comercial moderna entre partes sofisticadas en muchos lugares del orbe.

En Chile, la influencia francesa plasmada en el *Código Civil* del siglo XIX ha ido paulatinamente cediendo su posición a las formas y modalidades contractuales provenientes del mundo anglosajón. Por lo mismo, me parece legítimo distinguir hoy –siempre dentro del contexto de la contratación sofisticada– entre "contratación comercial clásica" y "contratación comercial moderna". En la primera, predomina la influencia francesa; en la segunda, la influencia anglosajona. Evidentemente, no se trata de categorías puras[8].

[8] En nuestro país, la recepción de la influencia anglosajona en el ámbito de la contratación se ha visto facilitada por varios factores, de los cuales quisiera destacar dos. Un primer factor es de carácter puramente técnico. En efecto, como se sabe, en el sistema del *Código Civil* se distinguen tres clases de elementos en todo contrato: de la esencia, de la naturaleza y los accidentales, según lo establece con toda claridad el artículo 1.444 del *Código Civil*. De esas tres clases de elementos del contrato me interesa comentar el papel de los "elementos de la naturaleza": aquellos que, sin ser esenciales al contrato, se entienden incorporados a éste sin necesidad de cláusula expresa e, incluso, las partes pueden deliberadamente eliminarlos del contrato o modificarlos. Estos elementos mantienen bajos los costos de transacción contractual, pues evitan que las partes deban imaginar y pactar soluciones para cada una de las contingencias que eventualmente pudieren ocurrir en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato celebrado. Cada vez que se elimina o se altera un elemento de la naturaleza del contrato, ello se hace a través de la inclusión de uno accidental, es decir, mediante la incorporación de una cláusula expresa en el contrato destinada a ese fin. Pues bien, el Derecho de los Contratos anglosajón se ha infiltrado en nuestro sistema precisamente a través de la alteración de los elementos de la naturaleza del contrato mediante la incorporación de cláusulas accidentales provenientes de dicho sistema. Un segundo factor que, en mi opinión, ha permitido la recepción del Derecho Contractual estadounidense e inglés en el proceso de contratación sofisticada en Chile, es lo que denomino la "clonación de la abogacía". En los últimos quince años, cada vez más abogados chilenos van a estudiar a alguna escuela de Derecho en los Estados Unidos de América para conocer las instituciones del sistema legal de ese país. Este fenómeno partió siendo una exigencia tácita de los inversionistas extranjeros estadounidenses que llegaron con sus capitales al país principalmente en la última década del siglo XX, pues se hacía necesario que los abogados chilenos pudieran relacionarse adecuadamente con los abogados extranjeros de tales inversionistas. Para ello había que entender su cultura jurídica y, de algún modo, "parecerse a ellos" en la forma de contratar. Hoy, cualquier abogado chileno que quiera ejercer en el mundo de los negocios internacionales, sabe que su carrera profesional debe contemplar estudios en los Estados Unidos de América, si quiere ser competitivo. Estudiar este fenómeno y los costos personales, familiares y profesionales asociados es una tarea pendiente que, intuyo, arrojaría resultados poco glamorosos, como lo he planteado en otro lugar.





La distinción es significativa, en mi opinión, pues el proceso de contratación en un caso difiere del proceso de contratación que se da en el otro. Y si esto no se tiene debidamente en cuenta por los partícipes del proceso, las consecuencias legales pueden ser desastrosas para los intereses de las partes.

## 4. CONTRATACIÓN CLÁSICA Y CONTRATACIÓN MODERNA

Los textos que se refieren a la teoría del contrato suelen aludir al íter contractual, es decir, a las distintas etapas en las que el estudio del contrato puede fraccionarse. Normalmente, se distinguen cuatro etapas:

a) precontractual;
b) de la perfección del contrato;
c) de ejecución de las obligaciones contractuales y
d) poscontractual[9].

La contratación se ubica en la etapa precontractual.

En el proceso de contratación comercial clásico, la etapa precontractual supone, en general, el estudio de las llamadas "tratativas preliminares" y la "formación del consentimiento". En este contexto, suelen atribuirse las siguientes características al proceso:

1. El consentimiento contractual se forma mediante la aceptación oportuna por una de las partes de una oferta seria y completa que la otra parte le ha dirigido;
2. Si el contrato es consensual, la sola aceptación de la oferta por su destinatario, perfecciona el contrato, sin que sea necesario cumplir con requisitos adicionales. Lo anterior es sin perjuicio de que por razones prudenciales las partes acuerden que el contrato existirá como tal desde que se escriture;
3. Dado que el consentimiento se forma desde el momento de la aceptación, en términos generales se entiende que la oferta es esencialmente revocable, y que las tratativas preliminares y los procesos de negociación no son vinculantes para las partes. Cualquiera de las partes puede, en consecuencia, retirarse del proceso de negociación, mientras no se haya formado el consentimiento;
4. Las negociaciones deben hacerse de buena fe. Se espera que las partes intercambien lealmente la información relevante para la concreción del negocio, y que las ventajas propias del regateo puedan ser incluidas en parámetros socialmente aceptados de legitimidad y

[9] Así, por ejemplo, Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, parte general.

5. No suele ser frecuente la firma de acuerdos previos a la celebración del contrato.

La contratación comercial moderna entre partes sofisticadas, en cambio, fuertemente influida, como se ha dicho, por el Derecho de Contratos anglosajón, presenta características diferentes:

1. Para la formación del consentimiento contractual no es suficiente la aceptación de una oferta seria y completa por parte del destinatario de la misma, sino que, además, se requiere de la presencia de lo que se denomina *considerations*[10]. En esencia, y dejando de lado toda la complejidad de esta institución, una *consideration* consiste en la promesa que una parte hace explícitamente a la otra parte y que por sí misma justifica la celebración del contrato. Ambas partes deben hacer una promesa a la otra. La omisión de una *consideration* hace ineficaz el contrato, pero también la más ínfima *consideration* puede ser considerada suficiente para conferir eficacia al contrato;
2. Los contratos, que son producto de una contratación sofisticada, carecen de solemnidades especiales para su perfeccionamiento, pero constan siempre por escrito;
3. Las partes pueden retirarse en cualquier momento, y sin expresión de causa, del proceso de negociaciones, sin que ello conlleve, en principio, ninguna clase de responsabilidad[11]. En este sentido, cada parte debe estar dispuesta desde un comienzo a asumir los costos de transacción asociados a la etapa de negociación;
4. Uno de los rasgos más distintivos del proceso de contratación moderna entre partes sofisticadas es que no existe la obligación de negociar de buena fe. No se trata, sin embargo, de que la mala fe y la deslealtad estén permitidas. Lo que ocurre en este sistema de contratación es que el supuesto de partida, a saber: la total autonomía de los agentes negociadores, se reconoce abiertamente, admitiéndose que ciertas habilidades y destrezas –plasmadas en una buena estrategia de negociación– pueden producir un resultado que beneficie a una de las partes más allá de lo que, conforme a estándares convencionales, podría estimarse legítimo. Es por esta razón que es frecuente que en los procesos de negociación se suscriban acuerdos que obliguen a las partes y a sus asesores a actuar de buena fe y
5. Finalmente, y éste es un punto importante para el objetivo de este trabajo, la suscripción de acuerdos preliminares, previos al propio contrato, es una práctica habitual del proceso de negociación. Normalmente, las partes suscriben un acuerdo de confidencialidad, un pacto de buena fe en las negociaciones, un memorándum de entendimiento o un documento de términos y condiciones esenciales, por mencionar los más comunes. Todos estos documentos son importantes, pues en la medida en que en ellos se refleje con nitidez la intención manifiesta de contratar, las partes podrían, bajo ciertos supuestos, estar contrayendo –incluso, antes de la celebración del contrato– obligaciones que les impedirían unilateralmente desistirse de contratar[12]. Esta situación impone a los asesores de las partes el deber de actuar con máxima cautela respecto de lo que en los referidos documentos se expresa, pues de no señalar con claridad que el documento suscrito no impone la obligación de contratar, un juez podría estimar lo contrario, pudiendo, incluso, en ciertos escenarios, integrar aquellos aspectos del contrato no negociados por las partes.

A las características esbozadas, habría que añadir la importancia para el proceso de contratación comercial moderna del intercambio de correos electrónicos entre las partes, de faxes, cartas u otro tipo de información. Todo este material, más los borradores del contrato definitivo, puede tener un impacto significativo en caso de un eventual conflicto en torno al sentido y alcance de una o más cláusulas del contrato.

Por último, pero no por ello menos importante, debe resaltarse que la ley que rige el contrato en este tipo de operaciones, en todo aquello que no sea de orden público, es frecuentemente una ley foránea, y muy en especial la ley del estado de Nueva York, la que debe ser aplicada por un tribunal arbitral[13].

[10] Un buen texto traducido al español sobre este tema es el libro de Charles Fried, *La obligación contractual: el contrato como promesa*, traducido por Pablo Ruiz-Tagle, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

[11] Lo dicho es sin perjuicio de lo que se indica en el número 5 siguiente.

[12] *Vide* sobre el tema el trabajo de Guillermo Acuña Sboccia, "El contrato internacional. Problemas relativos a su negociación y perfeccionamiento", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 6, Derecho de los Contratos, Santiago, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2002.

[13] Durante el año 2005, y a propósito de la conmemoración de los 150 años del *Código Civil* de Chile, fui invitado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales a comentar algunas ponencias acerca de la vigencia de la influencia francesa en nuestro Derecho Privado actual. Titulé mis comentarios con el provocativo título de "Algunas herejías". Como suele ocurrir con las herejías, normalmente no son bien comprendidas y más de alguien resulta ofendido por el contenido de las mismas. Peor, aun, las herejías suelen ser tergiversadas por el auditorio, quien las escucha desde sus propios prejuicios. Y, desde luego, como toda herejía, no son publicadas, sino que sólo comentadas. Así me ocurrió. Recuerdo que una de las cosas que más molestó a la audiencia, y en especial a la audiencia francesa, fue mi comentario acerca de que el Derecho anglosajón es hoy más importante que el Derecho francés en la práctica profesional. Para ilustrar mi punto, expliqué cómo uno de mis clientes, de origen francés, al ser consultado por qué ley debería regir el contrato en el que estábamos trabajando, la ley francesa o la chilena, contestó: "La ley del estado de Nueva York". El profesor Gonzalo Linazasoro,

## 5. La opinión legal

Hay un aspecto importante del proceso de contratación comercial moderna, sobre el cual suele haber bastante confusión en nuestro país, y respecto del cual conviene echar alguna luz para los fines de estas notas. Se trata de la noción de "opinión legal".

Conceptualmente hablando, uno podría distinguir al menos tres tipos de documentos a través de los cuales los abogados dan a conocer a sus clientes o a terceros, sus puntos de vistas respecto del sistema legal del cual forman parte:

a) el memorándum legal;
b) el informe en derecho y
c) la opinión legal.

Estas nociones, equivocadamente, suelen usarse como si fueran la misma cosa, cuando, como se verá, se trata de cuestiones distintas con funciones y efectos diversos.

El memorándum legal es un documento firmado por uno o más abogados en el cual se da información legal al cliente sobre un tema que éste ha consultado. El documento debería contener un análisis de las leyes pertinentes, de la jurisprudencia relevante y de la información proporcionada por el cliente que motivó la consulta. Puede terminar de dos maneras:

a) el abogado puede recomendar al cliente un curso de acción determinado para encarar el tema consultado o
b) el abogado puede distinguir diversos escenarios legales o soluciones posibles, entregando al cliente la decisión de escoger el escenario o la solución que le parezca más adecuada.

En suma, la función del memorándum legal es asesorar en la toma de decisiones que suponen o involucran cuestiones jurídicas.

El informe en Derecho, en cambio, está normalmente –aunque no exclusivamente– ligado a la litigación. En efecto, cuando dos partes están enfrentando un conflicto, sea que ya se haya judicializado o que esté en vías de convertirse en un juicio, suele ocurrir que una de las partes solicita a un abogado independiente, con conocida reputación en la materia que está bajo disputa, que dé su opinión autorizada acerca de un punto específico que, con frecuencia, tiene que ver con la adecuada interpretación de una cuestión jurídica. El

que no estuvo presente en la audiencia, pero con quien comenté posteriormente algunas de mis tesis heréticas, me hizo de modo informal un comentario importante para clarificar mis ideas: "Lo que dices es cierto, pero para el derecho de ricos, no para el derecho de pobres". Tenía razón el profesor Linazasoro. Lo que digo es cierto para la contratación comercial entre partes sofisticadas, pero no lo es para los miles de contratos que se celebran todos los días en nuestro país. Y éste es uno de mis puntos en el presente texto.





informe se materializa en un documento que, después del análisis de rigor, debe terminar en una conclusión debidamente justificada que representa la opinión del autor sobre el asunto legal consultado. La función de un informe en Derecho, en consecuencia, es ayudar a esclarecer una cuestión legal difícil, y sirve de base para reforzar la línea de argumentación de alguna de las partes o para ayudar al juez a entender mejor el asunto que debe resolver.

La opinión legal, finalmente, es una noción propia de la contratación moderna y específica del sistema contractual anglosajón. La opinión legal es solicitada normalmente por la contraparte del cliente al que el abogado está asesorando. Lo que la contraparte concretamente solicita es que los abogados en cuestión produzcan un documento en que manifiesten su opinión respecto a la "validez", "obligatoriedad" y "legalidad" del contrato que se va a suscribir o que se ha suscrito. En otras palabras, una de las partes quiere que los abogados de su contraparte garanticen, mediante la emisión de su opinión legal, que el contrato no será cuestionado posteriormente en los tres aspectos antes referidos. Se trata, pues, de un documento breve –de una a tres páginas normalmente– en que, cumpliendo ciertas formas bastante estándares, la contraparte declara que el contrato es "valido, obligatorio, y conforme a la ley". La función de la opinión legal es, en consecuencia, garantizar a la contraparte que, en caso de eventuales conflictos futuros cuyo origen sea el contrato, los abogados que emiten la opinión no cuestionarán el contrato[14].

La elaboración de una opinión legal, por lo tanto, es un tema delicado para los abogados, porque involucra su responsabilidad civil-patrimonial[15]. Al operar como garantía, la opinión legal supone que los abogados han verificado mediante un acucioso estudio la legalidad del contrato. Si no lo han hecho e igualmente emiten la opinión, resultando equivocada, corren el riesgo de ser acusados de negligencia profesional, tanto por su cliente como por la contraparte.

[14] En el Derecho de Contratos anglosajón, en ocasiones no basta que se haya formado el consentimiento y que se hayan expresado *considerations* para que el contrato pueda entrar en la etapa de ejecución, sino que a veces se requiere el cumplimiento de ciertas "condiciones precedentes". Entre tales condiciones precedentes, la emisión de una opinión legal es de frecuente estipulación en la contratación sofisticada.

[15] Si los abogados chilenos estuvieran conscientes de esta circunstancia, emitirían opiniones legales más cortas de las que uno suele observar, negociarían con cuidado los puntos sobre los que versará la opinión y, muy probablemente, en vez de dejar la labor de revisión de documentos en manos de abogados con menos experiencia, los firmantes de la opinión tendrían sumo cuidado en revisar todo aquello que, eventualmente, podría comprometer su patrimonio personal o el de la empresa de la que forman parte. En los Estados Unidos de América los estudios de abogados acostumbran a tener departamentos de opiniones legales, para asegurarse que éstas no sean inconsistentes con otras opiniones dadas en el pasado, para negociar convenientemente los términos y condiciones de la opinión que se emitirá, y para procurar criterios uniformes al interior de la firma.

En Chile, su responsabilidad civil es algo que todavía no ha arraigado lo suficiente, salvo para casos escandalosos de mala práctica. Con todo, lo que en cualquier caso está en juego cada vez que se emite una opinión legal en nuestro país, es el prestigio de los profesionales que la suscribieron y de la institución a la que pertenecen.

Como se verá, la opinión legal también representa un papel significativo en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas.

## 6. Interpretación estratégica

La interpretación contractual supone desentrañar el sentido y alcance de una o más cláusulas de un contrato al que las partes les confieren significados normativos diversos. En nuestro sistema legal la interpretación judicial de los contratos se encuentra reglada entre los artículos 1.560 y 1.566 del *Código Civil*. Estos preceptos establecen normas obligatorias para el juez, la principal dispone que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que al tenor de las palabras. Es sabido que nuestro *Código Civil* consagra un sistema subjetivo de interpretación en virtud del cual la voluntad real de las partes prevalece por sobre la voluntad declarada de éstas, cuando exista contradicción entre lo querido por ellas y lo que ellas han expresado. Para el intérprete –el juez– indagar la voluntad real de los contratantes respecto del punto en que difieren, supone explorar las llamadas "circunstancias de la especie", es decir, aquellos elementos extrínsecos al contrato que puedan dar pistas acerca de esa voluntad, cuando los elementos intrínsecos al contrato, esto es, sus cláusulas, resulten insuficientes.

¿Es este sistema adecuado para resolver conflictos de interpretación contractual entre partes sofisticadas? El punto es discutible. En efecto, cuando se ha participado en un proceso de contratación sofisticada –de la manera en que se ha descrito ese proceso a lo largo de este texto– debidamente asesorado por abogados caros y especialistas competentes, es razonable suponer que lo que quisieron acordar las partes ha debido ser apropiadamente capturado en cada una de las cláusulas del contrato suscrito. Esta labor es en forma predominante responsabilidad de los abogados que redactaron los borradores del contrato y aprobaron su versión final. De allí que el surgimiento inesperado de un problema de interpretación contractual resulte ser no sólo un problema legal sino, también, un hecho molesto para las partes.

En efecto, durante el proceso de negociación las partes han estado centradas fundamentalmente en lograr la concreción del negocio planificado, y han confiado en sus asesores para que cooperen en dicho proceso y para que, en última instancia, redacten los documentos necesarios que permitan legalmente





acreditar que el negocio ha tenido lugar. Por consiguiente, cuando surge un problema de interpretación contractual, las partes mirarán a sus abogados de una forma crítica, ya que un problema de esta naturaleza supone, casi por definición, que el negocio que parecía concluido, no se ha jurídicamente cerrado del todo. Algún aspecto –el que suscita la disputa– quedó confuso, abierto o con márgenes no tolerables de incertidumbre. Y, en ese escenario, los asesores legales y, eventualmente, los asesores financieros han obrado más como *dealbreakers* que como *dealmakers*[16]. Los clientes aspiran a que sus abogados y asesores cooperen en sacar adelante sus negocios y que ese valor agregado quede de manifiesto en los documentos que se redacten, no lo contrario.

Como sea, es claro que un problema de interpretación de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada presenta más aristas que la mera fijación del sentido de la o las cláusulas contractuales respecto de cuyo significado las partes discrepan. Hay cuestiones de responsabilidad profesional involucradas.

Ahora bien, en principio, la regla lógica de interpretación para resolver el desacuerdo sería aplicar el tenor literal del contrato por sobre presuntas intenciones. O sea, la regla sería entender que las partes quisieron decir de forma efectiva lo que dijeron, precisamente porque son "partes sofisticadas". En consecuencia, la voluntad declarada debería tener mayor valor que una voluntad interna siempre difícil de establecer. Sin embargo, el tema no es tan sencillo. Si hay un problema de interpretación contractual es justamente porque las partes leen el texto del contrato de modo diverso. Esta situación obliga al intérprete a revisar el proceso de formación del consentimiento para rastrear lo que las partes podrían haber querido razonablemente pactar.

Al proceder de esta manera, el intérprete regresa a un sistema de interpretación de carácter subjetivo. Revisará los documentos preliminares que las partes hayan suscrito, la correspondencia digital y real, los diversos borradores comentados por los abogados de las partes para examinar la evolución que la cláusula en disputa tuvo en el proceso de elaboración del contrato final, así como cualquier otra circunstancia que pueda considerarse relevante. En ocasiones, pues, repasar el proceso de formación del consentimiento podrá resultar útil y esclarecedor, pero no siempre.

Piénsese, por ejemplo, en una cláusula de ajuste de precio pactada en una compraventa de activos para el caso en que surjan contingencias no detecta-

[16] He usado las expresiones en inglés, porque son comunes en la literatura sobre el papel de los abogados. Algunos críticos miran a los abogados como *dealbreakers*, esto es, como profesionales que ponen, más bien, trabas a la realización de los negocios de sus clientes; otros, en cambios, los miran como *dealmakers*, esto es, como profesionales que facilitan la materialización de los negocios de sus clientes.

das en el proceso de *due diligence* legal, financiero y contable que precedió a la celebración del contrato. Una buena cláusula de ajuste de precio debiera, en lo posible, enumerar el tipo de contingencias eventuales que serán admitidas, así como los montos en que puede variar el precio acordado si alguna o algunas de tales contingencias se verifican. Aunque la cláusula de ajuste de precio sea precisa e, incluso, contemple ejemplos y exclusiones, siempre será posible, con buenos argumentos, sostener que una contingencia no prevista en el listado, en rigor califica como tal o, aun, podrá sostenerse que, aunque la contingencia no está contemplada en la cláusula, de haberse conocido su entidad, en condiciones normales, las partes la habrían incluido y, por consiguiente, debería entenderse que se incluye en el contrato por razones de equidad. ¿Qué debiera hacer el intérprete en casos como éste?

En mi opinión, el juez llamado a resolver el desacuerdo debe trascender tanto el texto de la cláusula como la presunta voluntad de las partes respecto del punto en disputa; debe mirar el negocio en sí mismo y ponderarlo en abstracto; debe, para decirlo de otro modo, castigar la impericia de los negociadores y de los redactores del contrato, impidiendo que ninguna de las partes obtenga un provecho o ventaja interpretando la cláusula del modo que mejor conviene a sus intereses.

La contratación sofisticada otorga a las partes en el proceso de formación del consentimiento suficientes oportunidades para que, con una estrategia adecuada, compitan por posiciones ventajosas en la protección de sus propios intereses. Los abogados y los otros asesores de las partes han tenido la oportunidad de plantear todas las cuestiones que estimaron relevantes y tuvieron la posibilidad de innovar, agregar valor, y capturar lo acordado en un contrato final debidamente dialogado. Si ha pesar de todo ese proceso, aún perviven incertidumbres que dan origen a eventuales conflictos, las partes deberán atenerse a lo que un juez árbitro –que debiera poseer los conocimientos propios del mundo de los negocios– considere como apropiado para el negocio en cuestión.

La expresión "apropiado para el negocio en cuestión" implica que el juez debe situarse, en un ejercicio hipotético, como si fuera el administrador del negocio de que se trata y para el asunto específico sometido a su decisión.

Si la decisión del juez no resulta del todo satisfactoria para una o ambas partes, éstas deberán traspasar los daños sufridos a sus abogados y asesores financieros, según sea el caso, y siempre que pueda imputárseles negligencia. En negocios de millones de dólares, en que participan asesores que cobran suculentos y merecidos honorarios (acordes a la responsabilidad que asumen), no es admisible tolerar que un problema de interpretación tenga su origen en un trabajo mal hecho. En este contexto, para determinar la responsabilidad de los asesores, deberá revisarse cuidadosamente el proceso de formación del consentimiento en el que éstos han representado un papel preponderante.





En suma, la propuesta que presento a discusión es la siguiente:

1. Toda vez que surja un problema de interpretación respecto de un contrato que ha sido el resultado de un proceso de contratación sofisticada, el juez debe, en primer lugar, buscar una solución en el proceso de formación del consentimiento. Si esa búsqueda es infructuosa, entonces debe decidir el asunto actuando como administrador del negocio sobre el que la decisión afecta, solucionando el asunto debatido por la vía de alinear la decisión que adopte con los objetivos más generales del negocio y
2. Si la disputa tuvo su origen en la negligencia de los asesores, las partes podrán perseguir la responsabilidad civil que sea procedente.

Esta propuesta, si bien puede aumentar los costos de transacción asociados a la contratación y al contrato, obliga a los asesores a emplear todos sus recursos en ejecutar un trabajo de excelencia, lo que incluye una creación de valor en términos tales que sus honorarios profesionales no supongan "una disminución de la torta a repartir", sino que, por el contrario, la hagan crecer en una proporción tal que justifique su intervención.

Dicho en términos más sencillos: el valor del negocio proyectado por las partes no debe disminuir por la participación de sus asesores. Si se produce una disminución, es porque tales asesores no han hecho bien su trabajo. Y si disminuye todavía más por un problema de interpretación, acreditada la negligencia correspondiente, los asesores deberán responder.

En cierto sentido, los asesores no tienen una obligación de medio, sino que una obligación de resultado en cuanto al producto de la contratación se refiere.

# EL RETIRO UNILATERAL COMO UN CASO DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

*Iñigo de la Maza Gazmuri*

RESUMEN

Una de las hipótesis más frecuentes de responsabilidad extracontractual es el retiro unilateral de las negociaciones preliminares. El problema es el siguiente: ¿bajo qué condiciones debe indemnizar los daños ocasionados quien decide retirarse unilateralmente de las negociaciones? La complejidad del problema radica en que si las partes se encuentran negociando, ambas deberían asumir la posibilidad del retiro, por lo mismo no habría allí una conducta ilícita. Una mirada más atenta parece mostrar que esa conducta sí puede existir, y que el hecho de que aún no exista contrato no determina que las negociaciones constituyan una zona libre de deberes de conducta. La pregunta que resta es, ¿cuáles son esos deberes de conducta? Este trabajo sugiere que al explorarlos es necesario considerar la naturaleza adversarial del proceso de negociación.

## 1. EL PROBLEMA

Dos grupos de empresas negociaron durante más de un año la compraventa de un conjunto de más de veinte predios en la VII Región, cuyo valor ascendía a varias decenas de millones de dólares. Durante las negociaciones mantuvieron prolongadas y frecuentes conversaciones con la finalidad de determinar la fisonomía del contrato de compraventa, intercambiaron títulos de propiedad, estudios de los mismos, borradores de contratos de promesa y de mandato, llegando, incluso, a fijar una fecha exacta para la celebración del contrato de promesa de compraventa. El día de la celebración del contrato de promesa, el grupo propietario de los predios comunicó al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones porque acababa de vender dichos terrenos a un tercero, quien le había pagado una suma superior al que se convendría en la promesa.

Las negociaciones entre el tercero y el grupo vendedor se habían mantenido durante varios meses, sin que se le informara al grupo comprador[1].

En sede civil, la situación expuesta resulta desafiante porque en la medida que existieron daños –en este caso los costos en que incurrió cada parte negociadora y las pérdidas de oportunidades o lucro cesante del grupo comprador– surge la pregunta acerca de quién debe soportarlos en definitiva, el grupo vendedor o el grupo comprador.

Presentando las cosas estilizadamente pueden intentarse dos respuestas a esta pregunta: la primera, es que no existiendo contrato –los hechos se desarrollaron durante el período precontractual– ninguna de las partes poseía intenciones de vincularse, sino, únicamente, de explorar la conveniencia de llevar adelante el negocio. Sin embargo, es evidente que una oferta superior por parte de un tercero determina que el negocio proyectado ya no sea conveniente para el grupo vendedor, y las reglas del juego durante las negociaciones son que si el negocio no resulta conveniente las partes pueden retirarse y, en ese caso, cada una debe asumir los costos en que incurrió. La segunda, es diversa: del hecho que no exista un contrato no se sigue que las negociaciones sean una zona libre de interferencia por parte del legislador y de los jueces. Después de todo existe un estatuto completo de responsabilidad para aquellos casos en que se provocan daños que no constituyen incumplimientos de contrato: el extracontractual. Por lo mismo, lo determinante para decidir dónde se radican los daños es precisar si el retiro por parte del grupo vendedor constituye o no un hecho reprochable jurídicamente en sede extracontractual. Si el retiro es reprochable jurídicamente los costos que de manera original se radicaron en el grupo comprador se desplazarán –a través del deber de indemnizarlos– al grupo vendedor. Si no lo es, permanecerán en el grupo comprador.

Considerando la segunda respuesta, surge una nueva pregunta, ¿por qué podría ser jurídicamente reprochable el retiro? Después de todo, ambas partes, al ingresar a una negociación, saben que uno de los riesgos que asumen es que la contraparte abandone las negociaciones si surge una mejor oferta o no se logra acuerdo sobre los términos del contrato proyectado. La posibilidad de retirarse, entonces, parece inherente al proceso de negociación.

En principio esto es correcto, sin embargo, existen casos en que dicho retiro infringe los deberes que el ordenamiento jurídico impone a los negociantes durante el período precontractual. Según advertiré más adelante,

[1] El caso es comentado por los profesores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Domínguez Hidalgo, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LXIV, Nº 199, Concepción, 1996, pp. 179-183. La relación de los hechos que hago aquí es, salvo ligeros detalles, la misma efectuada por los autores del citado comentario.





no está en cuestión que uno de los negociantes pueda retirarse mientras no exista una oferta irrevocable o un contrato preparatorio en virtud del cual uno o ambos negociantes se obliguen a contratar, lo que está en cuestión son otras dos cosas. La primera de ellas es si debe indemnizar a su contraparte. La segunda es qué daños debe reparar.

Examinar cuáles son los deberes de los negociantes durante la etapa precontractual precisa detenerse en las reglas que disciplinan este período, a saber: las del título XXXV del libro IV del *Código Civil*. Para llegar a ellas, sin embargo, tomaré un camino ligeramente oblicuo, pero que, confío, ayudará a la solución del problema. Antes de detenerme en el estatuto de responsabilidad extracontractual me ocuparé, en primer lugar, de caracterizar el período de las tratativas preliminares[2]. La justificación de este desvío es la siguiente: la reprochabilidad de la conducta bajo las reglas del título XXXV reposa sobre la posibilidad de imputar malicia o negligencia en el hecho generador de la responsabilidad; en otras palabras, descansa sobre la falta civil. No obstante, caracterizar la falta civil no es un asunto sencillo[3] y sospecho que, en parte, esta caracterización depende de las peculiaridades de la relación jurídica en que se produce[4]. De allí, entonces, la necesidad de caracterizar la etapa en que se negocia el contrato. En segundo lugar, me ocupo del retiro unilateral. La razón de esto es que antes de ingresar en los deberes de los negociantes, a propósito de un retiro unilateral, me interesa mostrar en qué sentido el retiro unilateral es un derecho durante las tratativas preliminares.

[2] Para efectos de este trabajo empleo indistintamente las expresiones "tratativas preliminares" y "negociaciones". Con estas expresiones busco designar aquel período en que el contrato aún no se ha perfeccionado y que no existe una disposición legal o un acuerdo de las partes que regule los efectos del retiro. Así, por ejemplo, las negociaciones del contrato en el sentido que utilizo la expresión no cubren el caso de la oferta ni de la oferta irrevocable, porque en ambos es el legislador quien determina los efectos del retiro. Me interesa, entonces, el período –que variará en su longitud según se trate de un contrato consensual, real o solemne– en que el retiro no se encuentra regulado expresamente por el legislador o las partes y que, por lo mismo, resulta necesario acudir directamente a las reglas del título XXXV del libro IV del *Código Civil*.

[3] *Vide* Geneviève Viney, *Les Conditions de la Responsabilité*, Paris, LGDJ, 1988, p. 317 y ss.

[4] Sobre esto puede consultarse, para el caso chileno, el estudio del profesor Pedro Zelaya Etchegaray, "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente", en *RDJ*, tomo XC, Santiago, 1993, sec. 1ª, pp. 119-156, que muestra con elocuencia una corriente jurisprudencial que apunta a objetivar la responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente. Éste sería un ejemplo de lo que Giovanna Visintini, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, traducción de Leysser León, Lima, Ara Editores, 2002, p. 287, ha llamado "subsistemas jurisprudenciales", que permiten ir adecuando la letra de la ley a las exigencias sociales.

## 2. Las negociaciones de un contrato

Los contratos suelen ir precedidos por negociaciones a través de las cuales las partes van configurando el contenido del acuerdo[5]. Pueden ser más o menos complejas. A veces, el período precontractual carecerá totalmente de relevancia, fundiéndose prácticamente con el perfeccionamiento del contrato. En otras ocasiones, sin embargo, dicho período se extenderá en el tiempo, adquirirá complejidad y demandará gastos para los negociantes[6].

La secuencialidad y complejidad que pueden adquirir las negociaciones de un contrato no es, desde mi punto de vista, lo determinante para una caracterización del período precontractual que contribuya a esclarecer el problema de la reprochabilidad. Lo determinante es la posición de las partes. Según intento advertir a continuación, el péndulo de la responsabilidad precontractual oscila entre dos extremos: el autointerés de las partes y la confianza de los negociantes. Ambas deben ser protegidas equilibradamente.

### *2.1. La racionalidad de los negociantes*

Como lo he hecho en otros trabajos[7], asumiré para efectos de éste que lo esencial para caracterizar la posición de las partes en las negociaciones que preceden al contrato es que éstas actúan racionalmente. Sin embargo, ¿qué significa esto?

La idea de racionalidad en la teoría económica convencional posee dos vertientes. Según la primera, existe racionalidad en el actuar cuando hay consistencia interna en la elección, esto es, cuando hay correspondencia entre lo que se desea conseguir y las acciones que se emprenden para ello[8]. Para efectos de este estudio, lo relevante es la segunda vertiente, según la cual

[5] El período precontractual es, con frecuencia, secuencial, comenzando con las tratativas preliminares y desarrollándose a través de la oferta, la aceptación y, eventualmente, contratos preparatorios. Sobre esto, en el caso chileno, *vide* Hugo Rosende Álvarez, *Responsabilidad precontractual*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979.

[6] Así, por ejemplo, Jacques Ghestin, *La Formation du Contrat*, 3ª ed. Paris, LGDJ, 1993, p. 293, ha sugerido que la complejidad de los contratos modernos, los estudios que exigen para conocer no solo los hechos sino las reglas de orden público aplicables, las autorizaciones que se requieren, se conjugan para prolongar el período precontractual.

[7] *Vide* Iñigo de la Maza Gazmuri, "El silencio de las partes y los sonidos del legislador: una mirada a las reglas supletorias en materia de contratos", en María Dora Martini y Mauricio Tapia (directores), "*Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Editorial Lexisnexis, 2005, pp. 1.467-1.489.

[8] *Vide* Amartya Sen, *Sobre ética y economía*, México D.F, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Alianza Editorial, 1991, p. 30.





una conducta es racional cuando existe "correspondencia *externa* entre las elecciones que una persona hace y su propio interés"[9]. En otras palabras, en sede precontractual, las partes se comportan racionalmente cuando colaboran en procura de beneficios, asumiendo –correcta o incorrectamente– que la celebración del contrato mejorará su actual posición.

Para que esta asunción resulte útil a los legisladores y jueces, es necesario que sea realista. ¿Lo es? La respuesta depende de qué se entienda por realista. Desde luego, la asunción no es descriptiva de toda conducta humana en cualquier tiempo y lugar y, en ese sentido, no es realista. Sin embargo, puede serlo en uno más modesto, pero aun así útil en materia de negociación de contratos.

Es dable asumir que, en general, las partes celebran contratos intentando mejorar sus respectivas posiciones y de esta manera se distribuyen los riesgos. Si se asume que el legislador tiene que crear reglas generales que resulten útiles para las partes y teniendo en cuenta que no es posible escrutar detalladamente las preferencias de éstas para cada caso, debe optarse por un cierto modelo de comportamiento[10]. La pregunta, entonces, no es si el modelo de racionalidad al que me refiero es perfecto en términos que describe adecuadamente todas las conductas de todos los negociantes, sino si existe un modelo alternativo superior al cual el legislador pueda echar mano para diseñar reglas de aplicación general. Si este modelo superior no se encuentra disponible, entonces parece conveniente recurrir a este modelo de racionalidad como guía.

Si se asume que las partes concurren a las negociaciones con el objetivo de intentar mejorar sus respectivas posiciones y que esto es socialmente valioso en la medida que favorece los intercambios libremente consentidos, desplazando los recursos desde sus usos menos valiosos a aquellos más valiosos, entonces, es necesario aceptar:

1) que las partes no se van a comportar filantrópicamente en sus negociaciones[11] y

[9] Sen (n. 8), p. 32.

[10] Esta justificación de la utilidad del modelo de maximizador racional como metodología del razonamiento económico fue esbozada originalmente –hasta donde llegan mis noticias– por Milton Friedman, "The Methodology of Positive Economics", en *Essays in Positive Economics*, Chicago, University of Chicago Press,1953, pp. 3-43.

[11] Cuando utilizo la expresión "filantrópicamente" lo que estoy pensando es en una conducta cuya motivación es la consideración a la posición del otro negociante. Lo que sostendré más adelante es que el deber de conducta en sede precontractual no exige esto, sino que, cosa distinta, exige únicamente no defraudar la confianza razonable del otro negociante. Desde luego, esto supone considerar la posición del otro contratante, pero de una forma extremadamente modesta. Sobre este punto es necesario advertir que para efectos de este trabajo prescindo de aquellos casos, como sucede con la legislación de protección al consumidor u otras caracterizadas por asimetrías evidentes, entre los negociantes que protegen especialmente la confianza de una parte respecto de otra. Sobre la confianza puede consultarse Ghestin (n. 6), p. 634 y ss.

2) que el legislador ni los jueces deberían exigirles este tipo de conducta. De allí que, durante la negociaciones, en general, la regla es que cada uno de los negociantes cuida de sus propios intereses. ¿Es ésta una regla que violenta al ordenamiento jurídico? La respuesta es que, por regla general, no. Como ha sugerido Alejandro Guzmán Brito, al comentar un trabajo sobre enriquecimiento a expensas de otro: "el derecho sabe y acepta que todos tratan de enriquecerse a expensas de los demás"[12]. Algo más tímidamente, nuestros tribunales han fallado una vez que: "las partes no pueden entrar a contratar por un puro impulso y sin precauciones"[13].

### *2.2. La paradoja de la negociación*

Asumir que el legislador reconoce a las partes la posibilidad de perseguir sus propios intereses en las negociaciones preliminares no implica aceptar que éstos puedan perseguirlos por cualquier medio, no obstante, alguna vez, se haya sostenido lo contrario[14]. La razón de lo anterior es que si el legislador aceptara esto simplemente debería abstenerse de interferir durante el proceso de negociación. El problema es que esa abstención terminaría lesionando dicho proceso y obstaculizando la posibilidad de que a través de él los negociantes mejoraran sus respectivas posiciones.

El proceso de negociación implica las más de las veces colaboración entre las partes y esa colaboración sólo es posible si los negociantes pueden confiar, aunque sea mínimamente, el uno en el otro. El caso que encabeza estas páginas permite ilustrarlo. La negociación del contrato de compraventa determinó que ambas partes colaborasen, efectuando estudios de títulos, revisando borradores, etc. Desde la perspectiva de cada una de las partes, dicha colaboración se justificó por la confianza en la otra. Al interrumpirse las negociaciones

[12] "Comentario al trabajo del profesor Javier Barrientos sobre el enriquecimiento a expensas de otro". Sin publicar, p. 7.

[13] *Vide GJ*, Nº 267, Santiago, 2002, p. 110.

[14] Ha sido el caso especialmente en el mundo anglosajón. Así, por ejemplo, lord Ackner sostuvo en 1992 en el caso Walford *v.* Miles, que el deber de negociar de buena fe era: "*inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations*" y "*unworkable in practice*". Citado en Reinhard WHITTAKER y Simon ZIMMERMAN, "Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape, en Reinhard WHITTAKER y Simon ZIMMERMAN (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 15. *Vide* también Allan FARNSWORTH, quien denomina "la visión tradicional" aquélla según la cual las partes gozan de libertad para negociar sin riesgo de responsabilidad precontractual, señalando que: "*As a general rule, a party to precontractual negotiations may break them off without liability at any time and for any reason –a change of heart, a change of circumstances, a better dea– or for no reaosn at all. The only cost of doing so is the loss of that party's own investment in the negotiations in terms of time, effort, and expense*", en *87 Colum. L. Rev.*, Nº 217, 1987, p. 221.





por el retiro del grupo vendedor, una parte significativa de los gastos en que incurrió el grupo comprador a resultas de las negociaciones se transformaron en costos hundidos, es decir, costos que no va a poder recuperar[15]. Lo más probable es que si los representantes del grupo comprador hubieran sabido que el grupo vendedor estaba dispuesto a incurrir en negociaciones paralelas, no comunicárselos y crear la apariencia de que las negociaciones marchaban perfectamente, hubieran negociado de forma menos colaborativa y más estratégica. El problema es que mientras menos colaborativa sea la negociación, más resguardos deberán tomar las partes para proteger sus intereses y esos resguardos suelen encarecer las negociaciones[16]. Lo que, en el mejor de los casos, permitirá a las partes llegar al mismo resultado –pero a un mayor costo– que si se hubieran comportado colaborativamente.

El problema que vengo describiendo es lo que Rick Bigwood ha denominado la "paradoja de la negociación", en sus propias palabras:

> "Aunque los individuos negocian porque creen que coordinándose con otros obtendrán mejores resultados que actuando solos,

[15] Así, por ejemplo, para el caso descrito, el estudio de los títulos y las horas de los abogados que pagó en las negociaciones de los contratos y la redacción de los borradores pierden toda utilidad una vez que la negociación se interrumpe.

[16] Un ejemplo típico de resguardo son los acuerdos precontractuales o *letters of intent*, contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de las partes dentro de ella. En este caso el acuerdo precontractual se utiliza para distribuir sus costos en caso de retiro. Éste, desde luego, no es el único recurso interno que poseen las partes para encarar la negociación. Los principales recursos internos que poseen los negociantes son dos. El primero, es la confianza interpersonal; el segundo, el acuerdo. Respecto de la confianza, hay casos en que la paradoja simplemente se disuelve porque las partes poseen incentivos para actuar colaborativamente. Así sucederá de manera frecuente –aunque no siempre– cuando se trata de negociantes relacionados por vínculos familiares, vínculos de amistad, etc., o, bien, se trate de personas que se relacionan frecuentemente a través de contratos, de manera que el comportamiento oportunista en una negociación frustraría las posibilidades de negociaciones futuras. La confianza interpersonal es un dispositivo atractivo en la medida que no encarece la negociación, sin embargo, su ámbito de aplicación alcanza únicamente a relaciones que se repiten en el tiempo o a relaciones en que existe un algún tipo de vínculo diverso a la relación negocial. El segundo recurso es el acuerdo. No existe obstáculo para que las partes regulen contractualmente la conducta a que se obligan durante las negociaciones y, en algunos casos, particularmente si se trata de negocios complejos con elevado valor económico, es frecuente que suceda. Así, en una fusión será común que los negociantes acuerden, por ejemplo, qué tipo de información deben revelarse, qué usos se le puede dar a esa información y la forma en que se van distribuir los gastos en caso de retiro unilateral. A diferencia de la confianza interpersonal, los acuerdos no precisan negociaciones repetidas o un vínculo especial entre las partes. La restricción que afecta a este recurso se encuentra en su costo, negociar un acuerdo cuesta y, en general, sólo va a tener sentido cuando las ganancias esperadas o los costos en que se va a incurrir como resultado de la negociación excedan el costo de negociar este acuerdo precontractual.

simultáneamente los negociantes poseen incentivos para maximizar sus propias ganancias a partir del intercambio. Mientras mantener conductas cooperativas y confiables favorece el interés de ambas partes consideradas en conjunto, distorsionar la información y tomar ventajas de las vulnerabilidades de la otra parte favorece los intereses de cada una de las partes consideradas individualmente[17].

Si un negociante se plantea la paradoja de la negociación tiene dos opciones. La primera, es simplemente abstenerse de negociar. La segunda, es negociar, pero asumiendo que su contraparte intentará por todos los medios obtener la "mayor tajada" de los beneficios del negocio. En este último escenario su mejor posibilidad es actuar de la misma forma. El problema es que si los dos negociantes actúan de esta manera, probablemente obtengan resultados inferiores a los que hubieran logrado si se hubieran comportado colaborativamente[18]. Allí, entonces, está la paradoja, una más de las múltiples manifestaciones del "dilema del prisionero"[19].

### *2.3. Una partida de póquer*

Las negociaciones de un contrato suelen presentar una naturaleza adversarial. Cada uno de los negociantes participa buscando mejorar su posición. En una economía de mercado, donde el contrato constituye el principal mecanismo de coordinación entre las personas, parece indispensable que el legislador y los jueces reconozcan a las personas esta posibilidad. Esta naturaleza adver-

[17] Rick Bigwood, *Explotaitive Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 34.

[18] Si se hubieran comportado colaborativamente, al menos, se habrían ahorrado los costos de los resguardos.

[19] *Vide* Bigwood (n. 17), p. 35. El dilema del prisionero puede ser presentado de la siguiente forma:

Dos sospechosos se confabulan para cometer un delito. La policía los captura luego de que el delito ha sido cometido, son llevados a la comisaría y puestos en celdas distintas de manera que no pueden comunicarse entre sí. Las pruebas de la fiscalía son tenues, de manera que si ninguno de los detenidos confiesa sólo podrán ser sancionados por faltas leves –tenencia ilícita de armas–, pasando noventa días en prisión. Si uno sólo confiesa y el otro no, aquél que confiese será sancionado con una pena de cinco años y un día y el que no será condenado a treinta días. Finalmente, si ambos confiesan serán sancionados con una pena de tres años y un día. Si ambos prisioneros utilizan como estrategia el *maximin*, es decir, la menor cantidad de días que pueden estar seguros de conseguir. *Vide* Morton Davis, *Introducción a la teoría de los juegos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 38, el resultado que obtendrán será inferior al que hubiesen obtenido colaborando entre los dos. Para un desarrollo más claro que éste sobre el dilema del prisionero *vide* Robert Cooter & Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.





sarial, sin embargo, debe ser matizada. Para que un proceso de negociación sea exitoso es necesario algún grado de colaboración entre las partes. En caso contrario, ambas partes se verán obligadas a tomar resguardos con el fin de evitar que el otro negociante se aproveche de sus vulnerabilidades. Ahora bien, la pregunta es ¿cómo colaboran los adversarios? Dicho de otra manera, ¿cómo debe el legislador, reconociendo que cada parte puede buscar la promoción de sus propios intereses en el proceso de negociación, imponerles deberes de conducta que eviten la paradoja de la negociación?

Sugeriré que la forma en que dos jugadores se aproximan a una partida de póquer puede arrojar alguna luz sobre este asunto[20].

En este caso, ambas partes concurren sabiendo la naturaleza adversarial del juego, lo que uno gane el otro lo pierde. Saben, además, que mientras dure la partida, se comportarán con un cierto relajo moral si se compara este comportamiento con la conducta que sería dable esperar en otro tipo de relaciones como las familiares o de amistad. Así, por ejemplo, sucede cuando las partes "blufean". No obstante, saben que para que el juego se desarrolle según sus reglas y logre sus objetivos hay ciertas conductas que no se encuentran permitidas. Ejemplos de esto serían esconderse cartas bajo la manga, marcar algunas o mirar gracias a cámaras o espejos escondidos las del contendor. En este escenario, entonces, si convinieron jugar al póquer pueden esperar que:

1) cada una de las partes va a intentar ganar la partida,
2) para hacer esto se permitirá disponer de pequeños trucos que la otra parte conoce, o debería conocer, de antemano y
3) hay ciertas conductas que son ilegítimas en la medida que frustran el normal desarrollo del juego e impiden que cumpla con sus objetivos.

En el caso del póquer la posibilidad de ganar depende de una mezcla de pericia y azar. Al ingresar al juego, lo saben. Saben que ganará, en general, el jugador más talentoso, siempre que lo acompañe la fortuna. Es en ese entendido que ingresan a la partida. Junto con lo anterior, porque hay un acuerdo de jugar póquer, pueden, razonablemente, asumir que su contraparte respetará las reglas de ese juego, porque en caso contrario los objetivos no se cumplirán, no ganará el más talentoso o el más afortunado, sino el más tramposo.

Este ejemplo muestra tres cosas que pueden resultar útiles para caracterizar las negociaciones preliminares de un contrato: la primera, es que se trata de una relación en que las partes que concurren lo hacen sabiendo que

[20] Tomo el ejemplo de la partida de póquer de Charles Fried, citado en David Luban, "Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, Nº 4, 1985, pp. 406-407.

su contraparte está allí para obtener beneficios; la segunda, es que asumen que para obtener esos beneficios pueden incurrir en conductas que serían reprobables si tuvieran lugar en otros escenarios[21] y la tercera, es que ciertas conductas son ilegítimas porque frustran la consecución del objetivo de las negociaciones.

## 3. El retiro unilateral

Como ya ha sido advertido, una de las formas de ponerle fin a las tratativas preliminares consiste en que una de las partes simplemente se retire de ellas. El retiro unilateral es una de las dos hipótesis más frecuentes de responsabilidad precontractual[22].

Dicho retiro puede considerarse como una manifestación negativa de la libertad de conclusión que el legislador reconoce a las partes. Como ha sugerido para el caso chileno Jorge López Santa María, la libertad contractual comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. La libertad de conclusión consiste en que las partes son libres para contratar o no contratar[23]. En este caso, mientras no exista una oferta irrevocable o una promesa de contrato, el legislador reconoce a los negociantes la posibilidad de retirarse unilateralmente, es decir, de no contratar. ¿Por qué?

Por dos razones al menos: la primera es jurídica. Ninguna de las dos partes ha manifestado aún su intención de celebrar el contrato. Impedirle a los negociantes retirarse de las negociaciones precontractuales equivaldría a obligarlos a celebrar un contrato, ¿cuál sería la fuente de esa obligación? La respuesta parece ser la infracción al deber de conducta que podrá constituir delito o cuasidelito civil. Sin embargo, si esto es correcto, significaría que la celebración del contrato constituiría la forma de indemnizar los daños causados por el retiro unilateral. Esto no parece correcto. Bajo las reglas del Derecho chileno, la indemnización del daño extracontractual aspira a reparar el daño causado restableciendo "el estado de las cosas existentes al

[21] En lo que refiere al retiro unilateral una de esas conductas podría ser las negociaciones paralelas que, según reviso más adelante, generalmente se aceptan en las negociaciones de un contrato, sin embargo, creo, no sería el caso si se tratara, por ejemplo, de una relación de pareja.

[22] *Vide* Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil. Introduction a la Responsabilité*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1995, p. 357.

[23] *Los contratos. Parte general*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I, p. 262. *Vid.* también Ghestin (n. 6), p. 35.





tiempo del delito o cuasidelito y que éste destruyó"[24]. Al momento en que se produjo el retiro unilateral no existía obligación de contratar, de allí que si se acepta que la indemnización aspira a reparar en los términos señalados no sea posible a ese título impedir el retiro. Como ha sugerido al respecto José Luis de los Mozos:

> "La responsabilidad precontractual, como sabemos, no supone una obligación de contraer, antes al contrario, tal obligación la excluye, porque en tal caso, el obligado sería responsable del incumplimiento y ello es propio de la responsabilidad contractual"[25].

El mantenimiento integral de la posibilidad de retirarse es lo que Gabriel Fagella denominó el "lado negativo" del problema del retiro unilateral, mientras no haya contrato –u oferta irrevocable o contrato preparatorio– siempre existe la posibilidad de retirarse[26].

Junto con el argumento anterior –y ésta es la segunda razón– existe un argumento económico. Las negociaciones preliminares al contrato tienen por finalidad determinar si las partes consideran conveniente vincularse a través de un contrato. Las partes incurrirán en negociaciones únicamente en la medida que consideren que los probables beneficios de éstas son superiores a sus costos. Fijar como regla que de las negociaciones puede surgir para las partes la obligación de contratar, al margen de su voluntad de hacerlo, es simplemente subir de manera excesiva el costo de negociar y, por lo mismo, un desincentivo a la contratación.

La posibilidad de retirarse, entonces, es un derecho que el legislador siempre reconoce a los contratantes; los deberes de conducta que vinculan a los negociantes no obstaculizan directamente al retiro mismo. Sin embargo, desempeñan otro papel. Volviendo a Gabriel Fagella el problema del retiro unilateral posee, además, un lado positivo: la eventual obligación de indemnizar los perjuicios que ocasione al otro negociante[27]. Para examinarlo es necesario detenerse sobre la regulación de las tratativas preliminares. Antes, sin embargo, conviene recapitular lo ya dicho.

[24] Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 534

[25] "Responsabilidad en los 'tratos preparatorios' del contrato", en José Luis de los Mozos, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Centro de Estudios, 2005, p. 92.

[26] Citado en Raymond Salleilles, "De la responsabilidad precontractual", en *RDJ*, Nº v, 1908, pp. 127-160, p. 138.

[27] *Vid.* Salleilles (n. 26), p. 139 y ss.

Hasta el momento, he sostenido que el problema que presenta en sede civil el retiro unilateral es, quién debe soportar los costos en que ha incurrido aquel negociante que no se retira. Sugerí que bajo las reglas de responsabilidad aquiliana la respuesta a esta pregunta reposa sobre la posibilidad de un juicio de reproche. Antes de examinar las normas que disciplinan dicho juicio –las del título XXXV del libro IV del *Código Civil*– me interesó caracterizar la etapa precontractual desde la posición de los negociantes. Al respecto, sugerí que debía considerarse que los sujetos actuaban racionalmente buscando mejorar sus respectivas posiciones y que el legislador y los jueces debían aceptarlo. Lo anterior, no significaba, sin embargo, que debieran abstenerse de interferir en este proceso, pues esta abstinencia generaría las condiciones propicias para que se presente la paradoja de la negociación. Lo que significaba es que al intervenir debían tener presente normativamente el supuesto de racionalidad al que he aludido. Sugerí que la promoción del autointerés y de la confianza no son incompatibles e intenté mostrarlo a través del ejemplo de la partida de póquer. Finalmente, me detuve sobre el retiro unilateral, tratando de mostrar las razones que justifican que éste siempre sea un derecho de las partes y advertí que, bajo ciertas condiciones, el ejercicio de ese derecho puede originar la obligación de indemnizar.

## 4. La regulación de las tratativas preliminares

Bajo las reglas del Derecho chileno son las normas del título XXXV del libro IV del *Código Civil* las que disciplinan el retiro unilateral[28]. Los deberes de conducta quedarían determinados por la malicia y la negligencia según lo dispuesto en el artículo 2.314. Juntamente con lo anterior, es frecuente que tanto la doctrina nacional y comparada[29] como las escasas decisiones de los tribunales nacionales

[28] Para el caso chileno existe acuerdo respecto a que es el estatuto extracontractual en el caso de retiro arbitrario de las tratativas preliminares. Sobre esto puede consultarse Alessandri Rodríguez (n. 24). pp. 37 y 38 y Rosende Álvarez (n. 5), pp. 113-114. Con mayor amplitud son de la misma opinión Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003; Domínguez Benavente *et al.* (n. 1), pp. 179-183 y Ramón Meza Barros, *Responsabilidad civil*, Valparaíso, Edeval, 1980, p. 66. En el mismo sentido puede consultarse a Rafael Gómez Balmaceda y Hugo Rosende Álvarez, quienes sugieren agregar un nuevo primer inciso al artículo 1.546 del *Código Civil* del siguiente tenor: "Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según la buena fe", en AA.VV., *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 305. En Derecho Comparado consúltese Clara Asúa González, *La culpa in contrayendo*, Vizcaya, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

[29] *Vide*, por ejemplo, Asúa González (n. 28), Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo I, pp. 91-92; De los Mozos (n. 25),





al respecto justifiquen la imposición de responsabilidad precontractual en el incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe[30].

Una primera pregunta al respecto es, ¿cómo convive la buena fe con la culpa y el dolo? En opinión de José Luis de los Mozos no existen problemas al respecto, la culpa y el dolo excluirían a la buena fe[31]. Geneviève Viney, en tanto, ha señalado para el caso francés a propósito de la definición de falta civil que, junto con los deberes extracontractuales fijados por la ley direc-

Ghestin (n. 6), p. 231 y ss.; Ivon Loussouarn, en "La buena fe", en Marcos Córdova, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, tomo II, pp. 5-17; Béatrice Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats*, Paris, Dalloz, 2001, p. 359; Farnsworth (n. 14) y Alberto Musy, "The Good Faith Principle in Contract Law and the Precontractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures", disponible en http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf, visitado el 25 de octubre de 2004. Para el caso chileno consúltese Rosende Álvarez (n. 5) y López Santa María (n. 23), tomo II, pp. 399-401.

[30] *Vid.*, por ejemplo, Domínguez *et al.* (n. 1); *GJ*, N° 252, Santiago, 2001 p. 48 y ss., respecto de un contrato de seguros en que el asegurado no informó de una preexistencia. Conociendo de la apelación de un recurso de protección la Corte Suprema sostiene que: "2° conforme a las condiciones del contrato, las personas asegurables deben firmar previamente una Declaración de Salud y en ella declarar las enfermedades preexistentes a la cobertura, lo que es determinante en esta clase de seguros para establecer debidamente el estado de salud de la persona cuya vida se asegura. 3° Esta exigencia se funda en el principio de la Buena Fe que ha de existir en las relaciones de las partes y que en el seguro tiene connotación, no sólo a la época de la formación del consentimiento sino que incluso al tiempo de las tratativas preliminares, especialmente al emitirse por el asegurado la declaración de voluntad que contiene la proposición de contrato de seguro que ha de celebrarse". *GJ*, N° 257, Santiago, 2001, p. 61, respecto de un acuerdo verbal de celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble. En este caso la parte que ofreció la venta se negó luego a firmar el contrato, pese a que había recibido el dinero acordado como precio y se había entregado materialmente el inmueble. Conociendo de un recurso de casación en la forma la Corte de Apelaciones de Talca sostuvo que: "Los sentenciadores participan del criterio expuesto en la antes parcialmente transcrita monografía [se refiere al texto de Rosende (n. 5)], sin perjuicio de lo cual consideran que cualquiera sea la doctrina que se siga, vale decir, sea que se estime que en casos como el de autos se aplican las normas atinentes a la responsabilidad contractual, sea que se estime que son pertinentes las que conciernen a los delitos y cuasidelitos, resulta evidente que el fundamento de aquella responsabilidad es el del respeto a la buena fe y a la lealtad, que han de regir las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración de un determinado contrato, buena fe cuya violación acarrea a su autor la obligación de resarcir los perjuicios que así haya irrogado a su contraparte. En este sentido y si bien en tanto no se haya perfeccionado el respectivo contrato persiste la facultad de retractación, ésta no puede ejercitarse abusivamente, es decir, como lo señala el profesor Pablo Rodríguez, [*El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica 1997, p. 387], fundándose '...en el contenido de normas que se aplican con un superado criterio literal' ".

*Vide GJ*, N° 267, Santiago, 2002, p. 110, en que la Corte de Apelaciones de Concepción señala que el deber de negociar de buena fe impone el deber de informarse.

[31] (n. 25), p. 91.

tamente y cuya contravención determina la falta civil, la jurisprudencia ha establecido nuevos deberes cuya fuente serían algunos imperativos morales y consideraciones de utilidad social. La buena fe, la lealtad y la honestidad se encontrarían dentro de los primeros[32]. En la literatura nacional, Hugo Rosende, en el mismo sentido que José Luis de los Mozos, ha sugerido que la responsabilidad precontractual por retiro unilateral surge cuando se viola el deber de buena fe y ello ocurrirá cuando:

1. Una de las partes ha obrado con intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (art. 44 del CC).
2. Pese a que no actuó con dolo, la parte que se retira causa perjuicios a la otra, en circunstancias tales que permitan tildar de culpable la conducta del agente. Se presenta esta situación cuando:

2.1. Uno de los precontratantes ha faltado a los deberes de aviso, secreto o custodia,

2.2. Se ha inducido a la contraparte a efectuar gastos innecesarios haciéndolos aparecer como indispensables para el desarrollo de los tratos[33].

Pues bien asumiré, entonces, que las partes se encuentran obligadas a negociar de buena fe, pero, he aquí la segunda pregunta, ¿qué significa esto?

Como resulta bien sabido, la noción de buena fe evoca las ideas de corrección, lealtad, rectitud y honestidad[34]. Lo anterior, sin embargo, podría acarrear algunos malos entendidos respecto del retiro unilateral. La razón de lo anterior es que las nociones de corrección, lealtad, rectitud y honestidad evocan estándares de conducta que parecen excesivos si se atiende la naturaleza de las negociaciones precontractuales donde cada una de las partes busca promover su propio bienestar[35]. No obstante, a este respecto debe

[32] *Vid.* VINEY (n. 2), p. 363 y ss.

[33] (n. 25), p. 79.

[34] Ésta es una idea que se manifiesta en forma frecuente en las decisiones de los tribunales superiores chilenos. Así, por ejemplo, una sentencia de la Corte Suprema del año 2000 entiende la buena fe como "la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente". (Corte Suprema, 13 de julio de 2000, LexisNexis, Nº 22139). En el mismo sentido, otra sentencia del mismo tribunal del año 2004 señala que la buena fe impone a las partes un deber de fidelidad (Corte Suprema, 12 de abril de 2004, LexisNexis, Nº 29661). Durante ese mismo año el tribunal superior repitió esta idea señalando que: "las partes deben cumplir sus obligaciones en la forma estipulada, de buena fe, respetando el deber de fidelidad y lealtad que les afectan" (LexisNexis, Nº 29976. En términos semejantes, pero esta vez la Corte de Apelaciones de Copiapó falló que los deberes de fidelidad y lealtad se derivan de la buena fe (2000, LexisNexis, Nº 19579). Otro tanto puede decirse de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la cual se sostiene que "la buena fe, que evoca una idea de corrección, de lealtad, de rectitud en los negocios" (1992, LexisNexis, Nº 20005).

[35] A este respecto Jacques Mestre, por ejemplo, ha sostenido que la responsabilidad extracontractual ha sido utilizada por la jurisprudencia en un esfuerzo de moralizar las negociaciones





recordarse, como ha sugerido Luis Díez-Picazo que: "la buena fe es tenida en cuenta... como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes"[36].

La relación jurídica que interesa a los efectos de este trabajo son las negociaciones de un contrato. De allí que las ideas de lealtad, corrección, rectitud y honestidad no deban analizarse descontextualizadas de las posiciones de las partes en esta etapa en el sentido a que ya me he referido. Si se vuelve sobre la posición de las partes, entonces, es posible advertir que lo adecuado es que el deber de conducta sea, más bien, minimalista.

Para explorar lo anterior conviene recordar dos cosas:

- La primera, es que en una economía de mercado resulta imprescindible que el legislador reconozca a las partes la posibilidad de perseguir su propio beneficio a través de los contratos –y, por tanto, de las negociaciones preliminares– eximiéndolas del deber de comportarse filantrópicamente.
- La segunda, es que parece dable asumir que se vinculan a través de una negociación tienen noticia de lo anterior. Es decir, que ambas saben que la motivación de su contraparte no es ayudarle, sino obtener una ganancia a través del negocio. De allí que ambas deban asumir que en la negociación de un contrato cada una tiene la obligación de cuidar sus propios intereses –el viejo *caveat emptor*– que ha cristalizado, por ejemplo, en la inexcusabilidad del error.

La imposición de un deber de conducta demasiado severo produce consecuencias negativas tanto si se mira desde la posición de aquella parte que se presenta a la negociación del contrato con genuinas dudas respecto a la deseabilidad de su concreción –y que busca esclarecerlas a través de dicho proceso– como respecto de aquélla que se presenta convencida de su deseabilidad. Es útil detenerse sobre esto.

Respecto de la parte que duda sobre la deseabilidad de la concreción, debe recordarse que su principal incentivo para involucrarse en las negociaciones es precisamente detectar la conveniencia de la celebración del contrato. Durante las negociaciones esa deseabilidad puede quedar descartada, porque las partes no logran acuerdos sobre las condiciones, porque una de ellas recibe una mejor

precontractuales (citado en GHESTIN (n. 6), p. 297). Lo cual puede ser correcto, siempre que se acepte que las exigencias morales son aquérllas necesarias para superar la paradoja de la negociación, no para compeler a los negociantes a incurrir en conductas filantrópicas. De esta manera, la exigencia de comportarse de buena fe aludiría menos a un comportamiento honorable que a uno razonable atendidas la peculiaridades de la relación jurídica que los vincula.

[36] Prólogo a Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1977, p. 19.

oferta que aquélla que se encuentra negociando, o por cualquier otra razón. Si se utiliza una regla demasiado severa respecto del retiro, el problema que se produce es que los incentivos para negociar cuando existen genuinas dudas sobre la deseabilidad del contrato disminuyen drásticamente. Las siguientes palabras de Raymond Saleilles en relación con el retiro unilateral por falta de acuerdo en las condiciones ilustra lo anterior:

> "...es preciso que se admita en absoluto, mientras se está todavía en estos preliminares, que cada uno tenga el derecho de rechazar las condiciones del otro, y de proponer las suyas, sin tener que correr riesgo, y sin que los tribunales puedan hacerse jueces del valor de las pretensiones así emitidas. No habrá nunca rechazo arbitrario por haber rehusado condiciones normales, y que, de una manera abstracta, puedan juzgarse aceptables. Sino ¿quién se atrevería a entrar en negociaciones de esta clase, si el simple retiro, fundado en el rechazo de condiciones juzgadas aceptables pudiera ser una causa de responsabilidad?"[37].

El párrafo anterior muestra dos cosas que son importantes para este trabajo:

- la situación de aquel negociante que duda sobre la deseabilidad del negocio y es, precisamente, que un deber de conducta muy severo desalienta el ingreso a las negociaciones.
- un retiro que se justifica por falta de acuerdo en las condiciones del contrato no es arbitrario, de allí que no dé lugar a la obligación de indemnizar.

*Contrario sensu,* sólo el retiro arbitrario impone la obligación de indemnizar, por lo tanto, la investigación acerca de las condiciones de procedencia queda determinada por la arbitrariedad del retiro. Antes de examinarlo, sin embargo, es necesario detenerse en la situación de aquel negociante que se encuentra convencido de la deseabilidad del negocio.

En este caso, el problema que genera un deber de conducta intenso es crear incentivos para que el negociante incurra en gastos de confianza excesivos[38]. Ésta es la situación inversa a aquélla que tiene lugar cuando no se indemniza bajo ninguna circunstancia por el retiro unilateral. En ese escenario, los incentivos para invertir en gastos de confianza que añadan valor a la colaboración son insuficientes, pues buena parte de ellos se transformarán en costos hundidos. En el caso de un deber de corrección intenso sucede todo

[37] Saleilles (n. 26), p. 151.

[38] Esta idea puede consultarse en Lucian Bebchuk y Omri Ben-Shahar, "Precontracual Reliance", disponible en http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/pdfs/2001.Bebchuk-BenShahar.Precon tractual-Reliance.pdf, visitado el 22 de diciembre de 2005.





lo contrario. Si por regla general, se indemnizan todos los gastos en que se incurra a propósito de la negociación, las partes poseen incentivos para invertir en gastos de confianza aun cuando el estado de las negociaciones no los justifique, pues, en caso de que las negociaciones no lleguen a buen puerto, dichos gastos igualmente serán indemnizados.

Advertido todo lo anterior, ¿cuál es la fisonomía del deber de conducta en lo que refiere al retiro unilateral? O formulada de otra manera la pregunta, ¿cuándo es arbitrario el retiro? Sugeriré que la respuesta queda determinada no sólo por la conducta de quien se retira sino, además, por la de quien permanece, y que la vulneración del deber de negociar de buena fe precisa defraudar las expectativas razonables o confianza tutelable de la otra parte.

Defraudar la confianza tutelable sería la falta civil. La cual se puede denominar, según las circunstancias, culpa, dolo, violación de la buena fe, infracción del deber de corrección o abuso del derecho[39]. Lo determinante, más allá de la nomenclatura, es que el reproche considere la naturaleza de la negociación determinada por la posición de las partes.

## 5. Buena fe y confianza tutelable

Según ya advertí, examinar los deberes que impone la buena fe, precisa detenerse en la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad de las partes. Sobre la naturaleza de la relación jurídica –en este caso las negociaciones preliminares de un contrato– señalé que lo característico es su naturaleza adversarial, y de allí que cada parte que ingresa a ellas debe hacerlo en el entendido que su contraparte está para obtener la mayor cantidad de ventajas posibles. Sin embargo, como sucedía en el caso del póquer, pueden asumir, también, que por el hecho de ser invitadas a negociar ciertas conductas no son aceptables y, por lo mismo, pueden confiar en que su contraparte no incurrirá en dichas conductas. Esta confianza es la que debe ser tutelada por el ordenamiento jurídico, más allá de ella, es el reino del *caveat emptor.*

Con relación a estas conductas sugeriré que existen escenarios sencillos y escenarios complejos. Los primeros se caracterizan porque las conductas simplemente frustran el objetivo de las negociaciones. Los segundos, en cambio, se caracterizan porque una de las partes crea una apariencia de colaboración más intensa que la exigida por el ordenamiento jurídico, induciendo a su contraparte a confiar con mayor intensidad.

[39] O una mezcla de ellas. Así, por ejemplo, en el caso chileno, Hugo Rosende ha sostenido, según se ha visto, que se viola la buena fe cuando se actúa dolosa o culposamente. *Vid.* (n. 5). En el mismo sentido José Luis de los Mozos, *vid.* (n. 25).

### 5.1. Los escenarios sencillos

Aceptando que el objetivo de la negociación es explorar las posibilidades de un acuerdo, ambas partes pueden asumir, al menos, que su contraparte se encuentra negociando porque cree que de esas negociaciones puede cristalizar un negocio jurídico que le resulte provechoso. De allí, entonces, que, como es ampliamente reconocido en el Derecho Comparado[40], se traiciona la confianza tutelable de la otra parte –y, por lo mismo, se vulnera el deber de buena fe– cuando una parte se retira unilateralmente de una negociación en la que ha ingresado sin ninguna intención de vincularse o, bien, ingresando con una genuina duda acerca de si contratar o no, se mantiene en las negociaciones una vez que tiene certeza de que no contratará.

Estos dos son escenarios sencillos, porque en ambos casos quien se retira ha asumido una conducta que frustra la finalidad de la negociación, a saber: ingresar o mantenerse en ella sin intenciones de contratar. Como sucedía en el caso de las cartas marcadas en el póquer, este tipo de conducta lesiona irremediablemente la consecución de los fines a que aspira la negociación de un contrato. Las partes que ingresan a ella, si se comportan racionalmente, asumen que su contraparte buscará obtener los mayores beneficios posibles a través del acuerdo, pero, razonablemente, no tienen por qué asumir que una de ellas está negociando sin intención de llegar a ningún acuerdo; por lo cual el deber más evidente que impone la buena fe en las negociaciones es tener interés en un posible contrato.

En la escasísima literatura nacional[41] y en el ámbito del Derecho Comparado no parecen existir demasiadas dudas sobre esto. Así, por ejemplo, sucede en el caso alemán: el deber de comportamiento exige que no se inicien las negociaciones de un contrato cuando se sabía o debía saberse que el contrato era irrealizable[42]. Igualmente, en el caso francés se considera que la mala fe consiste, especialmente, en iniciar las negociaciones sin una intención seria de contratar o prolongarlas sin intención de contratar[43]. A la misma solución se ha llegado en el caso italiano[44] y español[45]. Ésta ha sido recogida, además, en el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* de la Academia de Pavía que dispone, en su artículo 6, bajo la rúbrica "deber de corrección" que:

[40] *Vide* notas a pie de página siguientes.

[41] *Vid.* Francisco Saavedra Galleguillos, "El principio general de la buena fe", en AA.VV., *Instituciones modernas del derecho civil*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 368.

[42] *Vid.* Asúa González (n. 28), p. 156.

[43] *Vid.* Ghestin (n. 6), p. 296.

[44] *Vid.* Asúa González (n. 28), p. 224.

[45] *Vid.* De los Mozos (n. 25), p. 85.





"1. Cada una de las partes es libre de emprender tratos en vista de la celebración de un contrato sin que pueda imputársele la menor responsabilidad en el caso de que el contrato no sea estipulado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Obra en contra de la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato

3. Si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cual cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los incisos anteriores, la parte que obró contra la buena fe debe reparar el daño sufrido por la otra parte, en la medida de los gastos contraídos por esta última durante las tratativas hechas en vista de la celebración del contrato, así como la pérdida de oportunidades similares causada por las tratativas pendientes".

Igualmente los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* disponen en su sección 3, *Responsabilité à l'occasion des négotiations*, artículo 2:301: *Négotiations contraries á la bonne foi* que:

"1. Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenue à un accord.

2. Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négotiations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu´elle cause à l'autre partie.

3. Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notament, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociaitons sans avoir de véritable intention de parvenir á un accord avec l'autre"[46].

Finalmente los *Principios* sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT disponen en su artículo 2.1.15, bajo la rúbrica "Negociaciones de mala fe" que:

[46] Tomado de *Principes du Droit Européen du Contrat*, version française préparée par Georges Rouhette, Paris, Société de Législation Comparée, 2003, p. 150. El texto en inglés es el siguiente: "(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party".

"1. Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

2. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

3. En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo".

Parece, entonces, más o menos evidente que en los que he denominado escenarios sencillos existe amplio acuerdo en considerar que entrar a las negociaciones preliminares o continuarlas sin intención de llegar a un contrato constituyen manifestaciones palmarias de conductas reñidas con la buena fe. Sin embargo, las normas transcritas muestran que el deber de conducta en las negociaciones, en lo que respecta al retiro unilateral no se limita a esto, sino que únicamente se trata de una manifestación especialmente clara de conductas reñidas con la buena fe. Por lo tanto, es posible la existencia de este tipo de conductas, aún cuando se entre o permanezca en las negociaciones con intención de llegar a acuerdo. Estos casos son los que he denominado escenarios complejos.

### *5.2. Los escenarios complejos*

Los casos anteriores constituyen escenarios sencillos porque refieren a conductas que, frustran la negociación. Si se acepta que el objetivo de ésta es lograr un contrato y que la finalidad de cada una de las partes es obtener la mayor cantidad de beneficios a través de ese contrato, resulta más o menos evidente que estas conductas son inaceptables.

En los demás casos –los escenarios complejos– lo que sucede es una cosa distinta. La negociación se mantiene mientras las dos partes estiman que puede prosperar un contrato. Sin embargo, en algún momento, una de las partes llega a la conclusión de que el contrato que se encuentra negociando no le conviene y se retira. ¿Por qué debería ser esto reprochable?, ¿en qué sentido podría esta conducta infringir las normas del juego en la negociación? La respuesta es que, por regla general, no lo hará. Es así que las causas que con mayor frecuencia explican el retiro unilateral –la presencia de una oferta superior, el cambio de las condiciones, la imposibilidad de llegar a acuerdo sobre algún aspecto del contrato, la pérdida no culpable de un derecho necesario para la celebración del contrato– no generan responsabilidad[47].

[47] *Vid.* Asúa González (n. 28), p. 224.





Para entender por qué sucede, es necesario volver sobre la posición de las partes. En el caso de la responsabilidad por retiro unilateral lo que se protege es la posición de la parte que mantiene su disposición a permanecer en las negociaciones y la razón de la protección es la necesidad de promover una cierta colaboración entre ellas durante las negociaciones. Para que exista dicha colaboración es necesario que puedan confiar en la conducta de su contraparte, por lo mismo, en definitiva, lo que se protege es la confianza. Lo determinante para la reprochabilidad del retiro es que traicione la confianza del negociante que estaba dispuesto a proseguir en la negociación. Pero esa confianza debe ser legítima.

La regla general entonces es que en los escenarios complejos cada una de las partes debe asumir el riesgo del retiro de la otra. Salvo que esta última haya creado una apariencia diversa en términos tales que su contraparte pueda confiar razonablemente en que su intención es vincularse contractualmente[48].

La creación de una apariencia es un expediente común en Derecho Comparado. Así, por ejemplo, para el caso alemán, Clara Asúa Gonzáles comenta que:

"No basta... el desistir de las negociaciones después de un largo periodo de tiempo o el saber que la otra parte estaba realizando gastos, confiando en la realización del contrato, si de su actitud no se desprende que el contrato se realizaría con seguridad"[49].

Y permite a José Luis de los Mozos sostener que la idea de haberse configurado una apariencia es lo que permite hablar de buena fe en sentido subjetivo que, en su opinión, es aquélla que se exige durante los tratos preliminares[50].

Desde luego, a diferencia de lo que sucedía con los escenarios sencillos, la creación de una apariencia es un asunto inevitablemente casuístico. No resulta posible listar todas aquellas conductas que constituyen creación de una apariencia. Sin embargo, me parece que se trata de un expediente valioso en la medida que permite al juez prestar atención tanto a la conducta de quien

[48] Así, por ejemplo Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, enumera cuatro requisitos de la responsabilidad precontractual por ruptura intempestiva, a saber: 1) la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato; 2) el carácter injustificado de la ruptura de las conversaciones o negociaciones; 3) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y 4) la relación de causalidad entre ese daño y la confianza suscitada. Como se ve, la confianza no sólo determina el deber de indemnizar sino, además, el monto de la indemnización. Vuelvo sobre esto al tratar la indemnización.

[49] (n. 28), citas internas omitidas

[50] (n. 25), pp. 78 y 93

se retira como a la de quien permanece. En lo que respecta a la del primero lo que caracteriza su conducta es que constituye una contradicción con sus actos anteriores. Defrauda una expectativa que el mismo ha creado[51]. En lo que respecta a quien tenía disposición de permanecer en las negociaciones, el juez deberá considerar si la apariencia fue suficientemente intensa como para justificar su confianza. Siguiendo algún desarrollo de la doctrina del acto propio[52] es posible sostener que la apariencia será suficientemente intensa en la medida que posea un carácter inequívoco. Esto es, que revele más allá de toda duda razonable la intención de celebrar el contrato. Así, por ejemplo, permanecer largo tiempo en las negociaciones o efectuar algunos gastos en procura del contrato no necesariamente evidencia una voluntad firme de celebrarlo. Si lo hace, en cambio, en el caso de un contrato solemne, el acuerdo verbal de celebrar el contrato de promesa o el contrato definitivo cuando sus términos se encuentran acordados. Ésta es, entonces, en mi opinión, la razón que justifica la imposición de responsabilidad en el caso que encabeza estas páginas. Desde que las partes quedaron de acuerdo en los términos del contrato de promesa, el grupo comprador podía confiar legítimamente en su celebración, especialmente porque las partes habían fijado una fecha.

Contra lo anterior podría objetarse que aun cuando hayan quedado de acuerdo las partes, dicho acuerdo –mientras no sea contrato– queda siempre sujeto a una especie de cláusula *rebuc sic stantibus* en el sentido de que si aparece una mejor oferta el grupo vendedor en este caso puede retirarse. Esto es correcto, puede retirarse; pero la solución del problema no pasa únicamente por considerar la posición de quien se retira, sino la de quien permanece, confiando en la apariencia creada. Al considerar esta última posición se llega a la conclusión que ese retiro engendra la obligación de indemnizar.

### *5.3. Negociaciones paralelas*

No obstante, el caso del grupo vendedor y comprador es interesante por otra razón. No es sólo que las partes ya habían acordado celebrar el contrato de promesa y habían fijado una fecha, el otro antecedente que todavía no ha sido desarrollado es que el grupo vendedor se encontraba en negociaciones paralelas, que no comunicó al grupo comprador, durante un largo período.

[51] Habría aquí una manifestación de la doctrina del acto propio. Sobre esto consúltese Luis Díez-Picazo, *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Barcelona, Bosch, 1963 y para el caso chileno María Fernanda Ekdahl Escobar, *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

[52] *Vid.* (n. 51).





¿Constituye ésta una conducta que contraría las exigencias de la buena fe? Preguntadas las cosas de otra manera. ¿Qué sucedería si no existiendo acuerdo de contratar, pero encontrándose las negociaciones avanzadas el grupo vendedor se hubiera retirado para celebrar el contrato con aquella parte que se encontraba negociando paralelamente?[53].

La respuesta tiene que ver una vez más con las apariencias. En primer lugar, el problema sólo se presenta si las partes no han negociado un convenio de exclusividad que les impida llevar adelante negociaciones paralelas. Éste, hasta donde llegan mis noticias, es lo que sucedió en el caso que interesa negociar. Lo que conviene preguntarse es si las negociaciones paralelas se asemejan más al blufeo en el póquer o a las cartas marcadas. Dicho de otra manera, se trata de investigar si esta conducta es una que las partes pueden esperar razonablemente qué sucederá o, bien, excede los límites de las estrategias que el legislador permite a los negociantes para avanzar la promoción de sus intereses al interior de una negociación.

En el Derecho Comparado la regla general parece ser, en la ausencia de convenios de exclusividad, aceptar las negociaciones paralelas[54]. La razón de lo anterior, como apunta Allan Farnsworth, es que las negociaciones paralelas son tan comunes en la práctica y tan relevantes para la existencia de un mercado competitivo que no se advierte por qué, en ausencia de un convenio de exclusividad, el legislador debiera exigirla[55]. Desde el punto de vista de la posición de las partes, en las negociaciones el argumento hace sentido. Es razonable considerar que existan otros interesados en el negocio que se aproximen a una de las partes mientras se está negociando y, en la medida que no exista acuerdo de contratar y se acepte que una mejor oferta es uno de los argumentos que justifica el retiro y que esa oferta, generalmente, será el resultado de una negociación, las negociaciones paralelas deben ser aceptadas. Salvo que se cree una apariencia distinta.

La excepción operaría aquí cuando una de las partes haga creer a la otra –aún sin convenirlo formalmente– que no está conduciendo o no conducirá negociaciones paralelas[56]. La razón de esta excepción es la siguiente, al ingresar a una negociación cada parte debe esperar razonablemente que la otra pueda

[53] En la literatura nacional Francisco Saavedra Galleguillos considera las negociaciones paralelas como un ejemplo emblemático de infracción a los deberes que impone la buena fe durante las negociaciones señalando que: "[contrariaría el deber de negociar de buena fe] efectuar negociaciones paralelas, salvo que se hubiera hecho especial reserva de ello" (n. 41), p. 368. Según advierto más adelante, la respuesta correcta parece ser exactamente la contraria.

[54] *Vid.*, por ejemplo, Farnsworth (n. 14), p. 279 y Jazulot (n. 29), p. 362.

[55] (n. 14), p. 279.

[56] *Vid.* Jazulot (n. 29), p. 363.

incurrir en negociaciones paralelas. Llamemos a esto la apariencia original. Sin embargo, a través de sus actos cualquiera de las partes puede crear una segunda apariencia de que no incurrirá en este tipo de negociaciones, si lo hace debe respetarla. El problema será determinar cuándo la apariencia es suficientemente intensa como para que justifique la confianza de la otra parte.

Una vez más es tiempo de recapitular. Hasta el momento he sugerido que se presenta un problema cuando, durante las negociaciones de un contrato las partes han incurrido en gastos y una de ellas se retira, manteniendo la otra su disposición a proseguir las negociaciones. El problema es quién soporta, en definitiva, los costos incurridos durante la negociación. A continuación, señalé que la respuesta a esa pregunta dependía de la reprochabilidad de la conducta –el retiro. Indagar acerca de la reprochabilidad precisó detenerse en las reglas del título XXXV del libro IV del *Código Civil*. Para hacer eso, tomé un largo desvío que me llevó, en primer lugar, a intentar caracterizar las negociaciones y, luego, el retiro unilateral. Al llegar a las reglas de responsabilidad extracontractual sugerí que, tanto en el Derecho Comparado como en el nacional, así como en algunas de las escasas decisiones de nuestros tribunales, se sostiene que la reprochabilidad del retiro unilateral queda determinada por la violación del deber de negociar de buena fe. Lo que resta del artículo hasta antes de esta recapitulación es intentar indagar cómo es posible domesticar un concepto tan extremadamente vago como la buena fe para que preste utilidad en la resolución de casos como el que encabeza este trabajo. A este respecto sugerí, haciendo pie en buena medida en el Derecho Comparado, que era posible detectar escenarios sencillos y complejos. Los primeros se caracterizan porque la conducta simplemente resulta ajena a la racionalidad de la negociación. No se trata de obtener mayores beneficios del negocio proyectado, se trata de no llegar a ningún negocio. En los escenarios complejos, en cambio, señalé que lo determinante era considerar la posición de las partes y la confianza en las apariencias. Al respecto sostuve que si una parte induce a la otra a confiar en ella, es responsable por esa apariencia que ha creado y al defraudarla comete un ilícito civil, el cual justifica la imposición de un deber de indemnizar.

A propósito del deber de indemnizar, es preciso hacerse cargo de un último punto. El problema, según advertí, es quién soporta los costos del retiro. Hasta el momento, he contestado la mitad de la pregunta. Lo que he respondido es por qué el costo debe ser soportado por una u otra parte. La segunda mitad es qué costos se transfieren en caso de que el retiro sea reprochable. O para decirlo en términos más jurídicos: ¿qué daños son los que se deben indemnizar?





## 6. El deber de indemnizar

En aquellos casos en que se llega a la conclusión de que el retiro engendra la obligación de indemnizar, la siguiente pregunta que debe formularse es, ¿qué daños deben indemnizarse? En el caso chileno, la regla del artículo 2.314 indica que todo daño imputable a malicia o negligencia.

En la literatura nacional Hugo Rosende ha sugerido que el tema puede ser tratado distinguiendo si existió acuerdo entre las partes respecto a la distribución de los costos o no. En el segundo caso, todavía es necesario distinguir si los gastos fueron anteriores o posteriores a la iniciación de las negociaciones, y siendo posteriores, si fueron espontáneos o provocados[57]. Antes de examinarlo anterior conviene advertir que Hugo Rosende considera que los costos son únicamente los gastos que se hubieren efectuado en el trámite de la negociación[58], y que jamás cubre el lucro cesante[59].

Si existió acuerdo, los gastos se distribuirán según lo convenido. Si no existió acuerdo, según ya he dicho, es necesario distinguir si los gastos tuvieron lugar con anterioridad o posterioridad al inicio de las negociaciones. Si fueron anteriores, la regla general es que no se indemnizan. La razón de lo anterior es que no se encuentran causalmente conectados con lo que haya sucedido en las negociaciones. No obstante, sugiere el autor, existirán casos donde esos gastos le produzcan beneficios al negociante que se retira en cuyo caso puede utilizarse el enriquecimiento injusto como expediente para recuperarlos[60]. En el caso de los gastos efectuados durante los tratos, Hugo Rosende utiliza dos criterios: el primero, es a quien beneficiaron los gastos; el segundo, es qué los justificó. Lo cual deja las siguientes posibilidades:

1) el gasto sólo benefició a quien incurrió en él en términos que, al menos, no registra pérdidas, es irrelevante la razón que lo justifica, no hay derecho a indemnización.
2) El gasto beneficia a ambos.

Aquí es necesario distinguir si el gasto fue provocado o espontáneo, es decir, si fue inducido por quien se retira o no[61]. En el primer caso existe deber de indemnizar según las reglas de responsabilidad extracontractual relativas

[57] (n. 5), p. 61 y ss.
[58] (n. 5), p. 52.
[59] (n. 5), p. 79.
[60] (n. 5), p. 64.
[61] Hugo Rosende define gastos espontáneos como: "los que realiza una persona en vista a la celebración de un contrato o de una serie de contratos, sin contar para ello con el asentimiento de la persona con la que va a contratar" y gastos provocados como aquellos que "requieren del consentimiento en tratar y, además, que exista una manifestación de voluntad que mueva a efectuarlos o cree la apariencia de que son indispensables para proseguir las conversaciones", (n. 5), p. 67.

a la culpa y el dolo. Si fue espontáneo sólo habrá lugar a indemnización bajo las reglas del enriquecimiento injusto[62].

En general, Hugo Rosende sigue en su análisis un enfoque que ya se encuentra en Gabriel Fagella[63], según el cual lo que determina los perjuicios indemnizables es el lazo de causalidad que los vincula a la aquiescencia previa de la parte que se retira, en términos que sólo serían indemnizables los gastos hechos en vista de la celebración del contrato y no habría lugar para la indemnización de lucro cesante[64].

Ésta, sin embargo, no parece ser una solución que convenga aceptar o que, al menos, es necesario matizar. Para hacerlo sugeriré que Gabriel Fagella lleva razón cuando exige un lazo de causalidad, pero que lo que debe quedar vinculado por ese lazo es, por una parte el daño y, por otra, la confianza tutelable. La respuesta a la pregunta sobre los daños a indemnizar entonces será: aquellos que ha sufrido quien estaba dispuesto a permanecer en las negociaciones y que se justificaban por la confianza razonable en la celebración del contrato, y estos "gastos de confianza" pueden comprender tanto gastos como oportunidades perdidas, es decir, lucro cesante.

Un primer punto parece suficientemente claro, atendido que no existe contrato, no resulta posible solicitar como lucro cesante la pérdida de utilidad que generó la falta de celebración del contrato. La razón de lo anterior es que si se aceptara no habría demasiada diferencia entre la responsabilidad precontractual y la responsabilidad contractual cuando se solicita la resolución del contrato más indemnización de perjuicios por incumplimiento imputable. De esta manera, si el lucro cesante se reduce al "interés positivo", esto es, la ganancia que se obtendría de la celebración del contrato, la tesis es correcta. Pero no lo es, en cambio, si también considera las oportunidades que se perdieron durante las negociaciones. La razón de lo anterior es que las mismas razones que justifican pagar los gastos incurridos durante las negociaciones, militan a favor del pago de este lucro cesante. Frente a la pregunta, ¿por qué son indemnizables algunos de los gastos en que incurrió una de las partes? La respuesta es por su conexión causal con una conducta que repugna al deber de negociar de buena fe que vincula a las partes, pero la misma razón que induce a una parte a incurrir en gastos es la que justifica su decisión de dejar pasar oportunidades. La pregunta es, entonces, ¿por qué no debería indemnizarse el daño ocasionado por las oportunidades perdidas?

[62] Rosende (n. 5), pp. 66 y 67.

[63] *Vid.* Saleilles (n. 26), p. 142 y ss.

[64] Como se sabe, Gabriel Fagella se aleja así del "daño al interés negativo" de Rudolph Ihering, que comprendía el lucro cesante. Sobre esto puede consultarse Roberto Brebbia, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, Zavalia, 1957.





Una posible respuesta es porque en este caso la parte decidió dejar pasar las oportunidades y aceptar el riesgo. Pero esa misma respuesta podría darse a los gastos: la parte decidió incurrir en ellos y soportar el riesgo de la pérdida. Raymond Saleilles, sin embargo, señala una justificación para el argumento, señalando que si a una parte se le ofrecen mejores condiciones y las acepta esto no determinará que el retiro le imponga la obligación de indemnizar, pues se trataría de un retiro justificado. Si esa misma parte no tomó la oportunidad cuando podía hacerlo sin riesgo no puede, luego, reclamarla como daño negativo[65]. El punto, empero, es otro. La pregunta es, ¿por qué no se tomó la oportunidad y la causa de esto puede estar causalmente conectada a la conducta de quien más tarde se retira? Conviene volver una vez más al caso que encabeza estas páginas. Una vez que las partes habían convenido la fecha de la celebración del contrato de promesa parece más o menos evidente que si el grupo vendedor deja pasar una oportunidad lo hace genuinamente confiado en la apariencia que ha creado el grupo vendedor y, este último, debe hacerse responsable de dicho perjuicio ocasionado por defraudar la confianza en una apariencia que él mismo ha creado. Otro problema distinto es que se pueda ser extremadamente exigente con los requisitos de las oportunidades perdidas y se requiera, como en el caso alemán, acreditar que éstas se hubieran aprovechado de no haber confiado en la concreción del contrato frustrado, y que pueda determinarse con suficiente precisión el alcance patrimonial de dicha oportunidad[66], pero eso son problemas de prueba que aconsejan ser cautos al momento de indemnizar, no negar la indemnización de plano.

En relación con la indemnización, no conviene distinguir entre daño emergente –gastos en que se incurre para celebrar el contrato– y lucro cesante –oportunidades perdidas– sino, más bien, poner atención en la relación de causalidad entre el daño que soporta un patrimonio y la confianza suscitada por las actuaciones de la contraparte en la conclusión del contrato[67].

***

Suele afirmarse que la obligación de indemnizar por retiro unilateral de las negociaciones de un contrato surge cuando se infringe el deber de negociar de buena fe. Esta afirmación, sin embargo, trae al debate una nueva pregunta, ¿cuándo se infringe la buena fe? Sea que se considere la buena fe como un estándar, como un principio general del Derecho o de otra forma semejante;

[65] (n. 26), p. 142.

[66] *Vid.* Asúa González (n. 28), pp. 288-289.

[67] *Vid.* Díez-Picazo (n. 48).

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

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 absolutista[1]. 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 industrialización[2]. 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 contrato[3]. 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 Wald, "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. 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.





perspectiva no es de extrañar que el principio fundamental de la codificación, es decir, la autonomía de la voluntad o privada, se vea fuertemente sobrepasado[4]. 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 legal[5].

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 contrato[6]. En

[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, Nº 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. MaríaVictoria 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 Nº 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 vinculante[7]. 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 reales[10].

DL 211 por la ley Nº 19.911/2003 sobre tribunal de defensa de la libre competencia o la pluralidad de leyes sobre contratación electrónica (leyes Nº 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 aforismos[11]. 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 sicológico individual que se centra en la voluntad[12].

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 fe[13].

## 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 específicos[14].

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 Martinic 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 objetivo[15]. 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 indistinta[16].

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 compresiva 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 equivoco. 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 otros[17].

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 codificadora[18]. 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 Maximilianeus 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 Suiza[20]. 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 tercero[22].

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 escritos 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 contrato[23].

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 anuencia[24]. 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 externas[25]. 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 1.138.2° 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 proteger[26].

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 europeo[27].

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 pandedectistas 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 extramatrimoniales[28]. 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 jurídico[30].

[28] DÍAZ-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 jurídico[33].

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 tráfico[34]. En cambio, las características del negocio jurídico para el Derecho italiano, aunque muchas de ellas se compartan, son otras[35].

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 i: 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 contrario[36]. 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 traslaticio, en comparación con otras convenciones traslaticias, respecto de los siguientes aspectos:

i) La aplicación del artículo 1.464 del CC con relación a los títulos traslaticios 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 claro[37].

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 contendido 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 precrita. La solución a este inconveniente, para Hernán Larraín ríos, está en conceder al acreedor la accción 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 traslaticios, 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 traslaticios en el caso de la cesión del Derecho Real de herencia. Ello, sin lugar a dudas, podría hacerse conforme a la teoría del negocio jurídico[38].

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 autómata 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 anteriores[39].

[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 contrato[40]. 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, aquélla 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 medio[41], 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 hipoteca[42].

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 ley[43]. 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 I, 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 transgreda 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 el 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 jurídico[44]. 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 traslaticios 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, contendida 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 tradir, 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 imperativa[46]. 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 Frías, *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 último[47].

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 atípicos[48].

[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 atípicas[49].

## 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 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.

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

# LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA BUENA FE OBJETIVA EN EL ORDENAMIENTO CIVIL CHILENO*

*Hernán Corral Talciani*

RESUMEN

El trabajo examina la aplicación que ha recibido el principio de la buena fe en su dimensión objetiva en las decisiones de los tribunales superiores chilenos. Con este objetivo se examina el sentido del artículo 1.546, enfocándolo desde una perspectiva "horizontal" que comprende las etapas an-teriores a la celebración del contrato (negociaciones precontractuales) y las fases posteriores a su terminación (efectos poscontractuales). Y otra vertical, a través de la cual se estudia cómo la jurisprudencia chilena ha desarrollado y concretizado el principio de buena fe objetiva por medio de la interpretación e integración del contrato en el curso de su ejecución o cumplimiento.

## 1. LA NORMA DE BASE: EL ARTÍCULO 1.546 DEL *CÓDIGO CIVIL*

El principio de la buena fe que hoy la doctrina denomina objetiva, por oposición a la buena fe-creencia, que es considerada de raíz subjetiva, se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico chileno en una de las normas claves del libro IV del *Código Civil*, dedicado al tratamiento de las obligaciones y contratos.

En el título XII del referido libro IV el codificador quiso reunir un conjunto de reglas relativas a la ejecución de las obligaciones en general y lo denominó "Del efecto de las obligaciones". Sin embargo, las dos primeras normas de este título se relacionan, no tanto con la forma de ejecución de las obligaciones

* Se presenta actualizada e incrementada en jurisprudencia, una versión anterior de este trabajo que fuera publicada en Argentina: Marcos CÓRDOBA (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*), Buenos Aires, Editorial La ley, 2004, tomo II, pp. 205-224. Para el trabajo de puesta al día hemos utilizado, en parte, la información recogida en la memoria de prueba de José Luis Carrasco Muñoz, *La buena fe objetiva en las relaciones contractuales. Análisis jurisprudencial*, Santiago, Universidad de los Andes, inédita, 2004.

individualmente consideradas, y cualquiera sea la fuente de la que provengan, sino con la obligatoriedad general de una de estas fuentes: el contrato.

Debe tenerse en cuenta que en el *Código Civil* chileno el concepto de contrato está ligado esencialmente a la generación de obligaciones, de manera que los actos jurídicos, incluso, bilaterales y de alcance patrimonial, no son calificados como contratos. El art. 1.438 define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra. Si en la convención ninguna de las partes resulta obligada no podemos hablar propiamente de contrato en el sistema civil chileno.

Establecida la estrecha relación que existe entre contrato y obligación en la normativa chilena, es más fácil entender por qué las dos primeras normas del título II del libro IV se dedican a los efectos de los contratos, fuentes, a su vez, de obligaciones.

La primera de estas normas es la del art. 1.545, que consagra la obligatoriedad general del contrato asimilando su fuerza vinculante a la de la ley: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En síntesis, el contrato obliga a las partes, mientras no sea dejado sin efecto, sea de común acuerdo o por una causa legal.

A continuación, el *Código* determina el contenido del contrato, que es obligatorio para las partes, e introduce el principio de que todos los contratos son *bona fidei* y no de derecho estricto. La regla se formula mediante la enunciación de un principio general: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe", seguida de una exposición sucinta y a título ejemplar de las consecuencias que el legislador entiende que debe traer la aplicación de ese principio: "y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

Las consecuencias que el codificador extrajo del principio se refieren únicamente a la extensión de las obligaciones contractuales más allá de los términos explícitos en los que se ha pactado el contrato. Se coordina bien esta consecuencia con la norma que en materia de interpretación de los contratos ordena estarse más a la intención conocida de los contratantes que a "lo literal de las palabras" (art. 1.560).

Para proceder a la extensión a más de lo expreso, el juez deberá tener en cuenta las directivas que el *Código* le fija: la extensión podrá fundarse en que el deber no explicitado emana de la propia naturaleza de la obligación expresada o le ha sido incorporado por la ley o la costumbre[1].

[1] Un estudio histórico y dogmático sobre la materia *vide* Alejandro Guzmán Brito, "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 29, vol. 1, Santiago, 2002, pp. 11-23.





A primera vista. la consagración legal del principio de la buena fe objetiva, aparece restringida en sus alcances. La doctrina chilena, sin embargo, en sintonía con los desarrollos de la doctrina extranjera, ha expandido la órbita de influencia de la buena fe objetiva hasta llegar a calificarla de principio general de derecho[2].

No hay, sin embargo, hasta donde alcanzan nuestras noticias, estudios sobre la forma en que el principio de buena fe ha sido recepcionado y entendido por la jurisprudencia de los tribunales chilenos. En las páginas que siguen intentaremos observar cómo los tribunales de justicia han aplicado y extendido la norma del art. 1.546 sobre la base de una noción más abarcante de la buena fe.

Un primer ámbito de extensión de la norma, que llamamos "horizontal", comprende las etapas anteriores a la celebración del contrato (negociaciones precontractuales) y las fases posteriores a su terminación (efectos poscontractuales). En el segundo ámbito, el vertical, pretendemos estudiar cómo la jurisprudencia chilena ha desarrollado y concretizado el principio de buena fe objetiva por medio de la interpretación e integración del contrato en el curso de su ejecución o cumplimiento.

En tercer término, la expansión del principio de buena fe desborda completamente el área de los contratos para incidir en otras instituciones jurídicas.

Finalmente, nos detendremos en la comprensión que la Corte Suprema hace de la buena fe como materia adecuada para ejercer el control de casación.

Aunque no se trata de un estudio exhaustivo (se limita a los fallos que expresamente invocan la buena fe o el precepto del art. 1.546 y que aparecen en las principales colecciones o bases de datos jurisprudenciales)[3], pensamos

[2] Así, por ejemplo, Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 153-162; Jorge López Santa María, *Los contratos. Parte General*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo II, pp. 391-392; Francisco Javier Saavedra Galleguillos, "El principio general de buena fe" en AA.VV., *Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1996, pp. 357-373. Guzmán Brito (n. 1), pp. 21-23, ha defendido la unidad esencial de la buena fe, tanto objetiva como subjetiva, en tanto ambas dependen de un paradigma de valoración de la conducta del agente. Recientemente, se ha postulado la recepción de la categoría de las expectativas razonables para defender al contratante débil sobre la base de la extensión de la regla de la buena fe, *vide* Ruperto Pinochet Olave, "La protección del contratante débil: doctrina de las expectativas razonables", en *GJ*, N° 297, Santiago, 2005, pp. 27-34, especialmente p. 31.

[3] Las sentencias han sido recogidas de las revistas que publican fallos, especialmente la *RDJ*, su antecesora: la *G*, la *GJ* y la revista *F. del M.* También hemos consultado la base de

que puede ser útil para visualizar la forma en la que los tribunales chilenos están dando vida propia a uno de los principios que marcan el desarrollo moderno del Derecho Civil.

## 2. Extensión contractual horizontal de la regla: antes y después del contrato

### *a) Tratativas precontractuales*

Durante el siglo XIX y parte importante del siglo XX, la jurisprudencia de los tribunales chilenos no parece haber sentido la necesidad de utilizar el principio de buena fe objetiva para resolver conflictos suscitados en las fases previas a la celebración de un contrato. Tal vez haya contribuido a esta ausencia el que la norma del art. 1.546 sólo se refiera a la "ejecución" del contrato celebrado.

En alguna ocasión se ha considerado la buena fe como estándar de conducta precontractual, pero sólo a la luz de un contrato preliminar de promesa de celebrar un contrato y, por tanto, como interpretación de las obligaciones nacidas del precontrato. Es el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción respecto de una promesa de contrato de compraventa en que el promitente vendedor se resistía a celebrar la venta prometida por considerar que el promitente comprador no había cumplido con su obligación de pagar el saldo de precio. La Corte estimó que el promitente comprador no estaba en mora, pues se había allanado a pagar ese precio al hacer redactar ante notario la escritura de compraventa definitiva y esperar la concurrencia del promitente vendedor, la que no se produjo. Es decir, la Corte estimó que, de acuerdo con los estándares de la buena fe objetiva, el deber precontractual del comprador había sido satisfecho. Leamos lo que sostiene el fallo:

> "Acreditado como está el hecho de que el actor mandó confeccionar la escritura y la firmó, hay que admitir, *dentro de la buena fe con que deben interpretarse los contratos*, que al menos se allanó, en tiempo y forma, a cumplir con sus obligaciones, de manera que si el saldo de precio que estaba adeudado no lo entregó al prometiente vendedor fue por no haber concurrido éste a cumplir con sus propias obligaciones, colocando en ese evento al prometiente comprador en la imposibilidad de dar oportuna satisfacción a esta parte de sus obligaciones" (Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de octubre de 1959, *RDJ*, tomo 56, Santiago, 1959, sec. 2ª, p. 98)[4].

datos informática de LexisNexis Chile y cuando no hemos encontrado publicada la sentencia hacemos referencia al número de rol de la causa en la que fue pronunciada y al número identificador de la sentencia en dicha base.





Como puede apreciarse, la sentencia se decanta en la interpretación del contrato preliminar y, por lo tanto, mantiene la aplicación del art. 1.546 en la órbita formal de la ejecución de un contrato: en este caso, el de promesa.

Sólo en los últimos años se ha estimado que la norma debe ser aplicada para exigir un comportamiento correcto a las partes, incluso, antes de la celebración del contrato y aun cuando no haya celebración previa de un contrato preliminar[5].

La cuestión se ha suscitado con el contrato de seguro y el deber de información que se impone al asegurado. Este deber adquiere especial relevancia en los seguros de desgravamen y en los seguros médicos, en los que se exige al tomador declarar las enfermedades preexistentes que pudieran aquejarlo. La materia ha llegado a los tribunales en el último tiempo en relación con los contratos suscritos con las ISAPRES, que gestionan planes de financiamiento de los costos de salud por medio de la cotización legal obligatoria. Las Cortes han concluido que para estos efectos el contrato entre el afiliado y la respectiva ISAPRE es, en el fondo, un contrato de seguro.

Para afirmar la existencia de este deber de información las Cortes suelen invocar el art. 556 N° 1 del *Código de Comercio*, que establece que el asegurado está obligado "a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos". Pero, al parecer, no sienten que la invocación de la norma legal sea suficiente, y acompañan la fundamentación del deber de información en el principio de buena fe[6].

[4] Énfasis añadido.

[5] La Corte de Talca, en sentencia de 8 de noviembre de 1999, señala que la responsabilidad precontractual, sea que se rija por las reglas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, se fundamenta en el respeto a la buena fe y a la lealtad, "que han de regir las relaciones habidas entre quienes llevan a cabo negociaciones encaminadas a la celebración de un determinado contrato". Sin embargo, al entender que la demandante había accionado de cumplimiento de un contrato de compraventa no formalizado por escritura pública, la Corte Suprema casó la sentencia y rechazó la demanda por inexistencia del contrato invocado (Corte Suprema, 22 de noviembre de 2001, *GJ*, N° 257, Santiago, 2001, p. 56). Más clara en establecer que la ruptura arbitraria e irrazonable de las tratativas previas a un contrato generan responsabilidad por violación al principio de buena fe es la sentencia de Corte de Concepción de 5 de junio de 1996, rol 1374-93, publicada con comentario favorable de Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Aguila y Carmen Domínguez Hidalgo, "Responsabilidad precontractual, extracontractual, retiro inmotivado de las negociaciones preliminares", en *Revista de Derecho*, N° 199, Concepción, Universidad de Concepción, 1996, p. 179 y ss.

[6] Existe un precedente en contra de los años treinta. La compañía aseguradora demandó la rescisión de un seguro de vida tomado por una persona que no declara una enfermedad de

Veamos los casos: La Corte de Apelaciones de Concepción resolvió que si el afiliado a la ISAPRE no sólo no había declarado la preexistencia de una enfermedad (lumbago y lumbociática) sino que en la declaración de salud formulada para suscribir el contrato incurrió en falsedad al marcar con un "No" el casillero correspondiente a la pregunta de si había sido tratado antes por una enfermedad crónica, infringe "gravemente el deber de información a su contraparte que el imponía el principio de buena fe que impera en la celebración de los negocios jurídicos..." (Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de noviembre de 2001, confirmada por sentencia de la Corte Suprema de 13 de febrero de 2002, rol Nº 4582-2001, Nº 19309). Debe notarse la doble ampliación del art. 1.546, que no viene ya mencionado expresamente por la sentencia: en primer lugar, se habla de que el principio impera no sólo en la ejecución del contrato sino en su "celebración".

Mucho más categórico en cuanto a la extensión del principio de la buena fe, es un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado también por la Corte Suprema, ahora, en relación con un seguro de desgravamen. La Corte exime a la compañía aseguradora de pagar la indemnización en virtud de que la muerte del tomador-asegurado se debía a una enfermedad preexistente (diabetes), que no fue oportunamente declarada al asegurador. No fue considerado excusa suficiente el hecho de que se acreditara que el formulario de declaración había sido firmado en blanco por el asegurado, pues al hacerlo así omitió informar la enfermedad. La Corte declara explícitamente que el principio de buena fe se extiende a la etapa precontractual, al señalar que el deber de informar el estado de salud en estos seguros, es una "exigencia que se funda en el principio de la buena fe que ha de existir en las relaciones de las partes y que [en] el seguro tiene connotación, no sólo a la época de la formación del consentimiento sino que incluso al tiempo de las tratativas preliminares, especialmente al emitirse por el asegurado la declaración de voluntad que contiene la proposición de contrato de seguro que ha de celebrarse..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2001, confirmada por la Corte Suprema, 7 de junio de 2001, *GJ*, Nº 252, Santiago, 2001, p. 51). La Corte afirma, además, que el art. 556 del *Código de Comercio* tiene un alcance que sobrepasa "las huellas" que trazó el *Código Civil* en las reglas que tratan de los vicios del consentimiento (art. 1.452 y ss.), puesto

la que al poco tiempo fallece, La Corte de Valdivia revocó la sentencia que había acogido la nulidad (fundándose entre otras normas en el art. 1.546), y sostuvo que debía rechazarse la demanda porque los arts. 556 y 557 del *Código de Comercio* se aplican a los seguros de transporte terrestre o marítimo, y ya que en el contrato de seguro no se había especificado ningún estado de salud por lo que se debía entender incluido cualquiera (Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de junio de 1935, *RDJ*, tomo 35, Santiago, 1938, sec. 2ª p. 65).





que se sancionan con la rescisión del contrato no sólo las declaraciones falsas o erróneas sino la sola reticencia del asegurado respecto de las circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones. Termina el considerando de la sentencia afirmando solemnemente que: "La inteligencia y aplicación del principio de la bona fidei, tiene por ende tanta relevancia en el seguro, como que importa su consagración un verdadero imperativo de ultra bona fidei"[7].

Pero el principio de buena fe no sólo es útil para fundamentar el deber precontractual de información sino, también, para moderarlo y reducirlo a sus justos límites. De este modo, la Corte de Apelaciones de Santiago establece que no incumple el deber de información y, por tanto, no es causal legítima para que la ISAPRE (aseguradora) ponga fin al contrato, el hecho de que el tomador omitiera declarar los episodios depresivos e hipomaníacos que sufría una de sus hijas beneficiarias. La Corte tomó en cuenta que la hija sólo solicitó prestaciones médicas después de un largo período de tiempo desde la celebración del contrato (del 31 de julio de 1997 al 23 de febrero de 1999), que los episodios anteriores no eran constitutivos propiamente de una enfermedad preexistente y que, por tanto, no eran objeto del deber de información. La sentencia lo afirma de este modo:

> "Que en estas circunstancias, el cuadro depresivo que afectó a la beneficiaria en su adolescencia, aparece como un antecedente aislado y, por lo demás sólo referido por ella misma, y no como una patología preexistente y necesario antecedente del episodio que motivó la hospitalización... El principio de buena fe que impera en nuestro derecho y lo puntual del referido antecedente permiten justificar el hecho de que el recurrente no consignara en la declaración de salud el hecho en cuestión, por estimarlo irrelevante y constitutivo de una patología propiamente tal" (Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 1999, causa rol Nº 2-2000, confirmada por la Corte Suprema, 10 de enero de 2000, Nº 16509).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción ha dispuesto que si una ISAPRE se niega a otorgar una bonificación, alegando la falta de información de una enfermedad preexistente, debe demostrar siquiera someramente

[7] El fallo fue redactado por el abogado integrante Rafael Gómez Balmaceda. En fallo reciente se ha afirmado el deber de informar como parte del principio de la buena fe para efectos de rehabilitación de una póliza de seguro automotriz (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2005, *GJ*, Nº 299, Santiago, 2005, p. 182).

(se trata de una acción de protección constitucional) la mala fe del contratante, "y al no haberlo hecho, debe estimarse vulnerado el principio de la buena fe contractual contemplado como principio general de la legislación en el artículo 1546 del Código Civil..." (Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de mayo de 2002; confirmada por la Corte Suprema, 11 de junio de 2002, *GJ*, Nº 265, Santiago, 2002, p. 21)[8].

### *b) Celebración del contrato*

Es sabido que el principio de buena fe en la experiencia internacional se aplica también al momento de la celebración del contrato muchas veces relajando las exigencias que las normas clásicas establecen para la operatividad de los vicios del consentimiento o para dar cabida a reparaciones en el caso de los llamados vicios incompletos que, como el dolo incidental, no dan lugar a la acción rescisoria[9].

Los tribunales chilenos, al parecer, no se detuvieron mayormente en esta posibilidad de aplicación del principio de buena fe. Existe un fallo que vincula la buena fe objetiva a la celebración del contrato, pero esta vez en materia de ausencia de documentos probatorios del acuerdo contractual. En la especie, una parte demanda el precio insoluto de una compraventa de mercaderías y como prueba del contrato sólo presenta la factura y varios documentos oficiales que acreditan que la compradora exportó y vendió al exterior la mercadería objeto del contrato. La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que, aunque ninguno de los documentos por separado constituía plena prueba de la celebración del contrato, del conjunto de ellos emanaban presunciones judiciales que permitían su acreditación. A mayor abundamiento, la Corte invoca el valor supletorio del silencio de la ley de la costumbre mercantil, y "la buena fe que caracteriza a los actos de comercio" (Corte Suprema, 6 de septiembre de 1995, *RDJ*, tomo 92, Santiago, 1998, sec. 2ª, p. 114). Es curioso, sin embargo, que entre los fundamentos jurídicos del fallo no se cite el

[8] En similar sentido, se pronuncia la misma Corte, pero ahora fundada, además, en que la ISAPRE había aceptado pagar las bonificaciones: "Que, la conclusión precedente encuentra sólido apoyo en el hecho indesmentible que la decisión de poner término al contrato se produce dos días después que dicho Órgano de Salud Privada accedió a pagar el total de las prestaciones soportadas por la afiliada, lo que contraría abiertamente la buena fe con que los contratantes deben ajustar el cumplimiento de su obligación durante la vigencia del contrato" (Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de septiembre de 2001, *RDJ*, tomo 98, Santiago, 2001, sec. 5ª, p. 243; la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 18 de octubre de 2001).

[9] Cfr. Paolo Gallo, "Buona fede oggetiva e trasformazioni del contratto", en *Revista di Diritto Civile*, Nº 48, vol. 2, Pádua, 2002, p. 239 y ss., en especial pp. 242-250.





precepto del art. 1.546 del *Código Civil*, aunque sí se invocan los arts. 1.560 y 1.563 sobre interpretación contractual.

En un caso reciente, en el que se deshecha la rehabilitación de un contrato de seguro por no haber informado la asegurada que la cosa previamente al siniestro le había sido sustraída y no estaba bajo su poder, la Corte de Santiago ha declarado que el principio de buena fe "se encuentra incorporado en todo contrato de seguro... y su contenido se manifiesta con que el contrato de seguro *debe ser celebrado* y ejecutado por las partes de buena fe..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2005, *GJ*, Nº 299, Santiago, 2005, p. 82)[10].

La misma Corte rechaza que se invoque la buena fe para exigir el cumplimiento de una cláusula penal establecida en un contrato de *leasing*, si "ese principio no estuvo presente al celebrarse la convención". Según la sentencia el contenido del contrato, al ignorar los principios que rigen los efectos del caso fortuito, los estados de cesación de pagos y la obligación del dueño de un bien raíz de pagar tributos reales, hiere la mala fe y determina que: "mal ha podido invocarse el referido postulado a la hora de su cumplimiento" (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2005, *GJ*, Nº 299, Santiago, 2005, p. 175).

### *c) Efectos poscontractuales*

No es pródiga nuestra jurisprudencia en la resolución de casos en los que se discuten los efectos posteriores a la terminación de un contrato. Sólo hemos encontrado dos sentencias que invocan el principio de buena fe a las relaciones entre partes posteriores a la ejecución de uno de ellos.

La primera se relaciona con las obligaciones que nacen después de la ejecución de un contrato de prenda por reembolsos que debe el acreedor prendario al deudor. En el caso, el acreedor prendario, la CORFO, procedió a rematar unas acciones de propiedad de una empresa que tenía en prenda para garantizar el saldo de precio de su compra. El producto del remate fue superior al saldo del precio insoluto y, por tanto, se generó una obligación para la CORFO de abonar a la empresa deudora la diferencia en su favor. La cuestión que motiva el recurso a la buena fe es determinar si por la demora en el pago de este reembolso deben pagarse intereses moratorios y si su monto es el establecido en general por la ley para las obligaciones de dinero o el pactado convencionalmente en el contrato y aplicable al crédito principal.

[10] El énfasis es nuestro. El fallo agrega que la buena fe ha sido entendida por doctrina y jurisprudencia como "la rectitud de intención, la honorabilidad comercial, el deseo de actuar sin perjudicar al otro contratante".

La Corte de Apelaciones de Santiago estimó que, habiéndose terminado el contrato, no procedía aplicarlo a materias diferentes, de modo que el interés que debía aplicarse al abono de la diferencia en favor del deudor prendario era el contemplado por el art. 1.559 del *Código Civil*. Frente a esto, la empresa originalmente deudora y actual acreedora recurre de casación en el fondo, invocando entre otras disposiciones legales infringidas la del art. 1.546 del *Código Civil*. La Corte Suprema acoge la causal y casa la sentencia, al estimar que el principio de buena fe impone que los intereses sean los mismos que los pactados contractualmente para el crédito principal. La sentencia es pródiga en consideraciones sobre la buena fe, dice que:

> "no resulta jurídicamente razonable y equitativo y pugna derechamente con el art. 1546 del Código Civil, que se apliquen los intereses contractuales para calcular lo que Sintra le debía a Corfo y otros distintos para el cálculo de lo que Corfo deba restituirle a aquella por el exceso percibido, ya que ambas obligaciones son el resultado del mismo contrato e inciden en una misma liquidación..." (Corte Suprema, 27 de julio de 1998, *RDJ*, tomo 95, Santiago, 1998, sec. 1ª, p. 110);

agrega el fallo que la norma del artículo 1.546 del *Código Civil* permite desarrollar la idea de que no es equitativo que un contratante pretenda que, en las liquidaciones monetarias que emanan de un mismo contrato, se aplique un régimen de cálculo en cuanto ello le favorece y a la vez rechace que esa misma fórmula se aplique en beneficio de su contraparte, puesto que de ser así se contravendría la doctrina de los actos propios: "llevada al campo contractual esta doctrina es la que más se aviene con la justicia y equidad y con la buena fe contractual que exige de todas las partes el artículo 1546 del Código Civil".

No escapa a la consideración de la Corte Suprema que la obligación de la CORFO, de pagar intereses sobre la diferencia del producto del remate, es un efecto no propiamente contractual sino poscontractual y, por tanto. cae fuera del alcance de la letra del art. 1.546 del *Código Civil*, que se refiere únicamente a la buena fe en la "ejecución del contrato". Sin ánimo de contradecir abiertamente la letra de la disposición legal, la Corte cree salvar la eventual objeción extendiendo el ámbito de la ejecución del contrato de compraventa inicial de acciones. Según ella este contrato sigue vigente en tanto: "subsiste entre las partes, precisamente, la relación que se origina en la obligación de devolver el excedente del precio percibido por CORFO..." (cons. 11°)[11].

[11] La Corte invoca la autoridad del tratadista de Derecho Civil de René Abeliuk, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, tomo I, N° 161, p. 142, quien sin abordar el problema concreto, afirma que el contrato termina naturalmente cuando se han cumplido todas las obligaciones y ya no da lugar a otra entre las partes.





La verdad, parece excesivo hacer sobrevivir de esta manera un contrato de compraventa. Más aceptable sería predicar la inclusión de esta obligación en el contrato de prenda accesorio a aquél o derechamente reconocer que es aplicable el principio de buena fe a las relaciones poscontractuales.

El segundo caso se refiere a la liquidación de un contrato de trabajo. La Corte de Apelaciones de Santiago se niega a privar de valor a un finiquito suscrito entre las partes sin cumplir con la exigencia de hacerlo ante los ministros de fe señalados por el *Código del Trabajo*, pues que ello podría importar una doble indemnización para el demandante. La Corte abunda en alusiones a la buena fe, tanto respecto de la ejecución de todo contrato (incluido el de trabajo) como en cuanto principio general que, junto con otros, como el enriquecimiento sin causa y la equidad natural, permiten prescindir de una norma aislada que entra en conflicto con ellos (Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 1999, *GJ*, N° 223, Santiago, 1999, p. 207).

## 3. Extensión contractual vertical de la regla: ¿a qué obligan los contratos?

La extensión de la regla en profundidad nos lleva a analizar la manera en la que los tribunales chilenos están aplicando el principio de buena fe a la vigencia de la relación contractual.

### *a) Reforzamiento de la fuerza vinculante del contrato*

La relación entre el art. 1.545 del *Código*, que establece que el contrato es una ley para las partes y el art. 1.546, sobre su ejecución de buena fe, no siempre es de oposición como podría parecer a primera vista. En muchos casos la invocación de la buena fe la utilizan nuestros tribunales para reforzar la fuerza obligatoria de lo pactado contractualmente. Junto con el principio de no ir contra los propios actos, la ejecución de buena fe se interpreta como una exigencia primaria de no desconocer a posteriori lo que libremente fue convenido en el contrato.

En un antiguo fallo la Corte Suprema juzgó que la regla del art. 1.546 del *Código Civil* impedía al fisco, que había vendido en remate una propiedad, alterar las bases del remate mediante un decreto que ordenaba su inserción en la escritura de compraventa, por lo que bien podía el subastador-comprador negarse a suscribir dicha escritura sin incurrir en la pena prevista para ello

(Corte Suprema, 17 de mayo de 1921, *RDJ*, tomo 18, Santiago, 1921, sec. 1ª, p. 359)[12].

Ya más recientemente, la Corte de Apelaciones de Santiago fundó en los arts. 1.545 y 1.546 el deber de los notarios de ceñirse a las instrucciones recibidas por las partes en cuanto a la entrega de documentos confiados a su custodia hasta el cumplimiento de ciertos requisitos, sin que puedan excusarse de hacerlo por existir un árbitro nombrado por las partes para dirimir las dificultades que surjan entre ellas (Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de febrero de 1990, *RDJ*, tomo 87, Santiago, 1990, sec. 5ª, p. 31).

Por su parte, la Corte Suprema, al dictar sentencia de reemplazo por haber casado la de instancia, señala que si el contrato de promesa de venta permitía la retractación de las partes, y una ha hecho uso de esa facultad, la otra debe estarse a las consecuencias de ella y, por tanto, restituir la cosa en calidad de poseedor de mala fe desde el momento de la retractación, todo ello en virtud de los arts. 1.545, 1.546, 1.560 y 1.564 del *Código Civil* (Corte Suprema, 21 de enero de 1991, *RDJ*, tomo 88, Santiago, 1991, sec. 1ª, p. 6)[13].

También se ha tenido en cuenta este alcance del principio de buena fe en los contratos de adhesión. La Corte de Apelaciones de Santiago argumenta que Polla Chilena de Beneficencia no puede excusarse de pagar la totalidad del premio ganado en un concurso de pronósticos deportivos alegando el comportamiento irregular de una empresa de computación que operaba como delegada de ella,

[12] En sentido parecido, se condena a la demandada a indemnizar los perjuicios por incumplir un contrato de arrendamiento de un fundo otorgado por escritura privada y, no obstante, dado en arrendamiento por escritura pública a un tercero diverso del demandante. La sentencia de apelación invoca el art. 1.546. La Corte Suprema rechaza la casación (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1923, *RDJ*, tomo 22, Santiago, 1925, sec. 1ª, p. 452). Igualmente, se declara nula la fianza hipotecaria constituida por el marido en bien de la mujer para garantizar un contrato de arrendamiento, en transgresión de las instrucciones de ésta que lo facultaban sólo para otorgar la caución en garantía de un contrato de mutuo (Corte Suprema, 13 de enero de 1931, *RDJ*, tomo 28, Santiago, 1931, sec. 1ª, p. 470), se da lugar a la resolución del contrato de provisión de maderas por no haber pagado la empresa demandada en tiempo oportuno las remesas de madera enviadas por el demandante (Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de diciembre de 1928; Corte Suprema, 12 de septiembre de 1930, *RDJ*, tomo 28, Santiago, 1931, sec. 1ª, p. 222), y se impone la ejecución de la promesa de compraventa sin atención al acto unilateral de renuncia de un derecho accesorio por parte del promitente comprador, ya que esta estipulación fue independiente de las que constituyeron la promesa de venta, "y al celebrarse este que es una ley para los contratantes debió cumplirse de buena fe dentro de los términos estipulados (art. 1546 del Código Civil)" (Corte Suprema, 2 de agosto de 1941, *RDJ*, tomo 39, Santiago, 1944, sec. 1ª, p. 176).

[13] La sentencia pone de manifiesto la estrecha relación que puede haber entre buena fe objetiva y buena (mala) fe subjetiva.





"ya que siendo de adhesión el contrato de apuesta la oferta envuelve la promesa de que ningún daño sufrirá el adherente, máxime que los contratos, como se sabe, deben hacerse de buena fe, sobre todo un contrato como el que tratan estos antecedentes" (Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de julio de 1998, considerando reproducido por sentencia de reemplazo casacional de la Corte Suprema, 4 de abril de 2000, *GJ*, Nº 238, Santiago, 2000, p. 65).

En otro caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 24 de julio de 2003, se estimó que debía rechazarse la demanda de indemnización de perjuicios entablada por una gerenta en contra de la empresa empleadora, por haber puesto término anticipadamente a su contrato de trabajo de plazo fijo, ya que la demandada había procedido a pagar a la actora una indemnización convencional pactada en el contrato para el caso de no cumplir con el tiempo de duración del contrato. La Corte juzgó que el contrato admitía su término anticipado por voluntad del empleador previo pago de una indemnización convencional superior a la legal, por lo que pretender ahora una indemnización por lucro cesante atenta contra la doctrina de los actos propios como principio general fundado en la buena fe (cita a Fernando Fueyo[14]). La Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por infracción, entre otras, de la norma del art. 1.546, por defecto de formalización, pero precisó, a mayor abundamiento, que la demandante "no puede ahora... discutir la eficacia del acto que nació a la vida jurídica por su propia voluntad" (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de julio de 2003; Corte Suprema, 12 de octubre de 2004, *GJ*, Nº 292, Santiago, 2005, p. 250).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Talca señala que una institución educacional debe devolver los cheques que se destinaron al pago anticipado de colegiaturas si el alumno es retirado de dicho establecimiento por sus padres. Sostiene que la invocación de la demandada en cuanto a no ser "política actual" de la corporación dicha devolución "no se aviene con la buena fe que el legislador exige en el cumplimiento de los contratos, circunstancia que importa una vulneración a la ley del contrato en referencia" (Corte de Apelaciones de Talca, 12 de octubre de 2004, confirmada por la Corte Suprema,10 de noviembre de 2004, *GJ*, Nº 293, Santiago, 2005, p. 57).

Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza la pretensión de tratarse de un contrato de trabajo de prestación de servicios a honorarios prestados al Servicio Médico Dental por parte de una cirujano-dentista. La Corte revoca la sentencia apelada, aduciendo que ésta al calificar de laboral la relación

[14] Fueyo (n. 2), p. 310.

"tergiversa los libres y consentidos acuerdos, basados en el principio de la buena fe, producidos entre las partes para cada caso, que la demandante supo desde el principio la naturaleza de los servicios profesionales especializados a prestar, por veinte horas semanales, sujeta a honorarios y regulado por el estatuto jurídico que norma a los servicios públicos" (Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2005, *GJ*, Nº 295, Santiago, 2005, p. 285).

El acudir al principio de buena fe le permite a la Corte de Apelaciones de Santiago tener por correcta la terminación anticipada de un contrato de prestación de servicios sin necesidad de declaración judicial y negar al demandante la acción resolutoria por no haber cumplido con el deber de prestar garantía hipotecaria como lo exigía el contrato. Según la Corte el art. 1.552 del *Código Civil* trasunta el principio de buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 2004; la casación fue rechaza por la Corte Suprema, 25 de julio de 2005, *GJ*, Nº 301, Santiago, 2005, p. 133).

Hemos de anotar, además, que la Corte Suprema ha llegado, incluso, a vincular los arts. 1.545 y 1.556 con el art. 1.546 para fundar en estos preceptos el derecho de un actor a obtener indemnización del lucro cesante hasta el término de la obra o faena para la que fue contratado, si es despedido con anticipación por una empresa radial (Corte Suprema, 14 de septiembre de 2000, *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, sec. 3ª, p. 170).

Finalmente, la Corte Suprema ha indicado como fundamentos de derecho de la sentencia que deniega el cúmulo de responsabilidad los arts. 1.545 y 1.546 del *Código Civil*, estimando que no puede intentarse la vía aquiliana prescindiéndose de las reglas contractuales (Corte Suprema, 30 de julio de 1991, *RDJ*, tomo 88, Santiago, 1985, sec. 1ª, p. 40).

### *b) Creación de deberes contractuales no explícitos*

Una segunda forma en que los tribunales aplican el principio de buena fe a la relación contractual es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, son accesorios a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico. Constituyen, pues, la perfecta aplicación de la regla segunda del art. 1.546, que estima que como consecuencia de la buena fe pueden añadirse deberes a las partes cuando así se desprende de la naturaleza de la obligación principal o cuando lo imponen la ley o la costumbre.

Un fallo ilustrativo de esta aplicación rigurosa del texto del art. 1.546 es el dictado por la Corte Suprema en el año 1929. En el caso, el demandante había comprado, en venta judicial, a la Municipalidad de Valparaíso, una propiedad





raíz, procediendo, luego, a inscribir el título en el Registro inmobiliario, pero sin que la vendedora le hiciera entrega material del inmueble vendido, el que había sido entregado al fisco. El comprador y propietario según el registro conservatorio demanda la resolución del contrato por no haber cumplido la vendedora con su obligación de hacer entrega efectiva de la cosa vendida. La Corte de Apelaciones de Valparaíso confirma la sentencia de primera instancia que había acogido la demanda. Contra ella recurre de casación la municipalidad demandada, invocando que el art. 1.824 del *Código Civil* sólo consigna como obligaciones del vendedor la tradición y el saneamiento y, por tanto, las sentencias de la instancia infringían la ley al sostener que las obligaciones del vendedor eran tres en vez de dos y agregar la entrega material que ninguna disposición legal contempla. La Corte Suprema rechazó la casación y, entre otras razones, afirmó que la obligación de entregar materialmente el inmueble debía entenderse implícita en el contrato de compraventa por estar exigida por la naturaleza de la obligación de efectuar la tradición:

"el art. 1546 –sostuvo el máximo tribunal– dispone que, como los contratos deben ejecutarse de buena fe obligan, a más de lo que expresan, a cuanto emana precisamente de la naturaleza de la obligación, y, por consiguiente, el vendedor debe hacer entrega material de lo que ha vendido para que el comprador pueda ejercitar los derechos que le confiere el contrato, entrar en el uso y goce de lo que ha adquirido, que es la más importante finalidad de la compraventa, ya que de otro modo se limitaría a tener una facultad platónica o ideal, cual sería la derivada de la inscripción del título, o adquiriría algo que lo habilitaría nada más que para afrontar las consecuencias de un litigio, no obstante no haber comprado derechos litigiosos" (Corte Suprema, 18 de marzo de 1929, *RDJ*, tomo 27, Santiago, 1930, sec. 1ª, p. 190)[15].

[15] Ya antes, la Corte de Apelaciones de Concepción había señalado que transgrede la regla de la buena fe el vendedor que sin conocimiento de los dueños del establecimiento comercial comienza a formar una sociedad mercantil de un rubro análogo al de aquél, por lo que se justifica la terminación del contrato de arrendamiento de servicios (Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de noviembre de 1906, *RDJ*, tomo 4, Santiago, 1909, sec. 2ª, p. 108, cons. 7º). En 1923, la misma Corte Suprema se había negado a casar la sentencia que argumentaba sobre la base del art. 1.546 para crear deberes contractuales implícitos. En el caso, se discutía si un contrato por el cual se vendió un inmueble con la reserva de que los derrames de agua pertenecerían al fundo del comprador-demandante, se alegó por los demandados que dichos derrames sólo se producían fuera del fundo gravado por lo que no era posible entregarlos al no tener derechos sobre predios ajenos. El tribunal de primera instancia en considerando hecho suyo por la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que los contratos obligan también a las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación y "es evidente que al

Ya avanzado el siglo XX, la entonces Corte del Trabajo de Santiago debe resolver si la cláusula pactada entre un trabajador y su empleador en el sentido de conceder al primero una participación en las utilidades líquidas de la explotación de unos fundos, impone la actualización del valor de la moneda por el tiempo de retraso en el pago. A pesar de que a esa fecha el *Código Civil* seguía anclado en el principio nominalista, la Corte afirmó la obligación de que los valores de la liquidación debían ser actualizados. Se funda, entre otras razones, en que la norma del art. 1.546 del *Código Civil* dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, no hace posible: "entender que cumple con este deber quien omite o retarda la ejecución de la obligación sin probar ni intentar hacerlo, la justificación de la omisión o de la mora" (Corte del Trabajo, Santiago, 2 de abril de 1965, *RDJ*, tomo 62, Santiago, 1968, sec. 3ª, p. 9). La Corte Suprema desechó el recurso de queja presentado por el demandado para enmendar la sentencia de segunda instancia[16].

Un nuevo caso, fallado en 1996, se refiere a la disputa sobre si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por vicios de la cosa arrendada a pesar de que podía haberse percatado de ellos. En este caso, el arrendatario pretendió anular la sentencia que le negaba tal derecho aduciendo que la Corte estaba creando un nuevo deber no contemplado en la ley. La Corte Suprema estimó que el recurso debía rechazarse puesto que la sentencia impugnada aplicaba bien el principio de buena fe al declarar que: "empece al arrendatario verificar que la cosa arrendada se le entrega en condiciones de ser usada según rece el contrato" (Corte Suprema, 3 de octubre de 1996, *GJ*, Nº 196, Santiago, 1996, p. 37). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha asentado que:

> "Los deberes de buena fe determinan que han de informarse recíprocamente de las condiciones que cada uno conoce de los supuestos de hecho en que se contratará para que se forme adecuadamente la voluntad. Pero ese mismo deber exige que las partes se comporten con diligencia, tomando las precauciones del caso y requiriendo ellas mismas las informaciones que necesiten para saber sobre lo que se contrata" (Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de septiembre de 2002, *GJ*, Nº 267, Santiago, 2002, p. 109).

convenir el señor Calvo..., en que el señor Márquez se reservaba para sí los derrames del Tambo se obligó el dueño de éste a entregárselos, o sea a no ejecutar en su predio acto alguno para impedir el uso y goce de ellos, siendo por lo mismo esta circunstancia una limitación especial del dominio de los demandados sobre el fundo el Tambo". La casación fue rechazada (Corte Suprema, 13 de enero de 1923, *RDJ*, tomo 22, Santiago, 1925, sec. 1ª, p. 114).

[16] Si bien con el voto en contra del abogado integrante Luis Cousiño Mac-Iver, quien opinó que el recurso de queja debía acogerse porque respecto del cumplimiento de un contrato no podían estimarse las utilidades de una explotación en forma arbitraria sobre la base de cálculos, "especialmente si se considera que el informe del perito revaloriza la moneda para actualizar el monto de dichas utilidades, lo que no se encuentra justificado en ningún texto legal".





La Corte de Apelaciones de Santiago ha debido pronunciarse si el contrato de salud suscrito entre un afiliado y la ISAPRE, la obliga a no sólo a financiar el costo con los prestadores seleccionados sino a garantizar que éstos presten efectivamente la atención médica cuando el beneficiario lo requiera. La Corte, recurriendo al principio de buena fe, afirma que esta obligación, aunque no haya sido explicitada debe entenderse contenida en el contrato por emanar de la naturaleza de la obligación expresada:

> "Además, en virtud del principio de buena fe contractual, contemplado en el artículo 1546 del Código Civil las ISAPRES no sólo están obligadas al tenor de lo que expresen los contratos, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, por lo que, precisado el objeto de las ISAPRES, es necesario que se encarguen de convenir de la forma que estimen conveniente con los prestadores de salud, la manera de conseguir que los beneficiarios de cualquier tipo de plan... puedan acceder siempre a las prestaciones y beneficios de salud, de manera pronta y oportuna" (Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 4 de diciembre de 2000, rol Nº 4236, Nº 17815).

La Corte sostiene que, de no afirmarse este deber contractual, la obligación principal podría considerarse "vacía de contenido y meramente formal", y que ello

> "haría carecer de sentido a las ISAPRES como instituciones, por cuanto las personas gestionarían directamente su atención de salud ante los prestatarios, sin necesidad de recurrir a intermediarios que ofrecen gestionar mejores condiciones de salud, pero que no pueden garantizar que las prestaciones se otorguen cuando más se necesitan"(cons. 3º)[17].

[17] El fallo resolvió el recurso de reclamación presentado por una ISAPRE en contra de una instrucción impartida por la Superintendencia, que imponía a estas instituciones la responsabilidad por la prestación de los beneficios de salud en planes cerrados o con prestadores preferentes. La reclamante alegaba que al imponer esas nuevas obligaciones el organismo estatal estaba yendo mucho más allá de lo que la ley y los contratos de salud establecen.

Aunque centrado sólo en el deber de contemplar un mecanismo de resolución de opiniones médicas discrepantes, en el mismo sentido y con expresa invocación del principio de buena fe, la Corte volvió a reiterar el mismo parecer en sentencia de 18 de diciembre de 2000 (Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 2000, *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, sec. 3ª, p. 274).

Los conflictos laborales por despidos injustificados dan ocasión para que los tribunales precisen obligaciones derivadas del contrato de trabajo que no han sido explicitadas, pero que se deducen de la buena fe contractual. La Corte de Apelaciones de Concepción ha declarado que la existencia en el ámbito del Derecho del Trabajo de Obligaciones de contenido ético-jurídico emana, además de la especial naturaleza de la relación laboral, de la aplicación de un principio general del Derecho, cual es la ejecución de buena fe de los contratos y, por ello, estima injustificado el despido de una trabajadora fundado en su ausencia al lugar de trabajo sin tener en cuenta la enfermedad de ésta y pretendiendo ignorar una licencia médica de la que había el empleador tomado conocimiento (Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de octubre de 2000, *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, sec. 3ª, p. 180).

En un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago se trataba de un empleado bancario que demanda al banco empleador por haberle despedido invocando grave incumplimiento de sus deberes. En el juicio se comprobó que el empleado autorizó por cuenta del banco empleador un crédito a una persona con poca solvencia y con la cual estaba relacionado comercialmente. La Corte desechó la demanda, pues consideró justificado el despido. Para ello estimó que el principio de buena fe imponía al empleado el deber de omitir "todo acto que pudiera perjudicar al Banco empleador, aun cuando él no le hubiera sido expresamente prohibido" y que no cabía duda que en relación con la persona beneficiaria del crédito el empleado

> "estaba inhibido de actuar, no sólo de acuerdo a lo ordenado por su jefe... sino también en virtud de la prohibición de carácter moral derivada de sus relaciones comerciales-bancarias con el beneficiario del préstamo, que le impedían ponderar adecuadamente el interés de su empleador, el Banco de Chile, que resultó así traicionado en su confianza" (Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1986, *RDJ*, tomo 83, Santiago, 1986, sec. 3ª, p. 99).

En el mismo sentido, esta vez, la Corte Suprema consideró que el despido de un empleado bancario estaba justificado porque había incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato si, siendo él el responsable de la fiscalización del uso de las tarjetas de crédito y, además, usuario de una de ellas, había ocultado al banco demandado su propia deuda:





> "es dable concluir –dijo la Corte– que ha incurrido en un incumplimiento grave de las obligaciones que le imponía su contrato, cuya ejecución debe estar imbuida del principio de la buena fe contractual, incumplimiento que resulta especialmente grave, considerando la confianza depositada por su empleador al designarlo en las labores que, en fin, utiliza para su beneficio personal" (Corte Suprema, 4 de noviembre de 2004, en *GJ*, Nº 293, Santiago, 2005, p. 232)[18].

En contra, se ha sostenido que la causal de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato debe restringirse a obligaciones determinadas ya sea en el contrato de trabajo o en el reglamento interno y que el principio de buena fe que permite la incorporación implícita de obligaciones anexas se sanciona a través de las restantes causales enumeradas en el art. 160 del *Código del Trabajo* (Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2003, *GJ*, Nº 277, Santiago, 2000, p. 268).

### *c) Calificación de la naturaleza del contrato*

El principio de buena fe es invocado también cuando se trata de resolver sobre la exacta calificación jurídica de un contrato. Así, por ejemplo, se da valor a unas libretas acompañadas con la demanda y a las partidas asentadas en ella no como contrato de venta ni como contrato de promesa, pero sí como una convención que permite al demandante pedir restitución del dinero abonado como parte del precio. La Corte de Apelaciones de Valparaíso sostiene que la interpretación que debe preferirse es la que confiere algún efecto a las cláusulas del contrato; "y ya que los contratos deben ejecutarse de buena fe" (Corte de Apelaciones de Valparaíso; la casación en el fondo es rechazada por la Corte Suprema, 9 de julio de 1927, *RDJ*, tomo 25, Santiago, 1930, sec. 1ª, p. 213).

Más modernamente el principio de la buena fe es utilizado por los tribunales para dirimir la cuestión de si un contrato es de arrendamiento de servicios o contrato de trabajo. En la especie, se discutía si el contrato entre una profesora de inglés y un instituto de idiomas debía ser calificado como contrato de trabajo (y, por tanto, con todas las prestaciones y obligaciones derivadas de la seguridad social) o como un contrato civil de arrendamiento de servicios. La Corte de Ape-

[18] Por su parte, la Corte Suprema ha estimado que la circunstancia de que el jefe de producción de una fábrica mantuviera relaciones amorosas con la cónyuge de su empleador, que se desempeña como cajera, es una falta que hace justificado el despido, en atención a los arts. 1.545 y 1.546 del *Código Civil*. La Corte, acogiendo el recurso de queja, revoca la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera que contiene este razonamiento: Corte Suprema, 26 de octubre de 1989, *RDJ*, tomo 86, Santiago, 1989, sec. 3ª, p. 248.

laciones de Santiago, sobre la base del texto del contrato y otros antecedentes, resolvió que no había relación de dependencia o subordinación que convirtiera el contrato en laboral. En un último considerando, agrega: "Que, por último, cabe recordar lo estatuido en el artículo 1546 del Código Civil en el sentido de que los contratos deben ejecutarse de buena fe..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 1985, *RDJ*, tomo 82, Santiago, 1988, sec. 2ª, p. 123, cons. 8º). Aunque la Corte no argumentó la forma en que este precepto había influido en la resolución, es dable presumir que el tribunal estaba pensando en la censura que le hace a la demandante de haber anteriormente suscrito una carta dirigida a la Superintendencia de Seguridad Social en la que, junto con otros profesores, afirmaba la naturaleza civil y no laboral de los servicios prestados. En efecto, en el considerando inmediatamente anterior a aquél en que arguye sobre la buena fe, la Corte ha dejado sentado que la conducta de la demandante contraviene el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo (cons. 9º). Queda claro, entonces, que la buena fe está referida a la incongruencia en que incurre una de las partes en la calificación jurídica del contrato. Lo mismo sucede en el caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el que un comentarista deportivo demanda, alegando relación laboral con un canal de televisión en circunstancias en que durante veinte años nunca había objetado los contratos de prestación de servicios a honorarios que habían ligado a las partes: "En el fondo –sostiene la Corte–, se debe rendir tributo al principio de la buena fe que inspira y sustenta el orden jurídico, como una exigencia de la propia idea de justicia" (Corte de Apelaciones de Santiago 17 de junio de 2003, *GJ*, Nº 276, Santiago, 2000, p. 249)[19].

A la inversa, en un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco en 1996, se estima que el principio de buena fe puede ser utilizado para calificar el contrato de prestación de servicios de un locutor de televisión como un contrato no meramente civil, sino laboral. Aunque la sentencia no contiene consideraciones sobre la buena fe, sitúa al art. 1.546 del *Código Civil* como el primer precepto de sus fundamentos de Derecho. La Corte Suprema rechazó los recursos de casación que fueron presentados en su contra (Corte de Apelaciones de Temuco, 31 de diciembre de 1996; Corte Suprema, 26 de marzo de 1997, *GJ*, Nº 459, Santiago, p. 223).

### *d) Interpretación de las cláusulas contractuales*

La interpretación de la regulación contenida en el contrato es otro de los ámbitos en los que juega fuertemente el estándar de la buena fe objetiva.

[19] Cfr. también Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de enero de 2005, *GJ*, Nº 295, Santiago, 2005, p. 285.





Existen fallos muy antiguos que recurren a la buena fe para dar con una interpretación razonable a una cláusula contractual que ha devenido oscura. El primer fallo, según las noticias que disponemos, en que aparece invocado el principio de buena fe es uno dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el lejano año de 1875. En él, la Corte resolvió la disputa sobre si un contrato de venta de un establecimiento hotelero incluía el nombre del hotel, que coincidía con el apellido del vendedor. La Corte estimó que, aunque no se expresara el nombre del establecimiento éste estaba incluido en la venta. Si bien no efectúa consideraciones en torno a la buena fe, la sentencia entre los fundamentos de Derecho cita el art. 1.546 del *Código Civil* (Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 1875, *G*, Nº 1283, Santiago 1875, p. 575). Cuatro años más tarde, se resuelve que la cláusula de un contrato que disponía que el trigo cosechado se distribuiría a medias entre las partes, incluye no sólo el grano sino, también, la paja que queda en la era. Nuevamente la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se limita a dejar constancia de sus fundamentos jurídicos citando el art. 1.546 del *Código Civil* (Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1879, *G*, Nº 1439, Santiago, 1879, p. 996).

A principios del siglo XX, hay constancia de dos casos relevantes sobre la función interpretativa del art. 1.546. En el primero, se debía resolver el sentido de una cláusula de estipulación de honorarios en favor de un abogado por gestiones hereditarias y que le asignaba el diez por ciento "del valor de los bienes heredados". El pleito se trabó en la cuestión de si el porcentaje debía calcularse sobre el acervo bruto o el acervo líquido (deducidas las deudas hereditarias). La Corte de Apelaciones resolvió, apoyándose en el art. 1.546, que la expresión "valor de los bienes heredados" debía entenderse como valor líquido. Deducido recurso de casación por violación del art. 959 del *Código Civil*, la Corte Suprema lo rechazó por entender que la norma decisoria *litis* de la sentencia impugnada no había sido el art. 959, sino el art. 1546, "y en todo caso la inteligencia que le da para llegar al resultado que se propone, no se aparta de la que en derecho corresponde" (Corte de Apelaciones de La Serena, 29 de enero de 1908; Corte Suprema, 27 de octubre de 1908, *RDJ*, tomo 6, Santiago, 1921, sec. 1ª, p. 220).

Unos años después, se presenta ante los tribunales de Iquique la cuestión de interpretar la cláusula de un contrato de hipoteca otorgado en favor de una persona para garantizar la obligación en que podría incurrir por asumir como fiador de un tercero, pero que establecía que el término de duración de la hipoteca sería de tres meses. El problema se presentó al ejercer el fiador la acción hipotecaria para pedir el reembolso de lo invertido por él en cumplimiento de la fianza encargada, con posterioridad a los dichos tres meses. La sentencia de primera instancia afirma que la acción hipotecaria es

procedente y sostiene que el plazo debe ser entendido como suspensivo y no extintivo de la hipoteca. Agrega, además, que si el fiador acreedor hipotecario ha pagado la deuda afianzada, la interpretación anterior se impone ya que "de otro modo dicha fianza habría sido algo sin sentido, irrisoria, y los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligando no solo a los que en ellos se expresa, sino a todo lo que emana precisamente de la obligación" (cons. 5º). La Corte de Iquique confirmó el fallo (Corte de Apelaciones de Iquique, 6 de diciembre de 1918, *G*, Nº 652, Santiago, 1918, p. 2.010)[20].

En tiempos más recientes, la Corte de Apelaciones de Concepción debe interpretar una cláusula de un contrato de compraventa de unos bienes raíces que obligaba al vendedor a realizar unas obras de regadío en un plazo determinado y disponía que en caso de no cumplir, el comprador haría esas obras de su cargo y descontaría el valor de la primera cuota del precio. En el juicio, el comprador intenta evitar el pago de las dos últimas cuotas del precio ejerciendo la excepción de contrato no cumplido, la que funda en que el vendedor no cumplió dentro del plazo con su obligación de hacer. La Corte estima que debe rechazarse la excepción por cuanto, al preverse explícitamente en el contrato la sanción que procedía en caso de incumplimiento del vendedor a realizar las obras comprometidas, el comprador habría renunciado a la facultad de alegar la referida excepción. Entre varios argumentos se invoca también "la buena fe que domina la interpretación de los contratos", ya que "si se examina esta cláusula con detención puede columbrarse la clara intención de los contratantes de pactar anticipadamente lo que ocurriría si no se ejecutaban las obras de regadío, ya que ellas... no eran de tal envergadura como para justificar o negar todo el resto del precio" (Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de julio de 1981, *RDJ*, tomo 78, Santiago, 1989, sec. 2ª, p. 124). La buena fe objetiva viene reforzada en este

[20] Otros fallos de la época que invocan el art. 1.546 del *Código Civil* para interpretar cláusulas de contratos de arrendamiento son: el de la Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de agosto de 1927; con casación rechazada por la Corte Suprema, 7 de agosto de 1928, *RDJ*, tomo 26, Santiago, 1929, sec. 1ª, p. 436; Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 1937, *RDJ*, tomo 36, Santiago, 1939, sec. 2ª, p. 9. En otro caso, el tribunal de primera instancia califica de compraventa un contrato que permite a los demandantes recoger madera de un monte del demandado e interpreta que del contrato no puede sostenerse que les vendió toda la leña del fundo ni que el vendedor les concedió el privilegio de que fueran los únicos explotadores del bosque. Cita los arts. 1.545 y 1.546 entre los fundamentos de Derecho. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia y la Corte Suprema rechaza la casación (Corte Suprema, 17 de julio de 1928, *RDJ*, tomo 26, Santiago, 1929, sec. 1ª, p. 369). Respecto de la buena ejecución de un contrato de mandato, en que el mandatario hace gestiones que también tienden a satisfacer un interés suyo propio: Corte Suprema, 28 de abril de 1938, *RDJ*, tomo 35, Santiago, 1938, sec. 1ª, p. 483.





caso con una consideración propia de la buena fe subjetiva: señala la sentencia que al haber el comprador explotado largos años los predios y sólo aducir el incumplimiento del vendedor para negarse a pagar las dos últimas cuotas del precio, "es obvio que esta conducta del ejecutado... no está amparada por la buena fe, que como se dijo antes es un principio primario en la interpretación de los contratos" (cons. 14).

En una materia largamente controvertida en nuestra jurisprudencia se ha utilizado también como argumento el principio de la buena fe. Se trata de la cuestión de si la caducidad convencional del plazo por no pago de alguna de las cuotas de un crédito (llamada en el foro "cláusula de aceleración") puede jugar en favor del deudor a los efectos de permitir la prescripción de la totalidad de la deuda en caso de haber transcurrido el plazo legal (que en títulos de crédito como letras y pagarés es apenas de un año), desde que se dejó de cumplir una cuota sin que el acreedor hubiera interrumpido la prescripción mediante la correspondiente acción judicial. La Corte de Apelaciones de Santiago en alguna ocasión ha recurrido al principio de buena fe para negar este efecto a la cláusula de caducidad del plazo en favor del deudor: señala la sentencia que, debiendo los contratos ejecutarse de buena fe "no resulta racional que una cláusula concebida en beneficio de una de las partes se vuelva en su contra por no ejercicio de la misma" (Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 1992, *RDJ*, tomo 89, Santiago, 1992, sec. 2ª, p. 1)[21].

La misma Corte ha precisado en el último tiempo que por amplias e indefinidas que hayan quedado redactadas las facultades del mandato no puede entenderse incorporada la facultad de castigar la deuda que una sociedad mantenía con la mandante-demandante, pues "la interpretación de los contratos debe hacerse siguiendo, entre otras bases, la buena fe, principio general de derecho"[22].

### *e) Morigeración de la literalidad del contrato*

Son pocos los casos en los que los tribunales emplean la regla del art. 1.546 o el principio de buena fe para moderar el rigor de los términos explícitos

[21] Sin embargo, la Corte Suprema ha fallado en contra sosteniendo que, si bien la cláusula de aceleración es establecida en favor del acreedor ello no significa que no pueda producir efectos también en favor del deudor. En voto disidente el ministro Efrén Raya Vergara sostiene que el art. 1.546 se opone a que la cláusula termine favoreciendo al deudor que incumple su obligación (Corte Suprema, 14 de abril de 1997, *GJ*, Nº 202, Santiago, 1997, p. 25). Cfr. también Corte Suprema, 13 de julio de 1993, *GJ*, Nº 157, Santiago, 1993, p. 29).

[22] El fallo cita a Jorge López Santa María, Luis Díez-Picazo y Charles Fried. Lo redacta el abogado integrante Luis Bates.

de un contrato, usando estándar jurídico como contrapeso al principio del *pacta sunt servanda*.

En 1988, la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda (Santiago) resolvió un caso de interpretación contractual sobre la base de la buena fe. La disputa consistía en la pretensión del vendedor de un predio afectado por una deuda en favor de la ex CORA, de dejar sin efecto el contrato de compraventa, por cuanto éste se suscribió en virtud de una promesa anterior en la cual el precio se pactó parte en dinero y el resto con el compromiso del promitente comprador de pagar la deuda ex CORA, en circunstancias que esto no ocurrió, pues por una modificación legal la deuda se extinguió por novación por cambio de deudor. La Corte razona sobre la base del fin práctico del contrato y sostiene que el demandante no tiene interés en demandar la nulidad, puesto que obtuvo todo lo que perseguía en la promesa: la parte en dinero del precio fue pagada y se extinguió respecto de él la deuda ex CORA. Que esto haya ocurrido de una manera diferente a lo previsto no afecta en nada el cumplimiento de sus intereses contractuales. A mayor abundamiento, sostiene la Corte que, conforme al art. 1.546 los contratos deben ejecutarse de buena fe, "sin apego a la letra rigurosa de ellos, ni a un derecho estricto. Ninguno de los contratantes debe asilarse en su literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, debe dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido". Agrega que para esta interpretación no debe dejarse de atender a factores que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley. Estima la Corte que, en este caso, es la ley la que contribuye a ampliar el sentido literal del contrato: "Esto último por ejemplo, cuando una nueva ley amplía las fuentes de extinción de una deuda ex Cora" (Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 4 de marzo de 1988, *RDJ*, tomo 85, Santiago, 1988, sec. 2ª, p. 9)[23].

Otro ejemplo de esta forma de aplicación del art. 1.546 del *Código Civil* nos lo proporciona el litigio entre una universidad y una empresa constructora. La universidad demanda porque la empresa no había dado cumplimiento oportuno de las obras contratadas y ésta se defiende alegando que no había podido hacerlo por una toma de los recintos por parte de alumnos de la demandante. En el contrato se señalaba que el caso fortuito era de calificación exclusiva de la universidad. En primera y segunda instancia se rechaza la demanda, y se deduce casación por infracción del art. 1.546 del *Código Civil*. La Corte Suprema señala que los jueces de fondo han hecho una aplicación correcta de la señalada norma, pues del hecho de que el contrato entregue a la

[23] El redactor de la sentencia es Fernando Fueyo Laneri, eminente profesor de Derecho Civil.





universidad la facultad de declarar los eventos que constituyen caso fortuito o fuerza mayor, no se sigue que tal declaración pueda ser arbitraria o contraria a las normas legales que definen esos eventos (Corte Suprema, 29 de enero de 2002, *RDJ*, tomo 99, Santiago, 2002, sec. 1ª, p. 25).

Un tercer caso en esta línea, fue fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 11 de septiembre de 2003. En ella se rechaza la demanda del arrendador que pretendía cobrar la totalidad de las cuotas del arrendamiento (treinta y dos) a pesar de que se había hecho devolución de la especie arrendada devengándose solamente dos de ellas. La Corte reconoció que el contrato autorizaba a la arrendadora a cobrar las rentas por el plazo total a título indemnizatorio, pero declaró que se trataría de una cláusula penal enorme, descrita en el art. 1.544 del *Código Civil*. Sin preocuparse de constatar la concurrencia de los requisitos de esta última norma, la Corte señala que: "a mayor abundamiento, un cúmulo como el pretendido, constituye un enriquecimiento injusto o sin causa, que repugna a los principios de buena fe que gobierna [sic] la contratación" (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de septiembre de 2003, *GJ*, Nº 279, Santiago, 2003, p. 142).

### *f) Integración del contrato*

La buena fe no sólo sirve para interpretar, calificar el contrato o deducir deberes implícitos sino para integrar el contenido del contrato cuando se detectan vacíos o lagunas en la regulación contractual.

Así, en un antiguo fallo de la Corte Suprema se señala que la condición resolutoria tácita es de aquellas cosas que se entienden pertenecer a la naturaleza del contrato, aun sin estar expresamente incluidas. En el caso, el demandante pedía la resolución del contrato de compraventa de un vehículo, por haberse vendido por el vendedor a un tercero. Los tribunales de instancia acogieron la resolución solicitada. El vendedor recurrió de casación por vulnerar el fallo de apelación, entre otras, la norma del art. 1.546 del *Código Civil*. La Corte Suprema rechazó el recurso y señaló:

> "que la buena fe con que deben ejecutarse los contratos obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino o todo aquello que emana precisamente de la naturaleza de los mismos y a lo que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. La acción resolutoria, por disposición expresa de la ley, emana precisamente de los contratos bilaterales, en las condiciones que la misma ley señala; y la sentencia recurrida al dar lugar a la demanda de resolución con los antecedentes producidos, no ha violado el art. 1546" (Corte Suprema, 4 de octubre de 1921, *RDJ*, tomo 21, Santiago, 1924, sec. 1ª, p. 172).

Sin embargo, se ha sostenido que si en un contrato de promesa de compraventa se pacta un derecho de desistimiento de las partes, esta cláusula debe prevalecer por sobre la condición resolutoria tácita, justamente por así disponerlo el art. 1.546 del *Código Civil*. En el caso se alega que la sentencia que rechaza la demanda de cumplimiento de una promesa de venta y acepta el desistimiento de la parte demandada, infringe los arts. 1.545 y 1.546 de dicho *Código*. La Corte señala que como la facultad de desistirse estaba pactada en el contrato su reconocimiento no infringe la disposiciones señaladas. Sobre si debe prevalecer la norma del art. 1.489 por sobre la facultad de desistimiento, dice la Corte que:

> "La cuestión la resuelve expresamente el artículo 1546 del Código Civil al disponer que en las convenciones prima la ley del contrato, esto es, sus cláusulas escritas, lo que en ella se expresa. En efecto, la redacción misma del precepto legal lo confirma al consagrar que: 'Los contratos [...]'. Al emplear dicho artículo la conjunción adversativa 'sino' precedida del modo adverbial 'no sólo' establece una forma de construcción de la oración que denota adición de otro u otros miembros a la cláusula, cabe decir se agregan a las cláusulas escritas las cosas tácitas que por su naturaleza pertenecen al contrato, dándoles a aquellas el carácter de principales" (Corte Suprema, 13 de agosto de 1956, *RDJ*, tomo 53, Santiago, 1956, sec. 1ª, p. 165).

### *g) Prueba del contrato*

En un caso, que ya tuvimos ocasión de mencionar en relación con la celebración contractual, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró probado un contrato de compraventa mercantil por medio de documentos que por sí solos no eran suficiente para acreditarlos. Entre ellos, estimó eficaz un instrumento otorgado por una autoridad extranjera y que no fue debidamente legalizado. La sentencia argumenta sobre la base de la costumbre y del principio de buena fe:

> "Que también ha debido tenerse presente lo atinente a las costumbres mercantiles a que se refiere el artículo 4° del Código de Comercio, las cuales 'suplen el silencio de la ley', y, sabido es, que el proceder comercial en este tipo de negociaciones, se basa fundamentalmente en la rapidez de su ejecución y en la buena fe que caracteriza a los actos de comercio, todo lo cual ha conducido a este Tribunal a la convicción de que en la especie medió un contrato entre demandante y demandada, que fue incumplido por esta última, pues, ha quedado demostrado que habiendo obtenido para sí una mercadería determinada que luego vendió en el extranjero, dejó de cumplir con la obligación contractual de pagarla, por la suma referida en la demanda y de la manera allí solicitada" (Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 1995, *RDJ*, tomo 92, Santiago, 1995, sec. 2ª, p. 114).





## 4. Extensión extracontractual

La aplicación del principio de buena fe supera, incluso, los marcos del concepto estricto de contrato. Esta aplicación genérica puede abarcar la interpretación de otros negocios jurídicos no contractuales, los derechos reales, el ejercicio de acciones tanto personales (no derivadas de contrato) como reales, la forma de comportarse en el juicio, la ejecución de actos de la administración del Estado y el uso de privilegios laborales como el fuero.

### *a) Ampliación a otros negocios jurídicos y a los tratados*

Aunque en el caso se trata de la suscripción de un contrato de salud, la Corte de Apelaciones de Concepción afirma que el principio de buena fe rige en general para los "negocios jurídicos" y no sólo para los contratos (Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de noviembre de 2001, confirmada por la Corte Suprema, 13 de febrero de 2002, rol N° 4582-2001, N° 19309). La Corte parece querer englobar en esto el acto preparatorio del contrato consistente en una declaración de salud otorgada por el asegurado[24].

La Corte Suprema, por su parte, ha tenido ocasión de señalar que el principio de buena fe debe inspirar el proceso de negociación colectiva entre trabajadores y empleadores y la celebración de un contrato colectivo de trabajo, por cuanto se trataría de un principio que integra el espíritu general de toda nuestra legislación (Corte Suprema, 23 de agosto de 1999, *F. del M.*, N° 489, Santiago, 1999, p. 1777). En el caso se discutía si debía aplicarse una norma del *Código del Trabajo* que impone, en caso de ausencia de respuesta del empleador, que se tenga por contrato colectivo el proyecto presentado por los trabajadores en el proceso de negociación colectiva. La empleadora había presentado una respuesta, pero su proyecto contenía ilegalidades que no fueron subsanadas oportunamente. La Corte sostuvo que el principio de

[24] En un caso más antiguo se aplica el principio a la partición de bienes. La Corte de Apelaciones, al no acoger la demanda de nulidad de una partición, rechazando varias causales alegadas, entre ellas la de haberse omitido algunos bienes, cita en su apoyo la disposición del art. 1.546. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo (Corte Suprema, 3 de septiembre de 1937, *RDJ*, tomo 35, Santiago, 1938, sec. 1ª, p. 1).

buena fe impedía sancionar como si no hubiere respondido al que presenta una respuesta, si bien con imperfecciones legales en cuanto a su contenido.

El principio se considera aplicable, también, a los tratados, sobre la base de que el art. 31 de la CV que lo consagra –"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirle a los términos del Tratado teniendo en cuenta su objeto y fin"– tiene valor legal interno, al haberse ratificado dicha convención por el Estado de Chile. Así lo indica expresamente la Corte Suprema, aunque paradójicamente sostiene que es función privativa del Ejecutivo el interpretar el tratado por el hecho de que la Constitución le acuerda la conducción de las relaciones internacionales. Como se ve, la invocación del texto de la CV es nada más que un *obiter dicta* sin influencia en lo resolutivo del fallo (Corte Suprema, 5 de enero de 1987, *RDJ*, tomo 84, Santiago, 1987, sec. 5ª, p. 11)[25].

### *b) Ejercicio de derecho reales*

La buena fe objetiva ha sido contemplada también para el ejercicio de un derecho real como el de servidumbre activa. En el caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de protección por afectación del derecho de propiedad interpuesto por el dueño del predio sirviente, quien reclamaba que la empresa titular de la servidumbre no podía instalar un segundo ducto de telecomunicaciones en la franja de terreno en la que ya tenía el primero en virtud de dicho derecho real. La Corte consideró que la buena fe abonaba la instalación del segundo ducto y las obras y trabajos necesarios para su instalación. Para ello recurrió al contrato de constitución de la servidumbre al que calificó de "oponibilidad absoluta", y estimó que tal contrato:

> "obliga su ejecución de buena fe, no sólo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella, por lo que las obras y trabajos relativos a un segundo ducto o tuberías se comprende en dicho concepto todo su sistema de monitoreo y seguridad [sic]" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5 de septiembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 23 de octubre de 2000, rol Nº 3.635-00, Nº 17429).

[25] En el caso, un médico titulado en la Unión Soviética y cuyos estudios fueron reconocidos en Ecuador pretendía que su título fuera reconocido en Chile sobre la base del acuerdo internacional de reconocimiento de estudios que rige entre Chile y Ecuador. La Corte rechazó el recurso de protección y sostuvo que el Ministerio de Relaciones Exteriores, al denegar la aplicación del acuerdo, no había procedido ilegalmente.





También se le ha considerado importante a la hora de acceder a la constitución legal de una servidumbre minera. La Corte de Apelaciones de Santiago estima que no procede de acuerdo con la buena fe y vulnera la regla de los actos propios que se inspira en aquélla, la conducta del dueño del predio sirviente que se niega a la demanda de constitución de servidumbre alegando que la sustancia que se pretende explotar no es concesible, si previamente había suscrito contratos de arriendo de sus predios con el objetivo de facilitar a los arrendatarios justamente la extracción de dicha sustancia (Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de mayo de 2005, *GJ*, Nº 299, Santiago, 2005, p. 171)[26].

### *c) Ejercicio de acciones personales no contractuales*

Parece posible aplicar el principio de buena fe para inhibir el ejercicio de acciones personales que no tienen origen en un contrato. Así, por ejemplo, una acción de simulación o de nulidad absoluta por falta de consentimiento intentada por un tercero que tiene interés en la nulidad, pero que no ha sido parte del contrato.

En un caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, se resolvió que si el heredero del vendedor había primero intentado la acción de rescisión de lesión enorme de la compraventa sin seguir adelante el pleito, no procedía que pretendiera luego ejercer la acción de simulación de la misma venta invocando su calidad de tercero y no de causahabiente del vendedor (ámbito extracontractual). Frente al recurso de casación, la Corte Suprema adujo que, aunque la Corte de alzada, al rechazar la demanda hubiera incurrido en infracción de ley, su sentencia no podía ser casada, ya que de todas maneras la demanda debía rechazarse en virtud de la doctrina de los actos propios, principio general de Derecho que se funda en la buena fe y que encuentra en materia contractual su base legal en el art. 1.546 del *Código Civil* (Corte Suprema, 9 de mayo de 2001, *RDJ*, tomo 98, Santiago, 2001, sec. 1ª, p. 99)[27]. En el fondo, el razonamiento es que la acción se inhibe por el principio

[26] Dice expresamente el fallo: "...la parte demandada al basar su defensa en esos términos ha venido a contrariar o desconocer su conducta anterior claramente manifestada en los aludidos contratos de arrendamiento. Por lo tanto... resulta insoslayable invocar en la especie la doctrina que ha ido acogiendo la jurisprudencia de un tiempo a esta parte conocida como los actos propios que se basa en la regla que se inspira en la buena fe y que consiste que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta lo que concierne al principio que impide las conductas contradictorias y que se plasma en la máxima venire contra factum propium non valet" (cons. 4º).

[27] La sentencia fue redactada por el abogado integrante René Abeliuk, destacado tratadista de Derecho Civil.

de que nadie puede venir en contra de sus propios actos, pero este principio aparece englobado en el más general del de buena fe y así se reconduce al art. 1.546, omitiéndose que sólo se refiere a la "ejecución" de los contratos y no al ejercicio general de los derechos y acciones.

### *d) Ejercicio de acciones reales*

Encontramos al menos dos sentencias en las cuales la buena fe sirve para modular el ejercicio de la acción reivindicatoria y la acción propietaria de precario, respectivamente.

En un antiguo caso, fallado por la Corte Suprema en 1933, se discutió si procedía que los herederos del vendedor (en pública subasta) de una propiedad ejercieran la acción reivindicatoria en contra de quien actualmente poseía esa propiedad en virtud de un título que derivaba del comprador, fundándose en que esa primera compraventa no había sido inscrita en el Conservador de Bienes Raíces (es decir, no se había efectuado la tradición como modo de adquirir). La Corte estimó que en este caso el demandado tendría derecho a citar de saneamiento no sólo a su vendedor directo sino a sus antecesores, dentro de los cuales está el vendedor ahora difunto que, necesariamente, debería ser representado por los mismos herederos que son, a su vez, los demandantes. De esta manera, juzga incompatible la acción de dominio con la obligación contractual de saneamiento y estima que debe rechazarse la demanda reivindicatoria, entre otras razones porque la sentencia de alzada al acogerla infringía el art. 1.546, ya que –sostuvo la sentencia–

> "ha olvidado ese precepto legal al dar cabida a la acción de la parte vendedora en el contrato aludido incompatible con una de sus dos obligaciones primordiales e insustituibles para con el comprador, lo que estaría en pugna con la buena fe con que deben ejecutarse los contratos, que impone ante todo el sometimiento a las obligaciones expresas que de ellos nacen" (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1933, *RDJ*, tomo 31, Santiago, 1934, sec. 1ª, p. 29, con nota aprobatoria de Arturo Alessandri Rodríguez).

Como vemos, la Corte llega a decir que la necesidad de cumplir un contrato puede ser tan fuerte que, incluso, impide ejercer una acción reivindicatoria que resulte incompatible con alguno de los deberes contractuales. En este caso, la ejecución de buena fe de un contrato es oponible al titular de una acción real.

Otro supuesto en que el razonamiento judicial discurre por similares derroteros tiene un planteamiento más tortuoso en los hechos. En el caso,





un menor es nudo propietario de un bien raíz siendo los usufructuarios sus padres. El padre, en su representación legal, promete vender el bien raíz a otra persona y se compromete, junto con su mujer, a alzar el usufructo; el predio es entregado al promitente comprador, pero la escritura de compraventa definitiva no se suscribe. Entretanto, muere la madre y el usufructo acrece al padre. Habiendo ejercido ya el promitente comprador una acción judicial para lograr la ejecución forzada del contrato de promesa, el nudo propietario, que ya ha alcanzado la mayoría de edad, transfiere la nuda propiedad a una tía a título de venta. A su vez, el promitente comprador cede sus derechos litigiosos y entrega el inmueble a un tercero que pasa a ser el detentador del bien. Frente a esto, el padre y la tía demandan a este último, ejerciendo la acción de precario y reclamando la entrega de la propiedad en cuanto nuda propietaria y usufructuario, respectivamente. La Corte recurre a la teoría de los actos propios para rechazar la acción del usufructuario y luego –en tesis muy discutible– declara que la tía en cuanto mera nuda propietaria no tendría interés actual comprometido en el juicio, ya que no puede gozar del bien raíz. En lo que nos interesa, la Corte estima que el hecho de que el demandante hubiera estipulado en un contrato que renunciaría al usufructo, lo inhibe para ejercer la acción de precario en contra del tenedor que deriva su tenencia de ese mismo contrato. Nuevamente se declara que "la doctrina de los actos propios es un principio general de derecho que se funda en la buena fe" y que el derecho alegado por el padre usufructuario "resulta desde luego insostenible [...] por ser atentatorio a la buena fe que se consagra en el artículo 1546 del Código Civil, pero que orbita en toda la legislación chilena y mundial, lo que resulta absolutamente incontestable" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de julio de 1996, *RDJ*, tomo 93, Santiago, 1996, sec. 2ª, p. 87)[28].

### *e) Buena fe en el desarrollo del litigio*

Para la consideración de la buena fe objetiva en el marco del proceso civil, los tribunales tienen una ayuda en la disposición del art. 724 del *Código de Procedimiento Civil*, que faculta al tribunal para ponderar la prueba según la buena o mala fe con que las partes hayan litigado[29]. Se trata de una norma

[28] Empero la Corte, además, basó la sentencia en que el tenedor no había llegado a detentar el bien sin conocimiento del dueño y sin previo contrato, sino que existía la promesa de compraventa inicial en la cual el demandado era continuador (por la cesión de derechos litigiosos) y había conocimiento de ello por el propietario y usufructuario.

[29] El artículo 724 del *Código de Procedimiento Civil* dispone que la prueba en casos calificados puede el tribunal apreciarla en conciencia "y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él".

prevista para los juicios de mínima cuantía (raramente aplicables), pero que los tribunales están considerando como expresión de un principio general.

Tres sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago pueden servir de muestra. En el primer caso, se discutía si el arrendador debía indemnización al arrendatario por las obras de reparación a la fachada del inmueble. La Corte negó la indemnización aduciendo, además de otras consideraciones, que:

> "el principio de buena fe contractual debe ser observado por las partes contratantes y litigantes, como también considerado por el tribunal al resolver los pleitos, tanto al ponderar la prueba rendida en éste como al establecer los hechos, en los cuales no puede estar ausente la impresión que le merezca la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él (art. 724 del *Código de Procedimiento Civil*)" (Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2001, *RDJ*, tomo 98, Santiago, 2001, sec. 2ª, p. 11).

La Corte aclara que este razonamiento, aunque debía ser considerado, no fue el determinante para adoptar la resolución del tribunal en contra del demandante.

En la segunda sentencia, la Corte desecha la excepción de caducidad de una hipoteca por falta de consentimiento de la cónyuge del deudor hipotecario, pues ésta concurrió en la escritura autorizando al marido para hipotecar todo el inmueble y no solamente su cuota. Sostiene que: "una base fundamental del sistema institucional chileno es la protección de la buena fe y la sanción de las actuaciones en que una persona actúa [sic] de mala fe", por lo que la norma del art. 724 del *Código de Procedimiento Civil* que acoge el principio de buena fe procesal es "un principio de derecho de general aplicación" (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de agosto de 1996, *GJ*, Nº 194, Santiago, 1996, p. 53).

El tercer caso es aún más notable, ya que el principio de buena fe se utiliza, incluso, para ir contra la cosa juzgada de una sentencia de término. En la especie se había concedido una indemnización de perjuicios en favor de una sociedad que posteriormente se revela se había disuelto por desahucio de uno de los socios:

> "Que esta nueva circunstancia –determinó la sentencia– ...demuestra la inexistencia de la sociedad demandante..., hecho que no se expresó por los demandantes pese a que estaban obligados a respetar la buena fe con que se litiga, procediendo a ocultar un antecedente que resultaba vital para la justificación de las pretensiones y existencia de uno de los actores..." (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de mayo de 2000, *GJ*, Nº 239, Santiago, 2000, p. 81).





La Corte terminó declarando que al no existir una de las partes no pudo haber juicio ni sentencia que produzca cosa juzgada[30].

La misma Corte Suprema ha aludido al acoger una casación en la forma que "'la buena fe procesal" constituye un principio formativo del procedimiento, que se traduce en el respeto a las partes y la lealtad en el debate" (Corte Suprema, 8 de julio de 1998, *RDJ*, tomo 95, Santiago, 1998, sec. 1ª, p. 94)[31].

### *f) Buena fe en los actos administrativos*

La sentencia de la Corte Suprema que, acogiendo un recurso de queja, dio lugar a la doctrina de la recesión y revocó un acto expropiatorio, estimó que uno de los fundamentos de su fallo era el principio de buena fe:

> "El Acto de Autoridad o el Acto Jurídico Administrativo, debe estar inspirado en el principio general que es la base de todo régimen de derecho, la buena fe, por tanto no puede procederse arbitrariamente en una expropiación, ella como se ha dicho, debe cumplir los fines de bien común y de función social que es su fuente esencial" (Corte Suprema, 9 de octubre de 1981, *RDJ*, tomo 78, Santiago, 1981, sec. 5ª, p. 207).

---

[30] Como *obiter dicta* es interesante lo planteado por la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992, *RDJ*, tomo 89, Santiago, 1992, sec. 2ª, p. 177: "Que en nuestro ordenamiento procesal, tiene aplicación el principio de probidad o de buena fe, que exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, sancionándose cualquier exceso en el uso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas". Otra sentencia de la misma Corte sostiene: "Que los sentenciadores estiman que uno de los elementos que integra el concepto de la sana crítica, con arreglo al cual debe emitirse el juzgamiento, es el principio de derecho contenido en el artículo 724 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto incorpora al proceso, que lleva a formar la convicción de los falladores, el análisis de la conducta de las partes durante el juicio y de la buena o mala fe con que hayan litigado" (Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de junio de 1993, *RDJ*, tomo 90, Santiago, 1993, sec. 3ª, p. 103: la Corte se fundó en esta doctrina para no dar lugar a la reclamación de prestaciones previsionales que el demandante sólo solicitó en la demanda y no incluyó en la reclamación que hizo previamente ante la Inspección del Trabajo).

[31] La misma Corte recurre a la buena fe para dar por configurado el delito de presentación de testigos falsos en juicio civil en el caso en que dicha presentación ocurrió en una gestión voluntaria de autorización para enajenar: "Que desde de punto de vista del principio formativo de los procesos de la 'bonna fidis' no puede justificarse el proceder del profesional abogado, auxiliar por excelencia de la administración de justicia, y la pretensión de absolución porque ello podría facilitar la comisión de irregularidades en la tramitación de los asuntos no contenciosos, si no se les considerare como juicios civiles como lo demuestra el propio juez" (Corte Suprema, 12 de julio de 1995, *RDJ*, tomo 92, Santiago, 1995, sec. 4ª, p. 117).

### g) *Buena fe y fuero laboral*

La buena fe se ha invocado, además, para negar a un trabajador de contrato a plazo fijo y dirigente de un sindicato de trabajadores transitorios, el privilegio del fuero laboral. La Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja, señaló que:

> "cabe advertir que en el caso de autos la contratación del demandante se hizo por un tiempo limitado, sin considerarse y aún conocerse por el empleador la condición de dirigente sindical del actor, desconocimiento que, eventualmente, puede usarse en forma deliberada y aun con intenciones reñidas con el principio de la buena fe que debe inspirar la celebración de los correspondientes contratos de trabajo y, lo que sería peor al repetirse la contratación temporal con diferentes empleadores, podría transformarse en una fuente indebida de lucro" (Corte Suprema, 4 de junio de 1990, *RDJ*, tomo 87, Santiago, 1990, sec. 3ª, p. 61).

## 5. El control de casación y el principio de buena fe

Estando incorporado en una norma legal como el art. 1.546 del *Código Civil*, la aplicación del principio de buena fe por los tribunales de instancia debería ser controlable a través del recurso de casación en el fondo cuando la sentencia recurrida infringe la norma y la infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (art. 767 del *Código de Procedimiento Civil*). Así lo afirma la doctrina[32].

Sin embargo, y, aunque la jurisprudencia disponible es escasa, pareciera que la Corte Suprema está más dispuesta a aplicar el principio de buena fe cuando actúa como tribunal de segunda instancia (en los recursos de protección por afectación ilegítima de los derechos constitucionales) que cuando lo hace como tribunal de casación.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha confirmado varias sentencias de Cortes de Apelación que deciden acoger un recurso de protección sobre la base, entre otras razones, del principio de buena fe. Es lo que sucede con los casos relativos al contrato de seguros y al deber de información del asegurado en relación con su estado de salud que ya hemos mencionado (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2001, confirmada por la Corte Suprema,

[32] López Santa María (n. 2), p. 398.





7 de junio de 2001, *GJ*, Nº 252, Santiago, 2001, p. 51; Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de diciembre de 1999, confirmada por la Corte Suprema, 10 de enero de 2000, rol Nº 2-2000, Nº 16509). Lo mismo ocurre en el caso en que una ISAPRE reclama en contra de una instrucción emanada de la Superintendencia que, a su juicio, le impone más deberes y responsabilidades que las emanadas del contrato y la ley (Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 4 de diciembre de 2000, rol Nº 4236, Nº 17815). La Corte, aunque sin aplicarlo, refiere la existencia del principio en la interpretación de los tratados (Corte Suprema, 5 de enero de 1987, *RDJ*, tomo, 84, Santiago, 1987, sec. 5ª, p. 11).

En cambio, cuando se trata de casar una sentencia dictada por una Corte de Apelaciones por haber infringido la disposición del art. 1.546, la Corte Suprema es más cautelosa, si no francamente reticente.

En algunas ocasiones se rechaza que el principio de buena fe sea revisable en sede de casación por estimarse que su aplicación es una cuestión de hecho de exclusiva competencia de los jueces de la instancia. Hay que mencionar, en primer lugar, un fallo de principios del siglo XX; en el pleito se debatía la interpretación de una cláusula contractual que fijaba el monto de la renta del arrendamiento de un predio. La Corte se negó a casar la sentencia de segunda instancia recurriendo al principio de buena fe, invocado por el recurrente. Sostuvo el Tribunal que fijada la intención de las partes, ésa era una cuestión de hecho no revisable por casación y, por ello, "no ha podido faltarse a la buena fe ni infringirse el artículo 1546 del Código Civil" (Corte Suprema, 31 de marzo de 1919, *RDJ*, tomo 17, Santiago, 1920, sec. 1ª, p. 13)[33].

Más categórico aún es el fallo de la Corte Suprema de 8 de enero de 1973. En el caso la Corte de Apelaciones determinó que no había incumplimiento

[33] En igual sentido: Corte Suprema, 24 de julio de 1928, *RDJ*, tomo 26, Santiago, 1931, sec. 1ª, p. 382; Corte Suprema, 10 de agosto de 1937, *RDJ*, tomo 34, Santiago, 1940, sec. 1ª, p. 450. En el caso en que un banco es condenado a restituir un depósito sin que se tenga en cuenta la remisión de fondos que hizo en virtud de una carta que no procedía del titular de la cuenta, y en que se alega ser nula la sentencia por violación de los arts. 1.545 y 1.546, ya que el demandado se habría limitado a cumplir el contrato, la Corte desecha el recurso diciendo, por una parte: "Que en lo que se hace consistir la violación de la ley del contrato y la de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, no es la mala calificación o la interpretación errónea del contrato de depósito de que se trata, sino la apreciación de hechos acerca de los cuales se rindió prueba y a los cuales el recurso da el alcance de partes inherentes al contrato sin serlo; pues se trata de meros hechos que han podido ser apreciados en forma inamovible por el Tribunal de Alzada y que no pueden dar base para fundar un recurso de casación en el fondo" (cons. 1º). Pero agrega, además, que se evidencia que hubo negligencia al enviar los fondos a un domicilio que no era el registrado en el banco por el titular, de modo que no se han violado los arts. 1.545 y 1.546 (cons. 4º) (Corte Suprema, 19 de octubre de 1928, *RDJ*, tomo 26, Santiago, 1929, sec. 1ª, p. 677).

de un pacto de concurrencia por cuanto el negocio abierto por el demandado en las proximidades de aquel del demandante era continuación de uno que tenía antes en otro lugar y que había sido clausurado. El demandante recurrió de casación, invocando el principio de buena fe, pero la Corte Suprema rechazó la alegación, pues consideró que se pretendía:

> "invadir el recurso de casación en el fondo, con cuestiones absolutamente de hecho, como es resolver sobre la buena o mala fe, decidir acerca de las obligaciones que del contrato deriven o de las obligaciones que tengan su origen en la ley o la costumbre" (Corte Suprema, 8 de enero de 1973, *F. del M.*, Nº 170, Santiago, 1973, p. 327; *RDJ*, t. 70, Santiago, 1973, sec. 1ª, p. 3).

En el mismo sentido, la Corte Suprema niega lugar a la casación sobre la base del art. 1.546 por considerar que éste: "da reglas para interpretar los contratos, facultad que solo compete a los jueces del fondo" (Corte Suprema, 27 de septiembre de 1977, *F. del M.*, Nº 226, Santiago, 1977, p. 245: en el caso, el recurrente alegaba que su crédito debía ejecutarse por la cantidad prevista en el título ejecutivo más el reajuste).

En algunos fallos la Corte ya no echa mano de la doctrina anterior y entra a considerar la posible infracción al principio de buena fe contemplado en el art. 1.546 del *Código Civil*, pero en la mayor parte de las veces parece encontrar razones para denegar la casación por estimar correcta la aplicación que le ha dado el juez de la instancia. Aunque existen algunos casos fallados en 1921 (Corte Suprema, 17 de mayo de 1921, *RDJ*, tomo 18, Santiago, 1921, sec. 1ª, p. 359; Corte Suprema, 4 de octubre de 1921, *RDJ*, tomo 21, Santiago, 1924, sec. 1ª, p. 172 ), esta tendencia jurisprudencial parece asentarse a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Así, frente a la alegación del recurrente, de que el fallo de instancia había violado el art. 1.546 al negar al arrendatario el derecho de indemnización por vicios de la cosa arrendada en razón de que éste podía haberlos conocido, la Corte Suprema estimó que el recurso debía rechazarse, puesto que el principio de la buena fe exigía al arrendatario verificar que la cosa se encuentre en condiciones de ser usada (Corte Suprema, 3 de octubre de 1996, *GJ*, Nº 196, Santiago, 1996, p. 37). En otra ocasión, la Corte consideró que no había infracción del art. 1.546 a pesar de que la sentencia recurrida había acogido la prescripción de la deuda en favor de un deudor que luego de negar su existencia en la gestión prejudicial de confesión de deuda invocaba esta misma gestión como momento en el que se habría hecho exigible la totalidad de la deuda en virtud de una cláusula de aceleración. La Corte estimó que el principio de buena fe no era vulnerado, toda vez que: "la posibilidad de negar una deuda en la gestión preparatoria pertinente es





un derecho que el legislador le ha conferido al deudor" (Corte Suprema, 19 de marzo de 1997, *GJ*, Nº 201, Santiago, 1992, p. 35)[34]. En otro caso, esta vez fallado en 1998, la Corte Suprema se resiste a apartarse del tenor literal de la ley y del contrato ocupando razones de equidad o buena fe. Se trataba de una viuda que demandaba a la Compañía de Seguros que aseguró la vida de su marido, la cual se rehusaba a pagar la indemnización, argumentando que a la fecha del deceso había caducado el contrato de seguro por falta de pago de las primas. En efecto, la Compañía demandada argumentaba que ella no había recibido el abono de las primas desde catorce meses antes de la muerte del asegurado. La demandante, por su parte, alegaba que el contrato había sido suscrito a través de un convenio entre la Compañía de Seguros y una empresa emisora de tarjetas de créditos, convenio que incluía el descuento automático de las primas a través de las tarjetas. Por ello el asegurado no era responsable si la empresa emisora de la tarjeta no había enterado la prima a la Compañía de Seguros. El pleito fue conocido en primera instancia por un juez árbitro que acogió la demanda. Sin embargo, posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago la desechó. Contra esta sentencia se interpone un recurso de casación en el fondo y se señala como infringido el art. 1.546 del *Código Civil*. La Corte Suprema se rehúsa a distanciarse del tenor de la ley si existen disposiciones expresas sobre el no pago de la prima de los seguros, ya que, sostiene, otras fuentes auxiliares como la equidad, sólo pueden ocuparse a falta de normas legales. También niega que se haya infringido por la sentencia de apelación el principio de buena fe contemplado por el art. 1.546, ya que el contrato había caducado por incumplimiento y "la sentencia ha concluido que no está probado el motivo por el cual el asegurado dejó de pagar las primas del seguro 14 meses antes de su fallecimiento" (Corte Suprema, 15 de julio de 1998, *RDJ*, tomo 95, Santiago, 1998, sec. 1ª, p. 101)[35]. Finalmente, en 2002, la Corte Suprema aprueba la aplicación del art. 1.546 para aceptar como caso fortuito eximente de responsabilidad contractual la toma de ciertos recintos por parte de alumnos de la universidad demandante, aun cuando la calificación del caso fortuito era reservada por el contrato a esta última (Corte Suprema, 29 de enero de 2002, *RDJ*, tomo 99, Santiago, 2002, sec. 1ª, p. 25).

---

[34] En un caso de preparación incorrecta de la vía ejecutiva por haberse citado a reconocer firma de una factura que no estaba firmada por la demandada, ante la invocación de los arts. 1.545 y 1.546 del *Código Civil* como normas infringidas por la sentencia de segunda instancia, la Corte Suprema deniega la casación simplemente por no ser "atinentes al caso" (Corte Suprema, 27 de diciembre de 2000, *GJ*, Nº 246, Santiago, 2000, p. 52).

[35] De la última frase, es posible colegir que otro hubiera sido el dictamen de la Corte si se hubiera probado que el asegurado confiaba en que las primas habían sido descontadas regularmente por medio de su tarjeta de crédito.

No obstante, también hay sentencias por las que la Corte ha acogido la casación sobre la base de una infracción al art. 1.546 y al principio de buena fe en él contemplado.

Un primer juicio en el que se casa la sentencia por esta causal se remonta al año 1933. Ya lo hemos referido al tratar de la buena fe en el ejercicio de acciones reales. Se trata del caso en que los herederos del vendedor pretendían reivindicar la propiedad vendida por no haberse hecho la tradición. La Corte casó la sentencia por estimar que la acción era incompatible con la obligación de los mismos herederos de responder del saneamiento de la evicción ante el mismo demandado. Una de las causales que le permitió llegar a esa conclusión fue el art. 1.546 del *Código* que, según la sentencia de casación, había sido infringido por la Corte al no aplicarlo al caso (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1933, *RDJ*, tomo 31, Santiago, 1934, sec. 1ª, p. 29).

En los últimos años, aparecen, al menos, tres sentencias en las que el acogimiento del recurso de casación se funda en la infracción del principio de buena fe. En una de ellas se discutía si un saldo de precio de una compraventa debía pagarse con reajuste, según lo estipulado en el contrato (como sostenía el recurrente) o sin él, pues una ley posterior que concedió ventajas a los deudores en cuanto a intereses y otras materias no contempló la reajustabilidad (como juzgaba el fallo recurrido). La Corte estimó que el reajuste era procedente, ya que se contemplaba en el contrato estipulado por las partes no modificado en esta materia por la ley especial invocada por el demandado y recurrido. En el caso, la Corte estimó que se habían vulnerado conjuntamente los arts. 1.545 y 1.546 del *Código Civil* y casó la sentencia de instancia que no concedía la reajustabilidad (Corte Suprema, 29 de abril de 1997, *GJ*, Nº 204, Santiago, 1997, p. 17).

Otra sentencia que acoge la casación fundada en el principio de buena fe es más reciente. También hemos tenido oportunidad de referirnos a ella al tratar de los efectos poscontractuales. El caso se relacionaba con la fijación de la tasa de interés que debía aplicarse a la obligación del acreedor prendario de entregar al deudor la diferencia entre lo obtenido por medio de la subasta de la prenda y el monto efectivo del crédito caucionado. La Corte consideró que el proceder del tribunal de alzada de no aplicar el interés contractual a esta obligación "pugna derechamente con el art. 1546 del Código Civil" (Corte Suprema, 27 de julio de 1998, *RDJ*, tomo 95, Santiago, 1998, sec. 1ª, p. 110) y anuló sentencia, dictando una de reemplazo, donde se invoca como fundamento de Derecho el principio de buena fe recogido en la norma del *Código Civil* tantas veces citada.

La tercera resolución no es tan categórica para afirmar como norma transgredida el art. 1.546 del *Código Civil*, pero la señala entre los considerandos de la sentencia de casación. En el caso, se trataba de si el gerente de una sociedad





anónima que había formado una sociedad paralela con un giro semejante a la empleadora y que había sido despedida por ésta, tenía derecho a que se declarara injustificado su despido. Las sentencias de instancias acogieron la demanda. La Corte casó la sentencia de apelación y estimó infringido el art. 160 Nº 1 del *Código del Trabajo*, que permite el despido por falta de probidad. Entre los argumentos para considerar que el actor había actuado incorrectamente tuvo presente la regla de que los contratos deben cumplirse de buena fe (Corte Suprema, 15 de abril de 2003, *GJ*, Nº 274, Santiago, 2003, p. 270)[36].

## 6. Reflexiones conclusivas

Tenemos la aspiración de haber contribuido, con las páginas que anteceden, a hacer luz sobre la forma en que los tribunales chilenos han hecho uso de la norma del art. 1.546 del *Código Civil* y han recepcionado los desarrollos modernos del principio de buena fe en su versión objetiva.

Como consideración general, debemos advertir que lamentablemente los fallos analizados suelen ser lacónicos y parcos a la hora de proporcionar las razones por las cuales los sentenciadores han aplicado o no el principio de buena fe, lo que hace compleja la labor de establecer propiamente líneas jurisprudenciales en la materia. Aun, así hemos procurado identificar los criterios que permiten una cierta sistematización del material jurisprudencial recolectado.

Aunque no se trata de una jurisprudencia abundante ni tampoco uniforme o rectilínea, podemos observar que la norma del art. 1.546 del *Código Civil* chileno, que parece en su tenor literal triplemente restringida en su ámbito y alcance (contrato/ejecución/creación de deberes no explicitados), ha sido y sobre todo está siendo utilizada como una herramienta eficaz no sólo para profundizar y flexibilizar la reglamentación del contrato sino, también, para aportar criterios éticos de comportamiento tanto en las fronteras del contrato

[36] El considerando es de tortuosa redacción: "Que, por lo razonado, la reglamentación referente a la actividad y desempeño del gerente de una sociedad anónima contemplada en la ley que las rige, debe adicionarse también con la normativa el artículo 1546 del Código Civil que trata de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos y de tener por incorporados a los mismos las cosas que emanan de su naturaleza aunque no se hubieren expresado, dado que a lo menos, debe entenderse que empleadora y empleado coincidían en ello, no obstante no haberse escriturado el contrato que celebraron" (cons. 14º). Un caso semejante aunque todavía radicado en sede civil es el resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción (Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de noviembre de 1906, *RDJ*, tomo 4, Santiago, 1907, sec. 2ª, p. 108).

(antes y después) como más allá de sus dominios (derechos reales, tratados, negociación colectiva laboral, conducta procesal, actos administrativos, fuero laboral). Son todavía pasos tímidos y cautelosos, pero en todo caso significativos y promisorios para una tradición cultural legalista como la que ha imperado por tantos años en los estrados judiciales chilenos.

Más restringida parece la recepción del principio de buena fe cuando la Corte Suprema actúa como tribunal de casación. Existe una tendencia fuerte para negar la procedencia del recurso, a veces como una afirmación de principio que niega el carácter normativo de la buena fe objetiva: sería una cuestión de hecho determinar si una actuación respeta o viola el principio de buena fe; en otras ocasiones por considerar que la sentencia impugnada no ha infringido el art. 1.546 del *Código Civil* toda vez que la interpretación que asume es congruente con esa buena fe.

Sólo en algunos pocos casos, los más de data reciente, la Corte se ha aventurado a casar la sentencia fundándose en que ella vulnera sin más el principio de buena fe recogido en el art. 1.546. Se trata de sentencias que parecen marcar los inicios de una nueva aproximación al tema por parte de nuestro máximo tribunal.



# LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO: REALIDAD Y LÍMITES[1]

*Carmen Domínguez H.*


## Resumen

El presente trabajo se propone, en un primer lugar, sentar de un modo sistemático los fundamentos finales que han justificado y justifican en Chile la reparación del daño moral derivado del contrato; en segundo lugar, persigue esbozar los contornos de la misma, apuntando a aquellos límites dentro de los cuales debe desenvolverse.


## 1. Introducción

El rechazo a la reparación del daño moral en sede contractual y su plena aceptación en sede extracontractual era una de las mayores diferencias que existían en Chile entre los regímenes resarcitorios de la víctima. En efecto, de lo anterior dependía, en parte, el quantum que podía recibir o el acreedor, en su caso, y, como se comprenderá, la invocación de uno u otro estatuto mediante el ejercicio de la respectiva acción no resultaba indiferente.

Debido a varios factores, esa diferencia hoy ya ha sido tan severamente cuestionada que, salvo opiniones minoritarias con escaso fundamento, el consenso en cuanto a su plena reparación se ha impuesto. Se trata, por cierto, de la principal innovación habida en tiempos recientes en la responsabilidad civil en Chile, y por varios motivos que ya tendremos ocasión de resaltar más adelante.

No obstante, si existe un firme principio de aceptación de su resarcimiento, no significa que su comprensión esté del todo desarrollada. Antes bien, su destino futuro depende de la exacta delimitación con la que se le configure. En otros términos, la precisión del campo concreto del incumplimiento con-

[1] Este artículo consigna parte de la investigación llevada a cabo dentro del contexto de nuestro proyecto FONDECYT N° 1040351-04.

(antes y después) como más allá de sus dominios (derechos reales, tratados, negociación colectiva laboral, conducta procesal, actos administrativos, fuero laboral). Son todavía pasos tímidos y cautelosos, pero en todo caso significativos y promisorios para una tradición cultural legalista como la que ha imperado por tantos años en los estrados judiciales chilenos.

Más restringida parece la recepción del principio de buena fe cuando la Corte Suprema actúa como tribunal de casación. Existe una tendencia fuerte para negar la procedencia del recurso, a veces como una afirmación de principio que niega el carácter normativo de la buena fe objetiva: sería una cuestión de hecho determinar si una actuación respeta o viola el principio de buena fe; en otras ocasiones por considerar que la sentencia impugnada no ha infringido el art. 1.546 del *Código Civil* toda vez que la interpretación que asume es congruente con esa buena fe.

Sólo en algunos pocos casos, los más de data reciente, la Corte se ha aventurado a casar la sentencia fundándose en que ella vulnera sin más el principio de buena fe recogido en el art. 1.546. Se trata de sentencias que parecen marcar los inicios de una nueva aproximación al tema por parte de nuestro máximo tribunal.



# LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DE CONTRATO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO: REALIDAD Y LÍMITES[1]

*Carmen Domínguez H.*


## Resumen

El presente trabajo se propone, en un primer lugar, sentar de un modo sistemático los fundamentos finales que han justificado y justifican en Chile la reparación del daño moral derivado del contrato; en segundo lugar, persigue esbozar los contornos de la misma, apuntando a aquellos límites dentro de los cuales debe desenvolverse.


## 1. Introducción

El rechazo a la reparación del daño moral en sede contractual y su plena aceptación en sede extracontractual era una de las mayores diferencias que existían en Chile entre los regímenes resarcitorios de la víctima. En efecto, de lo anterior dependía, en parte, el quantum que podía recibir o el acreedor, en su caso, y, como se comprenderá, la invocación de uno u otro estatuto mediante el ejercicio de la respectiva acción no resultaba indiferente.

Debido a varios factores, esa diferencia hoy ya ha sido tan severamente cuestionada que, salvo opiniones minoritarias con escaso fundamento, el consenso en cuanto a su plena reparación se ha impuesto. Se trata, por cierto, de la principal innovación habida en tiempos recientes en la responsabilidad civil en Chile, y por varios motivos que ya tendremos ocasión de resaltar más adelante.

No obstante, si existe un firme principio de aceptación de su resarcimiento, no significa que su comprensión esté del todo desarrollada. Antes bien, su destino futuro depende de la exacta delimitación con la que se le configure. En otros términos, la precisión del campo concreto del incumplimiento con-

[1] Este artículo consigna parte de la investigación llevada a cabo dentro del contexto de nuestro proyecto FONDECYT N° 1040351-04.

tractual en el cual cabe plantearse una posible indemnización por daño moral es un objetivo inmediato a despejar en nuestra naciente teoría al respecto, so pena de transformar esta espléndida partida indemnizatoria en la tutela de la persona en una condena a un monto de dinero carente de sentido y, con ello, de justicia.

El presente trabajo se propone, entonces, primeramente, sentar de un modo sistemático los fundamentos finales que han justificado y justifican en Chile la reparación del daño moral derivado de contrato. Y, luego, persigue esbozar los contornos de la misma, apuntando a aquellos límites dentro de los cuales debe desenvolverse. A su desarrollo nos dedicaremos en las líneas siguientes.

## 2. El principio de la plena reparación del daño moral derivado de contrato en Chile

Una larga y lenta evolución ha tenido que seguir el principio de la plena reparación del daño moral derivado de contrato para constituirse en uno de los pilares de nuestra teoría de la responsabilidad civil. De este modo, su rápida aceptación en el ámbito extracontractual, se enfrenta, de un modo curioso y quizá inexplicable, a la dificultad que ha marcado a la misma partida cuando ella ha sido invocada como consecuencia del incumplimiento contractual.

Así, si el Derecho chileno fue uno de los precursores en acoger la indemnización del daño moral derivado del hecho ilícito; piénsese que el primer país en admitirlo fue Francia en 1833 y las primeras decisiones chilenas son de 1907 cuando, por ejemplo, en España, lo son de 1912 en adelante. En cambio, si en Francia la reparación del daño moral constituye un principio indiscutible de la responsabilidad contractual desde 1952, aunque varias sentencias aisladas venían admitiéndole desde 1899 en adelante[2], en Chile recién cabe hablar de uno existente a partir de 1994 y firme desde 2001. Nótese que la comparación entre estos sistemas resulta posible, pues en todos ellos la regulación civil decimonónica carecía de referencia alguna al daño moral, desde que sus códigos civiles guardaron silencio frente a la misma.

Esta evolución ha sido marcada por ciertos hitos que conviene apuntar como, también, de ciertos fundamentos que fuerzan a una sistematización hacia el futuro. A ello apuntarán las próximas ideas.

[2] Para el estudio con detalle de la evolución habida en Francia en materia de daño moral, *vid.* Carmen Domínguez Hidalgo, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo I, y su reedición de 2003, p. 423 y ss.





### *2.1 Desde el rechazo a la indemnización del daño moral en sede contractual hasta su plena aceptación: breve síntesis de su evolución histórica*

Como nuestro *Código Civil* carece de una regulación del daño moral, su reparación ha estado entregada a la labor jurisprudencial. Han sido nuestros tribunales quienes abrirían las puertas a su reconocimiento y quienes, por ende, le incorporaran en el contenido de la indemnización pecuniaria, tal como, por lo demás, ha acontecido en todos los demás sistemas que adoptaron como modelo de sus reglas resarcitorias al *Código Civil* francés y, con ello, básicamente a los principios heredados de Pothier.

Como ya hemos tenido ocasión de desarrollar[3], la admisión de una reparación de ciertos atentados extrapatrimoniales de la persona, cuando ellos han sido consecuencia de un hecho ilícito se producirá, exclusivamente, a partir de una reinterpretación de dos reglas contenidas, desde siempre, en nuestro *Código*: los arts. 2.314 y 2.329. La expresión "todo daño" en ellas empleadas servirá de fundamento suficiente para acoger lo que, hasta entonces, simplemente se ignoraba. De este modo, a Chile, ni en las decisiones judiciales ni en la doctrina se reprodujo jamás el debate clásico entre las concepciones negativas y positivas en torno a la reparación del daño moral. Pasamos, más bien, de no acogerla a acogerla en términos absolutos, sin mayor debate.

En materia contractual, el rechazo original a la reparación de esta especie de perjuicio seguirá la misma línea de argumentación, esto es, una lectura restrictiva de las reglas que regulan entre nosotros el contenido de la indemnización. Primero, del art. 1.556 CC, que al referirse sólo al daño emergente y al lucro cesante –categorías indiscutibles del daño material– será interpretado como una exclusión legal del daño moral en sede contractual[4]. Luego, en una comparación del tenor de las reglas extracontractuales con las contractuales para afirmar que si, en las primeras, el legislador aludió a "todo daño", en las segundas lo fue únicamente de las categorías del daño material recién aludidas. Ello, se sostenía[5], permitía deducir una concepción restrictiva del contenido de la indemnización en materia contractual. En ambos casos, la lectura que se

[3] Sobre la evolución del daño moral en Chile de un modo más desarrollado puede encontrarse en Domínguez Hidalgo (n. 2), p. 29 y ss. y también en p. 327 y ss.; una síntesis puede leerse en Carmen Domínguez Hidalgo, "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1, Santiago, 1998, p. 35 y ss.

[4] Entre otras, *vid.*, sentencia de 27 de agosto 1990, en *GJ*, N° 122, Santiago, p. 31 y todas las referidas en Domínguez Hidalgo (n. 2), p. 330.

[5] Corte Suprema 27 de agosto 1990 (n. 4).

hacía de las reglas no encontraba ningún asidero hermenéutico adicional, pues la historia fidedigna, en especial las explicaciones de Andrés Bello al *Código*, no contienen ni una sola expresión que permitiera avalar esa comprensión.

Nuevamente nunca llegó a nuestro país el debate en torno a la patrimonialidad de la prestación contenida en toda obligación, que fue uno de los obstáculos tradicionalmente invocados en sistemas como el italiano o español. La lectura restrictiva de las reglas resarcitorias tampoco fue fundada en un largo y serio estudio de sus fuentes históricas como, por ejemplo, lo fue en Francia hasta que se demuestra el error en que ella se asienta[6]. De este modo, todo el debate sustantivo que la partida del daño moral planteaba en el terreno del incumplimiento jamás fue conocido en Chile o, al menos, esbozado. Se comprenderá, entonces, que un estudio más atento y riguroso condujese inevitablemente a preguntarse cuáles eran los verdaderos fundamentos de su exclusión y, con ello, al no encontrarse, a abogar por su admisión[7].

La ausencia de fundamentación concluyente para su rechazo determinará una progresiva aceptación legal y jurisprudencial. Así, en 1968, la ley de Accidentes del Trabajo abrirá las puertas a esa reparación en el ámbito de un contrato en especial como es el de trabajo. Su art. 69 hasta hoy permite ampliamente su invocación. En 1997, la ley de Protección al Consumidor[8], por su parte, incorporará este rubro al resarcimiento dispuesto ante las diversas formas de infracción del contrato con consumidores en su art. 3.

La comprensión judicial girará hacia su admisión, primero, alrededor de 1951, para un contrato en particular como el de transporte de personas[9];

[6] *Vid.* con más detalle, DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), p. 249 y ss.

[7] Es a lo que apuntará de un modo consistente Leslie TOMASELLO, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969; Fernando FUEYO, *Derecho civil*, Santiago, Humanidades Depósito, 1958, tomo 4: De las obligaciones, p. 257, también Fernando FUEYO, *De nuevo sobre el daño extramatrimonial y su resarcibilidad*, Mérida, 1972 y Fernando FUEYO, *Instituciones de Derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990; Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Un visión comparatista", en *Revista de Derecho*, N° 188, Concepción, Universidad de Concepción, 1990, p. 125 y ss. Y también en varios comentarios de jurisprudencia junto con Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE, en *Revista de Derecho*, N° 196, Concepción, Universidad de Concepción, 1994, p. 155 y ss; asimismo, *Revista de Derecho*, N° 209, Concepción, Universidad de Concepción, 2001, p. 233 y ss. y, recientemente, Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "*Código Civil* y jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base a la letra del *Código*", en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho y Lexis Nexis, 2005, tomo I, p. 331 y ss.

[8] Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.

[9] Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de julio 1951, *RDJ*, tomo 48, Santiago, 1951, secc. 1ª, p. 252; Corte Suprema, 14 de abril 1954, *RDJ*, tomo 51, Santiago, 1954, secc.1°, p. 74.





luego, en 1994[10], para toda convención, constituyéndose en jurisprudencia con la sentencia posterior de 2001[11]. Y, en adelante, el efecto de esas decisiones y de los textos legales antes referidos ha determinado pronunciamientos constantes en esa misma línea[12]. Cierto es que en algunos de ellos pueden encontrarse todavía una cierta resistencia[13]; con todo, como su argumentación sólo repite la tradicional lectura restrictiva del art. 1.556 CC sin agregar nada nuevo, en especial nada que permita cuestionar la abundante argumentación de nuestro máximo Tribunal, ellos deben ser tomados como un mero resabio de patrimonialismo no fundado o, quizá, como producto de un estudio todavía superficial del tema.

De este modo, en el presente, la procedencia del daño moral en sede contractual es de firme recepción y, con ello, nuestro sistema ha avanzado hacia una conclusión que se imponía desde la lógica y, más aún, desde el estricto plano de la justicia.

### *2.2. La teoría de la plena reparación: sus fundamentos*

La admisibilidad de una reparación del daño moral derivado de contrato se sostiene en Chile en varios argumentos desarrollados desde distintos elementos hermenéuticos, en particular desde aquellos que han sido inculcados por la cátedra nacional en todos los abogados chilenos y, entre ellos, obviamente, en nuestros intérpretes. Con todo, también ha podido aplicarse aquel moderno principio de la interpretación desde la Constitución.

#### a) El daño moral derivado de contrato a partir de una interpretación desde la Constitución

En efecto, se ha sostenido que su aceptación resulta impulsada desde la propia Constitución, desde su art. 19 N° 1[14] o 19 N° 4, reglas que ponen al centro

[10] Corte Suprema, 20 de octubre 1994, *RDJ*, tomo XCI, N° 3, Santiago, 1994, secc. 1°, p. 100 y ss. *Vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 3), pp. 50-55.

[11] Corte Suprema. 5 de noviembre de 2001, *RDJ*, tomo 98, Santiago, 2001, secc. 1ª, p. 234 y ss.

[12] Entre otras, Corte de Apelaciones, Valparaíso, 14 de agosto de 2001, casación desechada por Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, *GJ*, N° 267, Santiago, 2002, pp. 73-82; Corte Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998, *RDJ*, tomo 95, N° 3, Santiago, 1998, secc. 2°, pp. 96-104; Corte de Apelaciones de Concepción 20 de mayo de 2002, casación desechada por la Corte Suprema el 29 de octubre de 2002, *GJ*, N° 268, Santiago, 2002, pp. 93-96.

[13] Así, en sentencia de Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001 (n. 11) y Corte Suprema, 3 de septiembre 2002 (n. 12), especialmente pp. 81-82; también en Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de octubre 2004, *GJ*, N° 292, Santiago, 2004, pp. 117 y 118.

[14] Considerando 10, Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1998 (n. 12), p. 99; considerando 15, Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 52.

de la protección jurídica a la persona y sus derechos extrapatrimoniales más relevantes. Así, en palabras de nuestro máximo sentenciador,

> "sobre todo no hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se halla el art. 19 nº 1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino a la mencionada integridad física y psíquica de la persona. Esta última como en el caso de autos, puede verse trastornada, precisamente por la falta en que uno de los contratantes incurrió frente a los deberes que imponía el contrato. El mismo comentario cabe hacer con referencia al nº 4 del mismo artículo 19. Se complementan y reafirman dichas normas constitucionales con lo señalado en el artículo 1 de la misma Constitución..."[15].

De este modo, ese primer elemento hermenéutico moderno de interpretación desde la Constitución que persigue el examen de la normativa inferior a la luz de la máxima norma, encuentra en estas decisiones un clarísimo ejemplo de aplicación jurisprudencial.

### b) El daño moral derivado de contrato desde la revisión sistemática del ordenamiento jurídico

La respuesta ante el posible resarcimiento del perjuicio en estudio en el ámbito contractual ha sido buscada también en una revisión sistemática de nuestro ordenamiento jurídico. Ella ha permitido concluir, en primer lugar, que no existe en él un principio de prohibición de su reparación fuera del campo de los delitos o cuasidelitos. Así se obtiene del análisis de otras normas situadas fuera de la regulación de estos últimos en el título XXXV del *Código Civil*, tales como los artículos 1.562, 1.533, 1.853, 1.930 y 1.949 que responsabiliza al deudor del pago de todo perjuicio o los arts. 544 CC (en relación con el 539), art. 1.544 CC[16], que admiten la reparación del perjuicio extrapatrimonial en el ámbito de las relaciones de familia o de las convenciones, en su caso. Por otro lado, esa revisión sistemática ha contribuido a despejar el verdadero origen del daño moral: la jurisprudencia iluminada por la opinión doctrinal. Así, se ha apuntado a que:

> "el legislador nacional no ha aceptado o incorporado en el Código civil o en otros cuerpos legales, el resarcimiento del daño moral en general en el ámbito contractual ni en los casos de responsabilidad extracontractual, no existiendo una definición de lo que debe entender y comprender el daño moral ni una regulación del mismo. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido aceptando el resarcimiento del daño moral..."[17].

[15] Corte Suprema 20 de octubre de 1994 (n. 10), p. 103.

[16] Considerando 7 sentencia Corte Suprema 20 de octubre de 1994 (n. 10), p.62; también considerando 11 sentencia Corte Suprema 5 de noviembre 2001 (n. 11), p. 51.





En esta mirada global del Derecho, se ha incorporado, además, un reconocimiento expreso, mediante cita directa, de todos los autores que, en el tiempo, han ido construyendo lo que podríamos denominar como teoría del daño moral[18]. Se trata de una referencia expresa y lata, con abundante referencia bibliográfica que ciertamente resalta en el panorama jurisprudencial chileno.

### c) El daño moral derivado de contrato en una perspectiva histórica

Se ha reconocido que la teoría del daño moral no puede pretender construirse a partir de las reglas contenidas en el *Código Civil*. El perjuicio extrapatrimonial no estuvo jamás en la mente de Andrés Bello el que, más bien, asimilaba el concepto de daño con el perjuicio material. Como se ha afirmado en sentencia de 2001:

> "que sobre esta materia debe tenerse presente que nuestro Código Civil se inspiró en numerosas materias de que trata en el Código de Napoleón, como son las relacionadas con las obligaciones en general entre ellas las que refiere la disposición del artículo 1556. En esa época y en la fecha en que entró en vigencia el Código de Bello, hace ya casi un siglo y medio, el daño resarcible sólo comprendía el perjuicio material o patrimonial, único concebible o reconocido, en razón del que el concepto de reparación del daño moral no existía, por haberse elaborado y desarrollado mucho tiempo después... No puede afirmarse, por consiguiente, que las nuevas tendencias sobre reparación de perjuicios extramatrimoniales o de daño moral surgidas después, proveniente de incumplimiento de obligaciones contractuales, se entendiesen excluidas de la referida disposición por haberlo querido así su creador"[19].

[17] Considerando 13 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre 2001 (n. 11), p. 52.

[18] Considerando 12 sentencia Corte Suprema, 20 de octubre 1994 (n. 10), p. 63; considerandos 10, 14 y 15 sentencia Corte Suprema 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 52.

[19] Considerando 9 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n, 11), p. 50.

d) El daño moral derivado de contrato
desde la argumentación lógica

A todas las argumentaciones anteriores se ha agregado en nuestra jurisprudencia aquellas consideraciones que, en el Derecho Comparado, han sido más determinantes en la incorporación del daño moral dentro del perjuicio resarcible a resultas de la infracción del contrato. En tal sentido, se ha razonado sobre la ausencia de lógica alguna que permita justificar que, habiéndose admitido plenamente la indemnización del daño moral en sede extracontractual, se le descarte cuando ha sido producido, en palabras de nuestro máximo sentenciador, por "la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes"[20]. Asimismo, se ha advertido la injusticia que supone el trato diferenciado de la víctima ante un mismo daño, según si exista o no un previo vínculo contractual entre ella y el responsable. Como bien apunta nuestro máximo Tribunal, eligiendo un ejemplo clásico de tal injusticia, es lo que sucede cuando se trata del daño producido en el ámbito de la responsabilidad profesional médica[21]. En verdad, como se reconoce en otra decisión, "la procedencia de la reparación del daño moral derivado de contrato, es un imperativo de la simple lógica y de toda equidad, al no existir fundamentos que autoricen a introducir una distinción tan radical en el seno de la responsabilidad civil"[22].

f) El daño moral derivado de contrato
desde la lectura del texto legal

Por último, su reparación ha sido fundada desde una nueva lectura del art. 1.556 CC para sostener que ese precepto, en parte alguna, excluye de un modo forzoso el daño moral desde que, aunque se refiere sólo al daño emergente y al lucro cesante, no señala que el contenido indemnizatorio se restrinja sólo a ellos[23]. Con ello, nuestra jurisprudencia vuelve sobre el principal, más bien, único argumento invocado entre nosotros para su rechazo, giro interpretativo, que es perfectamente posible si se tienen presentes todas las consideraciones anteriormente referidas, en particular el que el daño moral es y ha sido fruto de una creación jurisprudencial.

[20] Considerando 16 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53.
[21] Considerando 17 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53.
[22] Considerando 6 sentencia Corte de Apelación de Concepción, 20 de mayo de 2002, *GJ*, Nº 268, Santiago, 2002, p. 95.
[23] Considerando 6 sentencia Corte Suprema, 20 de octubre 1994 (n. 10), p. 62.





*2.3 Consecuencias para el Derecho chileno de la plena recepción esta partida resarcitoria*

Los fundamentos recién desarrollados han construido, como puede observarse, una sólida doctrina jurisprudencial en torno al pleno resarcimiento del daño moral derivado de contrato. Ello genera varias consecuencias para nuestro sistema general de responsabilidad civil.

Así, con ese reconocimiento se alcanza la cuarta etapa, propia de la evolución habida en los sistemas con codificación carente de regulación del daño moral, constituida por la reparación de este perjuicio en toda la responsabilidad civil, sin distinción de origen. Recordemos que han sido precedidas por una primera, de rechazo a toda reparación del tal perjuicio, por una segunda, de aceptación del daño moral impuro en sede aquiliana y por una tercera, de reparación del daño moral puro en ésta última. El concepto de daño resulta extendido para cubrir al perjuicio patrimonial como extrapatrimonial y en toda la responsabilidad civil. Ésta es una de las transformaciones más importantes habidas en la concepción clásica de la misma, producida en todos los sistemas más desarrollados en la materia y que el nuestro, finalmente, termina por recepcionar. Quizá sea éste uno de los mejores tributos dispensados por el Derecho Civil a la protección de la persona y su dignidad que nuestro ordenamiento jurídico, desde la Constitución, ha puesto en su centro.

Ello implica, en segundo término, la supresión de una de las diferencias más relevantes y radicales que existía entre los regímenes resarcitorios del daño. Como es sabido, la responsabilidad civil en Chile se ha construido y construye a partir de una concepción dualista como lo prueba la larga lista de diferencias entre esos regímenes según si el daño encuentra su origen en un incumplimiento contractual o en un ilícito, las que determinan un trato muy distinto para la víctima. Entre ellas, hasta la revisión jurisprudencial, que es objeto de este estudio, una clásica diferencia radicaba en la indemnización del daño moral admitida ampliamente en el ámbito extracontractual y descartada en sede contractual. Aceptada su procedencia en esta última, la distinción ha desaparecido y, con ello, se ha producido la primera revisión a la concepción dualista que informa la responsabilidad civil en Chile, evolución de inmensas implicancia futuras desde que supone plantearse entre nosotros, por primera vez la lógica y justicia de una división tajante en dos sedes. Es más, precisamente en una de las decisiones[24] pronunciadas en torno a la

[24] Así se observa en el considerando 17 sentencia Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 (n. 11), p. 53 cuando se advierte: "que aceptar un distinto tratamiento en sede contractual y extracontractual en la materia que nos ocupa, conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no

cuestión del daño moral derivado de contrato, es que podemos encontrar uno de los primeros cuestionamientos expresos de esa distinción, impulsada por la simple justicia material, que es la que en todos los otros países que ya han iniciado su revisión la ha animado. Ojalá que sea el inicio de una reflexión más profunda de un dualismo que, en el presente, en muchos ámbitos de la contratación, parece injustificado, aun, más injusto.

## 3. Los contornos del daño moral derivado de contrato

Aceptada, entonces, la plena reparación del daño moral en sede contractual, no por ello queda despejada la cuestión. Acto seguido, se impone la precisión de los contornos de la misma para precisar cuándo cabe indemnizar tal perjuicio[25]. Lo cual resulta urgente ante una serie de pronunciamientos jurisprudenciales recientes donde las circunstancias fácticas revelan que, en verdad, se están indemnizando, a título de daño moral derivado de contratos simples, molestias derivadas del incumplimiento, aun daños morales indirectos o no previstos.

En tal sentido, a diferencia de lo que acontece con el daño moral en sede extracontractual, donde las hipótesis posibles son amplias, en el ámbito contractual, este perjuicio es, más bien, excepcional. En otros términos, lo normal es que la infracción del contrato no genere un daño extrapatrimonial desde que, por regla general, se encuentran en juego en él, intereses exclusivamente económicos. Por lo mismo, la procedencia en este campo es más restrictiva y ello, por varios motivos.

### *3.1 No todo incumplimiento contractual genera daño moral*

En primer lugar, la infracción de contrato siempre supone molestias y desagrados al acreedor. Es evidente, teniendo presente que si el acreedor había consentido en el contrato, era porque tenía un interés en la prestación prometida por el deudor, el que, por efecto del incumplimiento resulta afectado. De este modo, ante todo incumplimiento contractual cabe invocar perturbaciones y molestias. Sin embargo, no debe ser confundido con el daño moral derivado de contrato, pues de ser así habría que concluir, lisa y llanamente, que

existe vínculo contractual entre el médico y su paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe...".

[25] El estudio de los contornos lo hemos efectuado con largo detalle en Domínguez Hidalgo (n. 2), tomo II, capítulo 7, especialmente p. 540 y ss.; también capítulo 8, especialmente p. 621 y ss.





todo incumplimiento contractual lo genera, lo cual, indiscutiblemente, es un exceso. Una conclusión como ésa sólo generaría un desprestigio inmediato de una partida resarcitoria que tanto ha costado acoger entre nosotros y que tanto puede hacer en la tutela personal.

Por otra parte, si existe un perjuicio efectivo, debe haberse producido, precisamente, en el acreedor por encontrarse ligado al deudor por el contrato. En otros términos, no basta con que exista un vínculo contractual entre dos personas para que al perjuicio lo califiquemos como convencional.

Primero, porque puede tratarse de un daño producido "con ocasión del contrato", esto es, como consecuencia de actos externos al contrato. Así, por ejemplo, no constituyen un daño moral derivado de contrato los perjuicios producidos a un enfermo por resbalar en el domicilio de la enfermera o por el arrendador que atropella a su arrendatario[26].

Segundo, porque el perjuicio puede haberse producido en bienes o intereses de un tercero y, en tal caso, como consecuencia del principio del efecto relativo de los contratos, se trataría de un daño extracontractual.

En síntesis, dos pautas primeras permiten filtrar al daño moral derivado de contrato. Una, la de su propio contenido, es decir, que nos encontremos ante un perjuicio que atente contra un bien o interés de la persona. Dos, que el perjuicio no hubiera podido producirse de no encontrarse ligadas las personas por un contrato.

### *3.2 El incumplimiento contractual constitutivo de daño moral: casos*

Por otra parte, el daño moral si es derivado de contrato cuando se produce como consecuencia del incumplimiento en los casos que revisaremos a continuación.

#### 3.2.1 El incumplimiento de una obligación expresamente pactada en el contrato

Como primera consecuencia de lo que la existencia de un contrato supone para sus partes, el daño moral debe ser sujeto a las reglas contractuales cuando él haya sido expresamente pactado como una consecuencia a indemnizar en caso de incumplimiento.

Asimismo, el perjuicio en estudio derivado de contrato, cuando la obligación prometida por el deudor compromete bienes de la personalidad del acreedor, como en el caso del contrato de prestación de servicios médicos,

[26] *Vid.* otros ejemplos en Domínguez Hidalgo (n. 2), tomo II, p. 625.

donde el facultativo, de un modo indiscutible, se ha obligado al cuidado de la integridad física y síquica de su paciente. Del mismo modo, acontece cuando se trata de una convención destinada a difundir la imagen, cuando existía el deber de mantener reserva ante ciertos aspectos de su vida íntima en razón de existir un secreto profesional (contrato de prestación de servicios médicos, jurídicos, etcétera).

Por último, así acontece cuando el deudor, al consentir en el contrato, ha puesto bajo su cargo ciertos intereses extrapatrimoniales del acreedor como sucede, por ejemplo, en casos de la jurisprudencia comparada, cuando se ha comprometido, en virtud de un contrato de depósito, a preservar un objeto de gran valor para el deudor, cuando se ha comprometido a organizar y dar un espléndido en la fiesta de celebración de un matrimonio, etc. En todos estos casos, además, como revisaremos a continuación, debe entenderse que, por ser evidentes, deben entenderse estar dentro del cálculo de riesgos efectuado al tiempo de la celebración del contrato y, por ende, entenderse previstos en esa época.

### 3.2.3 El incumplimiento de una obligación que genera un daño moral previsto o que debió haberse previsto

La restricción del daño moral derivado de contrato a efectos de este estudio, proviene, además, entre nosotros, de una limitación adicional, especial, que el régimen resarcitorio de los daños tiene en el ámbito contractual constituido por la exigencia general que el art. 1.558 CC establece. En efecto, a la limitación común a la extensión de los daños por los que debe responder tanto el eventual responsable como el deudor, en su caso, constituida por la exigencia de causalidad entre el perjuicio y la acción u omisión, en su caso incumplimiento, se añade, en razón de esa exigencia, una limitación adicional cuando de incumplimiento contractual negligente se trata –regla general en materia de infracción del contrato– consistente en que se responde no sólo de los perjuicios directos sino de los que "se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato". Al juicio de causalidad, que debe hacer todo intérprete en esta materia, se suma, en caso de negligencia y sólo en el ámbito contractual, el juicio de previsibilidad.

Como coinciden los autores más modernos en la materia, entre ellos Giuseppe Monateri[27], "el punctum crucis de la diferencia entre la responsabilidad contractual y la delictual" sería la de la distinta extensión que puede alcanzar el deber de indemnizar en ambos casos o, en otros términos, en la previsibilidad contractual como límite al resarcimiento integral de los perjuicios.

[27] Giuseppe MONATERI, *Cumulo di responsabilitá contrattuale e extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Padova, CEDAM, 1989, p. 118.





Esta diferencia, que tiene el origen histórico[28] más clásico de la familia romano-germánica, como se ha resaltado –Justiniano, luego Dumoulin, Domat y Pothier y de ahí al *Código Civil* francés–, ha sido considerada como la más importante, atendidas las numerosas consecuencias que su reconocimiento importa. Así, la exigencia de previsibilidad en los daños introduce una diferencia fundamental entre ambas responsabilidades, pues la aquiliana será generalmente más extensa que la contractual. A ello se suma que el principio de reparación integral de los perjuicios, parámetro básico en la determinación de los daños resarcibles, recibe una importante restricción en materia contractual. Por último, la distinción determina que la indemnización no se fija siempre en relación con la importancia del daño como lo impone la función resarcitoria asignada a la responsabilidad sino que, en materia contractual, dependería de la gravedad de la culpa.

Las transformaciones experimentadas por la responsabilidad civil han determinado, en lo que hoy nos interesa, un severo cuestionamiento a esta distinción de un modo tal que en varios sistemas ha sido completamente superada, asemejándose la extensión de las respuestas resarcitorias en uno y en otro ámbito de la responsabilidad y por vías muy variadas. Desde luego, como acontece, en general, con la revisión de la visión dualista de la responsabilidad, éste es nuevamente un aspecto de la evolución en materia de responsabilidad civil que no ha sido abordado por nuestra doctrina, pese a que las razones básicas de este cuestionamiento son ostensibles igualmente en nuestro sistema en el presente.

Por ello, en nuestro sistema, la previsibilidad del daño en el ámbito contractual sigue siendo trascendental. En efecto, la importancia del análisis de previsibilidad, si bien es determinante para todo perjuicio, en especial resulta serlo para los daños extrapatrimoniales y, en particular, en la etapa de nuestra evolución en la materia, habida cuenta del tránsito que hemos asistido en el tema de la reparación del daño moral derivado de contrato. En efecto, admitida la procedencia de su resarcibilidad en ese ámbito, no por ello debe creerse que se produce una unificación de régimen entre el daño moral derivado de un hecho ilícito y el derivado de contrato, pues queda sujeto a la diferencia que igualmente introduce entre ambos regímenes la exigencia de previsibilidad.

No obstante, esta exigencia puede ser revisada a efectos de ampliar la previsibilidad no sólo a los daños materiales sino, también, a los no patrimoniales o morales, tal como ha acontecido en los sistemas jurídicos más desarrollados

[28] Sobre el origen, fundamento y problemas que enfrenta la previsibilidad, *vid.* DOMÍNGUEZ HIDALGO (n. 2), tomo II, p. 493 y ss.

en la materia, que reconocen esta distinción, tales como Francia o España. Así, se ha avanzado progresivamente hasta aceptar que esta última clase de perjuicios es, en muchos casos, y, aunque no hayan sido previstos al tiempo del contrato, previsibles, sin que pueda el deudor alegar su ignorancia.

La extensión de la previsibilidad a los perjuicios extrapatrimoniales es posible si se tiene presente que el juicio de previsibilidad es uno de conocimiento en el sentido de que consiste en determinar los daños que, en el momento de la celebración del contrato, el deudor negligente pudo percibir que se derivarían del incumplimiento de la obligación a que se comprometía. No se restringe, pues, al conocimiento que el deudor tuvo de forma directa, sea porque el acreedor se los informó, sea porque tuvo la precaución de estipularlos, sino que comprende, además, a todos aquellos normalmente previsibles.

Y la pregunta que obviamente asalta a continuación es: ¿cuáles son los contratos donde los perjuicios extrapatrimoniales son normalmente previsibles?

Tanto en el *common law* como en los sistemas romanos se ha llegado a una notable cercanía en la respuesta. En tal sentido, deben entenderse comprendidos dentro de los daños previsibles a los morales en cada una de las situaciones que se refieren a continuación.

#### 3.2.3.1 La necesaria previsibilidad del daño moral en aquellos contratos que llevan envuelta una obligación que por su naturaleza revela su conexión con bienes de la personalidad o, más en general, intereses extrapatrimoniales

El perjuicio en este estudio debe entenderse dentro de la previsión de las partes y, por lo tanto, dentro de los riesgos asumidos por el deudor, cuando el contrato revela por sí mismo su conexión evidente con bienes de la personalidad o, en general, con intereses no patrimoniales del acreedor.

A este resultado debe llegarse por simple aplicación de un criterio habitualmente empleado respecto de los perjuicios materiales cuya consagración en algunos países y, por cierto en el nuestro, es, incluso, legislativa como acontece con nuestro artículo 1.546 CC, equivalente al art. 1.258 CC español o art. 1.135 CC francés entre otros, en conformidad al cual "los contratos obligan a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación".

Así, deben entenderse comprendidos en todos los contratos cuya naturaleza esté íntimamente ligada con intereses no pecuniarios, con bienes de la personalidad como sucede en todas aquellas convenciones que el *common law* califica de contratos personales y que se han definido como "los que se relacionan directamente con el confort, felicidad o bienestar personal de una de las partes o aquellos cuyo objeto es tal que afectan directamente o tocan





al afecto, autoestimación o sentimientos tiernos de esa parte..."[29]. En otros términos, se trata de contratos normalmente relacionados con acontecimientos de la vida que envuelven los sentimientos y emociones de las personas, por ejemplo, contratos relativos a funerales tales como cuando una empresa de servicios funerarios se obliga a conservar el cuerpo de la madre del demandante para siempre el que finalmente de igual forma se descompone[30] o cuando el servicio de seguridad de un cementerio se había comprometido con unos padres a impedir el ingreso al funeral de su hijo de sus amigos *punk* para asegurarles la intimidad y calma de ese momento y no lo logra[31]. También en los contratos relativos al cuidado personal de ancianos como cuando un anciano enfermo de Alzheimer sufre distintas quemaduras en el hogar en que vivía[32]. Por último, en los contratos vinculados a la ruptura matrimonial o divorcio como en el caso del marido de una mujer ludópata, que contrata los servicios de seguridad de un casino para impedir el ingreso de su cónyuge y evitar la crisis final del matrimonio y el referido servicio no logra evitar su entrada[33] o, más en general, en los contratos relativos a objetos emocionales como cuando una joya de familia que es entregada a un joyero para que con ella confeccione otra y que éste la pierde[34].

Es previsible, además, el daño moral cuando se trata de contratos de prestación de servicios médicos cuando la obligación es de resultados (cirugía estética, prótesis dentales) e, incluso, cuando sea simplemente de medios, pues el médico no podría alegar que los daños causados a la persona de su cliente eran imprevisibles porque, en verdad, no pueden, sino haber formado parte de los riesgos que él entendía asumir por el contrato. Lo mismo puede decirse de los contratos de prestación de servicios de diagnóstico o de exámenes por parte de los laboratorios biológicos. Así, tomando un ejemplo reciente de nuestra jurisprudencia donde la cuestión específica de la previsibilidad del daño moral no fue planteada sino sólo la de la causalidad, si un laboratorio clínico diagnostica erradamente SIDA, ninguna duda cabe que las secuelas extrapatrimoniales del incumplimiento imperfecto de su obligación contractual deben entenderse como un riesgo previsible a la época de la contratación[35].

---

[29] Así se definen a los *personal contracts* desde Westervelt *vs.* McCullough 68 Cal. App. 198, 228, 1924, p. 734.

[30] Chelini *vs.* Nieri 32 Cal. 2d. 480, 196 P. 2d., 1948.

[31] Rod *vs.* Forest Law Memorial Park 153 Cal. App. 3d. 988, 203 Cal. Reptr. 468, 1984.

[32] Free *vs.* Franklin Guest , Inc. 463 So. 2d. 865, La. Ct. App. 1985.

[33] Wyn *vs.* Monterrey Club 111 Cal. App. 3d. 789, 68 Cal. Reptr. 878, 1980.

[34] Windkler *vs.* Scheers Jewelers, 8 Cal. App. 3d. 844, 88 Cal. Rptr. 39, 1970.

[35] Aludimos con el ejemplo a los hechos que dieron lugar a la sentencia de nuestra Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001 (n. 11), en que nuestro máximo tribunal ordena indemnizar la reparación del daño moral derivado de contrato que se había causado.

Por último, también debe considerarse como previsible el daño moral cuando el interés extramatrimonial del acreedor coexiste con uno de orden material como en el contrato de transportes de personas.

3.2.3.2 La previsibilidad del daño moral en aquellos contratos que llevan envuelta una obligación que, por las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, demuestran su incorporación dentro de los riesgos que debieron ser asumido por el deudor

Por último, el daño moral debe entenderse dentro de la previsión de las partes, cada vez que el conjunto de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato obligan a esa conclusión: servicio de banquetes contratados para un matrimonio que resulta deficiente, servicio de limpieza que no entrega a tiempo el traje de novia, ruptura intempestiva de un contrato de arrendamiento aduciendo conducta inmoral del inquilino, etcétera.

A diferencia de los casos anteriores, la naturaleza misma del contrato no hace presuponer por sí misma que su incumplimiento acarreará consecuencias de orden extrapatrimonial para el acreedor. Por el contrario, lo normal es que sólo genere consecuencias patrimoniales. No obstante, el conjunto de circunstancias que concurren en la prestación correspondiente al deudor hacen obvia su vinculación con intereses morales porque resulta claro que el acreedor expuso ante él catálogo íntegro de consecuencias que la infracción del contrato le produciría.

3.2.3.3 La previsibilidad del daño moral puede nacer del incumplimiento de una obligación de seguridad

La previsibilidad del daño moral puede nacer también del incumplimiento de una obligación de seguridad, entendiendo por tal el deber de preservación de la persona del deudor que, a diferencia de la obligación principal, es normalmente de carácter tácito. Se entiende envuelta en ciertos contratos en los que su vinculación a la persona y a su integridad física o síquica es tan directa que las partes han debido de prever que su incumplimiento causará perjuicios en ella tales como: el contrato de transportes de personas (de todo tipo: ferroviario, metropolitano, transportes públicos), contratos de juego de feria, de organización de espectáculos deportivos, de enseñanza de deportes arriesgados tales como el esquí, de explotadores de andariveles de esquí, entre otros.

Esta obligación propuesta por primera vez en Francia en 1911, resultaría nuevamente de la norma de integración contractual contenida en todos los decimonónicos, entre nosotros el art. 1.546 o su símil francés del art. 1.135. Su reconocimiento permitiría por primera vez a la víctima prevalecerse de las





reglas contractuales para reclamar los perjuicios no patrimoniales causados por el incumplimiento. Su interés, por tanto, proviene, precisamente, de que no es producto de una ficción, sino la simple aplicación de una regla contenida en nuestro propio texto legal y que obliga a integrar el contrato.

3.2.3.4 La previsibilidad de los daños morales depende finalmente del contenido del contrato

Como puede constatarse de todo lo referido, la previsión es finalmente una cuestión netamente jurisprudencial que debe determinarse para cada caso concreto. Y no existen normas o principios de vigencia absoluta que auxilien al juez en cada caso, sino tan sólo una pauta: la incorporación de un daño dentro de esa condición dependen única y exclusivamente del contenido del contrato. Si éste contiene una obligación expresa o tácita cuyo incumplimiento genere daños morales, estos caerán dentro de la previsión de las partes y deberán ser indemnizadas por el deudor negligente. Todo esto independientemente del carácter patrimonial o extrapatrimonial del objeto principal del contrato desde que, en ambos casos, su incorporación dentro de los daños previsibles es posible. La única diferencia está en que, en el primer caso, esa previsión surgirá de forma directa, en cambio, en el segundo, de un modo indirecto que habrá que apreciar con especial rigor a fin de no transformar todo incumplimiento de contrato en una fuente de daños morales.

## 4. Conclusiones

El daño moral derivado de contrato es, en el presente, un principio básico de la responsabilidad civil, plenamente admitido por nuestra jurisprudencia, recogido en varios textos legales especiales y defendido por toda la doctrina especializada. Con ello, nuestro Derecho Civil, en particular, su teoría de la responsabilidad civil ha alcanzado en plenitud una de las transformaciones más relevantes de la misma al acoger, en toda su amplitud y entidad, la reparación de todos los daños patrimoniales y no patrimoniales, sin distinción y en cualquier ámbito de la misma. Puede afirmarse entones que, en Chile, el principio de reparación integral recibe hoy amplio reconocimiento.

No obstante, una vez aceptada su procedencia, debe también profundizarse en el contexto y límites de esta partida indemnizatoria en sede contractual, pues, por razones derivadas del contenido mismo de lo contractual o de las restricciones que el deber de reparar encuentra en ese ámbito, su reparación tiene contornos y particularidades que lo distinguen del daño moral cuando se produce como consecuencia de un delito o cuasidelito.

Tales límites resultan aclarados desde una comprensión exacta de lo que el daño moral persigue indemnizar y del campo dentro del cual cabe hablar de un perjuicio derivado directamente de la infracción del contrato. Éste es el desafío actual del Derecho chileno en la materia y al que esperamos contribuir y motivar mediante este trabajo.



# LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

*Carlos Pizarro Wilson*


## Resumen

El presente trabajo refiere a las cláusulas resolutorias. Específicamente al pacto comisorio calificado. En la primera parte se explica cómo un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato. A continuación, se sugiere que, entendido como una sanción más al incumplimiento contractual, fruto del acuerdo de las partes, posee funciones diversas a la conminatoria, y que debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes. Finalmente, se advierte que la intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva.


Las ineficacias contractuales pueden incidir en la estructura del acto en cuyo caso se denominan "ineficacias intrínsecas" o, a propósito de una inejecución de las obligaciones emanadas de un contrato válido, "ineficacias extrínsecas". En este último caso, el contrato ha sido formado en conformidad al ordenamiento jurídico. No existen vicios en la estructura del contrato; no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de anularse. En definitiva: el contrato es válido. Sin embargo, alguna de las partes ha incumplido sus obligaciones dando paso a las ineficacias extrínsecas.

Entre las sanciones al incumplimiento contractual se encuentra la resolución del contrato. Según dispone el artículo 1.489 del CC los contratos bilaterales llevan implícita la cláusula resolutoria. Si una de las partes incumple su obligación la otra tendrá el derecho potestativo a elegir entre la ejecución forzada del contrato o demandar la resolución, en ambos casos, además, podrá solicitar los perjuicios. Sin embargo, las partes pueden decidir expresar la mencionada cláusula resolutoria o, según se conoce mayoritariamente, estipular la condición resolutoria tácita. Pero, ¿qué sentido podría tener señalar en el contrato algo que se entiende en forma implícita incorporado a él? En otros

Tales límites resultan aclarados desde una comprensión exacta de lo que el daño moral persigue indemnizar y del campo dentro del cual cabe hablar de un perjuicio derivado directamente de la infracción del contrato. Éste es el desafío actual del Derecho chileno en la materia y al que esperamos contribuir y motivar mediante este trabajo.



# LAS CLÁUSULAS RESOLUTORIAS EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

*Carlos Pizarro Wilson*


## Resumen

El presente trabajo refiere a las cláusulas resolutorias. Específicamente al pacto comisorio calificado. En la primera parte se explica cómo un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato. A continuación, se sugiere que, entendido como una sanción más al incumplimiento contractual, fruto del acuerdo de las partes, posee funciones diversas a la conminatoria, y que debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes. Finalmente, se advierte que la intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva.


Las ineficacias contractuales pueden incidir en la estructura del acto en cuyo caso se denominan "ineficacias intrínsecas" o, a propósito de una inejecución de las obligaciones emanadas de un contrato válido, "ineficacias extrínsecas". En este último caso, el contrato ha sido formado en conformidad al ordenamiento jurídico. No existen vicios en la estructura del contrato; no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de anularse. En definitiva: el contrato es válido. Sin embargo, alguna de las partes ha incumplido sus obligaciones dando paso a las ineficacias extrínsecas.

Entre las sanciones al incumplimiento contractual se encuentra la resolución del contrato. Según dispone el artículo 1.489 del CC los contratos bilaterales llevan implícita la cláusula resolutoria. Si una de las partes incumple su obligación la otra tendrá el derecho potestativo a elegir entre la ejecución forzada del contrato o demandar la resolución, en ambos casos, además, podrá solicitar los perjuicios. Sin embargo, las partes pueden decidir expresar la mencionada cláusula resolutoria o, según se conoce mayoritariamente, estipular la condición resolutoria tácita. Pero, ¿qué sentido podría tener señalar en el contrato algo que se entiende en forma implícita incorporado a él? En otros

términos, ¿qué sentido tendría que los contratantes indicaran en el contrato la condición resolutoria tácita?

Para responder a esta pregunta hay que distinguir el tipo de cláusula resolutoria expresa. O, utilizando el lenguaje más común en nuestra tradición, hay que distinguir los dos tipos de pacto comisorio.

En Chile parece más usual la expresión pacto comisorio, la cual deriva de la *lex comissoria* utilizada en la venta en el Derecho Romano a favor del vendedor. Bajo la expresión "pacto comisorio" o "cláusula resolutoria expresa" se conoce la estipulación contractual en virtud de la cual las partes acuerdan que el contrato será resuelto en caso de incumplimiento del deudor de alguna de las obligaciones contractuales.

Debe, entonces, distinguirse entre el pacto comisorio simple y aquél calificado u ordinario. Siendo el primero nada más que la cláusula resolutoria expresa, el segundo tiene la particularidad de producir la resolución de pleno derecho o *ipso facto* una vez que se produce el incumplimiento.

Es decir, el pacto comisorio simple no se diferencia de los efectos de la condición resolutoria tácita. En ambos nace el derecho alternativo de demandar la resolución o la ejecución forzada del contrato. En cambio, el pacto comisorio calificado, en principio, implica la resolución de pleno derecho o *ipso facto.*

En lo que sigue sólo me referiré al pacto comisorio calificado, pues aquél denominado simple carece de interés práctico y dogmático. Incluso, se ha abogado por su franca eliminación del Derecho Positivo, por aportar más dudas que soluciones a la práctica contractual. En efecto, si consideramos al pacto comisorio simple una mera repetición de la cláusula resolutoria tácita, no se ve el sentido de expresarlo en el contrato. Más aún si al pacto comisorio se le aplica una prescripción más reducida de cuatro años, cuyo plazo se cuenta desde la celebración del contrato. Aún más, la interpretación de una cláusula resolutoria como pacto comisorio simple en vez de calificado le resta todo interés a la estipulación.

De ahí, entonces, que parezca más interesante analizar la cláusula resolutoria expresa entendida como una sanción al incumplimiento contractual.

Se utiliza la expresión "sanción al incumplimiento contractual" porque el efecto esencial del pacto comisorio consiste en resolver el contrato de pleno derecho por incumplimiento.

Esta alusión a la idea de sanción contractual me parece justificada. Entender que el pacto comisorio constituye una sanción al incumplimiento contractual permite esclarecer los problemas de interpretación que ha tenido la institución.

Según se expondrá, un incorrecto entendimiento de la fuerza obligatoria del contrato ha permitido explicar en forma restrictiva o limitativa las





sanciones al incumplimiento contractual distintas a la ejecución forzada del contrato.

Como se sabe, en los sistemas jurídicos mayores se reconoce a los contratos que han sido formados en conformidad a la ley una fuerza obligatoria. Así lo dispone el artículo 1.545 del CC.

Esta regla, la fuerza obligatoria del contrato, según se entienda, determina la concepción acerca de las sanciones al incumplimiento contractual y, entre éstas, al pacto comisorio calificado.

## I. La fuerza obligatoria del contrato y las sanciones al incumplimiento contractual

La fuerza obligatoria del contrato –principio de amplio reconocimiento en los sistemas legales comparados– admite un diverso entendimiento en el sistema continental y aquél de la *common law.* Si uno compara el sistema francés y aquellos inspirados en éste, por una parte, y el sistema anglosajón, por otra, pueden detectarse dos diferencias fundamentales[1].

Para el Derecho continental la regla significa que los contratos deben cumplirse, deben ejecutarse. En cambio, para el Derecho anglosajón, la misma regla "enforceability", entiende que la fuerza obligatoria en caso de incumplimiento expone al deudor a una sanción jurídica, por haber incumplido el contrato. No se trata en el sistema anglosajón de restringir el elenco de sanciones una vez incumplido el contrato, pues debe observarse el interés del acreedor para definir aquella sanción más idónea para el caso específico de incumplimiento. La segunda diferencia radica en la forma en que la doctrina entiende la fuerza obligatoria del contrato. El artículo 1.545 del CC se eleva por la doctrina a una categoría esencial del Derecho contractual. Pareciera que *gracias al texto del artículo 1.545 los contratos se cumplen*[2]. Tras esta interpretación doctrinal descansa la creencia de que todo cumplimiento es un bien y toda inejecución constituye un mal. Esta apreciación doctrinal conlleva como resultado la búsqueda de colocar al acreedor una vez verificado el incumplimiento en una situación igual a aquélla si se hubiere cumplido de forma exacta y oportuna el contrato. En esto consiste el interés positivo del acreedor. Así, el interés del acreedor en el cumplimiento coincide con la necesidad social de intercambio económico, siendo privilegiado el cumplimiento forzado de los contratos entre las sanciones al incumplimiento contractual.

[1] Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2005, N° 13, p. 32.

[2] *Ibid.*

En los derechos de inspiración francesa la ejecución forzada se presenta como la alternativa principal para sancionar al deudor en caso de incumplimiento. Esta forma de analizar las sanciones al incumplimiento contractual encuentra su fundamento en el pretendido principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Por lo mismo, si se asume que la fuerza obligatoria y a través de ella la autonomía de la voluntad busca necesariamente la ejecución del contrato, esta sanción constituye el remedio por antonomasia.

Siguiendo este razonamiento, el intérprete y el juez han establecido diversas restricciones a la resolución del contrato, cuya aplicación debiera ser excepcional, pues los contratos, según una expresión célebre, se hacen para ejecutarse y no para deshacerse.

La concepción señalada ha motivado una serie de obstáculos o controles para lograr la resolución en virtud de la condición resolutoria tácita. El marcado carácter judicial, la apreciación del juez en cuanto al incumplimiento, la facultad del deudor para enervar la acción resolutoria, son ejemplos de la importante intervención para lograr la pervivencia del contrato. La continuación de la relación contractual constituye la alternativa que debe privilegiarse.

En resumen, al preferir la ejecución forzada a partir de la fuerza obligatoria del contrato se mira con sospecha la resolución del contrato.

En efecto, cuando se observa que el incumplimiento debe ser grave, porque si no es así debe desecharse la resolución, lo que se está planteando es que el juez debe hacer cumplir el contrato. Evitar la resolución. Esto se explica por los efectos radicales de la resolución, en cuanto a las partes y terceros. Esta misma forma restrictiva de entender las sanciones al incumplimiento contractual ha determinado que el pacto comisorio sea entendido con una exclusiva función conminatoria[3]. El pacto comisorio, según el cual el incumplimiento resolverá el contrato de pleno derecho, tendría por función atemorizar al deudor a fin de que ejecute sus obligaciones.

¿Pero en realidad es ésta la función esencial del pacto comisorio?

Si estamos siempre pensando que la mejor sanción al incumplimiento contractual es la ejecución forzada, los esfuerzos de interpretación se orientarán a establecer limitaciones al pacto comisorio calificado. Sin embargo, entender que la ejecución forzada constituye la manera correcta de entender la fuerza obligatoria del contrato parece una equivocación.

La resolución emanada del pacto comisorio calificado, forma parte, también, de las sanciones al incumplimiento contractual. Por lo mismo, el pacto

[3] *Vide* Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado. De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, tomo v, p. 202.





comisorio no resulta ajeno a la fuerza obligatoria del contrato. Las partes han establecido que para el caso de incumplimiento el vínculo contractual se resolverá de pleno derecho. Se trata de una sanción al incumplimiento prevista expresamente por las partes. Su aplicación constituye una manifestación de la fuerza obligatoria del contrato.

Este principio, el de la fuerza obligatoria, no debe entenderse como la necesidad de cumplir el contrato, sino que frente al incumplimiento, el acreedor debe escoger la sanción más adecuada para satisfacer su interés al momento de celebrar el contrato[4].

Este cambio de perspectiva permite prescindir del supuesto principio que los contratos deben ejecutarse y pasar, más bien, a proteger el interés del acreedor insatisfecho. Asumido este criterio, es decir, que la resolución no es un mal, sino, simplemente, otra sanción al incumplimiento contractual, pasamos al análisis dogmático del comisorio calificado.

## II. Regulación del pacto comisorio calificado

### *1. Regulación del pacto comisorio. Análisis del artículo 1.879 del CC*

Sabido es que el *Código de Bello* no estableció un régimen general para la cláusula resolutoria o pacto comisorio. El artículo 1.879 consagra una norma especial para el pacto comisorio en la compraventa y en relación con el incumplimiento de la obligación de pagar el precio. En este artículo, el codificador altera la voluntad pactada en el contrato, impidiendo el efecto resolutorio de pleno derecho. Se le reconoce al comprador la facultad de enervar la acción resolutoria en las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. Aquí radica un claro ejemplo de la revisión judicial del contrato. A pesar de la voluntad de las partes de poner término inmediato al contrato, el artículo 1.879 exige que el vendedor demande la resolución.

Para la interpretación tradicional del precepto se entiende que las veinticuatro horas es un "plazo de gracia" otorgado al comprador en atención a la importancia económica de la compraventa. Por lo mismo, se trataría de una regla no disponible para las partes[5].

Con todo, la regla imperativa, relativa al precio en la compraventa, merece ser criticada. No se entiende la razón de derrocar la voluntad de las

[4] Sobre este cambio de perspectiva *vid.* Laithier (n. 1), p. 91.

[5] Por todos, René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo i, p. 478 y ss.

partes expresada en el contrato. El efecto querido era la resolución de pleno derecho, pero se exige la demanda de resolución.

Debe, eso sí, tenerse presente que el artículo 1.879 recoge el pacto comisorio calificado, pero acotado a la obligación de pagar el precio en la compraventa.

Aquí nadie discute que existe una alteración a la voluntad de las partes. Uno podría sostener que se trata de una regla inapropiada que bien podría derogarse. Pero es la única que se refiere al pacto comisorio calificado. No existe otra.

Una duda ha surgido respecto a saber cuándo se produce la resolución en virtud del artículo 1.879.

### *2. Cuándo se produce la resolución en virtud del artículo 1.879 del CC*

En Chile se ha discutido cuándo se produce la resolución tratándose del pacto comisorio calificado relativo a la obligación de pagar el precio.

Existen tres posiciones[6].

- La primera, indica que la resolución operaría con el incumplimiento del pago del precio.
- La segunda, sería entender resuelto el contrato una vez transcurridas las veinticuatro horas para enervar la acción resolutoria.
- La tercera, la resolución operaría sólo por sentencia judicial en el juicio resolutorio.

El "plazo de gracia" otorgado al deudor solamente se referiría a impedir al comprador enervar la acción resolutoria más allá de las veinticuatro horas siguientes a la notificación de la demanda. Pero la resolución produciría sus efectos con la sentencia judicial ejecutoriada. Entonces, o se resuelve con el simple incumplimiento, transcurridas las veinticuatro horas o con la sentencia judicial.

En realidad, la intervención del juez sólo se justifica por la restricción prevista en el artículo 1.879, que exige demanda de resolución. Ésta opera una vez transcurridas las veinticuatro horas, pues ya no podrá el comprador enervar la acción resolutoria. El juez deberá verificar sólo si se cumplen las condiciones del pacto comisorio calificado.

Hemos visto la regulación del pacto comisorio en el *Código Civil*, es sólo a propósito de la obligación de pagar el precio en la compraventa. Y aquí surge otra pregunta tradicional, ¿qué ocurre con los otros contratos y en la misma compraventa, pero en una obligación distinta a la de pagar el precio?

[6] *Vid.* Daniel Peñailillo Arévalo, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 423.





### *3. El pacto comisorio calificado en otros contratos diversos a la compraventa*

Existe un reconocimiento unánime en cuanto a que el pacto comisorio calificado puede establecerse en otros contratos. Aún más, este acuerdo ha pasado a ser una cláusula de estilo en la contratación[7].

Aceptado, entonces, que puede verificarse en contratos diversos a la compraventa, aún queda por discutir si la regulación prevista en el artículo 1.879 es extensible a estas otras hipótesis.

La opinión mayoritaria hoy rechaza la aplicación extensiva del artículo 1.879. Así, el profesor Peñailillo sostiene que debe privilegiarse la libertad contractual por sobre el argumento de la analogía. En sentido similar se pronuncia el profesor Abeliuk[8].

Atrás han quedado las interpretaciones propuestas por Luis Claro Solar y Arturo Alessandri[9]. El primero justificaba el rechazo al pacto comisorio en los contratos diversos a la compraventa debiendo aplicarse contra la voluntad de las partes la condición resolutoria tácita. Por su parte, el segundo, señalaba, en su tesis, sobre la compraventa, que cualquier contrato en que se estipule un pacto comisorio queda regido por los artículos 1.877 a 1.880. De manera tal que el acreedor debe entablar la acción resolutoria, pudiendo el deudor enervar la acción en el mismo plazo establecido en el artículo 1.879[10].

Se trata de una interpretación excesiva que reconoce mayor valor al argumento de la analogía. Incluso, Luis Claro Solar llega a concluir que a pesar del pacto comisorio calificado debe entenderse aplicable la condición resolutoria tácita, pudiendo enervarse la acción resolutoria durante todo el juicio. En efecto, para él, la estipulación del pacto comisorio calificado no priva al deudor de la facultad de enervar la acción resolutoria. Ni siquiera recurre a la aplicación del artículo 1.879, el cual considera excepcional, sino que atendido que el pacto comisorio tiene como función forzar al contratante al cumplimiento no puede en ningún caso producir la resolución de pleno derecho[11].

[7] Philippe Malaurie et Laurente Aynès, *Obligations.*, 11ª ed., Paris, Cujas, 2004, vol. 2: Contrats et quasi-contrats, p. 293.

[8] Peñailillo (n. 6), p. 425; Abeliuk (n. 5), p. 480 y ss.

[9] Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión, 2003, tomo II, vol. I, p. 477 y ss.; Claro Solar (n. 3), p. 209 y ss.

[10] Alessandri (n. 9), p. 463.

[11] Véase Luis Claro Solar, "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio", *RDJ*, tomo VIII, Santiago, 1911, p. 175 y ss.

Esta solución estaría conforme al carácter conminatorio del pacto comisorio calificado que busca el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, la opinión más extendida hoy en la doctrina y jurisprudencia entiende el pacto comisorio calificado con un efecto resolutorio sin intervención judicial. Esto significa que no se requiere demanda judicial ni tampoco el deudor puede enervar el efecto resolutorio. El argumento es simple: debe preferirse lo dicho en el contrato. Se agrega que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza y, por ende, puede ser excluido por la voluntad de las partes.

Estos argumentos nos hacen concluir que el pacto comisorio calificado debe producir la resolución sin intervención del juez. Otra interpretación restaría cualquier valor práctico a la cláusula resolutoria, puesto que su mayor externalidad positiva es evitar el juicio, la tardanza y los costos del litigio.

En suma, para el Derecho chileno debe asumirse la validez del pacto comisorio con prescindencia de toda intervención judicial. No existen razones valederas para justificar un efecto distinto al resolutorio en el pacto comisorio calificado. Salvo por la excepción legal prevista en el artículo 1.879. Y esto por decisión del codificador, aunque debiera plantearse una reforma legal al respecto. Ya no cabe justificar esta excepción al acuerdo de los contratantes.

El conflicto entre la libertad contractual y la pretendida aplicación general de las reglas previstas, a propósito del pacto comisorio en la compraventa, debe tenerse por superado. Nada impide a las partes establecer una cláusula resolutoria expresa con independencia de la normativa aplicable al incumplimiento del precio en la compraventa. Las partes han escogido en plena libertad la sanción al incumplimiento del contrato, ¿qué podría justificar restringir esta libertad para exigir al acreedor demandar la resolución y entregar al deudor la facultad de enervar la resolución pagando en las veinticuatro horas siguientes a la notificación?

La idea de judicializar el pacto comisorio calificado repugna a su esencia. La interpretación de su régimen debe estar inspirada en la aplicación del efecto resolutorio.

Pero, ¿de qué efecto resolutorio hablamos? ¿Se trata de una resolución automática bastando que se verifique el incumplimiento del contrato? Esta interrogante nos lleva a abordar el efecto resolutorio del pacto comisorio.

### *4. El efecto resolutorio del pacto comisorio calificado*

Asumido que el artículo 1.879 constituye una regla excepcional, no siendo procedente extender su aplicación a otros contratos. Debemos determinar si el pacto comisorio produce la resolución de pleno derecho o se requiere alguna manifestación de voluntad del acreedor para hacer valer dicho efecto extintivo.





Una vez más las opiniones son diversas en la doctrina chilena.

Para algunos, como René Abeliuk, debe estarse a la voluntad expresada en el contrato[12]. Por lo tanto, si las partes acordaron que el incumplimiento producirá la resolución de pleno derecho no se requerirá ningún otro trámite. Así se ha fallado mayoritariamente por los tribunales chilenos[13]. En la práctica, el acreedor hará valer la resolución del contrato por el efecto del pacto comisorio demandando y, además, la indemnización de los perjuicios.

Sin embargo, una opinión distinta se ha encargado de establecer la necesidad del acreedor de manifestar su voluntad para que la resolución se produzca[14]. No bastaría, entonces, el mero incumplimiento, sino que el acreedor debería notificar al deudor su intención de resolver el contrato.

Para sustentar esta interpretación se han aportado argumentos históricos y de Derecho Comparado. Así lo requiere en forma expresa el *Código Civil* italiano. Se señala, asimismo, que en caso contrario la resolución quedaría entregada a la voluntad del deudor, quien mediante un acto meramente potestativo podría resolver el contrato. Dicha "condición meramente potestativa" sería nula por depender de la sola voluntad del deudor. Esta opinión de identificar el incumplimiento del deudor con la "mera voluntad" es criticable. La regla relativa a la nulidad de la "condición meramente potestativa" se refiere al nacimiento de la obligación. En efecto, el artículo 1478 señala "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa...". Es decir, son nulas las obligaciones cuyo nacimiento queda supeditado a la mera voluntad de una de las partes. Pero tratándose del pacto comisorio, la obligación nace y luego se incumple. Lo que intenta sancionar el artículo 1.478 es la voluntad no seria al contraer una obligación. Sin embargo, no se coloca en la etapa de ejecución del contrato[15].

Los argumentos allegados para exigir una notificación de la voluntad, para hacer efectiva la resolución del contrato, no parecen convincentes.

Si las partes acordaron que el incumplimiento acarrea la resolución de pleno derecho debe respetarse la voluntad expresa en el contrato. Así lo qui-

[12] Abeliuk, (n. 5), p. 481; Peñailillo, (n. 6), p. 428.

[13] Véase recientemente Corte Suprema, 8 de marzo de 2004, en LexisNexis, N° 29777: "Que los argumentos se desarrollan sobre la base de hechos diversos de los establecidos por los sentenciadores y por lo mismo no pueden prosperar. En efecto, en la sentencia impugnada se establece que las partes introdujeron en la cláusula undécima del contrato de arrendamiento el pacto comisorio calificado que produce ipso jure la extinción del arrendamiento, razón por la cual el arrendatario carece de facultad para hacer subsistir el contrato consignando las rentas que en su oportunidad dejó de pagar".

[14] Carlos Peña González, "La resolución como ineficacia extrínseca", en http://www.udp.cl/derecho/estudiantes /apuntes/ Resolucion.PDF, visitado el 6 de septiembre de 2005.

[15] *Vide* Peñailillo (n. 6), pp. 426 y 427.

sieron las partes y si hubieren querido otra cosa lo habrían especificado. En ciertos casos, ocurre de esta manera en la práctica contractual. Se establece que el contrato se resolverá de pleno derecho en caso de incumplimiento una vez que el acreedor manifieste su voluntad mediante carta certificada notificada al deudor. También podría establecerse un plazo para el cumplimiento. Pero todo esto es gobernado por la voluntad de las partes.

Surge, eso sí, un problema si el contrato incumplido ha continuado ejecutándose por las partes. Hubo incumplimiento, pero las partes decidieron continuar. Aquí no debe creerse que existe un nuevo contrato con todos los problemas que esto conllevaría, sino que ha operado una renuncia a la resolución de pleno derecho o una resciliación de la cláusula en cuestión.

### *5. El control judicial del pacto comisorio*

Las precedentes reflexiones nos han llevado a considerar el pacto comisorio o cláusula resolutoria como una sanción al incumplimiento contractual fruto de la voluntad de las partes.

Recordemos que los obstáculos legales al pacto comisorio en la compraventa respecto a la obligación de pagar el precio tienen aplicación excepcional. Hemos, además, establecido como criterio de interpretación el interés del acreedor ante el incumplimiento, descartando cualquier privilegio esbozado a favor del cumplimiento forzado de la obligación.

No obstante, el pacto comisorio calificado no está exento de un cierto temperamento eventual y, a posteriori, que pueda efectuar el juez. Si bien el efecto resolutorio cumplidas las condiciones no puede objetarse por la intervención judicial, sí puede ocurrir que dichas condiciones no se verifiquen pudiendo descartarse la resolución del contrato. Esto justifica referirse al control del pacto comisorio en términos generales y el caso particular en el contrato de arrendamiento.

### *6. Temperamentos generales al pacto comisorio calificado*

Como se sabe, la condición resolutoria tácita presenta un marcado carácter judicial. La intervención del juez es intensa para aceptar la demanda de resolución. Se fija si existió incumplimiento, qué incumplimiento, grave, ínfimo; qué obligaciones se incumplieron, esenciales, accesorias, etc.[16]. En el

[16] Sobre esto, *vide*, Claus KREBS PAULSEN, "La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26 Nº 4, 1999, p. 839; Alejandra AGUAD DEIK, "Comentarios de Jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 4, Santiago, 2005, p. 185 y ss.; Enrique, Alcalde





pacto comisorio la intervención judicial debe ser menos intensa. Pero existen importantes coincidencias en cuanto a las condiciones que deben verificarse para que se justifique el efecto resolutorio del pacto comisorio calificado y la condición resolutoria tácita. Una precisión se impone, en la condición resolutoria tácita la resolución operará necesariamente por sentencia judicial, pudiendo enervar la acción el deudor durante todo el juicio. O, al menos, así ha sido interpretado mayoritariamente en la jurisprudencia, pese a que debiera distinguirse entre el pago efectivo y la excepción de pago. Esto quiere decir que la excepción de pago durante el juicio debe basarse en un cumplimiento efectuado en forma precedente a la demanda judicial.

Cuestión distinta ocurre en el pacto comisorio calificado, puesto que la resolución habrá operado una vez notificada la voluntad del acreedor de hacer efectivo el pacto comisorio o en forma automática, según la redacción de la cláusulas. El control del juez será nada más eventual y con posterioridad a la resolución del contrato.

Pero, ¿cuáles son esas coincidencias entre ambas manifestaciones de la cláusula resolutoria, tácita y expresa con efecto *ipso facto*?

La primera es que debe verificarse un incumplimiento del contrato. Y surge de inmediato la pregunta ¿qué incumplimiento justifica la resolución emanada del pacto comisorio calificado? En el caso de la cláusula resolutoria tácita no cualquier incumplimiento amerita la resolución judicial. Debe tratarse de un incumplimiento grave, señalan algunos y otros distinguen entre obligaciones esenciales y accesorias para determinar la resolución[17]. Pero en el pacto comisorio calificado, ¿cualquier incumplimiento habilita la resolución de pleno derecho? ¿Basta un soplo de incumplimiento para que el acreedor pueda dar por extinguido el contrato en virtud de la cláusula resolutoria expresa? Tratándose de la cláusula tácita la jurisprudencia chilena parece inclinarse por la necesidad de un incumplimiento significativo o grave, inspirado en la necesidad de respeto a la buena fe en la ejecución de los contratos[18].

Pero en el pacto comisorio debe privilegiarse la voluntad expresada en el contrato y cualquier incumplimiento sin importar la gravedad debiera justificar la resolución. Así ha sido pactado en el contrato. Una cuestión distinta ocurriría si existe intención del acreedor de dañar a su contraparte en el ejercicio de la facultad de resolver el contrato. En este caso estaríamos en una hipótesis de responsabilidad civil que en nada afectaría la resolución del contrato.

Asumido lo anterior, esto es, que no incide en el pacto comisorio el tipo de obligación, ni tampoco la gravedad del incumplimiento, la intervención

Rodríguez, "Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica*, Nº 8, Santiago, 2003, p. 68 y ss.

[17] *Vide* autores citados en nota anterior.

[18] Corte Suprema, 31 marzo de 2003, en LexisNexis, Nº 26369.

judicial para verificar las condiciones de eficacia del pacto comisorio quedan reducidas a evaluar si existió dicho incumplimiento.

Bien puede ocurrir que el deudor, contra quien se hizo valer la cláusula resolutoria, expresa pretenda haber cumplido en forma exacta y oportuna sus obligaciones. En este caso el juez deberá verificar si dicho cumplimiento es efectivo, pudiendo reconocer la pretensión del deudor otorgando la respectiva indemnización de perjuicios. Como puede observarse, el juez deberá evaluar si dicho incumplimiento se verificó. También puede ocurrir que sea el propio acreedor que hizo valer la cláusula resolutoria expresa quien ponga en movimiento el aparato jurisdiccional a fin de obtener la indemnización de los perjuicios o la cláusula penal pactada.

En esta circunstancia el demandado puede oponerse, alegando la excepción de contrato no cumplido, para lo cual hará valer que el demandante también incumplió sus obligaciones. Aplicará el aforismo la mora purga la mora. Esto requerirá para el juez establecer sí efectivamente el acreedor demandante ha dado fiel cumplimiento a sus propias obligaciones, en caso contrario podrá desechar la resolución emanada del pacto comisorio calificado.

Aquí se asume que la mora constituye un elemento de la resolución, cuestión que no está exenta de controversia.

En definitiva, podemos observar que existe una intervención moderada del juez en frente del pacto comisorio calificado. El tribunal no podrá cuestionar la decisión del acreedor de hacerlo valer, ni tampoco reconocer al deudor la facultad de ejecutar sus obligaciones.

### *7. El pacto comisorio en el arrendamiento*

Aun, el juez puede tener una intervención más intensa en ciertas hipótesis particulares previstas en el *Código Civil*. Esta situación se verifica en el Derecho chileno a propósito del artículo 1.977 sobre contrato de arrendamiento. Este precepto ha sido interpretado por la doctrina como una restricción a los efectos del pacto comisorio calificado en el arrendamiento de "casas, almacenes u otros edificios". Esto comprende en Chile los inmuebles urbanos.

Según el artículo 1.977: "La mora de un período entero en el pago de la renta, dará derecho al arrendador, después de dos reconvenciones entre las cuales medien a lo menos cuatro días, para hacer cesar inmediatamente el arriendo, si no presta seguridad competente de que se verificará el pago dentro de un plazo razonable, que no bajará de treinta días".

Este precepto constituye una regla especial que alteraría la cláusula resolutoria tácita del artículo 1.489 del CC. El incumplimiento de la obligación de pagar la renta tiene en el *Código* una normativa particular, según la cual el arrendador sólo podrá poner término al contrato una vez constituido el





arrendatario en mora por un período entero y efectuadas dos reconvenciones judiciales. A partir de este precepto se requiere una intervención judicial para poner término al arrendamiento.

La pregunta que puede plantearse es, ¿cómo opera el pacto comisorio calificado en el contrato de arrendamiento en presencia del artículo 1.977? ¿Este precepto constituye un límite a los efectos propios de la cláusula resolutoria expresa?

Para entender el artículo 1.977 como una forma de alterar el pacto comisorio calificado habría que considerarlo una regla indisponible para las partes. Si consideramos este precepto una regla dispositiva, las partes bien podrían excluir las condiciones que prevé en virtud de la libertad contractual. Por el contrario, al entenderlo como un precepto de orden público indisponible, las partes a pesar de su voluntad de poner término al contrato por el incumplimiento deberán inclinarse ante la citada disposición legal.

Quienes aprueban la libertad contractual argumentan que el artículo 1.977 establece derechos al arrendatario, a los cuales podría renunciar por no tratarse de una norma de orden público. Al establecer el pacto comisorio el arrendatario habría renunciado a los derechos conferidos por el artículo 1.977[19].

En contra se ha señalado que: "El análisis histórico del precepto muestra... que el artículo 1977 posee una función limitativa y no meramente supletoria de la voluntad de las partes, que, además... se ve reforzada por los preceptos de la legislación especial"[20].

Habría argumentos de índole histórica, pues en proyectos precedentes al inédito se señalaba la frase "si nada se ha estipulado...". De lo cual derivaría que si se excluyó esta frase se quiso decir que ahora las partes no podrían modificarlo. Estos argumentos son poco convincentes, pues bien podría señalarse que se eliminó por inútil o innecesaria. Por lo demás el intérprete no tiene por qué quedar atado a una intención de hace ciento cincuenta años.

Sin embargo, existe otro argumento emanado de la legislación especial que rige el arrendamiento de predios urbanos. Esta ley señala que los derechos consagrados a favor del arrendatario son de carácter irrenunciables. El artículo 19 de la ley N° 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos indica: "Son irrenunciables los derechos que esta ley concede a los arrendatarios". Y se ha pretendido que entre estos derechos cabría contemplar el artículo 1977, pues la misma ley, aunque por motivos meramente procesales lo menciona en su artículo 10.

---

[19] *Vide RDJ*, tomo XLVI, Santiago, 1969, sec. 1ª, p. 109, con comentario de Víctor Santa Cruz.

[20] Peña (n. 15).

Los argumentos entregados para impedir la resolución de pleno derecho en el contrato de arrendamiento no parecen convincentes. Creo que debe privilegiarse la libertad contractual. Sólo podría impedirse esta cláusula expresa cuando se considere atentatoria a la buena fe en virtud de las reglas aplicables a los contratos por adhesión. Aquí hago la aclaración que no me refiero al control de cláusulas abusivas en la ley de Protección al Consumidor, sino a la aplicación del Derecho común.

En suma, qué tenemos sobre el pacto comisorio. Las siguientes son las conclusiones:

1. Debe ponerse cuidado en la forma de redactar las cláusulas relativas al pacto comisorio calificado, optando por la resolución automática o con notificación de la voluntad del acreedor. Esta última forma de redacción parece más apropiada.
2. El pacto comisorio calificado constituye una sanción más al incumplimiento contractual fruto del acuerdo de las partes. Por lo tanto, debe evitarse entenderlo con una función única conminatoria.
3. La regla prevista en el artículo 1.879 tiene un carácter excepcional y queda restringida a la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa.
4. Siendo posible el pacto comisorio en otros contratos debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes.
5. La intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva. El juez queda impedido de llevar a cabo un control de oportunidad. Su función se limita en caso de reclamo judicial a un control de regularidad de las condiciones.



# LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE SU TERCERO ENCARGADO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

*Álvaro R. Vidal Olivares*


## Resumen

La CV instaura un régimen de responsabilidad objetivado que se articula a partir del solo hecho del incumplimiento del contrato, y que reconoce la posibilidad al deudor de exonerarse cuando el incumplimiento se debió a un impedimento ajeno a su esfera de control. El principio que explica la atribución de responsabilidad es el del razonable control, que permite dibujar dos áreas de atribución de responsabilidad: la esfera típica de control del deudor y otra que va más allá de ella.

En la primera el deudor queda sometido a una responsabilidad absoluta y en la segunda la responsabilidad es estricta porque a pesar de ser objetiva cabe la exoneración bajo ciertas condiciones. En esta segunda área el deudor responde por lo impedimentos ajenos a la esfera de control del deudor, pero previsibles al momento del contrato y por aquellos imprevisibles, empero razonablemente evitables y superables en sí o en sus consecuencias. La finalidad del presente trabajo es el estudio del régimen de responsabilidad que la CV prevé para el supuesto de incumplimiento del deudor que tiene su causa en el incumplimiento de un tercero a quien se le encargó el todo o parte de la ejecución del contrato. Es habitual que en el tráfico sus operadores encarguen a terceros la realización de parte o todas las actividades que integran el objetivo de los contratos que celebran; por lo que no será extraño, en la práctica, que precisamente sea el incumplimiento del tercero el que cause el del deudor en la compraventa


* En el presente trabajo se recoge parte de los resultados alcanzados en la ejecución del proyecto de investigación FONDECYT N° 1030352, cuyo investigador responsable es el profesor Álvaro R. Vidal Olivares.

Los argumentos entregados para impedir la resolución de pleno derecho en el contrato de arrendamiento no parecen convincentes. Creo que debe privilegiarse la libertad contractual. Sólo podría impedirse esta cláusula expresa cuando se considere atentatoria a la buena fe en virtud de las reglas aplicables a los contratos por adhesión. Aquí hago la aclaración que no me refiero al control de cláusulas abusivas en la ley de Protección al Consumidor, sino a la aplicación del Derecho común.

En suma, qué tenemos sobre el pacto comisorio. Las siguientes son las conclusiones:

1. Debe ponerse cuidado en la forma de redactar las cláusulas relativas al pacto comisorio calificado, optando por la resolución automática o con notificación de la voluntad del acreedor. Esta última forma de redacción parece más apropiada.
2. El pacto comisorio calificado constituye una sanción más al incumplimiento contractual fruto del acuerdo de las partes. Por lo tanto, debe evitarse entenderlo con una función única conminatoria.
3. La regla prevista en el artículo 1.879 tiene un carácter excepcional y queda restringida a la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa.
4. Siendo posible el pacto comisorio en otros contratos debe privilegiarse el efecto resolutorio, pues la resolución fue la sanción escogida por las partes.
5. La intervención judicial frente al pacto comisorio calificado debe ser restrictiva. El juez queda impedido de llevar a cabo un control de oportunidad. Su función se limita en caso de reclamo judicial a un control de regularidad de las condiciones.



# LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE SU TERCERO ENCARGADO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

*Álvaro R. Vidal Olivares*


## Resumen

La CV instaura un régimen de responsabilidad objetivado que se articula a partir del solo hecho del incumplimiento del contrato, y que reconoce la posibilidad al deudor de exonerarse cuando el incumplimiento se debió a un impedimento ajeno a su esfera de control. El principio que explica la atribución de responsabilidad es el del razonable control, que permite dibujar dos áreas de atribución de responsabilidad: la esfera típica de control del deudor y otra que va más allá de ella.

En la primera el deudor queda sometido a una responsabilidad absoluta y en la segunda la responsabilidad es estricta porque a pesar de ser objetiva cabe la exoneración bajo ciertas condiciones. En esta segunda área el deudor responde por lo impedimentos ajenos a la esfera de control del deudor, pero previsibles al momento del contrato y por aquellos imprevisibles, empero razonablemente evitables y superables en sí o en sus consecuencias. La finalidad del presente trabajo es el estudio del régimen de responsabilidad que la CV prevé para el supuesto de incumplimiento del deudor que tiene su causa en el incumplimiento de un tercero a quien se le encargó el todo o parte de la ejecución del contrato. Es habitual que en el tráfico sus operadores encarguen a terceros la realización de parte o todas las actividades que integran el objetivo de los contratos que celebran; por lo que no será extraño, en la práctica, que precisamente sea el incumplimiento del tercero el que cause el del deudor en la compraventa


* En el presente trabajo se recoge parte de los resultados alcanzados en la ejecución del proyecto de investigación FONDECYT N° 1030352, cuyo investigador responsable es el profesor Álvaro R. Vidal Olivares.

internacional. Y también es habitual que las partes nada prevean sobre el particular en sus contratos.

Adquiere relevancia dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿responde o no el deudor que hace el encargo cuando el tercero no cumple y provoca su incumplimiento? En la CV el precepto que resuelve esta cuestión es el art. 79 (2), admitiendo la exoneración del deudor, pero bajo unas condiciones más estrictas que las que por regla general condicionan su exoneración por incumplimientos por causa diversa. Así, CV se aleja de los principios tradicionales de la contratación del Derecho Civil y ofrece una solución realista. Es un hecho que el deudor no tiene los medios para controlar el riesgo del incumplimiento del tercero y, además, que la ejecución de la prestación prometida por el tercero puede verse afectada por impedimentos ajenos a su razonable control.

## Introducción

1) El derecho de la compraventa internacional de mercaderías contenido en la CV del año 1980[1], que es ley de la república desde el año 1991, ofrece soluciones adecuadas no sólo a las actuales condiciones del tráfico internacional sino, también, a las compraventas celebradas en el ámbito interno. Tanto es así que en este cuerpo normativo se han inspirados legisladores, la doctrina y jurisprudencia del Derecho Comparado para modificar o reformular su derecho de las obligaciones y los contratos[2]. La CV se aplica a todas las compraventas celebradas entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diversos[3].
2) La CV instaura un régimen de responsabilidad objetivado que se articula a partir del solo hecho del incumplimiento del contrato[4], y que

[1] Para los efectos de este trabajo, cuando me refiera al derecho uniforme o de Viena, estaré aludiendo a la CV sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, y que es ley de la república desde el año 1990.

[2] El caso más paradigmático es el de la gran reforma al *BGB* alemán del año 2002.

[3] Para un estudio sobre la aplicación de Viena *vide* Franco Ferrari, *La compraventa internacional, aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, traducción Albert Lamarca I Marquès, Valencia, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, 1999.

[4] En la CV se prescinde del modelo de conducta de la persona diligente o del buen padre de familia, adaptándose uno más estricto, el de la persona razonable, y que se define como





reconoce la posibilidad al deudor de exonerarse cuando a pesar de haber incumplimiento de su parte, éste se debió a un impedimento ajeno a su esfera de control[5]. El principio que explica la atribución de responsabilidad es el del razonable control del riesgo y que se concreta en tres reglas de atribución y una de exoneración, contenidas implícitamente en el art. 79 CV[6]. El referido principio permite dibujar dos áreas de atribución de responsabilidad: la esfera típica de control del deudor y otra que va más allá de ella. En la primera, el deudor queda sometido a una responsabilidad absoluta (primera regla) y en la segunda, la responsabilidad es estricta porque a pesar de ser objetiva cabe la exoneración bajo ciertas condiciones. En esta segunda área el deudor responde por lo impedimentos ajenos a la esfera de control del deudor, pero previsibles al momento del contrato (segunda regla) y por aquellos imprevisibles, empero razonablemente evitables y superables en sí o en sus consecuencias (tercera regla). Seguidamente, la exoneración opera cuando ninguna de las dos reglas de atribución anteriores han tenido aplicación, o sea, cuando el incumplimiento se debió a un impedimento

el comerciante especializado, dentro del sector del tráfico a que pertenezca, que se comporta conforme la buena fe, es prudente y moderado, pero a la vez eficiente. La conducta de la persona razonable corresponde a la usualmente observada en el citado sector. Sobre este estándar de conducta en Viena, *vide*: Álvaro R. Vidal Olivares, "La noción de persona razonable en la compraventa internacional", en Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 2003.

[5] Para apreciar cómo funciona el sistema de responsabilidad contractual en Viena, *vid.* Álvaro R. Vidal Olivares, "La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional", *Revista de Derecho*, vol. xviii, Nº 2, Valdivia, 2005, pp. 55-81.

[6] El texto del artículo 79 en su versión en español tiene el siguiente tenor: "(1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. (2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a.- Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b.- si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de este párrafo. (3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. (4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. (5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención".

imprevisible, cuyas consecuencias eran razonablemente inevitables e insuperables[7]. Por regla, la causa de exoneración tiene eficacia temporal[8] y afecta sólo al remedio de la indemnización de daños[9].

3) La esfera típica de control del deudor se define de forma objetiva para cada operador y encierra todas las medidas de organización y de control apropiado, que razonablemente puede esperarse que el deudor adopte; y que se estiman necesarias para asegurar la adecuada preparación de la prestación prometida y, en definitiva, el cumplimiento fiel y oportuno del contrato[10]. Al deudor se le asigna el riesgo de todo lo que afecte al proceso de preparación y ejecución de la prestación porque de él depende de todas aquellas medidas que permitan asegurar dicho proceso y, consecuentemente, evitar que el incumplimiento se produzca. La decisión de cómo y en qué condiciones se cumple la obligación corresponde al deudor y lo hace a su propio riesgo, respondiendo siempre de cualquier incumplimiento que tenga su origen en la omisión de lo que una persona razonable en su misma posición y circunstancias hubiese hecho. La CV presupone que el deudor debe evitar y superar toda circunstancia o suceso relacionado con la preparación y ejecución de la prestación y que pueda perturbar el cumplimiento fiel y oportuno del contrato. Su esfera típica de control la integran elementos subjetivos y

[7] Sobre el régimen de responsabilidad de la CV y los criterios de atribución de la misma, *vid.* Álvaro R. Vidal Olivares, "Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena", en *Revista de Derecho*, vol. XVIII, N° 1, Valdivia, 2005, pp. 55-88.

[8] *Vid.* el art. 79 (3) CV.

[9] *Vid.* el art. 79 (5) CV.

[10] En la doctrina que comenta el art. 79 de la CV Hans Stoll, "Art. 79 CISG", en Peter Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention the Internacional Sales of Goods (CISG)*, 2ª ed. in traslation, traducida por G. Thomas, Oxford, Oxford University Press, 1998, pars. 28-29, emplea esta expresión para referirse al área dentro de la cual el deudor responde sin posibilidad de exoneración. Pablo Salvador Coderch, "Artículo 79 CV", en Luis Díez-Picazo (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías, comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 642 y 648, siguiendo a Stoll, habla de la "esfera de influencia del deudor típicamente integrada". En cambio, otros autores sin emplear la expresión identifican ciertos supuestos de impedimentos en que no cabe la exoneración a favor del deudor. Así Pascal Pichonnaz, "Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (Art. 119 CO et 79 CVIM)", en *Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg Suisse*, Suisse, ed. Peter Gauch, Éditions Universitaires Fribourg, 1997, pars. 1682; 1688, 1691-1692, se refiere a "hipótesis típicas dentro del ámbito de influencia del deudor". Por su parte, Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, volume/band 9, Viena, Law Economics International Trade, 1986, alude a la "garantía del deudor sobre su capacidad de cumplir", pp. 101-103.





objetivos[11]. El primero encierra, tanto el comportamiento y circunstancias personales del propio deudor como de todo el personal sujeto a su organización y supervisión que intervenga o colabore directamente en la prestación. El segundo, en cambio, concierne a todos a los bienes, materiales e inmateriales, que condicionan el cumplimiento del contrato.

4) El objeto del presente trabajo es el estudio del régimen de responsabilidad que la CV prevé para el supuesto de incumplimiento del deudor –sea vendedor o comprador– que tiene su causa inmediata en el incumplimiento de un tercero a quien se le encargó el todo o parte de la ejecución del contrato. Este supuesto se vincula con la categoría contractual del subcontrato del Derecho Civil.

   La CV no emplea las expresiones subcontrato y subcontratista y prefiere hablar de terceros a quienes el deudor encarga todo o parte de la ejecución del contrato.

5) Es habitual que en el tráfico sus operadores encarguen a terceros la realización de parte o todas, las actividades que integran el objeto de los contratos que celebran, por lo que no será extraño, en la práctica que precisamente sea el incumplimiento del tercero el que cause el del deudor en la compraventa internacional. Y también es habitual que las partes nada prevean sobre el particular en sus contratos.

6) Adquiere relevancia dar respuesta a la siguiente cuestión: responde o no el deudor que hace el encargo cuando el tercero no cumple y provoca su incumplimiento. En el Derecho Civil la respuesta es una: el deudor responde y lo hace en todo caso, pues al acreedor no le empece ni el hecho que su deudor haya subcontratado ni, menos, las causas del incumplimiento del subcontratista. En la CV el precepto que resuelve esta cuestión es el art. 79 (2), admitiendo la exoneración del deudor, pero bajo unas condiciones más estrictas que las que por regla general condicionan su exoneración por incumplimientos por causa diversa.

[11] Así se recoge Fernando Pantaleón Prieto, "El sistema de responsabilidad contractual, El sistema de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo III, 1991, p. 1.069. En una interpretación objetiva del artículo 1.105 del *Código Civil* español, inspirada en el principio del razonable control del riesgo del art. 79 CV afirma categóricamente que el criterio de "esfera de control del deudor" engloba los subcriterios de "hecho del deudor" y "hecho de los auxiliares en el cumplimiento" y agrega que, con base a este criterio (esfera de control) el deudor no sólo responde de sus hechos propios, o de sus dependientes, o auxiliares, en el cumplimiento sino, también, como regla, del estado de los elementos materiales (maquinarias, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma.

Así, Viena se aleja de los principios tradicionales de la contratación y ofrece una solución realista. Es un hecho que el deudor no tiene los medios para controlar el riesgo del incumplimiento del tercero y, además, que la ejecución de la prestación prometida por el tercero puede verse afectada por impedimentos ajenos a su razonable control.

7) Este estudio se divide en dos secciones: en la primera, me ocuparé de la noción de tercero encargado y el supuesto del artículo 79 (2) CV y en la segunda, estudiaré la regla de atribución de responsabilidad que el precepto instaura y su relación con el principio del razonable control del riesgo del incumplimiento y las reglas en que se concreta.

## SECCIÓN I
## EL SUPUESTO DEL ART. 79 (2) CV Y LA NOCIÓN DE TERCERO ENCARGADO

### *1. Generalidades sobre el art. 79 (2) CV*

La CV regula especialmente de responsabilidad del deudor cuando su incumplimiento tuvo su origen, a su vez, en la falta de cumplimiento del tercero, a quien encargó la ejecución total o parcial, del contrato; previendo un régimen que hace excepción al general de su art. 79 (1). Pese a que el incumplimiento tiene su causa en la conducta que el propio deudor seleccionó, la CV, alejándose de los modelos del Derecho Civil, le reconoce la posibilidad de exonerarse, claro, bajo ciertas condiciones más estrictas que las generales[12]. La responsabilidad que impone el precepto es directa del deudor por su propio incumplimiento, con la especialidad que el impedimento que lo determinó fue el incumplimiento del tercero. Hay dos incumplimientos vinculados causalmente, el primero del tercero, que provoca el segundo, el del deudor de la compraventa internacional.

El deudor garantiza a su acreedor el fiel y oportuno cumplimiento de contrato y, por ello, la ley le asigna el riesgo de incumplimiento inherente a cómo lo ejecute. Si el riesgo se realiza, el deudor, en principio, es responsable frente a su acreedor, a quien le es indiferente si empleó para la mencionada ejecución su propia organización (esfera típica de control) o recurrió a terceros extraños. A él sólo le interesa obtener el cumplimiento y la satisfacción de su interés. El principio es si el deudor fracciona la ejecución de la prestación

[12] Así se recoge: Bernard AUDIT, *La vente Internationales de Marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, en *Droit des Affaires*, Paris, LGDJ, 1990, par. 183, p. 175.





y encarga el todo de ella o parte, a un tercero, lo hace a su propio beneficio, perteneciéndole el riesgo y la responsabilidad que pueda derivar de un eventual incumplimiento.

Siguiendo este razonamiento, estos terceros debiesen integrar su esfera típica y la regla para el supuesto de interés sería la de la responsabilidad absoluta que rige el interior de la misma. Empero, como se anticipó, el art. 79 (2), admite la exoneración del deudor bajo las condiciones que ella misma fija. El precepto reza como sigue:

> "(2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo".

La CV asume que, efectivamente, al tercero puede afectarle un impedimento ajeno a su control, provocándole su incumplimiento y desencadenando el del deudor que le hizo el encargo. Por ello, se autoriza que el deudor invoque el impedimento que afectó al tercero, pudiendo exonerarse si se cumplen con las exigencias de las letras a) y b) del precepto.

Finalmente, cabe precisar que el precepto del art. 79 (2) CV es nuevo y no cuenta con un antecedente en la LUCI de cosas corporales muebles[13]. En su art. 74, no da una norma especial para este supuesto, por lo cual se entiende que queda sujeto a la regla de responsabilidad de la esfera típica de control (párrafo (1))[14], esto es, sin posibilidad de exoneración. Lo mismo sucede en los sistemas que siguen el modelo de la CV en materia de atribución de responsabilidad[15],

[13] Cfr. con Fritz ENDERLEIN & Dietrich MASKOW, "Art. 79," en *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, New York, Oceana Publications, 1992, par. 7.1., p. 326: " It is to be welcomed that the CISG, by contrast to article 74 ULIS, directly bears on the problems of exemption where the breach of contract is caused by a third party, even if an interpretation of the relevant rule in detail proves to difficult".

[14] Sobre la exoneración de responsabilidad del deudor en la LUCI [art. 74], en el supuesto del incumplimiento del tercero encargado de la ejecución total o parcial del contrato, *vide* Hans Stoll, en Hans DÖLLE (ed.) "Art. 74 LUCI", en *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Die Haager Kaufrechtsübereinkommen Juli 1964*, vom 1., H. Dölle Ed., 1976, pars. 66, 69-70.

[15] Me refiero a la KBL II, sección 27, a los *Principios de Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales (art. 7.1.7 fuerza mayor) y a los PDEC, art. 8.108 Justificación debida a un impedimento.

salvo en el caso escandinavo[16]. Ante la falta de disposición especial, al igual que en la LUCI, la responsabilidad del deudor principal se resuelve aplicando la regla de la esfera típica de control. El contenido de esta esfera típica absorbe a los terceros encargados, a los que debe considerárseles auxiliares del deudor[17].

### *2. Alcance de la regla del art. 79 (2) CV*

La compleja redacción del párrafo (2) del art. 79, origina algunos problemas de interpretación que exigen una solución coherente con el sistema de atribución de responsabilidad de la CV. En las líneas que siguen, se delimitará el ámbito de aplicación del precepto, definiendo su supuesto y las condiciones que la integran.

El supuesto de la norma coincide con el de la subcontratación del Derecho Civil[18]. Originalmente, el párrafo (2) del art. 79 empleaba la expresión subcontratista para referirse al tercero, sin embargo, se elimina y se opta por el empleo de una fórmula nueva[19], carente de todo significado jurídico

[16] La sección 27 de la KBL II, en su párrafo 2, comprende expresamente no sólo el incumplimiento de los terceros encargados (subcontratistas) sino, también, el de los proveedores del deudor Joseph LOOKOFSKY, "Understanding CISG in Scandinavia", *A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods*, Denmark, DJOF Publishing Copenhagen, 1996, p. 105.

[17] En los PDEC la disposición del párrafo 1, letra a, de su art. 8:107 (cumplimiento confiado a un tercero), dispone que: "la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento". La doctrina que comenta este precepto se plantea el problema que resuelve el art. 79 (2) CV y se pronuncia a favor de la liberación del deudor si prueba que él y el tercero estuviesen exonerados conforme el art. 8.108 de los PDEC. Luis DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 330. No se concuerda con esta tesis porque en los PDEC no hay norma expresa y una solución como la del art. 79 (2) CV la exige.

[18] Para un estudio sobre el subcontrato en el Derecho Civil *vide* de Ramón LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, Madrid, Editorial Tecnos, 1974 y "Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato", en *RDP*, 1971, p. 615 y ss.; María del Pilar BAEZA CAMPOS, *La subcontratación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981; Leslie TOMASELLO HART, *La contratación (contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y subcontratación)*, Valparaíso, Edeval, 1984, pp. 22-27; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, 4ª ed., revisada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica, tomo I: parte general, pp. 222-227.

[19] Durante la discusión de la disposición del art. 79, que tiene su antecedente en el art. 50 del proyecto sobre compraventas de 1977 (doc. B 1), VIII Yearbook, 1977 "Sales" Draft, pp. 56-57, pars. 446-450) se elimina la expresión subcontratista (subcontractor) y se sustituye por la actual "a whom (the seller) has engaged to perform the whole or a part of the contract". La razón de la sustitución fue el evitar ambigüedades en la interpretación de la norma, ya que algunos sistemas de Derecho Interno desconocían el instituto del subcontrato, y, en otros,





predeterminado en los distintos sistemas de Derecho interno, facilitando la observancia del principio del art. 7 (1) CV[20]. El operador jurídico debe atribuir a la expresión: "tercero encargado de la ejecución total o parcial del contrato", un significado autónomo, asegurando, de esta forma, la uniformidad en la aplicación del precepto.

#### 2.1. Supuesto del art. 79 (2) CV

El supuesto del art. 79 (2) CV se descompone como sigue:

a) Una de las partes, en una compraventa internacional, encarga la ejecución del todo o parte del contrato a un tercero. Piénsese en el siguiente caso hipotético.

La parte de (C) compra a (V) unos equipos de computación (*hardware* y *software*), quien, además, se obliga a transportarlos hasta el lugar convenido para la entrega, la que se acuerda FOB Incoterms 2000 al expirar los tres meses desde la firma del contrato. En la ejecución de la prestación prometida, (V), de un lado –se ocupa, a través de su propia organización– del montaje e integración de los equipos (*hardware*) y, de otro, celebra un contrato con (T1), a quien le encarga el desarrollo del *software*, parte del objeto del contrato celebrado con (C) y, adicionalmente, contrata con (T2) el transporte de las mercaderías y su entrega a (C). El vendedor divide la ejecución del contrato y para ello se vale de dos terceros.

El grado de especialización de los operadores del tráfico genera una división del trabajo que –por razones de eficiencias conduce a que se valgan de terceros ajenos para ejecutar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

b) Enseguida, el deudor no cumple el contrato porque, a su vez, el tercero ha incumplido su encargo. El impedimento del cumplimiento deudor fue el hecho del tercero[21].

la expresión subcontratista era empleada en un sentido específico. *Vide* John HONNOLD, "Documentary History of the Uniform Law for International Sales", *The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Conventions with introductions and explanations*, Deventer/Netherlands, Kluver Law and Taxation Publishers, 1989.

[20] Art. 7 (1): "En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".

[21] Vincent HEUZE, *La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme*, Paris, CLN JOLY edictions, 1992, par. 458, p. 346. El autor afirma que la hipótesis considerada específicamente por el art. 79 (2), es el caso en que el impedimento invocado por el deudor es el mismo incumplimiento de un tercero a quien se encargó la ejecución total o parcial, del contrato. En el mismo sentido Barry NICHOLAS, *Impracticability and Impossibility, International Sales: The United*

En el caso propuesto (V), no entrega las mercaderías dentro de plazo y la causa de ello es el incumplimiento de parte de uno de los terceros encargados o de ambos. Pueden darse las siguientes hipótesis: –(V) cumple parcialmente, entregando sólo los equipos computacionales (*hardware*) debido a que (T1) no cumplió su obligación de entregar oportunamente los programas: –(V) no cumple porque las mercaderías se pierden durante el transporte ejecutado por (T2) y –el incumplimiento es la falta de conformidad de las mercaderías, sea por defecto de los programas, sea por deterioro durante el transporte. En cualquiera de las hipótesis el impedimento del cumplimiento es el incumplimiento del tercero.

En síntesis, el art. 79 (2) CV presupone que el deudor encargó a un tercero una tarea comprendida en el objeto de contrato[22] y que el primero no cumple precisamente porque este último, o no ejecutó el encargo o lo hizo de manera imperfecta.

c) Finalmente, si el deudor incumplidor pretende exonerarse de responsabilidad deberá acreditar que él está exonerado conforme el párrafo (1) del art. 79 y que, además, lo estaría el tercero si le fuese aplicable dicha disposición. Se exige que el deudor de la compraventa esté exonerado frente de su acreedor y, adicionalmente, que el tercero lo esté respecto del suyo, según lo prevenido por la CV.

   En el caso (V), no puede alegar como causa de exoneración el sólo incumplimiento del o los terceros, deberá acreditar: en primer lugar, (i) que el incumplimiento del tercero estaba fuera de su control según el art. 79 (1), segunda parte; por ejemplo, si prueba que no era razonable que superase el impedimento y sus consecuencias, buscando en el mercado un transportista alternativo; adquiriendo de otra fuente los programas de computación; y, en segundo, (ii) que el incumplimiento del tercero se haya debido a un impedimento ajeno a su control conforme el art. 79 (1) CV.

### 2.2. Elementos constitutivos del supuesto del art. 79 (2) CV

La figura de interés es la siguiente: el deudor de una compraventa internacional –en adelante deudor principal– encarga a un tercero –en adelante tercero encargado– el todo o parte, de la ejecución de sus obligaciones contractuales contraídas a favor de su acreedor –en adelante, acreedor principal[23]; originándose una relación triangular en la que se entrecruzan dos contratos

*Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods*, USA, Matthew Bender, 1984, pp. 5-8, § 5.04, 5-22. El autor expresa: "[...] limita la medida en que la parte incumplidora pueda invocar el incumplimiento de su subcontratista como impedimento para efectos del art. 79(1)".

[22] Cfr. Audit (n. 12), par. 183.

[23] Sobre las condiciones que deben concurrir para que opere la exoneración a favor del deudor que hace el encargo me referiré en la sección II.





diferentes, pero objetivamente vinculados. El tercero encargado no cumple, lo cual repercute en el cumplimiento del deudor principal de la relación de compraventa internacional. Los elementos constitutivos del supuesto del art. 79 (2) CV son: a) la dualidad de relaciones jurídicas objetivamente vinculadas y b) la intervención de tres sujetos: las partes de la compraventa que denominaré deudor y acreedor principal y el tercero encargado.

#### a. Dualidad de contratos

La aplicación del art. 79 (2) CV exige la existencia de dos relaciones jurídicas sucesivas, la principal (contrato de compraventa internacional) y la derivada (contrato con tercero encargado); y que por intermedio de la última, el deudor principal encargue a un tercero la realización de todas, o de algunas de las actividades, que integran el objeto del contrato principal[24]. Cohabitan dos relaciones jurídico-obligatorias disímiles: una principal preexistente entre el deudor principal y su acreedor (compraventa internacional); y una posterior derivada, constituida entre el referido deudor y el tercero encargado (el contrato derivado). El primero de los contratos es la base sobre el cual se celebra el segundo, de manera que si no existiera, jamás se hubiese celebrado. Se trata de un contrato dependiente.

La exigencia de que el contrato derivado sea posterior al principal no fluye del tenor literal del precepto, sino que se infiere del supuesto del art. 79 (2) CV[25]. El encargo a un tercero sólo es dable en la medida que la prestación o actividades, objeto del mismo, hayan nacido y ello acontece después de haber sido celebrado el contrato principal[26].

Se habla de dos contratos íntimamente relacionados. Primero, porque el deudor principal recurre al tercero para cumplir con obligaciones nacidas

[24] Según Dennis Tallon, "Art. 79 CISG Exemptions", en Cesare Massimo Bianca & Michael Joachin Bonell, *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, par. 2.7.1., para la aplicación del art. 79 (2) exige la existencia real del subcontrato; y una vinculación orgánica entre éste y el contrato principal, concretada en el encargo que hace el deudor principal a un tercero de una tarea conectada con el objeto del contrato principal. El autor afirma que es precisamente la vinculación entre estos dos contratos la que explica y justifica la solución ofrecida por el art. 79 (2) CV.

[25] Stoll (n. 10), par. 36, entiende que la aplicación del art. 79 (2) presupone que el tercero haya sido llamado a ejecutar el contrato principal después de su celebración, con el fin de que el deudor cumpla con sus obligaciones que de él emanan. En contra, Pichonnaz (n. 10), par. 1.697, sostiene que, si bien el tercero independiente debe ser contratado en vista de la ejecución de un contrato particular, no implica necesariamente que el encargo se haya hecho después de la celebración de dicho contrato.

[26] No afecta el cumplimiento de esta exigencia temporal la preexistencia de contratos preparatorios de uno derivado futuro, como promesas u opciones. Ella se refiere al contrato definitivo.

de un contrato principal, siendo la justificación de la celebración del contrato derivado y, segundo, debido a que el objeto del contrato derivado debe coincidir, al menos parcialmente, con el del contrato principal[27]. La dependencia del contrato derivado también se proyecta en el principal desde que si el tercero no cumple, ello repercutiría en el contrato principal, pudiendo causar el incumplimiento del deudor principal.

De lo expuesto se sigue que no se aplicará el precepto de interés cuando el o los contratos celebrados con un tercero se relaciona no con una concreta compraventa internacional, sino con los propósitos generales de la empresa del deudor. Estos contratos son los que se celebran con los denominados proveedores y tienen por objetivo suministrar al deudor, sea los elementos necesarios para la producción de las mercaderías –materias primas, componentes, insumos o servicios necesarios– sea las mismas mercaderías objeto de las ventas que posteriormente celebrará con sus clientes[28].

### b. Necesidad de coincidencia de objeto entre el contrato principal y el derivado

Esta exigencia se encuentra implícita en la propia redacción del art. 79 (2) CV y, en particular, de la alusión que ella hace al tercero, a quien el deudor principal ha encargado la ejecución, total o parcial, del contrato. El objeto del encargo debe coincidir con el del contrato principal, a lo menos, parcialmente. Se requiere de una vinculación objetiva entre las dos relaciones jurídicas (principal-derivada) manifestada en esta coincidencia de objeto[29], lo

[27] Así se recoge en John Honnold, *Uniform Law for Internacional Sales*, 3ª ed., Estados Unidos, Kluwer Law Internacional, 1999, par. 434; Salvador Coderch (n. 10), p. 650; Pichonnaz (n. 10), pars. 1.697, 1.704 y Karl Neumayer & Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrat de vente international de marchandises, Commentarie*, Laussane, Ed. François Dessemontet, Publication CEDIDAC, 1993, par. 8.

[28] Cfr. Heuze (n. 21), par. 458.

[29] Reconociendo expresamente la necesidad de la vinculación objetiva de ambas relaciones, el profesor Adame Goddard condiciona la aplicación del art. 79 (2) a esta coincidencia de objeto, expresando: "Debe aclararse que esta disposición se refiere al caso de que la parte obligada haya subcontratado la ejecución de su obligación con un tercero, pero no a los casos en que la parte obligada recibe de terceros insumos o servicios que ordinariamente le suministran. Así cuando el vendedor obligado a entregar 10.000 pares de zapatos, contrata su fabricación a un tercero que no le cumple, la posible exoneración de responsabilidad del vendedor debe examinarse a la luz del párrafo 2 del art. comentado, pero si el vendedor va a fabricar el mismo el calzado, y uno de los proveedores que ordinariamente le suministran materia prima no se la entrega a tiempo, la posible exoneración deberá examinarse a la luz del primer párrafo de dicho art.. La clave de la distinción entre uno y otro caso, está en si el vendedor encargó o no a un tercero la ejecución total o parcial del contrato ". Jorge Adame Goddard, "El contrato





cual implica que el deudor principal ha optado por realizar su prestación a través de un tercero, confiándole su ejecución[30]. Se producirá esta coincidencia cuando dentro del objeto de la compraventa esté comprendida la actividad (dar-hacer o no hacer) constitutiva del objeto de contrato derivado.

> En el caso hipotético (V) se obliga a entregar unos equipos de informática, prometiendo el montaje del *hardware*; y el desarrollo del *software*, su instalación y programación; y con el fin de ejecutar su prestación encarga a (T1) la realización de parte de la misma, en la especie, el desarrollo del programa informático (*software*) y su instalación en los equipos. Si se confronta el objeto del contrato principal con el del encargo al tercero (relación derivada), se observa nítidamente su vinculación.

La expresión "ejecución total o parcial" significa realización de cualquiera de los aspectos comprendidos en la prestación, cuya ejecución el contrato impone al deudor principal. En consecuencia, la coincidencia objetiva entre los dos contratos (principal y derivado) no exige que la prestación del tercero sea idéntica a la del deudor principal, es suficiente que el objeto de la primera comprenda alguna de las actividades directamente relacionada con la preparación de la prestación objeto de un contrato principal o con su ejecución[31]. Consiguientemente, no existirá tal coincidencia objetiva en los supuestos en que el deudor de la compraventa internacional obtiene de terceros, sin relación a un contrato de venta concreto, materias primas, componentes o servicios, que le permiten preparar la prestación y ejecutarla

de compraventa internacional", en *Estudios Doctrinales*, N° 153, Serie G, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, McGraw-Hill, 199, p. 219. En el mismo sentido, Audit (n. 22), par. 183; Heuze (n. 21), par. 458.

[30] Esta opción la tiene siempre el deudor principal, sin que requiera de la aprobación o consentimiento del acreedor, salvo –claro está– que en el contrato se acuerde lo contrario. Así en Enderlein & Maskow (n. 13), p. 326, par. 7.2., los autores expresan: "Every party basically has the right to engage such third parties. Insofar nothing to the contrary follow from the circumstances or the contracts for a Pakistan proposal, which aimed at making that right depedent on agreement, was rejected". Efectivamente, consta en la historia del establecimiento del art. 79 (2) que la delegación de Pakistán propuso que la aplicación del precepto quedará limitada a los casos en los que la subcontratación (encargo a tercero) fuese expresa, o implícitamente, autorizada en el contrato principal. Esta propuesta es rechazada de plano. *Vide* Plenary Conference, "DOC.C (7)", en *Official Records, Diplomatic Conference, Decisions*, p. 227, par. 26.

[31] Acogiendo esta coincidencia en sentido amplio, Tallon (n. 24), par. 2.7.1., sostiene la necesidad de una vinculación orgánica entre ambas relaciones, la parte deudora principal debe encargar una tarea conectada con el contrato principal. En esta vinculación se halla la justificación de la solución ofrecida por el art. 79 (2) CV. En la misma dirección Audit (n. 22), par. 183 y Heuze (n. 21), par. 458.

fiel y oportunamente[32]. Aquí, el cumplimiento del tercero simplemente integra el presupuesto fáctico del cumplimiento de las obligaciones del deudor principal[33], con independencia de un contrato en particular[34]. Me refiero a los proveedores. Distinta es la hipótesis del tercero que no sólo suministra los envases de las mercaderías sino, además, se obliga a su envasado y posterior entrega al comprador. Aquí sí hay coincidencia de objetos: realizar envasado de las mercaderías y su transporte[35].

c. Sujetos que intervienen en el supuesto del art. 79 (2) CV

En el supuesto del art. 79 (2) intervienen tres sujetos: el tercero encargado, el deudor y el acreedor principales. El segundo hace las veces de enlace entre las partes de las relaciones concernidas. Efectivamente, el deudor principal es titular de una doble calidad, deudor en la compraventa internacional y acreedor en el derivado. Por un lado, es el único obligado y responsable ante el acreedor principal y, por otro, sólo él tiene derecho a exigir el cumplimiento al tercero encargado y hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento.

Cabe precisar que en un comienzo la disposición objeto de estudio sólo recogía el supuesto del vendedor que encargaba a un subcontratista (actual tercero encargado) la ejecución del contrato, sin preverse la misma posibilidad para el comprador[36]. De forma que, en el origen de la norma, intervenían tres sujetos fijos y predeterminados: el acreedor principal (comprador), deudor principal (vendedor) y el subcontratista, a quien se le encargaba la ejecución de todo o parte de las obligaciones del vendedor. Empero, la redacción final del precepto extiende su ámbito de aplicación, tanto al vendedor como al comprador.

[32] Así se recoge en STOLL (n. 10), par. 38: el proveedor sólo persigue cumplir su obligación para con el vendedor y no tiene relación con la obligación de éste para con su acreedor en la compraventa internacional.

[33] Cfr. SCHLECTRIEM (n. 10), p. 104.

[34] Así lo reconocen AUDIT (n. 22), par. 183 y PICHONNAZ (n. 10), par. 1.704.

[35] *Vide* laudo arbitral de la ICC, en Basilea, en el caso N° 8128/1995. Aquí, el vendedor austriaco recurre a un proveedor ucraniano y le encarga el envasado de los fertilizantes objeto del contrato. Laudo publicado en Internet en http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356, visitada el 25 de noviembre de 2005.

[36] El párrafo segundo del texto adoptado provisionalmente por la comisión denominada "Drafting Party V", nombrada en la quinta sesión del grupo de trabajo de UNCITRAL, tenía el siguiente tenor: "(2) Where the non-performance of the seller is due to non-performance by a subcontractor, the seller shall be exempt from the liability only if he is exempt under the provisions of the precedent paragraph and if the subcontractor would also be exempt if the provisions of that paragraph were applied to him".





d. Relevancia del conocimiento de tercero encargado acerca de la relación de su obligación con la del deudor principal

En esta dualidad de contratos, el tercero encargado no asume obligación alguna para con el acreedor principal, simplemente se obliga a ejecutar una prestación propia a favor del deudor principal que contrata con él, y que, a su vez, coincide total o parcialmente, con la que es objeto de la compraventa internacional. El tercero encargado y el acreedor principal son partes jurídicamente extrañas[37]. Seguidamente, es indiferente para la aplicación del art. 79 (2) CV, que el tercero encargado se obligue al cumplimiento de una obligación ajena, en la especie, la del deudor principal; quien contrae una obligación propia y se obliga a cumplirla bajo su responsabilidad[38]. Ahora, si no responde a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de su contrato y, por consiguiente, responde, de manera exclusiva para con su acreedor (deudor principal).

Tampoco interesa el conocimiento del tercero acerca de la circunstancia que el deudor principal ha contratado con él para ejecutar una obligación propia a favor de su acreedor[39]. Para algunos autores, que sostienen la necesidad del conocimiento del tercero, bastaría el conocimiento imputado del tercero, aquél que debía poseer al tiempo de la celebración del contrato derivado[40]. A mi juicio, esta exigencia –sea conocimiento real o imputado– supone agregar un elemento nuevo, ajeno a la letra y espíritu del art. 79 (2) CV[41], que debe rechazarse. Es suficiente la concurrencia de las condiciones objetivas ya descritas, sin necesidad de considerar las circunstancias del tercero y, en particular, si tenía o no dicho conocimiento.

Otra cosa es la especial relevancia de este conocimiento en miras al ejercicio de la acción de indemnización de daños que el deudor principal intente en contra del tercero por el incumplimiento de contrato, que podría comprender toda suma que haya debido pagar al acreedor dentro del supuesto del art. 79 (2) CV. La extensión de la indemnización de daños por el incum-

[37] *Vid.* PICHONNAZ (n. 10), pars. 1.698-1.700.

[38] A favor de que el tercero se hace cargo de una obligación propia *vide* PICHONNAZ, *supra*. Para STOLL (n. 10), par. 36, el tercero es llamado a ejecutar total o parcialmente, el contrato principal y por ello actúa cumpliendo una obligación ajena a nombre del deudor. Asimismo, *vide* SALVADOR CODERCH (n. 10), p. 649.

[39] En este mismo sentido, PICHONNAZ (n. 10) par. 1.700, p. 394, expresa: "No hay nada en el párrafo (2) que justifique tal interpretación" (la exigencia del conocimiento del tercero). Sin embargo, para STOLL (n. 10), par. 36, la aplicación del art. 79 (2) exige que el tercero sea consciente, o tenga conocimiento, de que ella no está actuando como un mero proveedor, sino cumpliendo total o parcialmente una obligación a nombre del deudor principal.

[40] STOLL (n. 10).

[41] Cfr. con NEUMAYER & MING (n. 27), par. 10.

plimiento de la relación derivada depende de la razonable previsibilidad de las pérdidas al tiempo de la celebración del contrato, quedando supeditada al conocimiento que poseía o debía poseer el deudor (tercero encargado) sobre las expectativas del acreedor (deudor principal). De esta forma, si el tercero encargado no tiene noticia –ni debía tenerla– sobre la existencia del contrato principal, el acreedor de la relación derivada no podrá incluir en la indemnización que reclame en su contra, lo que haya pagado o deba pagar a título de indemnización dentro de la relación principal según la regla de atribución de responsabilidad del art. 79 (2)[42]. El argumento para su exclusión sería la imprevisibilidad del daño reclamado.

En el caso hipotético, si (C) demanda a (V) por un incumplimiento de contrato –que tiene su causa en el incumplimiento de (T1)– reclamando la indemnización de los daños (arts. 45 (1) b) y 74 CV) y (V) es condenado al pago al no acreditar la causa de exoneración del art. 79 (2) CV. Posteriormente, (V) demandará a (T1) de indemnización de los daños derivados del incumplimiento de la relación derivada, incluyendo en ella la suma a que fue condenado en el primer juicio. Si (T1) no tenía, ni debía tener conocimiento que su cumplimiento correspondía a parte de la ejecución del objeto debido por (V), podrá alegar la exclusión de la referida suma por tratarse de un daño ajeno al ámbito de protección del contrato, en razón de su imprevisibilidad. En caso contrario, es decir, si (T1) poseía dicho conocimiento, (V) estaría autorizado a demandar la indemnización de esa suma por tratarse de una pérdida que satisface el *test* de la previsibilidad.

### 2.3 Significado de tercero para los efectos del art. 79 (2) CV

En la preparación de la prestación y su ejecución intervienen tres categorías de terceros:

a) los auxiliares del deudor en el cumplimiento[43];
b) los proveedores que son aquellos que sin ser auxiliares desarrollan una actividad relacionada con el proceso de preparación y ejecución de la prestación[44] y

[42] Sobre las acciones de que es titular el deudor principal en contra del tercero que incumple me referiré más abajo en la sección II de este trabajo.

[43] Dentro de esta categoría queda comprendido el fenómeno de la subcontratación empresarial en virtud del cual una empresa contrata de modo regular los servicios de terceros que realizan parte de las tareas propias de su actividad comercial, integrando su propia organización e interviniendo en la preparación y ejecución de la prestación, como si de dependientes suyos se tratase.

[44] *Vide* sentencia dictada en Alemania N. 1 U 167-1995 dictada por la *Oberlanddesgericht* de Hamburgo. En la sentencia el tribunal sostiene que el vendedor no puede exonerarse





c) los terceros a los que el deudor principal encarga la ejecución del contrato y que no tienen la calidad ni de auxiliares ni proveedores del deudor. Las dos primeras categorías integran la esfera típica de control, no así la tercera[45].

El art. 79 (2) CV emplea la expresión tercero en un sentido restringido, referido a la categoría de la letra c)[46] y dentro de este sentido es aquella parte independiente que se obliga para con el deudor principal (vendedor/comprador), a su propio nombre y responsabilidad, a ejecutar una prestación coincidente con alguna de las actividades que integran el contenido del objeto de la compraventa internacional[47]. Pueden existir tantos terceros como actividades involucradas en la preparación de la prestación debida y en su ejecución[48].

Desde esta perspectiva son terceros encargados ex art. 79 (2), entre otros: a) aquel que fabrica, todo o parte, de las mercaderías; lo mismo, respecto de sus componentes o partes que se emplearán en su producción o manufactura[49]; b) el que ensambla las distintas partes de un sistema objeto del contrato; c) el que se encarga del embalaje o etiquetado, de las mercaderías[50]; d) el que transporta las mercaderías hasta el punto acordado en el contrato y que se hace cargo de su entrega al comprador[51]; e) el que las desaduana en el puerto de destino;

de responsabilidad según el artículo 79 CV o de acuerdo con la cláusula de fuerza mayor contenida en los términos estándares del contrato, porque el riesgo asumido por el vendedor cubre o encierra también la no entrega causada por sus proveedores. Sentencia publicada en Internet en http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356, visitada el 18 de noviembre de 2005.

[45] En la doctrina, Schlechtriem (n. 10), p. 105 distingue –para los efectos del art. 79 de la CV– tres clases de sujetos intervinientes en el cumplimiento del contrato: a) el personal del deudor, por el que responde, en tanto organiza y controla su trabajo; b) los terceros subcontratistas: se trata de terceras personas involucradas en el cumplimiento de las obligaciones del deudor como, por ejemplo, el subcontratista al que se le encarga que cumpla directamente al comprador [art. 79 (2) CV] y c) los terceros cuyo cumplimiento simplemente constituye una precondición del cumplimiento del contrato. En el mismo sentido, Enderlein & Maskow (n. 30), p. 326.

[46] Cfr. Manuel Medina de Lemus, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Serie Derecho, 1992, p. 142.

[47] *Vid.* Pichonnaz (n. 10), pars. 1.698-1.700.

[48] Audit (n. 22), par. 183 expresa: "...el texto [art. 79 (2)] se refiere a casos en los que el deudor se ha dirigido a un tercero para la ejecución de alguna tarea...". En contra, Honnold (n. 27), par. 434 limita la noción de terceros encargados a los subcontratistas de producción.

[49] Cfr. Nicholas (n. 21), § 5.04, pp. 5-22.

[50] Cfr. (n. 35).

[51] Debe distinguirse el "primer porteador" del art. 67 CV del tercero encargado del art. 79 (2) CV. El primero, es el transportista, que se hace cargo de las mercaderías para trasladarlas al comprador y cuya obligación no corresponde a la del vendedor de entregar las mercaderías, él

f) el que las deposita en el puerto de destino mientras no se efectúa la recepción de las mercaderías[52]; g) el que se hace cargo del examen y la referida recepción[53]; h)el banco o institución financiera que actúa como emisor dentro de una operación de crédito documentario[54]; i) o se encarga de las conversiones de moneda extranjera y las transferencias bancarias correspondientes, o para que adopte las medidas que sean necesarias para que el pago sea posible[55]; j) el que representa al vendedor para efectos de recibir el pago[56]; k) el transportista contra-

ya cumplió su parte en el contrato al ponerlas a disposición de primer porteador. El art. 79 (2) CV se aplica cuando la obligación del vendedor implica el transporte de las mercaderías hasta el lugar de la entrega y para ese objetivo contrate los servicios de un porteador independiente (tercero encargado). Así se recoge en Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "Art. 31 CV", en Luis DÍEZ-PICAZO (dir. y coord), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 261-262 y Burghard PILTZ, *Compraventa internacional, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, adaptación al Derecho de los países hispanoamericanos de la obra alemana: *UN-Kaufrecht: Wegweiser für die Praxis, Internationale Wirtschaftspraxis*, Verlag, Band 2, 1996, Buenos Aires, 1998, par. 28, p. 99; Jorge CAFFARENA LAPORTA, "La transmisión del riesgo [artículos 66-70]", en Luis DÍEZ-PICAZO (dir. y coord), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998; Juan Antonio TAMAYO CARMONA, *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención sobre Venta Internacional de Mercaderías e Incoterms 2000*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 49 y 67-80. La jurisprudencia así lo ha reconocido en: "La sentencia N° 269/1997 en causa sobre Apelación N° 224/1997, caratulada Hiansa S.A. con Acciaiere e Ferreire, dictada por el Audiencia Provincial de Córdoba", publicada en Internet enhttp://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13354, visitada el 15 de noviembre de 2005.

[52] Distinto es el caso del vendedor titular de la carga de conservación de las mercaderías ex art. 85 CV y en observancia de la misma opta por depositar las mercaderías en un almacén hasta la recepción del comprador (art. 87 CV). En este caso el depositario no es un tercero encargado del vendedor, él contrata sus servicios porque así se lo exige la referida carga. Cfr. STOLL (n. 10), par. 13.

[53] Cfr. ENDERLEIN & MASKOW (n. 30), par. 7.5. Los autores proponen el siguiente ejemplo: en una compraventa a distancia la entrega debe hacerse a un tercer comprador de las mercaderías, a quien el comprador original ha encargado el cumplimiento de su obligación de recepción de las mismas.

[54] Cfr. con laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de Arbitraje, caso N° 7197, publicado en Internet en http://unilex.info/dynasite.cfm, visitado el 15 de noviembre de 2005. El tribunal declara que la apertura de un crédito documentario integra el contenido de la obligación de pagar el precio. En el mismo sentido, sentencia dictada en Austria el 6 de febrero de 1996, por el *Oberster Gerichtshof* en caso N° 10 Ob 518/95, publicada en Internet en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3:html, visitado el 23 de junio de 2005.

[55] Cfr. laudo arbitral del Tribunal de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, caso N° 123/1992, publicado en Internet en http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html, visitado el 23 de junio de 2005. Aquí, el comprador delega a un tercero (banco comercial) la adopción de medidas necesarias para que el pago sea posible (art. 54 CV).

[56] Cfr. con sentencia dictada en Alemania por el *Amstsgericht Alsfelf*, caso N° 31 C534/94, publicado en Internet en http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950512g1.html,





tado por el comprador a quien encarga, además, la recepción de las mercaderías; etcétera.

Aparte de considerar el contenido de la prestación del tercero y, consecuentemente, su vinculación con el contrato principal, es necesario que sea independiente con relación al deudor principal. En los trabajos preparatorios nunca hubo duda sobre la necesidad de independencia del tercero[57]. Si el tercero es dependiente del deudor, la regla aplicable es la de la esfera típica de control y no la del art. 79 (2) CV[58].

Es precisamente esta independencia la que justifica que la CV someta el supuesto en estudio a un régimen de responsabilidad especial, a pesar de que –como se ha explicado– la decisión del deudor, de encargar la ejecución del contrato a un tercero, concierne a la forma cómo organiza y administra la preparación y ejecución de la prestación objeto de su obligación y, por consiguiente, el riesgo de incumplimiento inherente a su decisión le pertenecen exclusivamente. El límite a esta asignación del riesgo está representado por el supuesto de tercero encargado del art. 72 (2) CV, que al prever la posibilidad de exoneración del deudor principal está reconociendo que dicho riesgo y sus consecuencias, bajo ciertas condiciones, pueden pertenecer al acreedor. Se instaura un régimen especial que permite aplicar el precepto del art. 79(1) al tercero encargado (art. 79 (2) b) para el sólo efecto de resolver acerca de la exoneración del deudor principal, autorizando al operador jurídico para considerar las razones o motivos que impidieron el cumplimiento del tercero encargado, ajeno al contrato principal[59]. El control o influencia, que el deudor principal pudiese tener sobre el tercero independiente como su acreedor no es suficiente[60]; y no lo es, porque este tercero tiene su propia organización empresarial y el cumplimiento de sus compromisos comerciales puede verse afectado por impedimentos que sólo él podía, razonablemente, controlar, sin

visitado el 15 de agosto de 2005. El comprador encarga a un tercero [encargado del *stand* del vendedor] el pago del precio de las mercaderías y se aplica el art. 79 (2) CV, declarándose que el riesgo de no recibir el precio pertenece al comprador, siendo responsable por el incumplimiento frente al vendedor.

[57] Por todos, Vinding Kruse (Dinamarca), *vide* "A/CONF.97/C.1/L. 191/Rev.1", en *Official Record*, par. 23. El delegado sostiene que el art. 65 (2) [actual 79 (2)] cubre los casos de subcontratistas independientes.

[58] *Vide* TAMAYO CARMONA (n. 51 ), p. 51; NEUMAYER & MING (n. 27), par. 8; SCHLECTRIEM (n. 10), p. 104; Rolf HERBER & Bratx CZERWENKA, "Art. 79", *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Ubereinkommen der Vereinten Nationem vom 11 April 1980 über den internationalen Warenkauf*, Munich, 1991, par. 15.

[59] El tercero sustituye al deudor principal para el sólo efecto de resolver sobre si está o no exonerado de responsabilidad. *Vide* HEUZE (n. 21), par. 458.

[60] A través de su elección, instrucción y vigilancia en el cumplimiento. *Vid.* PICHONNAZ (n. 10), par. 1.695.

ingerencia del deudor principal. La CV, aceptando este hecho, ofrece una solución realista.

La doctrina, al pronunciarse sobre la independencia de tercero encargado, se limita a excluir a las sucursales o establecimientos del deudor principal y obviamente a sus dependientes (empleados)[61], sin comprender el supuesto, tan frecuente en la práctica comercial, como es el de la "subcontratación empresarial", en cuya virtud terceros intervienen en las fases del preparación y ejecución de la prestación debida por el deudor principal, sin tener la calidad de dependientes suyos, pero si la de auxiliares[62]. Estos terceros son jurídicamente independientes respecto del deudor, sin embargo, integran su organización empresarial al ejercer su actividad dentro del ámbito y bajo el control suyo. Si el incumplimiento tiene su causa en el hecho de estos terceros, el régimen aplicable es el de la responsabilidad absoluta de la esfera típica de control y no el de los terceros encargados.

Para dar por satisfecha la exigencia de la independencia del tercero encargado es necesario cumplir con una doble condición negativa:

- que el tercero no integre la misma persona jurídica del deudor, ni se relacione jurídicamente con ella y
- que se halle fuera de su organización empresarial.

Entonces, la exclusión del art. 79 (2) se producirá con la sola prueba que el tercero estaba sujeto a la supervisión y control del deudor en calidad de subcontratista empresarial.

## Sección II
## La regla de responsabilidad del deudor en el supuesto del incumplimiento del tercero encargado

### *1. La regla de responsabilidad para el supuesto de los "terceros encargados" y el régimen*

Uno de los problemas que plantea la interpretación del art. 79 (2) CV y que fuera latamente discutido dentro del grupo de trabajo de UNCITRAL, es la

[61] *Vide* Enderlein & Maskow (n. 30), p. 327, par. 7.2; Tallon (n. 24), par. 2.7; Pedro Ruiz-Silva, "La exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional por falta de cumplimiento de las obligaciones bajo la Convención de las Naciones Unidas de 1980", en *RDP*, Madrid, enero 1996, p. 54,

[62] Según Pichonaz (n. 10), par. 1695, el tercero a quien el deudor encarga la ejecución del contrato está fuera de su esfera de influencia en razón de su independencia. Por su parte, Stoll (n. 10), par. 35, afirma que la historia del establecimiento del art. 79 (2) muestra que la disposición cubre únicamente a los terceros que actúan independientemente y están fuera de la esfera de organización del deudor.





relación entre la regla de responsabilidad que el precepto prevé y el régimen de atribución del párrafo primero del mismo artículo[63]. Evidentemente, la primera hace excepción al segundo. Pero esta afirmación no es bastante, se trata de una cuestión compleja, siendo necesario precisar en qué se manifiesta esta excepción. La solución implica, por una parte, desvelar cuál es la *ratio legis* del precepto y la justificación de su incorporación a la CV; y, por otra, describir cómo se comporta en el supuesto de la norma el principio del razonable control del riesgo –base común de la responsabilidad en Viena– en el tráfico internacional de mercaderías.

En principio, cabe precisar que el art. 79 (2) CV admite dos lecturas:

i) Ella constituye una excepción a regla de la esfera típica de control que atenúa la responsabilidad del deudor que encarga a otro la ejecución del contrato y lo es porque autoriza su exoneración bajo las condiciones que él mismo prevé. Se rompe el principio de atribución de responsabilidad absoluta y

ii) el art. 79 (2) CV hace excepción a la regla de atribución que se aplica más allá de la esfera típica, sometiendo al deudor incumplidor a un régimen más estricto de responsabilidad en tanto su exoneración se sujeta a unas mayores exigencias que las previstas por el régimen general. Cualquiera sea la lectura, si bien el art. 79 (2) CV autoriza la exoneración del deudor principal, al mismo tiempo la somete a exigencias adicionales, haciendo más improbable aún que tenga lugar[64].

Empero, desde la dogmática del Derecho Civil de las Obligaciones no es indiferente una u otra lectura, a pesar de que el resultado práctico sea idéntico. Según la primera, se estaría morigerando el régimen de responsabilidad del deudor al permitir la exoneración dentro de una parcela en la que está excluida; en cambio, en la segunda, habría una agravación del régimen de responsabilidad, desde que el deudor queda sujeto a exigencias más estrictas para exonerarse de responsabilidad.

Creo que debe prescindirse del precepto y decidir cuál hubiese sido el régimen aplicable para el caso del incumplimiento en el supuesto del artículo 79 (2) CV. En otros términos, ¿qué sucedería si el art. 79 CV no hubiese previsto el precepto de su párrafo (2)? A mi juicio, como ya he anunciado

[63] UNCITRAL, "A/CONF.97/C.1/ L.191/Rev. 1, L. 120, L. 190, L. 186, L. 223, L. 208, L. 217", en *First Committe Deliberations, Official Records*, pp. 378-381.

[64] *Vide* Pichonnaz (n. 10), par. 1.694, estudia el art. 79 (2) bajo el epígrafe "la restricción al art. 79 (1)", expresando en nota N° 2.026: "Uno puede también hablar de una agravación de la responsabilidad como ya lo afirmaban los representantes escandinavos en la Sesión N° 27 (Uncitral/A/CONF.97/C.1/ SR.27, D. O. pp. 400-402)". También en Neumayer & Ming (n. 27), par. 2; Nicholas (n. 21), § 5.04, pp. 5-22.

en la sección anterior, la regla de responsabilidad hubiese sido la de la "esfera típica de control" del art. 79 (1) CV[65], el deudor quedaría sujeto a una responsabilidad absoluta, por dos razones: una de carácter general, que se refiere a los efectos que producen los contratos y otra, de carácter especial, relacionada con el sistema de responsabilidad que instaura la CV.

En primer término, según la teoría general del contrato, el hecho que el deudor subcontrate con un tercero, encargándole, en todo o parte, la ejecución de la prestación objeto de su obligación, no puede afectar ni alterar su obligación con el acreedor. De manera que, según esta idea, el deudor principal no puede oponer al acreedor –como excusa de su incumplimiento– a su vez, la falta del tercero a quien encargó la ejecución de la prestación. Para el acreedor, es indistinto si el incumplimiento del tercero se debió a un caso fortuito, o de fuerza mayor, o a un impedimento fuera de su razonable control. Tanto el incumplimiento del tercero como sus causas o motivos, no son oponibles al acreedor de la relación principal. En segundo término, desde el ángulo de la CV, la esfera típica de control –como se sabe– comprende la adopción de las medidas adecuadas para la organización, preparación y ejecución de la prestación debida, asegurando el cumplimiento perfecto del contrato y, entre ellas, se cuenta el encargo del deudor a un tercero. La decisión es del deudor y, por consiguiente, debe pechar con el riesgo asociado al encargo a un tercero y las consecuencias de su realización[66]. Si incumple y ello determina el incumplimiento del deudor, éste no puede liberarse de responsabilidad, invocando, como impedimento, el hecho de tercero, ni será oído acerca de las causas del incumplimiento de este último. Es el deudor quien divide la ejecución de la prestación y lo hace a su propio beneficio y riesgo[67].

Que el tercero encargado integre la esfera típica, no se opone a la independencia de la que ya se hablado, porque el control que sobre él tiene el deudor no se aproxima siquiera al que él ejerce o pueda llegar a ejercer sobre su propio personal auxiliar, sino que se limita a la decisión de encargar el cumplimiento al tercero, elegirlo, instruirlo y supervisar su actividad en el

[65] En contra, Stoll (n. 10), par. 35.

[66] Desde un punto de vista económico, la decisión del deudor, de encargar a un tercero el cumplimiento, total o parcial, del contrato, descansa en razones de índole económico. El deudor persigue alcanzar una posición y precios más competitivos en el mercado que le permitan abaratar costos. Así, por ejemplo, si el deudor encarga el cumplimiento de parte del contrato a varios terceros, podrá acortar los plazos de entrega respecto de las empresas de la competencia que asumen íntegramente la preparación y cumplimiento del contrato. Entonces, *¿por qué el acreedor tendría que asumir el riesgo del incumplimiento de estos terceros?*

[67] *Vide* Pichonaz (n. 10), par. 1695; Stoll, (n. 10), par. 36.





cumplimiento de su cometido[68]. Desde este ángulo, el tercero constituye un auxiliar del deudor principal en su sentido más amplio[69].

En síntesis, prescindiendo de la norma de art. 79 (2), la decisión de encargar el cumplimiento a un tercero y el riesgo inherente a ello integra la esfera típica de control del deudor; es él quien decide cómo cumple la prestación prometida, si decide encargarla a un tercero, él mismo le elige, le instruye y, en último término, supervisa su conducta contractual. La regla de responsabilidad sería la de la esfera típica de control, sin posibilidad de exoneración.

En consecuencia, la lectura que debe prevalecer es la primera, esto es, que el art. 79 (2) CV constituye una excepción a la regla de la esfera típica de control, extrayendo, de esta esfera, a los terceros encargados y somete al deudor a una regla especial de responsabilidad[70]. El carácter excepcional de la regla se aprecia desde dos ángulos: primero, permite al deudor principal invocar, como impedimento fuera de su control, el hecho del incumplimiento del tercero y, segundo, se reconoce eficacia exoneratoria a un impedimento que incide en una relación distinta de la compraventa internacional y que afecta a un tercero ajeno, el tercero encargado, que es parte de la relación derivada. El precepto admite la exoneración del deudor principal en la medida que él y su encargado del cumplimiento, estén exonerados según el art. 79 (1) CV.

[68] *Vide* Nicholas (n. 21), § 5.04, pp. 5-22.

[69] A vía de ejemplo, Karl Larenz, *Derecho de las Obligaciones*, versión española, traducción y notas Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I: Derecho de las obligaciones, p. 293 considera dentro de los auxiliares del deudor en el cumplimiento y los somete a la regla de responsabilidad de la Sección 278 del *BGB*, a los: "el agente de transporte encargado de la ejecución del envío, y tal vez de su realización. En las transferencias bancarias, el Banco del transferente es auxiliar en el cumplimiento con respecto a la realización de la obligación de pago...".

[70] En contra, Stoll (n. 10), interpreta el art. 79 (2) con una innegable claridad conceptual, describiendo con toda precisión su ámbito de aplicación, el modo cómo debe entenderse y aplicarse. Sin embargo, a la hora de determinar la relación de esta regla con la del art. 79 (1) CV, adopta una posición contraria a la mía, la que no me parece acertada. Para el autor, los terceros encargados del cumplimiento están fuera de la esfera típica de control y, por ello, el precepto estudiado incrementa la responsabilidad del deudor. En efecto, afirma que si el art. 79 (2) CV se hubiese omitido, el grupo de trabajo de UNCITRAL hubiese asumido que cuando el deudor, actuando fuera de su esfera de control, encarga a una tercera persona independiente el cumplimiento del contrato y éste no lo hace, podría haber reclamado la exoneración, bajo las condiciones más flexibles del art. 79 (1) CV, aun cuando la tercera persona hubiese sido groseramente negligente. Por el contrario, el art. 79 (2) CV hace al deudor responsable por la conducta de terceras personas, como si se tratase de su propia conducta. Y concluye expresando que el precepto realmente incrementa la responsabilidad del deudor. Asimismo, Schlechtriem (n. 10), p. 104: "El art. 79, 2), en consecuencia, aumenta la responsabilidad del deudor por las terceras personas que cumplen las obligaciones contractuales directamente para el acreedor".

El precepto en estudio permite delinear un área de atribución de responsabilidad intermedia, situada entre la esfera típica de control del deudor, regida por una responsabilidad absoluta y aquélla que está más allá de dicha esfera, en la que el deudor puede exonerarse bajo ciertas condiciones. Se atenúa la responsabilidad del deudor dentro de su esfera de control y, al mismo tiempo, se prevé un régimen de exoneración más exigente respecto del instaurado por el art. 79 (1), segunda parte[71]. Sobre el particular, conviene hacer dos precisiones: primero, la responsabilidad del deudor no se atenúa en el sentido que quede exonerado con la sola prueba que las consecuencias del incumplimiento del tercero encargado eran razonablemente insuperables según el art. 79 (1) CV; se requiere, además, la prueba de la exoneración del tercero encargado, esto es, que su incumplimiento esté justificado por un impedimento fuera de su control según el art. 79, (1) CV; segundo, la mayor exigencia del *test* de exoneración no se traduce en la aplicación de criterios distintos de los del párrafo (1), son los mismos; pero ahora aplicados, tanto al deudor principal como al tercero encargado. La CV protege los intereses del deudor principal, autorizando su exoneración; pero como contrapartida, su protección queda sujeta a requisitos más estrictos que los generales del art. 79 (1) CV. Y esta mayor exigencia viene justificada por la asignación al deudor del riesgo inherente al encargo a un tercero del cumplimiento del contrato.

Los tribunales han resuelto recientemente que la regla en el caso de los terceros encargados es la responsabilidad del deudor principal, salvo que pruebe las condiciones del art. 79 (2) CV, referidas al deudor principal y al tercero incumplidor[72].

[71] Reconociendo la mayor severidad del art. 79, (2), ADAME GODDARD (n. 29) expresa: "la exigencia de que el cumplimiento del tercero sea, para la parte obligada, un impedimento ajeno a su voluntad, imprevisible, inevitable e insuperable, hace recaer en ésta una responsabilidad grande por el incumplimiento del tercero, ya que será responsable si encargó la ejecución del contrato a un tercero que una persona razonable habría previsto que no cumpliría, quizá porque no contaba con la capacidad financiera o técnica adecuada; o será responsable si el incumplimiento del tercero podía evitarse dándole apoyo financiero oportuno, o si podía superarse encargando con oportunidad la ejecución del contrato a otro que fuera capaz", p. 219. En el mismo sentido Albert H., KRITZER, *Guide to practical applications of the United Nations Convention on International Sale of Goods, 1994*, Estados Unidos, 1994, p.646; Joseph M. LOOKOFSKY, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Encyclopedia of Laws*, Blainpain, gen. Ed. Kluwer 1993, pp. 129-132; Barry NICHOLAS, "The Vienna Convention on International Sales Law", en *Law Quartely Review*, N° 105, 1989, p. 237.

[72] *Vide* sentencia dictada en Suiza el 29 de octubre de 2003, por el Tribunale d'Apello di Lugano, publicado en Internet en http://unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13354, visitado el 28 de noviembre de 2005.





### *2. Funcionalidad de la regla de responsabilidad del art. 79 (2) CV*[73]

Es evidente que la CV, a efectos de decidir sobre la responsabilidad del deudor principal, autoriza someter al principio del razonable control del riesgo no sólo su propio incumplimiento sino, también, el del tercero, concretándose en la aplicación a ambos de las reglas del art. 79 (1) CV. Corresponde, ahora, develar cómo actúa o debiese actuar el art. 79 (2) en el terreno práctico.

Según la lectura que aquí se ha hecho de la norma, el deudor principal queda exonerado de responsabilidad si prueba copulativamente dos cosas:

- que él se encuentra exonerado de responsabilidad conforme al art. 79 (1) y
- que el tercero encargado incumplidor, también lo estaría, de serle aplicable las reglas de atribución que ese mismo párrafo prevé[74].

La exoneración del deudor principal se aprecia conforme las reglas que rigen más allá de la esfera típica de control, debiendo probar que su incumplimiento se debió a un impedimento (la falta de cumplimiento del tercero encargado) que no era razonable esperar que lo previera al momento de la celebración del contrato, ni que lo evitase o superase. En otros términos, se autoriza al deudor para invocar como excusa el incumplimiento mismo del tercero[75].

La segunda exigencia supone una especie de ficción[76] en cuya virtud se considera aplicable al tercero encargado la norma general en materia de exoneración para el único objeto de resolver sobre de la exoneración del deudor

[73] Acerca de la funcionalidad del artículo 79 (2) aplicado a un supuesto concreto de incumplimiento de un tercero, un transportador marítimo internacional, alcanzando una brillante interpretación del precepto, *vid.* Martín LOO GUTIÉRREZ, *Incumplimiento contractual en el ámbito de la compraventa internacional y el transporte marítimo*, Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Lexis Nexis, 2005 y que corresponde a la memoria de grado de Martín Loo Gutiérrez dirigida por el profesor suscrito y que fuera premiada por la Fundación Fernando Fueyo L.

[74] LOOKOFSKY (n. 16), p. 105, entiende que para que el deudor se exonere frente a su acreedor, el primero debe probar: a) que él mismo no podría haber previsto, o evitado, o superado el impedimento del cumplimiento y b) que el impedimento fue imprevisible e inevitable para el tercero encargado También, SCHLECHTRIEM (n. 10): "El deudor podrá exonerarse cuando el incumplimiento del tercero fuese para él mismo imprevisible y fuera de su control [art. 79, 2), a), en relación con el art. 79, 1)] y la tercera persona cumpla, personalmente, los requerimientos para la exoneración del art. 79, 1) [Art. 79, 2), b)]", p. 104.

[75] AUDIT (n. 12), par. 183, p. 175, afirma que el incumplimiento del tercero debe haber sido imprevisible y el deudor principal debe haber estado imposibilitado de paliarlo, dirigiéndose a otra tercera persona.

[76] Reconocen explícitamente esta ficción: ENDERLEIN & MASKOW (n. 30), par. 9; HONNOLD (n. 27), par. 434; STOLL (n. 10), par. 35.

principal[77]. Se aplica la CV a un tercero que no es parte de la compraventa. El deudor principal debe probar que el incumplimiento del tercero encargado tuvo por causa un impedimento fuera de su control ex art. 79 (1) CV. Si así lo prueba, un impedimento ajeno a la relación de compraventa internacional determinaría la exoneración a favor del deudor. Deberá, entonces, delimitarse la esfera de control del tercero y luego develar si el impedimento se asienta o no, en algunos de los aspectos que la componen; sólo si se sitúa fuera de ella podrá discutirse su posible exoneración.

El incumplimiento del deudor principal tiene dos causas, una inmediata y otra mediata. La causa inmediata: el incumplimiento del tercero y la mediata: el impedimento del tercero encargado en la relación derivada. La particularidad del supuesto es qué la causa mediato, pero determinante del incumplimiento, se localiza en una relación de la que el acreedor principal no es parte.

Para ilustrar la aplicación del precepto en el terreno práctico, recurriré a un ejemplo propuesto por John Honnold, en sus comentarios al art. 79 (2) CV[78].

> El vendedor [V] y el comprador [C] acuerdan la fabricación de una máquina según las especificaciones técnicas proporcionadas por el segundo. Uno de los componentes de la máquina es un sistema electrónico de control y el vendedor encarga su fabricación a la empresa Electrón. Electrón es una empresa que tiene una buena reputación comercial en el mercado, especialmente por su eficiencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus compromisos comerciales. Sin embargo, en este caso particular dirige inadecuadamente el proceso de fabricación, siendo incapaz de entregar oportunamente el sistema al vendedor. Al momento de producirse la falta de cumplimiento del tercero, [V] no puede obtener en el mercado el sistema y no puede entregar oportunamente a [C], incumpliendo el contrato.

En este caso, el vendedor podría exonerarse si invoca la regla general del párrafo (1), del art. 79, probando que el incumplimiento de Electrón constituyó un impedimento fuera de su control en tanto imprevisible, insuperable e inevitable. Sin embargo, esta posibilidad queda excluida, pues el art. 79 (2) CV exige que también esté exonerado el tercero y en este caso Electrón

[77] Cfr. Pichonnaz (n. 10), expresa: "En efecto, aun cuando el deudor no haya sido negligente en la elección, la instrucción y el control del tercero; igualmente será responsable, si el impedimento está dentro de la esfera de influencia del tercero y en el caso en que no era razonablemente irresistible e inevitable tanto para el tercero como para el deudor", par. 1.695.

[78] "Ejemplo 79 A", en Honnold (n. 27).





no lo está, pues la causa de su incumplimiento se ubicó dentro de su esfera de control (inadecuada dirección del proceso de producción). Ahora, si el vendedor y el tercero encargado hubiesen acordado que el componente sería producido en la planta del segundo y su falta de cumplimiento se debió a que un incendio, o una riada, la destruyeron. Aquí, el vendedor estaría exonerado frente a su comprador si prueba que el impedimento de Electrón estaba fuera de su control ex art. 79 (1) CV y, además, que el incumplimiento de Electrón era imprevisible y razonablemente inevitable y superable.

### *3. La aplicación del párrafo (1) del art. 79 al tercero encargado*

Como se sabe, el art. 79 (2) CV hace aplicable al tercero encargado las reglas del art. 79 (1) CV, autorizando la exoneración del deudor principal sólo si éste y el tercero encargado estuviesen liberados conforme a ella. La CV trata el incumplimiento del tercero como si fuese del propio deudor, reconociendo, de paso, la estrecha conexión entre la relación principal y la derivada[79]. Ésta sería la explicación por la cual la CV autoriza considerar las causas del incumplimiento del tercero.

Cuando el deudor principal celebra el contrato derivado, traslada todo o una parte del objeto del contrato principal al tercero, quien asume el riesgo de su ejecución. Cuando el deudor hace el encargo pierde el control sobre la preparación y ejecución de esa parte, que se traslada al tercero, quien –al igual que el deudor principal– posee su propia esfera de control e influencia. Se superponen, entonces, dos esferas de control y la CV considera la del tercero en beneficio del propio deudor principal.

Según el art. 79 (2) CV las causas del incumplimiento del tercero deben juzgarse según el art. 79 (1) CV, prescindiéndose absolutamente de la regla contractual que nace de la relación derivada. Se logra, de esta forma, evitar la intromisión de las prescripciones de la citada regla en la relación principal. Para este objetivo el operador jurídico deberá considerar las circunstancias particulares del tercero y sobre la base de ellas definirá si éste habría estado o no, exonerado según la CV. Si la no conclusión del proceso de producción del tercero fue debido a un incendio que destruyó sus instalaciones, al deudor principal no le basta alegar esa circunstancia, sino que deberá justificar que el incendio constituyó un impedimento ajeno al control del tercero conforme el art. 79 (1) CV, sin contar que deberá acreditar la falta de control con relación al incumplimiento mismo del tercero.

[79] Cfr. Honnold (n. 27), par. 434.

El art. 79 (2) vincula al tercero encargado con la relación contractual principal y hace oponible al acreedor principal el impedimento que afecta al primero, que es parte de una relación distinta, la derivada.

La principal consecuencia que se sigue del precepto del art. 79 (2) CV, es que se aplica, siendo indiferente el régimen concreto de atribución de responsabilidad de la relación derivada, haya sido acordado o no entre el tercero y el deudor principal. Si conforme a la relación derivada, el tercero está amparado por alguna causa de exoneración y, consecuentemente, no responde frente al deudor principal (acreedor); no influirá al resolver sobre la responsabilidad, o exoneración, de este último en la compraventa internacional. De esta forma, se evitan conspiraciones entre el deudor principal y el tercero encargado[80], siendo inútil, en consecuencia, todo intento de burla –por esta vía– de los derechos del acreedor principal, como lo sería un pacto de irresponsabilidad del tercero encargado o uno que le haga responsable en casos muy excepcionales.

Se persigue una doble finalidad. Por un lado, protege los intereses del deudor principal, aceptando la posibilidad de exoneración por el incumplimiento del tercero encargado y, por otro, los del acreedor, impidiendo que el deudor incumplidor invoque las condiciones de exoneración de la relación derivada, obteniendo el beneficio de la exoneración.

En el tráfico comercial internacional habitualmente las partes no discuten ni regulan las condiciones particulares de sus compraventas, siendo aplicable íntegramente la CV. Sin embargo, tratándose de los contratos que el deudor principal celebra, encargando a terceros la ejecución parcial del contrato –como, por ejemplo, el transporte de las mercaderías, operaciones de cartas de crédito o crédito documentario– existe todo un formulismo traducido en condiciones generales contenidas en contratos tipos, en reglas uniformes aplicables, etcétera; cuyo objetivo es regular, detenidamente, los efectos del incumplimiento del tercero encargado y, en especial, la exoneración de responsabilidad, declarándolo, en no pocos casos, prácticamente irresponsable ante su acreedor, en este oportunidad, el deudor principal.

Adquiere importancia la norma de la letra b) del art. 79 (2) CV, dado que priva de efectos en la compraventa internacional a las reglas que eventualmente determinen la exoneración del tercero dentro de la relación derivada. La norma excluye la consideración del régimen de exoneración previsto en la relación derivada.

Consiguientemente, en la práctica no será extraña la falta de coincidencia entre la responsabilidad que afecta al deudor principal y la del tercero dentro

[80] Así lo entienden Enderlein & Maskow (n. 30) al expresar: "The rule [art. 79, (2)] requires that existence of grounds for exemption on the part of both the contracting party and the third party and hinders, therefore, a conspiracy betwen them", par. 7.2.





de la relación derivada[81]. Supóngase que en la relación derivada el deudor queda sometido a un régimen de responsabilidad fundado en la culpa contractual y que el tercero encargado incumplidor puede exonerarse, acreditando su ausencia a través del caso fortuito (ex art. 1.547 CC). Empero, según el art. 79 (1) CV no procede su exoneración porque el impedimento se localizó dentro de su esfera típica de control. Aquí, el deudor principal no se exoneraría ante el acreedor, porque el tercero resulta responsable conforme al art. 79 (1), siendo indiferente que su incumplimiento efectivamente haya tenido su causa en un caso fortuito y que éste le exonere en la relación derivada. Podría plantearse un supuesto inverso, que el régimen de responsabilidad de la relación derivada sea más estricto que el de la compraventa internacional principal, sea porque así lo dispone la ley, sea porque las partes lo acordaron en el contrato principal o en el derivado. Por ejemplo, el tercero asume el riesgo de ciertos casos fortuitos que conforme la CV serían impedimentos ajenos a su esfera de control. En esta última hipótesis, el deudor principal resultará exonerado de responsabilidad ante su acreedor, mientras que en la relación derivada el tercero incumplidor responderá por su incumplimiento.

### *4. Situación del deudor principal obligado a la indemnización*

En este apartado se intentará definir si el deudor principal obligado a indemnizar a su acreedor tiene alguna acción para dirigirse contra el tercero incumplidor exigiéndole el reembolso de la suma de dinero a que fuere obligado en la compraventa internacional a causa de su incumplimiento en la relación derivada. La doctrina mayoritaria que comenta el art. 79 CV reconoce que el deudor principal obligado a indemnizar tiene acción contra el tercero encargado que incumplió. Sin embargo, no se precisa si es una acción propiamente de regreso o, por el contrario, coincide con las acciones generales

[81] Enderlein & Maskow (n. 30): "Irrespective of whether the CISG applies to the relations between the engaging and a third party, the grounds for exemption provided by it are used as the measure for judging whether or not exemption will be granted. This fiction has the effect that there will not necessarily be congruence in assssing the claims which are aserted vis-a-vis the third party, on the other. This is the case, in particular, where the nonperformance is caused by a carrier who can obtain exemption for other reasons. Therefrom results the requeriment to diminish discrepances in the process of shaping the contract. It has to be taken account that it will no be easy for the engaging party to prove impediments when the third party can obtain exemption on completely different grounds", par. 9. Loo Gutiérrez (n. 73), así lo demuestra al comparar el régimen de responsabilidad de la CV y el de las Reglas Uniformes de Hamburgo aplicables al contrato de transporte de mercaderías internacional, p. 104 y ss.

por incumplimiento de que es titular el acreedor (deudor principal) en contra del deudor (tercero encargado), dentro de la relación derivada[82].

Para estos efectos se prescinde la acción que emana de un eventual contrato de seguro, cuyo beneficiario sea el acreedor de la relación derivada. Ello, porque ésta es una acción que nace de un contrato distinto de aquellos que integran el supuesto de la norma del art. 79 (2) CV. Si hay algún seguro involucrado –sea que cubra el riesgo de las mercaderías (pérdida o deterioro), sea el riesgo del incumplimiento de la relación derivada– el deudor principal tendrá acción en contra de la aseguradora para cobrar la póliza. Pero, incluso, en éstos casos igualmente surgirá el problema acerca de la acción o acciones que ejercerá la aseguradora que se subroga en los derechos y acciones del asegurado en contra del civilmente responsable, que perfectamente podría ser el propio tercero encargado.

La CV no dispone de ningún mecanismo específico de reembolso para a que el deudor principal responsable en el supuesto del art. 79 (2) pueda regresar en contra del tercero encargado. No hay una laguna que requiera de integración por los medios previstos por los principios generales en que se inspira y a falta de éstos el derecho interno aplicable según el Derecho Internacional Privado (art. 7 CV). El límite del ámbito de aplicación de la CV está representando por los derechos del comprador y el vendedor; y el tercero encargado que incumple dentro de la relación derivada no es parte de la compraventa y se somete a su propia regulación, la que debe dar respuesta sobre los derechos del acreedor afectado por el incumplimiento (deudor principal). Conforme el régimen de Viena, el deudor que incumple y no se exonera conforme a su art. 79, es responsable frente a su acreedor y queda obligado a la correspondiente indemnización, sin perjuicio de los restantes remedios de los artículos 45 y 61 CV. La protección de los intereses del deudor principal debe buscarse en las normas que rigen la relación deriva en que incide el incumplimiento: el acuerdo de las partes y normas dispositivas[83]. De esa búsqueda resultarán las acciones de que es titular el acreedor (deudor principal) en contra de su deudor (tercero incumplidor).

[82] Reconociendo en la CV esta acción a favor del deudor principal *vid.* AUDIT (n. 22), par. 183; TALLON (n. 24), par. 2.7.2; SALVADOR CODERCH (n. 10), p. 649; SILVA-RUIZ (n. 61), p. 54. En el Derecho Civil interno LÓPEZ VILAS (n. 18), p. 317; Francisco JORDANO FRAGA, Madrid, Editorial Civitas, 1994, pp. 616-618 y en *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 567, n. 272 y Soriano TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, ADC, 1971, p. 1.164.

[83] *Vide* AUDIT (n. 12), par. 183; HONNOLD (n. 27), par. 434.





Seguidamente, el deudor principal no es titular de una acción de reembolso en contra del tercero encargado, porque en el supuesto del art. 79 (2) no concurren los elementos constitutivos de la misma[84].

La acción de reembolso o regreso es aquel derecho que faculta a quien pagó por otro a recobrar lo pagado[85]. El nacimiento y ejercicio de esta acción se vincula con un pago de una deuda ajena; la acción nace *ex novo* por el simple hecho del pago y no deriva del derecho de que era titular el acreedor en contra del verdadero deudor[86]. El presupuesto de esta acción es que un tercero –esté, o no obligado a la deuda– pague por quien sí lo está en la fase de contribución a la misma. Se distinguen dos momentos: la obligación a la deuda, en ella se da respuesta a la siguiente interrogante: ¿quién es el sujeto que debe realizar el pago? Se trata de una fase externa en la que el *solvens* y el acreedor se relacionan. Y la contribución a la deuda. En ella se da respuesta a la siguiente interrogante: ¿quién es el sujeto cuyo patrimonio debe soportar definitivamente el pago? Es una fase interna en la que se relaciona el *solvens* con quien que debe soportar definitivamente el pago.

> En la acción de reembolso el sujeto pasivo de la acción es deudor directo respecto del acreedor que recibe el pago; y su sujeto activo es el que pagó sin estar obligado a la contribución a la deuda.

Si se examina el supuesto que interesa, el tercero encargado es deudor exclusivamente respecto del deudor principal y nada tiene que ver con el acreedor principal; y en la compraventa el único obligado es el citado deudor principal. Por ello, cuando el deudor principal incumple a causa de la falta del tercero y paga la indemnización a su acreedor, paga una deuda propia que deriva de su incumplimiento del contrato. La vinculación existente entre la indemnización de daños y el incumplimiento del tercero, es que la primera cubre un daño causado por lo segundo. El incumplimiento del tercero irroga daños y entre éstos se cuenta el coste del incumplimiento del deudor principal en la compraventa internacional. Entre el tercero que incumple y el deudor principal que debe pagar la indemnización existe un problema de responsabilidad y no de reembolso propiamente dicho.

Salvo acuerdo entre las partes de la relación derivada, el deudor principal no tiene acción de reembolso que le faculte para cobrar al tercero encargado

[84] Para un estudio de la acción de reembolso en el Derecho Civil *vide* María Nelida TUR FAÚNDEZ, *El derecho de reembolso*, Valencia, Editorial General de Derecho, 1996.

[85] Cfr. TUR FAÚNDEZ, *supra*, p. 42.

[86] Para Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, vol. II: Las relaciones obligatorias, p. 214 y ss., la acción de reembolso tiene su fundamento en el principio general que persigue la represión de los enriquecimientos injustificados, sin que por ello quiera decir que sea una acción subsidiaria de enriquecimiento injustificado, sino una acción directa que la ley prevé con base a ese principio.

el importe total de la indemnización a que fuere obligado en la compraventa internacional. La acción de que es titular el deudor principal en tanto acreedor es una de responsabilidad por incumplimiento según las condiciones de la relación derivada.

En la hipótesis del art. 79 (2) CV hay dos relaciones contractuales objetivamente vinculadas y en ambas su deudor incumple. El incumplimiento del tercero que incide en la relación derivada repercute en la principal, causando el incumplimiento del deudor de la compraventa internacional[87]. Cada incumplimiento produce sus propios efectos, poniendo a disposición del acreedor los remedios que prevea el contrato concernido y entre ellos está el de la indemnización de daños, salvo que haya mediado la exoneración de responsabilidad.

La procedencia y extensión de la indemnización de daños que pretenda el deudor principal en la relación derivada dependerá exclusivamente de la relación derivada, sin importar lo que disponga la CV[88]. Si bien se trata de una acción de daños, en lo que concierne a lo pagado al acreedor, lo que persigue el deudor principal es que el tercero se lo reembolse.

Si el deudor principal no tiene acción en contra del tercero ello no incidirá en la responsabilidad que le impone la CV, salvo que logre acreditar la causa de exoneración que su art. 79 (2) prevé[89]. Algo similar ocurre cuando el incumplimiento tiene su causa en la conducta de un auxiliar del deudor o de un proveedor. El deudor responde en todo caso conforme la regla de la esfera típica de control, empero igualmente podrá dirigirse en contra el tercero que provoca el incumplimiento, siendo ello más patente en el caso del subcontratista empresarial[90].

### *5. Situación del deudor principal frente al tercero encargado en el supuesto del art. 79 (2) CV*

Para descifrar las distintas situaciones en que puede hallarse el deudor principal frente al tercero incumplidor, me permito ofrecer el siguiente caso hipotético de incumplimiento en el ámbito del art. 79 (2) CV.

> Un vendedor encarga a un tercero de su mismo domicilio la fabricación de ciertas unidades para ser integradas a unas mercaderías comprendidas en el objeto de una compraventa internacional. La fecha de entrega en la compraventa es el 15 de junio de 2006; y la del contrato derivado el 15 de marzo del mismo año. El vendedor se preocupa de consignar en el contrato derivado el destino de las unidades y la fecha de entrega definitiva al comprador.
>
> Antes de la fecha de entrega de las unidades el tercero comunica al vendedor que, debido a una interrupción de las actividades de su empresa no entregará antes del 15 de agosto de 2006. El vendedor rechaza la oferta de cumplimiento aplazado y opta por resolver el contrato. Y observando su deber de deber de evitar su incumplimiento en la compraventa internacional (superación razonable del impedimento ex art. 79 (1) CV), celebra un contrato de reemplazo con otra empresa por las mismas unidades por un precio superior al del contrato resuelto. Pese a sus esfuerzos él no evita su incumplimiento y entrega al comprador las mercaderías con dos meses de retraso.
>
> El comprador acepta la entrega tardía de las mercaderías, sin embargo, le reclama la indemnización del lucro cesante referido a las ganancias dejadas de percibir durante el retardo, daño razonablemente previsible al momento de contratar conforme el art. 74 CV. El vendedor alega su exoneración de responsabilidad invocando el art. 79 (2), sin embargo, no logra acreditar que el incumplimiento del tercero se debió a un impedimento ajeno a su control. El vendedor es condenado a indemnizar el referido lucro cesante.
>
> Seguidamente, el vendedor demanda a su tercero en juicio de incumplimiento de contrato la indemnización de daños conforme los artículos 1.547, 1.556 y 1.558 del *Código Civil* chileno. El demandante incluye entre las partidas de daños: i) diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo y gastos incurridos y ii) monto de la indemnización por concepto de lucro cesante que pagó a su acreedor en la compraventa internacional.

En este caso pueden darse dos situaciones diversas con relación al deudor principal condenado al pago de la indemnización en una compraventa internacional y a los derechos que tiene en contra del tercero encargado.

a) El tercero encargado es responsable ante el deudor principal. La cuestión es si el deudor principal puede incluir en su demanda la indemnización que pagó a su acreedor en de la compraventa internacional. Primero, habrá que estar a lo que acordaron las partes, ello prevalecerá. Si no hay acuerdo, el problema es uno de extensión de la responsabilidad del tercero ante el deudor principal en la relación derivada.

La extensión de la indemnización de daños depende, principalmente, de la aplicación de la regla de la previsibilidad conforme la cual el deudor responde de aquellas pérdidas previsibles al momento de celebrarse el contrato (art.

[87] Cfr. Silva-Ruiz. (n. 61), n. 58.

[88] Cfr. Jordano Fraga (n. 82), pp. 616-618.

[89] Cfr. Salvador Coderch (n. 10).

[90] Así lo reconoce, durante la discusión del actual art. 79., John Honnold, "A/CONF.97/C.1/L. 243", en *First Commite Deliberations*, 32nd meeting, pars. 10-13, p. 402.

1.558 *Código Civil* chileno). Esta regla distribuye el riesgo del incumplimiento que cause daños y asigna una parte del mismo al deudor, aquél referido a las pérdidas que razonablemente debió contemplar al contratar. Y la distribución dependerá, en último término, del conocimiento que el deudor tenía o debía tener en ese instante. Hago esta precisión porque en el supuesto de interés cobra especial importancia el conocimiento que el tercero tenía, o debía tener, acerca de que su obligación estaba vinculada objetivamente con un contrato principal. A partir de ese conocimiento se concluye que el tercero debió prever que su incumplimiento repercutiría en el cumplimiento de este último contrato y que el deudor principal podía resultar responsable. Recuérdese que al estudiar los elementos constitutivos del supuesto del art. 79 (2) CV, se explicó que, si bien este conocimiento no estaba dentro de dichos elementos, sí interesaba para el evento que el deudor principal tuviese que dirigirse en contra del tercero para el obtener, en forma de indemnización de daños, el reembolso de lo pagado por el mismo concepto a su acreedor en la compraventa internacional.

En el reciente caso se consigna en el mismo contrato que su objeto se destinaría al cumplimiento de una compraventa internacional anterior y, además, la fecha acordada para la entrega de las mercaderías. A partir de ese conocimiento inicial el tercero debió prever que su incumplimiento podía ocasionar, a su vez, el de la compraventa y el eventual pago de una indemnización por parte del deudor principal, su acreedor. Pero la indemnización que el deudor esté autorizado a incluir en la demanda contra el tercero se limita a aquella indemnización de los daños que eran previsibles como posible consecuencia del incumplimiento. En el caso era previsible que si el deudor principal no cumplía a tiempo su comprador podía sufrir pérdidas usuales normales dentro del curso normal de los acontecimientos, excluyéndose aquéllas deducidas de circunstancias extraordinarias y desconocidas para el tercero, como lo serían que el comprador destinaría las mercaderías a un fin especialmente lucrativo. Esas pérdidas, aunque hayan sido previsibles para el deudor principal, no lo fueron para el tercero encargado, por lo tanto, mal podría incluirse su importe en la indemnización a favor del deudor principal. Se trata de una pérdida cuyo riesgo no pertenece al tercero porque el deudor principal, pudiendo hacerlo, no lo traslada al momento de contratar.

b) El tercero no es responsable por encontrarse amparado en una causa de exoneración. En esta hipótesis el tercero incumplió el contrato, sin embargo, su incumplimiento no le atribuye responsabilidad porque su causa es una la que el propio contrato o la ley atribuye eficacia exoneratoria. El incumplimiento, aunque cause pérdidas previsibles al deudor principal, no atribuye responsabilidad al tercero encargado[91]. El tercero prueba la causa de exoneración y es liberado de la obligación de indemnizar, incluida la suma que el deudor principal pagó a su acreedor en la compraventa. Habida cuenta el régimen de responsabilidad de la CV esta falta de coincidencia no será poco frecuente en la práctica[92].





Si nuevamente se recurre al caso, el tercero podría defenderse ante la demanda del vendedor alegando que el incumplimiento se debió a un caso fortuito según lo disponen los artículos 45 y 1.547 del *Código Civil*. En particular, que la interrupción de las actividades de su negocio se debió a una rotura de una máquina, suceso que era imprevisible e irresistible atendida su diligencia exigible. Se producen daños, pero la atribución de responsabilidad queda excluida.

El deudor principal no tiene acción en contra del tercero para obtener el reembolso de lo pagado, pese a que el incumplimiento de este último fue la causa mediata de los daños que debió indemnizar. Resultado que *prima facie* parece injusto para el deudor principal que debe soportar la indemnización. Empero, el mismo deudor pudo haber evitado dicho resultado, anticipando en la relación derivada una regla especial para el caso de incumplimiento del tercero; si no lo hace, se entiende que asumió el riesgo de soportar exclusivamente el pago de la indemnización, sin posibilidad de regresar contra el causante mediato del daño objeto de la misma. Cuando el deudor principal encarga el cumplimiento a un tercero debe prever en el contrato derivado los mecanismos idóneos para la protección de sus intereses en caso que concurra el supuesto del art. 79 (2) CV. Si no lo hace, se entiende que asume el riesgo y su patrimonio deberá soportar las consecuencias de su realización. Esta asignación del riesgo puede explicarse desde un punto de vista económico. La inclusión de una regla de esta naturaleza implica un aumento de costos de la prestación, pues el tercero con ella asumiría unos riesgos que van más allá de los que normalmente impone un contrato y que se traduce en una responsabilidad más estricta y en algunos casos absoluta. El tercero sólo admitirá una cláusula a cambio de un aumento del precio del contrato. Si el deudor principal no se preocupa de incluir esta regla especial, la lectura que debe hacerse es que no estuvo dispuesto a trasladar el riesgo al tercero encargado porque ello hubiese supuesto un aumento del precio.

[91] Deben considerarse todos los supuestos en que, sin mediar exoneración del tercero incumplidor, las partes han acordado la exclusión de responsabilidad por el incumplimiento en la relación principal (cláusula de irresponsabilidad).

[92] Por todos Enderlein & Maskow (n. 30), par. 9, p. 330.

## Conclusiones

1) El supuesto del art. 79 (2) consiste en que una de las partes de la compraventa internacional encarga a un tercero independiente la realización, o ejecución, de todas, o algunas, de las actividades comprendidas en el objeto de su obligación contractual, celebrándose al efecto un contrato entre ambos.
2) El supuesto coincide con el del subcontrato del Derecho interno, sin embargo, si se está a la historia del precepto y a lo que dispone el art. 7(1)CV, el Derecho uniforme prescinde de esta terminología y prefiere emplear una expresión nueva y más amplia, la de tercero encargado y no la de subcontratista.
3) La aplicación del art. 79 (2) CV, presupone:
   i) dos contratos celebrados sucesivamente, el principal y el derivado, existiendo entre ellos una relación de dependencia manifestada en que el contrato derivado se justifica sólo en atención a un contrato principal preexistente y en que el cumplimiento de este último está supeditado al de aquél y
   ii) coincidencia, al menos parcial, del objeto del contrato derivado y el del principal. Se trata de dos contratos vinculados objetivamente.
4) El art. 79 (2) prevé y una regla especial de atribución de responsabilidad que hace excepción a la de responsabilidad absoluta que rige al interior de la esfera típica de control del deudor, dando lugar a un área intermedia de responsabilidad en la que, si bien cabe la exoneración del deudor principal, exige la prueba de la falta de razonable control, tanto del impedimento que afecta al deudor principal –el incumplimiento del tercero– como del impedimento que causa este último. Se aplica la CV a un tercero para el solo objeto de resolver sobre la exoneración del deudor principal frente al acreedor de la compraventa internacional.
5) La atribución de responsabilidad del deudor principal en el supuesto del art. 79 (2) actúa de forma independiente del derecho de que sea titular para obtener del tercero el reembolso de lo pagado al acreedor por concepto de indemnización.
6) El deudor principal no está dotado de una acción de reembolso, o regreso, para el caso que deba responder por el incumplimiento que tiene su causa inmediata en la falta del tercero encargado. La protección le viene dada por la vía de la acción de indemnización que le reconozca la relación derivada por el incumplimiento del tercero. Como acción de responsabilidad se sujeta a las reglas sobre atribución y extensión aplicables a esta última relación contractual.
7) Considerando la ausencia de una acción específica a favor del principal y la falta de pronunciamiento de una doctrina que delimite los contornos de los derechos de que es titular; es aconsejable que las propias partes se den una solución adecuada. El deudor que divide el cumplimiento en su propio interés debe ser consciente del riesgo que la CV le asigna.

# PROCEDIMIENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

## ANÁLISIS Y OBSERVACIONES

*Juan Sebastián Barahona Barahona*

En el año 2004 se publicó la última modificación que se ha realizado hasta ahora a la LPC a través de la ley N° 19.995, la cual introdujo materias no contempladas hasta ese momento, tales como: el acceso a la información básica comercial, la regulación expresa de la publicidad falsa o engañosa, el derecho a retracto en contratos específicos, entre otras materias.

Un tema importante fue la inclusión del denominado procedimiento especial para la protección del interés colectivo y difuso[1]. Este tipo de acciones son aquéllas en las cuales sus titulares son un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación de base como, por ejemplo, cuando varias personas, actuando individualmente, contratan con una misma empresa. Se trata de situaciones en donde cada consumidor cautela su propio interés, siendo similar al de otros consumidores[2]. Este tipo

[1] En relación con el procedimiento, la reforma a la LPC, sustituyó en su totalidad el título IV referente a: "Del Procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley" por "Del Procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del Interés Colectivo o Difuso". Este reemplazo no sólo es en la forma sino en el fondo, debido a que el procedimiento de la LPC, antes de la modificación, señalaba expresamente los pasos que debían seguir y atenerse los consumidores en la eventualidad de iniciar un juicio. Es decir, se establecía un procedimiento especial para la LPC, pero como estas causas se ventilan ante los juzgados de policía local, tal procedimiento originaba problemas en cuanto a la sistematización con las otras materias, que también se llevan a cabo en los mencionados tribunales. Ese hecho originó que el procedimiento de la LPC cayera en desuso y, por lo tanto, se aplicara el procedimiento establecido en la ley N° 18.287 "sobre procedimiento en los juzgados de policía local". Razón por la cual se derogaron todos los artículos que regulan al antiguo procedimiento, y fueron reemplazados por nuevas normas. En este sentido, el art. 50 B, inciso segundo, establece que en lo no previsto en el presente párrafo (sobre normas generales) se estará a los dispuesto en la ley N° 18.287 y, en subsidio, a las normas del *Código de Procedimiento Civil*, el cual da reglas que son de carácter general, comunes a todo procedimiento, y que, por lo tanto, se aplican en los juicios tanto civiles como especiales, a modo de ejemplo: el caso del procedimiento de la LPC.

[2] Daniela Hortvitz Lennon y Lorena Pavic Jiménez, *Protección al consumidor en Chile*, memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 1999, p. 278.

de acciones difiere a las que se interponen con el fin de cautelar el interés individual. Por lo tanto, las acciones de interés individual son aquéllas que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.

Para hacer efectiva tal acción, el consumidor debe acudir ante los juzgados de policía local respectivos, competentes para conocer de dichas materias. Pero, es en este lugar, donde se presentan problemas de relevancia con relación al procedimiento.

Respecto a ello, entre los meses de junio y noviembre del año 2005, formé parte activa en el proyecto FONDECYT N° 1050882: "La eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno", desarrollado por la Fundación Fernando Fueyo Laneri de la facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dicho estudio se realizó en los juzgados de policía local más representativos de la Región Metropolitana, con la finalidad de establecer la cantidad de denuncias que ingresaron durante los años 2002-2004 donde se invocara como causal de infracción a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Por tal motivo, tuve la oportunidad de adquirir conocimientos y experiencias que me fueron aportadas por los propios agentes que intervienen en la aplicación de la LPC, no tan sólo en sede procesal sino, también, en extrajudicial, como lo son las asociaciones de consumidores y el SERNAC.

Es por ello que el objetivo central de este estudio será exponer la situación a la cual se ve expuesto aquel consumidor que se siente lesionado o vulnerado en sus derechos y, al acudir ante las autoridades competentes, se encuentra con un sistema ajeno, del cual no tiene conocimiento[3].

## I. Instancias extrajudiciales para la defensa del interés individual del consumidor

En la actualidad, los seres humanos desarrollamos un sinnúmero de transacciones, dentro de las cuales podemos vernos expuestos a situaciones desagradables, tales como la vulneración de nuestros derechos; a ser víctimas de una maquinación por parte de un proveedor o, bien, ser perjudicados en nuestros intereses.

En este sentido, los consumidores tienen distintos caminos a seguir con la finalidad de que sean reestablecidos sus derechos, porque si éstos se

[3] Se debe hacer presente que en este seminario se va a prescindir el estudio de las acciones de interés colectivo y difuso, centrándonos, principalmente, en las acciones individuales que se ventilan en los juzgados de policía local.





mantienen en forma inactiva –tanto los proveedores como las autoridades respectivas–, no tendrán conocimiento de las situaciones que los aquejan y, por ende, presumirán que no existe ningún tipo de inconveniente entre las partes ya citadas.

Según lo dicho, si el problema se hubiera originado con alguna empresa que desarrolle actividades vinculada con los servicios básicos, ya sea telecomunicaciones, electricidad o servicios sanitarios, o también con alguna ISAPRE el consumidor tiene distintas alternativas a seguir, tales como: la de acudir ante la propia empresa, o –si no obtiene resultados en ella– dirigirse ante la superintendencia correspondiente[4]. Si el inconveniente se presentó con algún proveedor, la vía es esencialmente concurrir ante quien le ha ocasionado el perjuicio.

En caso que los consumidores no obtengan resultados favorables con relación a sus inquietudes o problemas, existe aún la posibilidad –en el ámbito extrajudicial– de hacerse asesorar por alguna de las dieciséis asociaciones de consumidores existentes en el país o acudir ante el SERNAC, el cual desarrolla –por mandato legal– una instancia mediadora entre el consumidor y el proveedor (no obligatoria).

## II. El procedimiento de protección al consumidor en sede jurisdiccional

Primeramente, el consumidor, antes de ejercer su legítimo derecho de iniciar una acción judicial, debe tener presente algunas cuestiones necesarias para la debida prosecución del proceso en sede judicial, dentro de las cuales encontramos:

### *A. La legitimación activa*

La normativa del consumidor entrega la facultad de recurrir ante los tribunales competentes con el fin de que éstos reestablezcan el imperio del Derecho. El art. 1, N° 1 de la LPC dispone quienes son consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios.

Según lo anterior, se entiende que estamos frente a un consumidor cuando una persona natural adquiere algún bien o producto, y frente a un usuario

[4] Desarrollado en profundidad en Juan Sebastián Barahona Barahona, "Procedimiento general de protección de los derechos del consumidor, análisis y observaciones", seminario, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, pp. 6-37.

cuando éste requiera la realización de algún servicio. Junto a lo anterior, se establece que la persona debe haber adquirido tal bien o servicio a título oneroso, suscitándose dos tipos de problemas: la situación de los destinatarios finales a título gratuito y la determinación de los casos en donde concurre la genuina gratuidad[5].

En este sentido, los tribunales han interpretado de modo amplio la disposición anteriormente citada respecto a los destinatarios finales a título gratuito, al señalar que a pesar de que se hubiera otorgado un servicio de forma gratuita a un consumidor final, el proveedor igualmente deberá responder por la negligencia que hubiera cometido, si dicha gratuidad se hubiera realizado previa contratación onerosa con tal proveedor[6]. A su vez, en lo relativo a la determinación de la genuina gratuidad, existen actos que son genuinamente gratuitos, mientras otros son más aparentes que reales. Es por ello, que para dilucidar tal problema, se debe recurrir al principio general de accesoriedad[7], el cual determina que frente a un acto principal oneroso, uno de carácter gratuito pierde su calidad de tal, y sigue la calificación del principal.

### *B. El tribunal competente*

La LPC, en su artículo 50A, señala expresamente:

> "el tribunal que conocerá de todas las acciones que emanan de la Ley del Consumidor, los cuales serán los Juzgados de Policía local, y respecto de estos, lo hará aquel tribunal de la comuna en donde se hubiera celebrado el contrato; donde se hubiera originado la infracción o bien donde se haya dado inicio a su ejecución, esto ultimo a elección del actor, o sea, del consumidor afectado".
>
> "En el caso que los contratos hubieran sido celebrados por medios electrónicos, en donde no sea posible determinar el tribunal competente, lo será

[5] Gonzalo Cortez Matcovich, *El nuevo procedimiento regulado en la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, p. 47.

[6] Lo anterior se suscitó debido a una demanda presentada por un consumidor que se vio afectado por la actuación de una clínica veterinaria, a donde los primeros llevaron su mascota para que se le realizara un corte de pelo, pero previo a tal servicio, la clínica le practicó un baño sanitario, provocándole la muerte. En este sentido, la demandada, mencionaba que el libelo no reunía las condiciones prescritas en el art. 1° de la LPC, al señalar que el vínculo que los unía con los demandantes se había producido a título gratuito, lo que no hacía configurar el carácter de consumidor por parte del demandante. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, del 5 de septiembre de 2000.

[7] Cortez Matcovich (n. 5), p. 49.





aquel tribunal de la comuna en donde reside el consumidor" (art. 50A, inciso 2 de la LPC)[8].

En lo pertinente a los casos que se presente publicidad engañosa, o también donde se distribuyan o vendan productos que puedan causar algún daño a la salud, la ley señala que los consumidores pueden acudir al tribunal de la comuna donde se originó la publicidad engañosa o, bien, donde se produjo o fabricó el bien que se estima inseguro[9].

También realiza una salvedad respecto a la competencia de los juzgados de policía local. Así, pues, en el propio art. 50C, inciso 3°, señala que éstos no conocerán de las acciones que emanen del art. 2bis, letra b, emanadas de esta ley o leyes especiales, como tampoco de las acciones de interés colectivo o difuso que deriven de los artículos 16, 16A y 16B, es decir, respecto a las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Por tanto, los tribunales ordinarios de justicia (juzgados civiles o juzgados de letras según corresponda) serán competentes para conocer de dichas acciones.

### *C. De la comparecencia en juicio*

En las causas que se ventilen ante los juzgados de policía de local, la ley concede al consumidor la posibilidad de acudir sin patrocinio de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, pudiendo comparecer personalmente (art. 50C); facultad discrecional que se les otorga a las partes, y como tal, pueden o no hacer uso de ella. En otras palabras, nada impide al consumidor como al proveedor de que asistan patrocinados por un abogado habilitado.

Se debe hacer la reiteración en el sentido de que esta posibilidad se restringe sólo a las causas que se llevan a cabo en este tipo de tribunales, porque en las circunstancias que el consumidor hubiera acudido a este tribunal sin asesoría de letrado, y al término del proceso de primaria instancia, él o la contraparte interpusieran un recurso de apelación, deberán asistir con abogado en todas las instancias legales ante el tribunal de alzada.

### *D. Representación del proveedor*

Respecto a la individualización del demandado, denunciado o querellado, se presume que representa al proveedor, y que en tal carácter lo obliga, la persona

[8] Al respecto, Ricardo Sandoval López, *Derecho del comercio electrónico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 34, hace mención que el comercio electrónico se caracteriza principalmente porque las relaciones que establecen los sujetos carecen de territorialidad, a diferencia de lo que ocurre con el intercambio mercantil tradicional.

[9] www.odecu.cl, visitado el 25 de febrero de 2005.

que ejerce habitualmente las funciones de dirección o administración por cuenta o representación del proveedor (art. 50C, inciso 3) En este sentido, la mencionada norma puede ser analizada desde la perspectiva de lo señalado por el artículo 4 del *Código de Trabajo*[10]. Sin embargo, se debe realizar una precisión en cuanto a esta supuesta prolongación que hace la LPC, respecto a la norma contenida en el *Código del Trabajo*, debido a que en la relación laboral la presunción es de Derecho, mientras que en la de la LPC es una presunción simplemente legal que, por lo tanto, es susceptible de prueba en contrario, y que también, por otra parte, sólo apunta a la relación existente entre el proveedor y el consumidor.

### *E. De la declaración de denuncia temeraria*

Una vez interpuesta la denuncia, demanda o querella, si carece de fundamentos plausibles, el juez, ya sea en la sentencia o a petición de parte, podrá declararla como temeraria (art. 50E). En tal sentido, el consumidor denunciante se verá expuesto a una sanción que puede alcanzar a un máximo de 50 UTM, a menos que se trate de una acción que comprometa el interés colectivo o difuso, en cuyo caso, dicha suma podría ascender hasta 200 UTM. También puede ser sancionado –aparte del consumidor– el abogado patrocinador de la demanda, denuncia o querella, al cual se le aplicarán las sanciones disciplinarias contempladas en el art. 350 y siguientes del *Código Orgánico de Tribunales*. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles solidarias que los autores hubieren producido por su actuar a través de la interposición de dichas acciones.

### *F. Formas de dar inicio al proceso*

El art. 50B de la LPC, señala que los procedimientos previstos en esta ley podrán iniciarse por demanda, denuncia o querella –según corresponda– ante el tribunal correspondiente y desde esa misma fecha se interrumpe la prescripción de la acción[11].

Respecto a la demanda, denuncia o querella, la ley no define ninguna de ellas, por lo tanto, para este seminario la demanda se entenderá como aquella acción destinada a solicitar al tribunal competente el reconocimiento de un derecho, derecho que ha sido vulnerado o no reconocido por la contraparte,

[10] Art. 4 *Código del Trabajo*: "Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco, y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica".

[11] Art. 26, inciso 1° de la LPC en relación con el Art. 54 de la ley N° 15.231, sobre organización y atribuciones de los juzgados de policía local.





en este caso por el proveedor. Por ello, esta acción civil es aquélla que emana de las infracciones o contravenciones de la LPC, con la finalidad de obtener la indemnización total y efectiva de los daños que hayan sido originados, como también del daño moral derivado de las infracciones normativas.

La acción civil tiene un carácter netamente patrimonial, y se deduce en forma complementaria a las formas de concretar la acción infraccional, esto es, la denuncia o querella[12].

A su vez, la diferencia que radica entre estas estriba en la naturaleza de la acción. Si la acusación del hecho contravencional es intentada por el particular, víctima de la vulneración de sus derechos y, por lo tanto, entabla una acción tendiente a que se determine la existencia de una infracción, estamos en presencia de una denuncia.

En cambio, si el hecho es puesto en conocimiento a los tribunales competentes por un ente administrativo (como lo sería el SERNAC), el cual busca que se sancione al infractor con las penas que prescribe la ley, nos encontramos frente a una querella de carácter infraccional.

Una situación totalmente distinta es aquélla en que la conducta desarrollada por el proveedor es constitutiva de algún delito[13]. En ese caso, se debe presentar una *querella* ante el juez de garantía respectivo y no ante el fiscal. Un contexto distinto es interponer una *denuncia* ante el fiscal, la Policía de Investigaciones o Carabineros de Chile. Sin embargo, la querella, la cual es un acto formal de la víctima –aun cuando el querellante puede ser otra persona–, se presenta ante el juez de garantía, quien, una vez recibida la querella, debe realizar un examen de admisibilidad, que consiste, básicamente, en verificar que contenga lo establecido en el art. 113 del *Código Procesal Penal* y, además, que los hechos que se relatan en la querella sean realmente constitutivos de delito. Si no es constitutiva de delito, no será admitida a tramitación. En cambio, si el problema radica en que no contiene alguno de los requisitos enunciados en el art. 113 del *Código Procesal Penal*, se da un plazo de cinco días al querellante para subsanar esos errores. Una vez admitida a tramitación, se le comunica al fiscal para que este inicie la investigación.

En materia criminal, la victima puede presentar querella y, además, demanda civil. El resto de las infracciones como, por ejemplo, a las de la LPC, deben ser interpuestas en los juzgados de policía local correspondientes.

Respecto a los plazos para interponer la querella, corresponde al de prescripción del delito.

[12] Roberto G. Sahr Martínez, *Procedimiento ante los juzgados de policía local*, seminario de titulación para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1996, p. 69.

[13] Entrevista realizada el 26 de octubre de 2005 a Felipe Marín, académico de Derecho Procesal Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales.

## Procedimiento general

### *1. Etapa de discusión*

La demanda debe ser presentada por escrito (art. 50C). Si bien, la ley señala que se puede interponer una demanda, denuncia o querella, según sea el caso, ante el juzgado de policía local competente, el denunciante no tan sólo puede acudir ante este organismo jurisdiccional sino, también, lo puede hacer a través de alguna unidad policial. Esta denuncia sólo tendrá el carácter de constancia, por lo tanto, Carabineros le dará traslado para que dentro de un plazo determinado en dicho lugar, concurra ante el juzgado de policía local competente, con la finalidad de ratificar la denuncia interpuesta ante dicha unidad policíaca.

Asimismo, la denuncia puede ser iniciada por el SERNAC o denuncia particular. En relación con esta última, puede ser presentada con o sin demanda.

La denuncia particular viene, en ocasiones, junto con la demanda, debido a que el propio SERNAC las adjunta ambas a través de formularios tipo que poseen para dichos efectos; esto es, una carta-denuncia, donde se mencionan muy pocos antecedentes, los cuales, en caso de exigirse todos los requisitos del art. 254 CPC[14] no la haría proceder como tal. Según Aldo Tortorollo[15], una situación es que los consumidores no concurran con abogado y, otra muy distinta, es que no se cumplan con las formalidades mínimas.

Lo que se ha hecho en ese tribunal como en otros[16] es que si la denuncia no contiene los requisitos mínimos se apercibe dentro de un plazo prudencial, con el fin de que el organismo o consumidor denunciante, cumpla con los requisitos de todo escrito, es decir, satisfacer como mínimo los requisitos de los números 1, 2 y 3 del art. 254 del CPC. En caso de no realizar tal gestión, la denuncia era rechazada y, por ende, se procedía a archivarla sin más trámite, no dando lugar a la acción ejercida.

Una vez iniciado el procedimiento, se procesa dicha causa internamente en el tribunal, otorgándole un rol y asignándole un actuario, quien realiza

[14] Artículo 254 del CPC: "La demanda deberá contener: 1°.- La designación del tribunal ante quién se entabla; 2°.- El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representan, y la naturaleza de la representación; 3°.- El nombre, domicilio, profesión u oficio del demandado; 4°.- La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y 5°.- La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal".

[15] Entrevista realizada el 25 de noviembre de 2005 a Aldo Tortorollo, abogado del 3° Juzgado de Policía Local de Santiago.

[16] Los cuales son: 3er y 4° juzgados de Policía Local de Santiago, 3er Juzgado de Policía Local de Las Condes, Juzgado de Policía Local de Cerrillos y Juzgado de Policía Local de Lo Prado, según entrevistas realizadas en esos tribunales.





un estudio preliminar, con el fin de informarse acerca de la materia que se conocerá en juicio, y si fuera necesario, previa consulta al juez, aclarar algún punto oscuro, ya sea porque falta algún antecedente o porque la exposición de los hechos es confusa. En tal evento, se cita al denunciante a una declaración indagatoria, igual como ocurre en la mayoría de los procedimientos de los juzgados de policía local. Hay que hacer la salvedad que esta situación varía dependiendo del tribunal, pues algunos la realizan y otros sólo en los casos ya enunciados, puesto que la ley N° 18.287 no establece como requisito obligatorio el llamado a las partes a prestar declaración indagatoria. Sólo será obligatoria cuando la denuncia se hubiera realizado por medio de Carabineros. En ese caso la ley señala que "se citará".

Si no se cita a declaración indagatoria, se fija una audiencia de conciliación, contestación y prueba inmediatamente, esto es, estableciendo una fecha exacta para el comparendo.

#### Notificación de la demanda, denuncia o querella

Para que se realice la audiencia de conciliación, contestación y prueba, se debe notificar previamente a la contraparte, con la finalidad de que sea emplazada de la demanda, denuncia o querella que se ha interpuesto en su contra. El art. 18 de la ley N° 18.287, establece que las *resoluciones* se notificarán por carta certificada. Sin embargo, siendo ésta la regla general en los procedimientos que se llevan a cabo en los juzgados de policía local, las causas por LPC se notifican según la regla especial contenida en el art. 8 de la ley N° 18.287, esto es, de forma personal, entregándole copia de ella y de la resolución del tribunal –firmada por el secretario– al demandado, denunciado o querellado. En el caso que se deba notificar a una persona jurídica, el art. 50D de la LPC dispone que la demanda se notifique al representante legal o, bien, al jefe de local donde se compró el producto o se prestó el servicio. Para que el consumidor tenga conocimiento acerca de quién es el que ejerce estas funciones, la ley, en el mismo artículo, prescribe que todos los proveedores deberán exhibir en un lugar visible del local, la individualización completa de quien cumple la función de jefe de local, indicándose, al menos, el nombre completo y su domicilio.

En la práctica, existen dos formas de notificar la demanda, denuncia o querella, quedando a elección del consumidor, es decir, se le otorga la posibilidad para que él señale la forma de realizar la notificación:

a. A través de Carabineros, mediante resolución fundada, la cual no tiene costo alguno para el demandante o denunciante,
b. O por medio de un receptor ad hoc, notificación pagada, según el lugar donde se tenga que notificar al denunciado o demandado; su valor será de acuerdo con el perímetro donde tenga lugar tal diligencia.

Existen dos variantes para elegir un tipo de notificación por sobre el otro. Las ventajas de notificar a través del receptor es su rapidez, pues el receptor se encuentra capacitado para realizar la notificación de acuerdo con alguna de las formas señaladas en el CPC, ya sea personal *in persona*, personal subsidiaria o sustitutiva, haciendo las búsquedas en lugar y hora distinta.

En la práctica, la mayoría de las veces esta gestión se realiza sobre la base de lo señalado por el art. 44 del CPC, debido a que es poco probable, en el caso de notificar un representante legal, que se encuentre en el lugar de la notificación[17]. Ésta es la regla general en la materia.

Otra ventaja se relaciona con la certeza que entrega el receptor –como ministro de fe–, de haber realizado tal gestión.

Respecto a las notificaciones realizadas por Carabineros, normalmente no se estampan las búsquedas en el documento respectivo ni tampoco la fecha en que se realizó tal gestión. Ese documento consta de dos partes: una, queda adherida a la copia de la demanda o denuncia y la otra, debe ser entregada al representante legal de la empresa demandada, denunciada o querellada. Debido a lo anterior, el casillero reservado para que se señale la fecha en la cual se realizó la gestión queda en blanco y, por lo tanto, el tribunal no tendrá conocimiento cuando el funcionario de Carabineros realizó la notificación. Lamentablemente, el no colocar le fecha de tal gestión trae consigo que posteriormente el demandado, denunciado o querellado alegue la nulidad, aduciendo el desconocimiento de la denuncia, demanda o querella, por el hecho de que no habría sido emplazado de la forma estipulada por la ley.

Difiere entre ambas notificaciones la celeridad[18], ya que Carabineros, actualmente, se demora en promedio entre uno y dos meses entre que el tribunal envía la resolución fundada a la unidad policial respectiva, que la despache, que se realice la notificación y que nuevamente se remita al tribunal la copia de la realización, con el fin de que quede constancia en el proceso. Esto hace que el plazo fijado anteriormente para la realización del comparendo, tenga que ser aplazado para una fecha posterior.

Por tal razón, es preferible realizar la notificación por medio del receptor, aun cuando esta forma tenga un costo para el consumidor[19]. Costo que después

[17] Téngase como referencia el representante legal de una gran tienda, la cual posee sucursales a través de todo el país. La posibilidad de encontrarlo en el momento en que el receptor realiza la notificación en una de esas sucursales, es poco probable.

[18] Según entrevista realizada el 31 de octubre de 2005 a Carolina Gómez, abogada del 3er Juzgado de Policía Local de Las Condes; entrevista realizada el 9 de noviembre de 2005 a Sergio Corvalán, abogado de la División Jurídica del SERNAC, Región Metropolitana y (n. 15).

[19] Por las actuaciones que realice el receptor ad hoc, podrá percibir hasta un 75% de los derechos fijados en el Arancel de Receptores Judiciales, establecido por el Ministerio de





se insertará en las costas procesales, siempre y cuando el denunciante gane el juicio, y que el demandado sea condenado en costas.

Si no se notifica, se tiene que suspender la audiencia, lo que origina una perdida de fecha. Tal situación no es menor, pues si en un principio se otorgaba día y hora para un mes determinado desde la presentación de la denuncia o demanda, ahora, por este hecho, se aplaza un mes más, lo que podría originar, incluso, que la acción para demandar en juicio prescriba (seis meses de producida la infracción a las normas legales del consumidor).

### Audiencia de conciliación, contestación y prueba

Luego de haber sido notificada la acción a la contraparte, se lleva a cabo la audiencia de avenimiento, contestación y prueba, el día y hora señalada, en el recinto del tribunal y con las partes que asistan, salvo que alguna de ellas pueda solicitar la suspensión de la audiencia por algún motivo fundado[20]. Éstas deberán acudir con todos los medios de prueba que cuenten.

Según lo señalado por el art. 10 de la ley N° 18.287, la defensa del demandado, denunciado o querellado podrá hacerse verbalmente o por escrito. Las partes podrán formular observaciones a la demanda, denuncia o querella, de lo que se dejará constancia por escrito. En el inciso segundo de este artículo se hace mención a la posibilidad que tiene el demandado, denunciado o querellado de reconvenir al actor.

Como la ley de procedimiento ante los juzgados de Policía Local actúa en forma subsidiaria a la del consumidor, tal posibilidad queda descartada, ya que en esta ley sólo considera derechos, por lo tanto, acciones sólo a favor del consumidor[21].

Justicia. Por ejemplo, si se interpone una denuncia y demanda en la comuna de Santiago, y la notificación debe realizarse al proveedor en la comuna de Providencia, el valor cobrado por un receptor civil asciende a $ 30.000. En el caso del receptor ad hoc, el valor máximo que podrá tener derecho por las gestiones que realice ascenderá a la suma de $ 22.500.

[20] Como, por ejemplo, que el demandante o denunciante no hubiese podido practicar las diligencias de notificación. En ocasiones sucede que el denunciado cambia de domicilio, a lo cual, en el caso de ser la notificación realizada por receptor ad hoc, éste puede estampar que sí realizo las diligencias, pero que no encontró la persona buscada. Aun cuando no es común, no se ha llegado al extremo de notificar por otra de las formas señaladas en el CPC, pero en caso de ser necesario, se puede llegar a notificar según las reglas generales de este *Código*, como lo es a través de notificación por avisos, en caso de personas que sean de difícil ubicación. El problema de ello es el alto costo. A juicio de Aldo Tortorollo, abogado del 3er Juzgado de Policía Local, el SERNAC debería instruir al consumidor respecto a este tipo de situaciones cuando no comparezcan patrocinados por un abogado.

[21] Enrique AIMONE GIBSON, *Derecho de protección al consumidor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, p. 183.

Se procede a llamar a las partes a avenimiento. Este en la mayoría de los casos no se produce, debido que, a pesar de que podría existir algún acuerdo entre las partes, si el SERNAC se hizo parte en el proceso, puesto que se encontraba comprometido el interés general de los consumidores, este juicio igualmente continua en su parte infraccional, aún existiendo una conciliación de por medio. En este caso el SERNAC no se puede desistir, debido a que este organismo debe solicitar la multa por parte del infractor. Para ello, comparece con abogado sólo para solicitar esa multa, pero no para asesorar al consumidor materialmente en la parte civil. Aun cuando rinden las pruebas en la parte infraccional, éstas también sirven para la demanda civil, porque recordemos que en estos casos todas las indemnizaciones derivan o emanan de un hecho infraccional. O sea, la indemnización tiene que ser efecto de una causa: la infracción. Sin infracción, no hay indemnización.

Relativo al desistimiento, el propio art. 11 de la ley 18.287, establece que en caso de conciliación en lo civil, la causa proseguirá su curso en lo contravencional. Por lo tanto, a los proveedores, comerciantes o empresas demandadas, denunciadas o querelladas no les convendría llegar a acuerdo con el consumidor en esta fase del proceso, pues va a proseguir de igual manera, pero sólo en la parte infraccional.

No producido el acuerdo, el proceso sigue su fase regular, colocando fin a la etapa de discusión.

### *2. Etapa de prueba*

Esta etapa se inicia en la misma audiencia de avenimiento, contestación y prueba luego de haber sido contestada tanto la demanda, denuncia como querella.

Como ha sido la tónica, después de las modificaciones realizadas a la LPC, ésta no contempló norma alguna respecto a la prueba en el juicio ante los juzgados de policía local. Es por ese motivo, que nuevamente nos debemos remitir a lo señalado para este evento en la ley N° 18.287. En esa línea, y siguiendo el carácter supletorio que nos dan las normas del *Código de Procedimiento Civil*, el art. 3 señala que son plenamente exigibles respecto a la prueba, las medidas prejudiciales probatorias, y también respecto al denominado entorpecimiento, el cual es una excepción a la obligación de rendir prueba en el comparendo correspondiente[22].

[22] Jorge Contreras Concha, *Innovaciones en la justicia de policía local*, trabajo de investigación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2001, p. 30.





El objeto de la prueba se encuentra señalado en el art. 318 del CPC[23], a diferencia de los plazos estipulados en la legislación procesal común, donde el término probatorio transcurre en un tiempo determinado[24]. En este caso, la prueba deberá rendirse en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba[25], tal como se desprende de lo prescrito en el art. 7 de la ley N° 18.287 en el sentido de que las partes deberán concurrir con todos su medios de prueba. Por lo tanto, será la única instancia en la cual las partes podrán presentar sus respectivos medios probatorios. Así, por ejemplo, la lista de testigos, a diferencia de lo señalado en el art. 12 de esta ley, deberá ser presentada como máximo el día hábil anterior a la celebración de la audiencia, pero para la aplicación de la LPC, puede ser presentada en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba (art. 50C, inciso 2° de la LPC), la cual puede contener como máximo cuatro testigos por cada parte y cumplir con los requisitos señalados en el CPC.

Que la ley señale que en la audiencia se debe desarrollar la conciliación, contestación y prueba, no inhabilita al juez para que –si lo estima conveniente–, en resguardo de los derechos del demandante y demandado, suspenda el comparendo, y fije una nueva audiencia con la fianlidad de recibir las respectivas pruebas (art. 10, inciso final, ley N° 18.287). Esto tiene relevancia y se condice con lo expresado por la Corte Suprema respecto a que:

> "En el caso de que algunas pruebas no puedan consumarse en el comparendo mismo a que se refiere el art. 7 de la Ley N° 18.287, el día que fue determinado, puede señalarse otro 'para este efecto', pero ello no significa que una audiencia que ha pasado por todas sus etapas se encuentre pendiente, ni menos que las partes puedan, agotada su oportunidad procesal, impetrar nuevas probanzas"[26].

Debido a ello, en la nueva audiencia, las partes sólo podrán complementar las pruebas señaladas en la primera audiencia, no pueden, entonces, agregar o rendir nuevas pruebas. Respecto a esto, la Corte Suprema señaló que:

[23] Artículo 318 CPC: "Concluidos los trámites que deben preceder a la prueba, ya se proceda con la contestación expresa del demandado o en su rebeldía, el tribunal examinará por sí mismo los autos y si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente en el juicio, recibirá la causa a prueba y fijará en la misma resolución los hechos substanciales controvertidos sobre los cuales deberá recaer.

Sólo podrán fijarse como puntos de prueba los hechos substanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla".

[24] En los juicios ordinarios de mayor cuantía, es de veinte días hábiles. En el juicio ejecutivo es de diez hábiles.

[25] Normalmente no se fijan puntos de prueba como ocurre en los juicios civiles al no estar regulado ello en la ley N° 18.287.

[26] Sahr Martínez (n. 12), p. 105.

"el juez que decretó como medida para mejor resolver, la audiencia de testigos que fue incluida en una lista que había sido presentada fuera del plazo legal, estaba cometiendo una falta, por el hecho que con estaría mejorando la situación de una parte que no hizo uso diligente de su derecho"[27].

Con relación a las pruebas que se aporten en juicio, el art. 16 de la ley N° 18.287 establece que el juez podrá decretar en todos los asuntos que conozca durante el transcurso del proceso, las diligencias probatorias que estime pertinente. Por ello, la iniciativa no le corresponde en forma exclusiva a las partes.

En lo tocante a los demás medios probatorios, se pueden presentar luego de haber sido rendida la prueba testimonial, y se concluye con las peticiones probatorias que han sido solicitadas por las partes, tales como: oficios, absolución de posiciones, entre otras.

Enseguida, se da por evacuada la audiencia de contestación y prueba, y con ello se cierra el probatorio.

### *3. Apreciación de la prueba*

El art. 51 de la LPC señala que todas las pruebas que deban rendirse (para conocer las acciones de interés colectivo) serán apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica. Esta interpretación también puede hacerse extensiva para el caso en que se encontrare comprometido el interés individual. En atención a lo anterior y, además, teniendo presente lo señalado en el art. 14 de la ley N° 18.287, se entenderá que el juez, para este caso, también deberá apreciar la prueba de acuerdo con este tipo de reglas.

Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que conduzca lógicamente a la conclusión que convencen al sentenciador.

Según Miguel González Saavedra, juez del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago[28], que la ley señale que las reglas de la sana crítica serán aplicadas a

[27] Sentencia de la Corte Suprema, del 6 de octubre de 1987, en la revista *Fallos del Mes*, N° 337, Santiago, 1986, p. 668; Gonzalo Cortez Matcovich, *El nuevo procedimiento regulado en la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004, p. 59.

[28] Miguel González Saavedra, "De la labor del juez en la apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica", en *Gaceta Jurídica*, N° 132, Santiago, junio 1991, p. 22.





la prueba y a los antecedentes de la causa, reviste de una gran importancia, ya que la idea del legislador es que el propio juez pueda utilizar todos los elementos del proceso como fundamento objetivo, el cual sirva de base para el razonamiento que lleve a la conclusión que le convence.

A su vez, Eduardo Couture[29] señala que la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

### *4. Etapa de sentencia*

Vencido el probatorio, y no existiendo diligencias pendientes por cumplirse[30], el tribunal resuelve: "Pasen los autos para dictar sentencia". La sentencia es la forma "normal"[31] de poner fin a los procesos que se ventilan en los juzgados de policía local, por medio de la correspondiente sentencia definitiva.

Antes de las modificaciones introducidas a la LPC, se hacía una escueta mención de la sentencia en relación con el plazo que se le imponía al juez para dictar la resolución del caso[32]. Actualmente, la ley no hace referencia a tal etapa del proceso, por lo tanto, en forma subsidiaria se aplica el art. 17 de la ley N° 18.287, el cual señala que la sentencia deberá dictarse dentro del plazo de quince días, contados desde la fecha en que el juicio se encuentre para fallo. En su inciso 2°, relativo al contenido que debe tener la sentencia, señala que debe expresar la fecha, individualización de las partes o del denunciado en su caso, una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, un análisis de la prueba y las consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de fundamento para el fallo y a la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal. Esta norma nos plantea algún tipo de dificultad, en el sentido de que no señala desde cuando se deberá entender que el juicio se encuentra para fallo. Frente a esto, José Tomás Atria[33] señala que estaríamos frente a un círculo vicioso, en el sentido de que sólo cuando la sentencia sea dictada, las partes podrán tener conocimiento si ésta se emitió dentro o fuera

[29] Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ciudad de México, Editora Nacional, 1984, p. 271.

[30] Tales como las respuestas a los oficios que se hubieren solicitado, los cuales en ocasiones puede demorar más de lo previsto, según la institución receptora de tal oficio.

[31] Aun cuando esta normalidad no se presenta para las causas que se tramitan en los juzgados de Policía Local respecto a la LPC, lo cual quedará de manifiesto en el estudio que desarrollaré más adelante.

[32] El cual eran cinco días desde la notificación por el estado diario de la resolución que cita a las partes a oír sentencia.

[33] José Tomás Atria, *El juicio de policía local*, Santiago, Ediciones Encina Ltda., 1970, p. 117.

del plazo estipulado para ello. En la práctica, se ha podido vislumbrar que los juzgados de policía local dictan resoluciones "autos para fallo", la que expresa que no existen diligencias pendientes y, por lo tanto, se podría solicitar la dictación de la respectiva sentencia[34].

La sentencia se notificará por carta certificada, conteniendo una copia integra. En caso que la sentencia imponga una multa que sea superior a 5 UTM, y las que regulen daños y perjuicios superiores a 10 UTM, se notificará personalmente o por cédula.

### *5. Mérito ejecutivo de la sentencia*

Relativo a esta cuestión, es plenamente aplicable lo señalado por el artículo 17, incisos 3º y 4º de la ley Nº 18.287, en cuanto a que una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada, ésta tendrá mérito ejecutivo, y su cumplimiento se hará efectivo ante el mismo tribunal que conoció de dicha causa. Pasado el lapso de treinta días desde la dictación de la resolución, podrá obtenerse su cumplimiento aplicando las normas del párrafo 1º, título XIX del libro I del CPC. La notificación de esta resolución deberá realizarse en forma personal o por cédula (art. 17, inciso final).

### *6. Pago de multas*

La LPC, en su artículo final (art. 61) dispone que las multas que deriven de su incumplimiento sean a beneficio fiscal, pero no se hace mención al plazo que se le otorga al condenado para pagar dicha multa. En este sentido, el art. 22 de la ley Nº 18.287 señala un plazo, el cual es de cinco días para el pago de estas ante la Tesorería Municipal, quien emitirá un recibo en duplicado, de los cuales uno será entregado al infractor y el otro será enviado al Tribunal, a más tardar al día siguiente al pago, con la finalidad que el secretario del Tribunal lo agregue al expediente de la causa. En caso que dicha multa no sea cancelada en el plazo señalado anteriormente se aplica la norma del art. 23, el cual prescribe que si no se acredita el pago de la multa correspondiente, se procederá a despachar una orden de arresto en contra del infractor.

### *7. Régimen de recursos*

En contra de la sentencia emitida por el juez competente para conocer las materias relativas a la protección al consumidor, proceden aquellos recursos establecidos en la ley Nº 18.287:

[34] GÓMEZ (n. 18).





#### Recurso de reposición

Se encuentra establecido en el art. 21 de ley Nº 18.278, el cual se deduce en contra de las sentencias dictadas por los juzgados de policía local. Establece que en el caso de ser aplicada una multa y antes que esta fuera pagada, se pidiera reposición, señalando antecedentes que, a juicio del tribunal, comprueben la improcedencia de la sanción o su excesivo monto, el juez podrá dejarla sin efecto o moderarla. El plazo para interponerlo, será dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución condenatoria (art. 21, inciso 2º).

#### Recurso de apelación

Procede en aquellas causas donde no sea imposible su prosecución en sede de policía local. Teniéndose que interponer dentro del término fatal destinado para ello, es decir, cinco días desde la notificación de la resolución que se desea apelar. Este recurso lo conocerá la Corte de Apelaciones respectiva, y se tramitará conforme a las normas de los incidentes.

Si la parte condenada infraccionalmente al pago de una multa desea apelar, previamente deberá depositar en la Tesorería Municipal el equivalente a lo señalado por el tribunal de primera instancia en la sentencia respectiva. Si este requisito no fuese cumplido, el juez que pronunció la sentencia, denegará el recurso.

Si quien apela a la resolución, no concurriera en el plazo de cinco días desde que se reciban los autos en la secretaría del Tribunal de Alzada, el recurso será declarado desierto. Dicho plazo será aumentado en tres días, si los autos se remiten de un tribunal que se encuentre fuera de la comuna en que reside la Corte de Apelaciones.

El art. 35 de la ley Nº 18.287 hace mención a la facultad que se le otorga a esta Corte, de poder pronunciarse sobre cualquier decisión de la sentencia de primera instancia, aun cuando en el propio recurso no se hubiera solicitado su revisión.

Otra novedad es la señalada por el art. 34, inciso 2º, pues al tribunal de alzada se le concede la posibilidad de que las partes presenten pruebas que no hayan producido en primera instancia. Pero sólo podrá ser recibida la prueba testifical que, ofrecida en primera instancia, no se hubiere rendido por fuerza mayor u otro impedimento. Porque si no se hubiera realizado tal salvedad en la ley, estaríamos en presencia de una incongruencia en cuanto a lo que la propia Corte Suprema ha señalado respecto a la admisión de pruebas fuera del plazo estipulado.

#### Recurso de casación

No procede en los juicios de policía local, tal como lo prescribe expresamente el art. 38 de la ley Nº 18.278.

### Procedimiento de mínima cuantía

Relativo a la tramitación de causas de mínima cuantía, la ley actual ha ideado un procedimiento para aquellas situaciones en las cuales el monto solicitado o la cuantía de la causa no sean superiores a 10 UTM. En este caso, el juez tramitará esta causa a través de un procedimiento de única instancia (art. 50G, de la LPC). Con esta formulación se busca agilizar y dar mayor fluidez a aquellas situaciones que por su monto a solicitar se requiera de un pronunciamiento a la brevedad.

Pero en la práctica, este juicio no varía en nada con el juicio descrito precedentemente. La única diferencia, radica en el hecho que dichas causas no pueden ser apeladas, justamente por el monto a discutir en este proceso.

## III. Una evaluación crítica al procedimiento general de protección al consumidor

Como ha quedado de manifiesto, el consumidor se ve expuesto a una gran cantidad de etapas en el proceso judicial que se ventilan en los juzgados de policía local. Si el consumidor comparece en forma personal, podría encontrarse frente a distintas situaciones desconocidas por él, produciéndole una pasividad, lo cual se traduce en una completa indefensión, aun cuando la ley le flanquea acciones destinadas a reestablecer su situación.

En lo que resta de este trabajo, se intenta determinar y examinar las causas por las cuales los consumidores no ven favorecidas sus pretensiones. Junto a lo anterior se darán algunas opciones tendientes a subsanar los inconvenientes de esta instancia, dentro de las cuales se señalarán aquéllas que necesitan realizarse a través de una modificación legal y aquéllas que no lo requieren.

### *Problemas en la aplicación de la LPC*

Dentro de los distintos obstáculos que se le presentan a los consumidores con el fin de hacer valer sus derechos e intereses ante los Tribunales que son competentes para conocer las causas relativas a la Ley del Consumidor, se pueden clasificar en:

### A. Problemas de índole general

Relativo a éstos, se hace mención a distintos factores que contribuyen a obstaculizar el acceso a la justicia por parte de los consumidores, a saber[35]:

[35] Rubén y Gabriel Stiglitz A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, p. 178 y s.





- La soledad del consumidor: al encontrarse en un estado de aislamiento, hace que se sienta en un estado de indefensión, lo que se traduce en una negativa de acudir ante los tribunales y señalar al autor que le ha infringido o lesionado alguno de sus derechos.
- Los obstáculos de naturaleza sicológica: en esta escena y siguiendo la idea anteriormente señalada, el consumidor suele encontrarse en una especie de inhibición, debido, principalmente, a la falta de conocimiento y de conciencia sobre cuáles son sus reales derechos, cuándo están siendo vulnerados y cuáles serían las formas de accionar a través de los mecanismos que le presenta la normativa legal para preparar una defensa. Aparte de ello, el desconocimiento casi total de las especificaciones técnicas y jurídicas que se deben emplear en el desarrollo de cualquier acción procesal, aun cuando ésta se haya desplegado y creado de forma tal, de hacerlas más accesibles a la mayoría de personas posibles. Un segundo obstáculo se refiere a la reticencia de acudir ante algún abogado, con el fin de obtener una asesoría. Ambos obstáculos determinan que el consumidor sienta un grado de inferioridad, lo que conlleva a una abstención por su parte de accionar, incluso, por el temor de perder frente a un adversario que se encuentra dotado de una mayor capacidad desde el ámbito económico-jurídico hasta el político.
- La exigüidad de lesión: todo lo anterior se ve acentuado por las escasas sumas pecuniarias a demandar, lo que hace que los consumidores sientan que todo el esfuerzo que se va a emplear en un eventual litigio, no sería justificable
- El carácter misterioso de la justicia: las formalidades y el vocabulario misterioso del proceso presentan el riesgo de desalentar y desconcertar a los justiciables. En otras palabras, el lenguaje utilizado y el incesante formalismo que es utilizado por el legislador, juristas, abogados y, en definitiva, por todo el aparato jurídico, hacen que la justicia sea percibida como un instrumento complejo y, por ende, poco accesible para el conocimiento y entendimiento de la ciudadanía en general.
- La lentitud de la justicia: La maquinaria judicial suele actuar de manera lenta. Este factor afecta la efectividad de proceso y, en definitiva, el término de un buen resultado para quienes se ven expuestos a acudir ante ellos.
- Los gastos de la justicia: uno de los aspectos o rasgos más relevantes que son tomados en consideración por el consumidor ante la disyuntiva de poder accionar, es el factor económico, pero no respecto a la obtención de un resultado positivo, sino aquél relativo a los gastos que se originan al interior del juicio, respecto de los cuales no se tiene certeza acerca de su eventual recuperación en el momento que este sea resuelto.

## B. Problemas de índole particular

Para conocer los obstáculos que se presentan dentro de un ámbito particular o específico, acudí a distintas fuentes –tales como datos estadísticos–, extraídos de estudios y entrevistas realizadas en forma personal a los distintos agentes que confluyen en la aplicación de la LPC, con la sola finalidad de demostrar las falencias que presenta el procedimiento general de protección al consumidor, el cual incide –y que trataré de demostrar– en el resultado final que obtiene el consumidor en sede procesal.

### Datos estadísticos

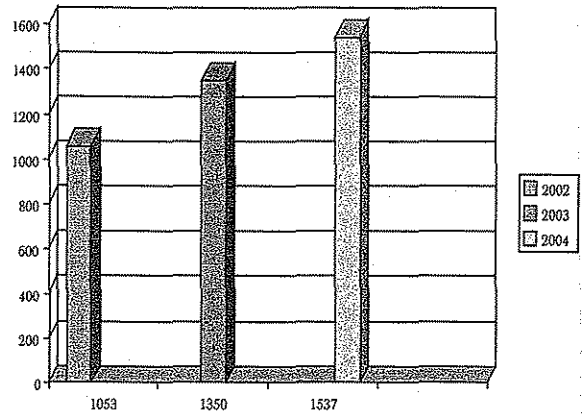
La Fundación Fernando Fueyo Laneri realizó durante los meses de junio a noviembre del año 2005 un estudio en los juzgados de Policía Local[36], tendiente a recabar información respecto de las denuncias interpuestas en estos tribunales por trasgresión a las normas de protección al consumidor, y cuya finalidad fuera la de solicitar la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de adhesión contenidas en el art. 16 de la LPC. Tal estudio abarcó los años 2002-2004, es decir, el período anterior a la modificación del procedimiento que se hizo a través de la ley N° 19.955[37].

Respecto al universo, el estudio se realizó en los juzgados de policía local de la Región Metropolitana, por el hecho de ser la región más importante del país, en cuanto a la cantidad de población que concentra, actividad comercial y judicial.

Dicha región, comprende un total de sesenta y ocho juzgados de policía local, de los cuales cuarenta y tres fueron incorporados en el estudio[38], representando un 63% del total. Para la selección se recurrió a criterios de relevancia, en términos de causas tramitadas en ellos referidas a la LPC, accesibilidad y disposición de información. Con relación a los restantes, diecisiete no fueron incluidos debido a que se encontraban ubicados en comunas rurales o semirrurales, lo que hacía presumir una baja cantidad de causas referidas a esta ley, junto con las dificultades de acceso que supone su ubicación. Mientras que los ocho restantes, tampoco fueron incluidos, pese a formar parte de la selección original, puesto que no fue posible recabar la información solicitada (por diversos factores, tales como el no contar con ésta hasta no facilitar su acceso).

Del mencionado estudio, se obtuvieron los siguientes resultados:

Causas ingresadas por LPC según año




En el gráfico señalado, se logra apreciar un aumento de causas que se tramitan en los juzgados de policía local de un año respecto del otro. Este aumento se debe principalmente a la mayor información acerca de los derechos que poseen los consumidores y por ello, que los pretenden hacen valer con mayor fuerza[39].

Se debe precisar, que el total de causas ingresadas durante los años 2002-2004, que ascienden a 3.940, sólo señalan la cantidad de demandas que ingresaron a tales tribunales, pero no las resoluciones que en éstos se obtuvieron.

Por ello, para acceder a dicha información existe el siguiente gráfico, el cual señala el estado en que se encontraban las causas por LPC en la época de la realización del estudio:

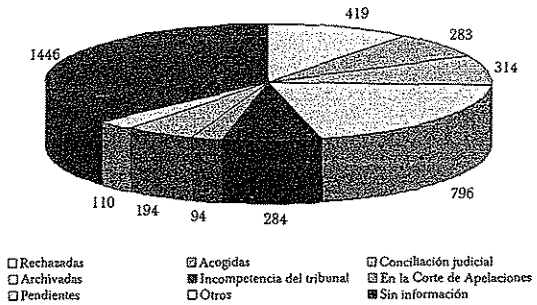
[36] Proyecto concurso FONDECYT N° 1050882: "La eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno", iniciado en marzo de 2005, con fecha de término marzo de 2007. Como responsables de este proyecto figuran los profesores de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales, Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro Wilson.

[37] La ley N° 19.955 del 14 de julio de 2004, incluyó el art. 50A, inciso final a la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, el cual dispone: "...que las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los Artículos 16, 16 A y 16 B de la presente Ley, en que serán competentes los Tribunales Ordinarios de Justicia, de acuerdo a las reglas generales". Por lo tanto, las acciones destinadas a solicitar la nulidad de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión, ya no serán conocidas por los juzgados de policía local, sino que serán los tribunales ordinarios de justicia.

[38] Juzgados de Policía Local seleccionados: 1°, 2° y 3° de La Florida, San Miguel, La Cisterna, 1° y 2° de Estación Central, 1° y 2° de Ñuñoa, Quinta Normal, Quilicura, Huechuraba, Pedro Aguirre Cerda, San Ramón, San Joaquín, La Granja, Recoleta, 1° y 2° de Pudahuel, Lo Prado, La Pintana, Independencia, El Bosque, Conchalí, Renca, Cerro Navia, Cerrillos, 1°, 2° y 3° de Maipú, La Reina, Peñalolén, 3° de Providencia, 3° y 4° de Santiago, Macul, 1° y 2° de Puente Alto, Vitacura y 1°, 2° y 3° de Las Condes.

[39] Entrevista realizada el 9 de noviembre de 2005 a Ernesto Muñoz, jefe de gabinete del SERNAC, Región Metropolitana.

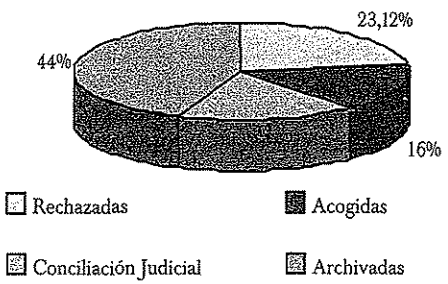
Estado de las causas ingresadas por LPC




Del gráfico expuesto, podemos inferir que existe una gran cantidad de causas por LPC que no señalan información, debido al problema de acceso que se presenta en los juzgados de policía local, por lo cual, respecto a ese número de causas no se puede dar una apreciación concreta con relación al estado en que se encontraban al momento de realizar el estudio.

Otra cifra relevante se señala en razón a las causas que no son acogidas a tramitación por el hecho que el tribunal se manifiesta incompetente para conocerlas, ya sea respecto a la materia o al ámbito territorial.

En relación con el estado de las causas restantes (rechazadas, acogidas, conciliación y archivadas) el gráfico siguiente, muestra las razones del término de los procesos por Ley del Consumidor:




En este caso, se logra apreciar que un 23,12% de los consumidores que acuden ante los juzgados de policía local ven rechazada o no acogida la pretensión que han materializado en la denuncia o demanda. Un número menor de causas son acogidas –cercanas al 16%–. Estos números podrían explicarse por una inadecuada solicitud de justicia por parte del demandante, denunciante o querellante o, bien, por el hecho de que se está aplicando de forma errada la LPC por parte de los tribunales competentes. Junto a las causas acogidas, se logran apreciar las conciliaciones judiciales, las cuales, en gran medida,





se producen en sede extrajudicial debido a la intervención que realizada en esta etapa el SERNAC.

Un número considerable del universo queda determinado por las causas que son archivadas por el tribunal, no porque el proceso haya concluido por alguna resolución emanada del propio tribunal, ni tampoco por el acuerdo suscitado entre las partes en sede jurisdiccional, sino porque al iniciarse el proceso, por algún motivo, no pudo proseguir.

A primera vista, estos datos parecen preocupantes debido al gran número de causas que ingresan al sistema judicial de policía local sin obtener un resultado, no importando si es favorable o no a las pretensiones del demandante, denunciante o querellante. Pero la realidad es que este tipo de dificultades no tan sólo se logran apreciar en los juzgados de policía local sino, también, en la justicia civil y comercial. Así lo muestran las estadísticas respecto a las causas ingresadas al sistema judicial civil durante el período entre los años 1977-1985[40], las cuales señalaban que de la cantidad de asuntos civiles resueltos, alcanzaban, en promedio, un 84% de las causas ingresadas, lo que no era una mala cifra. Pero al desmembrarla, nos podemos percatar que los motivos de término de los procesos por sentencia del tribunal sólo correspondían a un 8% en ese período. Respecto al 76% restante, correspondía a otros motivos tales como: avenimientos, gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, entre otras causas no señaladas explícitamente, lo que, en definitiva, demuetra que este tipo de dificultades cruza gran parte de la esfera judicial en nuestro país.

Por lo tanto, a partir de los datos proporcionados por el estudio realizado por la Fundación Fueyo en colaboración del FONDECYT, se tratará de señalar las razones que influyen en que el proceso termine antes de que éste se produzca de las formas normales que se contemplan para este fin.

## Razones por las cuales las causas terminan archivadas

¿Por qué las causas que se ventilan ante los juzgados de policía local sobre la LPC terminan en archivo? Sobre la base de esa interrogante se acudió ante los distintos agentes que se relacionan de alguna u otra manera en la forma de llevar a cabo el procedimiento de la LPC –además de extensos estudios y doctrina acerca del tema– tales como: juzgados de Policía Local, tanto jueces, actuarios y abogados, los cuales en definitiva representan al Poder Judicial. SERNAC, institución encargada de velar por la educación y protección de los derechos de los consumidores. Asociaciones de consumidores, encargada de actuar en forma complementaria a la labor desarrolla por el SERNAC.

[40] Juan Enrique VARGAS, Carlos PEÑA, Jorge CORREA, "El rol del Estado y el mercado en la justicia", en *Cuaderno de análisis jurídico*, Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2001, p. 97.

Después de haber sido analizadas, concordadas y confrontadas todas las opiniones de estos personeros y entidades, se puede señalar que existen distintas razones que justifican el hecho de que los juicios terminen en el archivo del tribunal, dentro de las cuales podemos precisar con certeza:

1. La no concurrencia con abogado patrocinante:

La LPC, en su art. 50C, señala que: "La denuncia, querella o demanda deberán presentarse por escrito y *no requerirán patrocinio de abogado habilitado. Las partes podrán comparecer personalmente, sin intervención de letrado,* salvo en el caso del procedimiento contemplado en el Párrafo 2° del presente Título".

Con esta norma, el legislador le señala al consumidor, en el caso que algún proveedor incumpla alguna de las normas contenidas en la LPC, podrá ejercitar alguna acción a título individual en los juzgados de policía local sin la necesidad de tener que acudir obligatoriamente –como lo es la regla general– representado por un abogado habilitado.

Respecto a esta nueva modalidad, podemos señalar que la ley, asume que la comparecencia sin asistencia letrada beneficiaría al consumidor al absolverlo de contraer una obligación que haría más gravoso su actuar en el ámbito jurídico, tomando en consideración que existen otras prioridades para éstos tales como: la salud, educación, vivienda, etcétera.

Sin embargo, en la práctica, tal situación resulta nefasta. Esto porque al otorgarle al consumidor la facultad de comparecer personalmente, se le está señalando que acuda ante un tribunal –del cual la mayoría de las veces sólo conoce su nombre– y que ejerza las acciones legales, las cuales están redactadas en términos que él no domina y en caso de comprenderlos no sabría como aplicarlas debido a la cantidad de etapas y "vericuetos que posee la maquinaria procesal"[41].

A juicio del abogado de la división jurídica del SERNAC, Sergio Corvalán, la facultad para que el consumidor comparezca personalmente en juicio, es amenazante para él y sus intereses, debido a que no posee las herramientas suficientes para saber como llevarlo, ni tampoco la claridad que se necesitaría para obtener un resultado favorable, principal causa por la cual el consumidor no se hace parte en el juicio, lo que deriva en el hecho de que el tribunal no pueda ratificar los antecedentes y, finalmente, tenga que archivar las causas.

En el 3er Juzgado de Policía Local de Santiago –tribunal que presentó la mayor cantidad de denuncias registradas en los penúltimos tres años respecto

[41] (n. 5), p. 54.





a infracciones a la LPC–[42], Aldo Tortorollo, abogado encargado de redactar los fallos por causas de la LPC, señala que la falta de conocimientos jurídicos sustantivos y procesales, originado en la calidad de legos en la materia de casi todos los consumidores que inician un juicio sobre el tema, es el principal obstáculo para una normal tramitación. Originando una situación de incertidumbre respecto a la manera de iniciar el proceso, la forma de redactar un escrito, la obligación de demandar en caso de solicitar una indemnización de los perjuicios, los plazos que deben cumplir, entre otros, lo que genera una sensación de absoluta disconformidad con el resultado del juicio, unido, en ocasiones, con una sensación de frustración por parte del consumidor, que deriva en una desconfianza respecto de la actividad de los tribunales.

En materia laboral, hubo una época en la cual también se le otorgó la facultad al trabajador de asumir su propia defensa, o sea, no exigiéndole que acudiera representado por un abogado ante los tribunales respectivos. Sin embargo, tal situación era distinta a la presentada en la LPC, debido a que eran asesorados y representados por las Corporaciones de Asistencia Judicial[43], además del establecimiento en la propia legislación laboral de diversas disposiciones que favorecían al trabajador como, por ejemplo, que el peso de la prueba recaería sobre el empleador.

A diferencia de ello, la LPC estipula el principio del *onus probandi* contemplado en el art. 1.698 del *Código Civil*, es decir, el que alega un derecho debe probarlo[44]. Pero debido al desconocimiento del consumidor respecto a las normas aplicables, al deducir tanto la demanda como la denuncia, la mayoría de las veces tienen la convicción de que por el sólo hecho de haber realizado tal acción, el juez deberá acoger su pretensión.

En palabras del presidente del Instituto de Jueces de Policía Local y juez del 2° juzgado de policía local de Las Condes, Alejandro Cooper[45], esta facultad que se le otorga a los consumidores denunciantes los dejan en desigualdad de condiciones frente a su contraparte, la cual, en la mayoría de las ocasiones va a concurrir asistida o representada por un profesional. Porque por pequeña que sea una empresa, cuenta con servicios jurídicos para hacer frente a aquellas situaciones que comprometan su interés.

[42] Según el estudio de la Fundación Fueyo, durante el año 2002 ingresaron ciento cincuenta y tres causas a este tribunal. Al año siguiente, se presentó un aumento que alcanzó las doscientas cincuenta y tres, y durante el año 2004 se registró una cantidad de doscientas noventa y cinco causas por LPC.

[43] Si se daban las condiciones para optar el beneficio de pobreza.

[44] Contreras Concha (n. 22), p. 28.

[45] Alejandro Cooper, "Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, segundo trámite constitucional, que modifica la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en *Boletín*, N° 2.877-03, Valparaíso, 2003, p. 7.

La teoría económica tradicional ha señalado que dentro de las imperfecciones que posee el mercado, se encuentra la asimetría de la información, entendida como "la dispar o errónea información que tiene uno o más agentes que intervienen en un acto cualquiera"[46]. Las imperfecciones pueden darse por distintas razones, por ejemplo, la selección adversa: situación difícil de subsanar, producto de la asimetría de información existente en el mercado para los agentes, en lugar de elegir la mejor opción, terminan por el contrario, eligiendo la peor[47].

Si extrapolamos esta situación que se presenta en los mercados imperfectos al ámbito de aplicación jurídica, nos percataríamos que una situación similar ocurre con la no concurrencia de abogado en las causas del consumidor, debido a que la asimetría de información queda de manifiesto al existir una parte que posee la capacidad de intervenir en un proceso judicial con abogados –algunos expertos en la materia y tramitación en los juzgados de policía local– como los proveedores y otra, que no conoce mayormente el procedimiento, como es la situación del consumidor.

Dicha disparidad se acentúa por lo señalado en el art. 50C, inciso 2° de la LPC, al indicar que las partes podrán realizar todas las gestiones procesales destinadas a acreditar la infracción y a probar su derecho, incluida la presentación, examen y tacha de testigos, cuya lista podrá presentarse en la misma audiencia de conciliación, contestación y prueba.

Por lo tanto, aquel consumidor que acude personalmente ante el tribunal, comienza teniendo dificultades con la redacción de la demanda, aun cuando generalmente existen demandas tipo, proporcionadas por la oficina de ayuda al consumidor o también con una pauta o minuta otorgada por el SERNAC para dichos efectos. Con todo, las demandas presentan falencias en cuanto al señalamiento de quién es el demandado y respecto a lo que solicita, es decir, no precisando si lo que pretenden es la devolución tanto del producto como del dinero o una indemnización. En definitiva, inconvenientes relativos al cumplimiento de las formalidades que debe contener todo escrito, las cuales se encuentran en el art. 254 del CPC[48], principal razón por la cual los juzgados

[46] Jorge Arancibia Simken, *La asimetría de la información. Análisis económico y proyecciones jurídicas*, memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, junio 2003, p. 67.

[47] (n. 46), p. 69.

[48] Art. 254 CPC: "1°.- La designación del tribunal ante quién se entabla; 2°.- El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representan, y la naturaleza de la representación; 3°.- El nombre, domicilio, profesión u oficio del demandado; 4°.- La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y 5°.- La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal".





de policía local no dan lugar tanto a las demandas, denuncias como querellas y, por lo tanto, terminan archivadas.

A su vez, el abogado de la ODECU, Pedro Fariña[49], señala que las empresas cuentan con equipos jurídicos, que tienden a dilatar el procedimiento –algunas veces de forma artificial– con el propósito de incomodar al consumidor para que desista de su pretensión.

Una gran dificultad para el consumidor que tramita en forma personal su caso radica en la imposibilidad de hacerse parte personalmente ante las cortes de Apelaciones, dejándolo en una situación de desmedro respecto a su contraparte. Según Aldo Tortorollo[50], se debe tener en consideración que al menos en el juzgado donde se desempeña como abogado, se apelan alrededor de un 70% o más de las sentencias definitivas dictadas sobre la materia, ya que el SERNAC apela todas las sentencias que le son desfavorables cuando se hace parte en el proceso, y el proveedor que comparece con abogado y ha sido vencido en la sentencia definitiva, también acude a segunda instancia.

Otro inconveniente se refiere a la oportunidad para realizar ciertas acciones. Así, por ejemplo, en la audiencia de conciliación, contestación y prueba, el consumidor al llevar testigos, no tiene conocimiento respecto al momento en que se debe adjuntar la lista que los identifica. Tampoco saben repreguntar al testigo que ha sido presentado por la contraparte, formular tachas, ni solicitar informes como, por ejemplo, aquellos documentos que se encuentren en poder de la contraparte.

Siguiendo con lo anterior, los consumidor presentan un desconocimiento respecto a los distintos tipos de prueba que existen y que pueden hacer valer en el proceso. En este sentido, el jefe de gabinete del SERNAC, Ernesto Muñoz[51], señala que la asimetría que se presenta entre el consumidor y el proveedor, conduce a que no se aporten pruebas suficientes que lleguen a formar el debido convencimiento del juez a través de las reglas de la sana crítica. Lo encontramos en aquellos consumidores que se encuentran afectados en su interés patrimonial, los cuales sólo concurren a la audiencia de conciliación, contestación y prueba, y que por su carencia de conocimientos técnicos, no aportan pruebas, y en caso de hacerlo, no son suficientes para demostrar que ha existido una vulneración de sus derechos como consumidor.

Este desequilibrio en las posibilidades de actuar en el proceso, hacen provocar al consumidor un estado de frustración y desconfianza en el funcionamiento del sistema judicial.

[49] Entrevista realizada el 29 de noviembre de 2005 a Pedro Fariña, abogado de la ODECU.

[50] *Vid.* (n. 15).

[51] *Vid.* (n. 39).

Entonces, ¿es la no concurrencia de abogados un factor determinante para el resultado definitivo?

En opinión de Sergio Corvalán, abogado del SERNAC[52], la no concurrencia de abogado que patrocinen tanto las demandas como las denuncias, si bien es un factor relevante que podría explicar el hecho de que un 44% de las casos que se presentan ante los juzgados de policía local terminen archivadas, también se debe tener en consideración otros factores, como la participación que desarrollan los juzgados de policía local en la aplicación de la normativa del consumidor.

2. La labor de los juzgados de policía local

Tal como lo menciona el abogado del SERNAC, el archivo de las causas es una responsabilidad compartida entre la no comparecencia de abogados y la renuencia de los magistrados de llevar adelante un procedimiento donde no esté presente la intervención de un letrado.

En primer término, se debe analizar un aspecto anterior a la responsabilidad que le cabe en la aplicación de la LPC a los juzgados de policía local, el relacionado con la competencia que tienen estos en el conocimiento de tales causas. Al respecto, existen dos posiciones: los que niegan la posibilidad que los juzgados de policía local conozcan causas por la LPC y los que admiten la competencia de este tipo de tribunales en dichas causas en razón a que la ley lo ha establecido expresamente[53].

- Los que la niegan, señalan que la propia Constitución Política de la República expresa en su art. 4° la competencia de los Tribunales de Justicia. Por lo tanto, el legislador, al establecer una competencia absoluta, deberá señalar la materia que será sometida a conocimiento por parte de un determinado tribunal, estableciendo la naturaleza de esta materia. En este sentido, y respecto a los juzgados de policía local, su competencia absoluta se encuentra determinada por lo señalado en los arts. 13 y 14 de la ley de Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local, donde se menciona que son tribunales que conocen esencialmente faltas e infracciones, y que el legislador le ha otorgado competencia para conocer de materias civiles solamente para la reparación de daños y perjuicios cuando sea consecuencia de los hechos infraccionales que se ventilen en esta sede.
- Los que admiten la competencia de los juzgados de policía local para conocer de este tipo de causas, se basan en que la propia LPC estableció la de este tipo de tribunales, la cual no puede dejar de ejercerse por la vía de la interpretación, porque tal como se señala en el art. 19 del *Código Civil* respecto a la interpretación de la ley, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

[52] Entrevista realizada el 9 de noviembre de 2005 a Sergio Corvalán, abogado de la División Jurídica del SERNAC, Región Metropolitana.

[53] *Vid.* (n. 44), pp. 10 y 11.





Según lo señalado por el propio juez Alejandro Cooper –en el marco de las discusiones sostenidas en la Comisión de Economía del Senado para reformar la LPC a fines del año 2003–[54], el llevar estos asuntos a la esfera de competencia de los juzgados de policía local, los que han sido establecidos para resolver materias de muy distinta naturaleza y entidad, y ventilarlos mediante un procedimiento escueto y de escasa profundidad, es una equivocación.

Debido a ello, muchos jueces actúan de forma dispar al aplicar la normativa del consumidor, debido, precisamente, al hecho de que dentro de las materias que conocen regularmente, la del consumidor se presenta como una excepción.

Respecto a la diversidad de criterios que manifiestan los distintos juzgados de policía local del país, se han realizado críticas a estas prácticas, ya que causan confusión y distintas interpretaciones en aspectos procesales, lo que trae consigo una inseguridad y falta de certeza jurídica. Así lo cree el abogado Iván Reyes[55], quien se manifiesta respecto a la naturaleza jurídica de la ley N° 18.287 que regula el procedimiento en los juzgados de policía local. El respecto, señala que este procedimiento tiene carácter inquisitivo y, por lo tanto, le corresponderá al tribunal aplicar las sanciones respectivas a las infracciones y faltas que la ley le ha asignado bajo su competencia, ya que ellos tienen a su cargo el impulso procesal y no es prerrogativa de las partes determinar cuál va a ser el resultado del proceso. Según Iván Reyes, esto lo podrá realizar en virtud de los medios de investigación que posee el principio de la sana crítica, el cual, como fue analizado, regula la apreciación de la prueba. Respecto a la prueba, el tribunal es quien debe investigar los hechos relativos a las denuncias que en él se hubieran interpuesto, sin cargar en el denunciante el peso de la prueba, lo que hace que sea más gravoso el procedimiento, el cual se supone que es breve y sumario.

Para el abogado Sergio Corvalán[56], existen ciertas causas en donde la asistencia de letrado es relevante, por el hecho de que el futuro de éstas sólo se define en el ámbito probatorio. Mientras hay otras, que con los antecedentes que se acompañan al proceso en la presentación de la denuncia –que de la sola lectura– el tribunal no requeriría mayor información para adquirir la

[54] *Vid.* (n. 45), p. 8.

[55] Iván Reyes T., "Procedimiento de policía local, un análisis crítico" en www.colegiodeabogados.cl

[56] *Vid.* (n. 52).

plena convicción de que se está frente a un caso de infracción de los derechos del consumidor. Según Aldo Tortorollo[57], si tanto en la presentación de la demanda como denuncia o querella falta alguno de los requisitos básicos que debe contener todo escrito, el cual sea subsanable, se cita al actor a prestar declaración indagatoria para que se aclare o completen los datos.

Por lo tanto, se podría señalar que existe una confusión de papeles, en el sentido si la naturaleza del procedimiento es inquisitivo o dispositivo. Si es inquisitivo, el tribunal debería recabar estos antecedentes y aplicar la multa de inmediato. Pero muchas veces se transforma en un procedimiento dispositivo, donde el tribunal prefiere asumir una cierta pasividad, a pesar de existir antecedentes que conllevan a una conclusión inequívoca de que existe una determinada infracción, prefiriendo archivar las causas, por el hecho de que el consumidor no acudió a ratificar la denuncia. Por lo tanto, la asesoría que pudiera prestar el tribunal al consumidor, no significaría un prejuzgamiento[58].

Además, los juzgados de policía local se distinguen por ver temas tales como infracción a la ley del Tránsito, en los cuales, el primer comparendo es un comparendo de tipo conciliatorio. Esa misma actitud la asumen en caso de la LPC, o sea, el tribunal trata de que las partes lleguen a un acuerdo, en vez de analizar si realmente se ha cometido una infracción a la ley, lo cual hace que, en determinados casos, se fuerce al consumidor –que no va con abogado– a llegar a algún acuerdo, consistente mayoritariamente en una compensación[59]. Así, el consumidor que acude ante estos tribunales y se encuentra poco informado acerca de sus derechos, queda satisfecho con lo que se le ha ofrecido en tal instancia.

Si bien Pedro Fariña coincide con las apreciaciones realizadas por el SERNAC, respecto a que la labor de los juzgados es bastante pasiva y que excepcionalmente actúan de oficio, deja entrever que comprende la situación debido al cúmulo de causas que pesan sobre este tipo de tribunales, a los cuales en el último tiempo le han sido delegadas aún más competencias[60].

A su vez, gran parte de los juzgados de policía local que se entrevistaron se defienden de tales afirmaciones, señalando que como organismo encargado de impartir justicia, no puede asesorar ni guiar al consumidor, ni aun a pretexto de que éste se encuentra en un estado de vulnerabilidad. Esta es justamente una

[57] *Vid.* (n. 15).

[58] *Vid.* (n. 52).

[59] Entrevista realizada el 15 de noviembre de 2005 a Ernesto Benado, presidente de la CONADECUS.

[60] En muchas de las comunas analizadas existe alguna autopista urbana, donde se ha delegado en este tipo de tribunales el cobro de las infracciones derivadas por la inobservancia respecto de la no utilización del TAG.





de las críticas que manifiestan los propios jueces en relación con archivar estas causas, pues no pueden transformarse en abogados de los consumidores.

Respecto a esto, también han surgido críticas con relación a la actuación de los juzgados de policía local desde el interior de los mismos. Para Viviana Muñoz[61], estos tribunales no ejercen una protección efectiva de los derechos de los consumidores, debido, principalmente, al desconocimiento que existe respecto a la protección del consumidor en el Derecho Privado y Público contemporáneo, tratando erróneamente a estos juicios como cuestiones civiles, teniendo como supuesto una infracción a la LPC, la cual debe estar probada por medios que produzcan plena convicción. En este sentido, el principal desconocimiento que señala la secretaria del tribunal, radica entorno a los derechos del consumidor frente a un proveedor profesional. Porque el juzgar al proveedor como a un vendedor en un contrato civil, y no como quien debe ofrecer de modo transparente un producto o servicio[62] hace caer en un error a los juzgados de policía local, pues la culpa del proveedor no debería ser evaluada conforme al contexto de la culpa civil contractual, sino que debe analizarse en relación con el ámbito propio del derecho del consumidor, donde el proveedor –el cual actúa como oferente– debe hacerse cargo de todos los riesgos y contingencias que presente el producto o servicio.

### 3. Gastos procesales

En muchas causas que está comprometido el interés individual, los montos solicitados son de escasa cantidad. A pesar de ello, se debe cumplir con ciertos requisitos como notificar a la contraparte al inicio del proceso, con el fin de que sea emplazada y, por consiguiente, pueda participar de forma integra en el juicio, respetando las normas del debido proceso.

Así, el problema principal, en relación con los costos procesales, se ve reflejado en la primera notificación que debe realizar el consumidor. Además si el proceso llega a su fin, la sentencia debe ser notificada por carta certificada, pero en caso que se imponga una multa al proveedor, que sea superior a 5 UTM, y, asimismo, si en la sentencia se impone al infractor el pago por daños, perjuicios o ambos, superiores a 10 UTM, se deberá notificar personalmente o por cédula, lo que origina un desembolso mayor por parte del consumidor en el proceso.

Por lo tanto, si el consumidor solicita en juicio un pequeña cuantía, para obtenerla debe asumir el costo de notificaciones y gastos anexos, como la pér-

[61] Entrevista realizada el 3 de enero de 2006 a Viviana Muñoz, secretaria del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago.

[62] El cual debe ser brindado en las condiciones ofrecidas, y que se encuentre libre de toda posibilidad de error y riesgo de daño o perjuicio para el consumidor.

dida de tiempo –sin tener la plena convicción de poder alcanzar un resultado positivo–, provoca en éste un desincentivo de prosecución del juicio, lo que se manifiesta en la negativa de acudir ante los juzgados y, en definitiva, dejando que su causa sea una más de las que ingresan al archivo del tribunal.

4. Labor del SERNAC

Según la abogada del 3er Juzgado de Policía Local de Las Condes[63], en su tribunal se posee una impresión crítica acerca de la labor que desarrolla el SERNAC, fundada en que cuando asume el patrocinio de un consumidor en juicio no manifiesta mayores inconvenientes, pero del 100% de causas que ingresan a su tribunal, en la mitad de ellas el SERNAC debería hacerse parte, pero sólo actúa en un 1%. Para la abogada, tras la dictación de la LPC en el año 1997, el SERNAC desarrollaba una participación más activa a la que despliega en la actualidad, lo que se manifestaba en la mayor presentación de denuncias, aun cuando no hubiera un afectado en particular, sino que sólo velando por el interés general de los consumidores.

Pero esta impresión no tan sólo es expresada por la abogada de este tribunal sino por todos aquellos funcionarios de los juzgados de policía local que fueron entrevistados con ocasión del desarrollo de este seminario y del estudio realizado por la Fundación Fueyo[64]. Así es como el abogado Aldo Tortorollo[65] señala que, si bien el SERNAC cuenta con formularios de escritos de denuncia y demanda civil indemnizatoria, en ocasiones, los consumidores llegan al tribunal con el formulario vacío, con la intención que el actuario respectivo del tribunal le proporcione algún tipo de "ayuda" en cuanto a la confección de éste, lo que se encuentra estrictamente prohibido, pues afectaría la imparcialidad que debe tener el tribunal. Ante esto, los consumidores son derivados nuevamente al SERNAC con la finalidad de que este organismo le señale los pasos a seguir, lo que genera una molestia por parte de los consumidores. Para subsanar tal dificultad, en este tribunal se diseñó un volante con la información básica acerca de algunos aspectos de la tramitación de los juicios, el cual se les entrega a los consumidores al momento de comparecer personalmente por primera vez al tribunal.

Respecto al problema anterior, la secretaria del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago[66] concuerda en realizar una opinión crítica en relación con la actuación desarrollada por el SERNAC, en el sentido de que los consumidores que son enviados por este organismo al tribunal, llegan con muchas

[63] *Vid.* (n. 34).
[64] Proyecto del cual participe en su etapa de investigación.
[65] *Vid.* (n. 15).
[66] *Vid.* (n. 61).





expectativas, teniendo la convicción errada de que el formulario de denuncia, demanda o ambos, que les facilita el SERNAC es todo lo que necesitarán para el juicio y, por lo tanto, para obtener lo que reclaman, haciendo que los consumidores expresen su molestia en contra del tribunal ante la frustración que la mayoría de las sentencias les produce.

En definitiva, se vuelve al problema de no concurrir con abogados, lo que origina una especie de círculo vicioso.

Al respecto, el SERNAC ha señalado que no se pueden hacer parte en todas las causas que se interpongan en virtud de distintas razones, tales como:

–Razones de tipo teóricas

No se hacen parte en todos los procesos, debido a que la propia ley ha limitado su actuación, la cual tiene que materializarse para proteger los intereses generales de la sociedad, y para hacer cumplir las multas cuando se hayan dictado sentencias condenatorias. Estos intereses generales no deben ser entendidos en forma sinónima a los intereses colectivos, sino que a propósito de los hechos que se denuncian, el bien jurídico tutelado tiene una intensidad o estatuto que es mayor al del meramente patrimonial individual. Por ejemplo, el SERNAC puede hacerse parte en una causa por discriminación arbitraria o cuando se le ofrece a un discapacitado utilizar los servicios de una línea aérea, y ésta le cierra tal posibilidad, o también en el caso que un guardia en alguna tienda comercial detiene a algún sujeto contra su voluntad bajo la excusa de haber cometido un hurto al interior de dicho recinto. En esos casos la intensidad de la acción no sólo impacta la esfera patrimonial individual sino, en general, a los consumidores. En esos casos el SERNAC se puede hacer parte.

–Razones de tipo práctico

SERNAC no posee partidas presupuestarias aprobadas por el presupuesto de la nación como para tener tantos abogados como juicios individuales existan. Por ello, no pueden acompañar a todos los consumidores en juicio.

5. Labor pasiva de los consumidores

Que las causas sean archivadas no sólo se debe a las razones anteriormente expuestas sino, también, a la despreocupación y desinformación por parte de los propios consumidores. La aplicación eficaz de las normas contenidas en la LPC, requiere justamente de consumidores informados y dispuestos a ejercer sus derechos.

Un ejemplo de ello se ve reflejado en la crítica que realiza Aldo Tortorollo. Si bien el SERNAC sólo se preocupa de entregar los formularios vacíos a

los consumidores para que sean presentados ante los tribunales competentes, éstos no manifiestan mayor interés en conocer en forma personal e informada el mecanismo que deberán activar en los juzgados con el fin de obtener un resultado favorable de acuerdo a su pretensión.

La falta de recursos económicos no es una justificante para no informarse en forma oportuna y veraz. Esto porque en la actualidad se entrega información a los consumidores respecto de sus derechos y obligaciones en distintos ámbitos e instancias: foros, seminarios, publicación de estudios de distintas entidad –como las revista del SERNAC y de las asociaciones de consumidores–, las cuales se encuentran redactadas en términos simples y cercanos, lo que facilita la comprensión de parte de cualquier consumidor, no importando su condición económica ni social.

Además, con el avance de la tecnología, Internet es una herramienta que cada vez llega a más personas, donde se puede extraer información de esta naturaleza. En este sentido, se ha dispuesto un sinnúmero de portales cibernéticos como www.sernac.cl, www.conadecus.cl, www.odecu.cl, entre otros.

## IV. Propuestas para subsanar tales dificultades

El Derecho se encuentra en constante evolución y transformación, adecuando su actuar a las necesidades de la época. Si en un principio los problemas que precedentemente no se manifestaban, en la actualidad sí que se han hecho notar, lo cual ha quedado de manifiesto y expresado en la gran cantidad de demandas que han terminado en archivo. Por lo tanto, a continuación se proponen algunas soluciones posibles a tales dificultades, acordes con la realidad de nuestro país, realizando una separación entre aquellas soluciones que necesitan una modificación legal de aquellas que no lo requieren.

### *A. Sin una modificación legal*

1. Respecto a la no concurrencia con abogado en causas sobre la LPC, el SERNAC se encuentra evaluando realizar un convenio con la Corporación de Asistencia Judicial. Tal entidad no representa los intereses de los consumidores no por una restricción legal, sino porque no todos los consumidores poseen una condición que los haga acreedores del privilegio de pobreza. Según Ernesto Muñoz[67], ésa es una de las áreas en que se está avanzando con relación a la firma de tal convenio. Una de ellas es ver cómo se puede obtener un privilegio de pobreza en lo que se refiere a juzgados de policía

[67] *Vid.* (n. 39).





local. Muchas veces van a existir consumidores que según los parámetros que utiliza la Corporación, deberían gozar de este privilegio, pero según estos nuevos estudios –para el caso de la representación en causas de LPC, algunos no lo tendría.

Entonces, el problema radica en qué se puede hace con estos otros consumidores. En este sentido, se ha abierto una discusión con la Corporación, debido a que en ella se han despejado espacios, principalmente por la incorporación de la Reforma Procesal Penal en todo el país y también por la creación de los nuevos juzgados de Familia, lo cual significa, que causas que antes las patrocinaban, hoy han sido suplidas por otros instituciones.

Este patrocinio traería consigo otra consecuencia a favor del consumidor: la prueba propiamente tal. Porque el consumidor, al no estar representado, se le hace más difícil la aportación de pruebas al proceso. Si bien los jueces señalan que tienen flexibilidad al fallar de acuerdo con las reglas de la sana crítica[68], si no poseen pruebas para comprobar que se infringió las normas de la ley del consumidor, no podrán constatar el hecho. Y, por lo tanto, no les queda más que archivar.

2. Referente a la prueba, una medida importante sería la capacitación a Carabineros respecto de los derechos de los consumidores. Así, podrían constatar en forma precisa la vulneración de las normas en una situación concreta. Si el consumidor pudiera tener una constatación o comprobación de estos hechos de parte de Carabineros, se podría, en alguna medida, solucionar el problema de la prueba. Lo bueno, es que tal solución se encuentra enmarcada dentro de la estructura que poseen los juzgados de policía local, los cuales consideran esas constancias, atestados o consumaciones de Carabineros como un antecedente de peso para considerar probado el hecho.

3. Relativo a la labor que desempeñan los juzgados de policía local, encuentro que en la actualidad, no son los más idóneos para conocer de este tipo de materias, debido a la poca capacitación y conocimiento con el que cuentan sus funcionarios respecto a la aplicación de las normas de protección a los consumidores, además de la distinta naturaleza con la que cuenta este tipo de tribunales, respecto a las demás materias que se conocen en él como: pendencia, infracciones a la ley del tránsito, entre otras.

Entonces, lo más natural sería proponer un cambio respecto a la competencia de los tribunales por la LPC, asignándoles tal función a los juzgados civiles. Pero como se hiciera mención al inicio de estas propuestas, la idea es

[68] *Vid.* (n. 15, 34 y 39).

justamente dar soluciones acordes a nuestra realidad y no trasladar el problema que se suscita en los juzgados de policía local a los juzgados civiles, debido a la gran carga procesal que poseen estos últimos, aun cuando se le haya extraído el conocimiento de materias tales como las posesiones efectivas y causas por violencia intrafamiliar, respecto de las cuales en la actualidad son conocidas por el Registro Civil y por los tribunales de familia, respectivamente.

Por lo tanto, una verdadera propuesta se relaciona con la especialización y profesionalización de los juzgados de policía local en el ámbito de la aplicación de las normas del consumidor. Para ello, se deberían implementar programas donde abogados expertos en el área del Derecho del Consumo, expongan los efectos jurídicos y desafíos que plantea esta normativa. Dicha solución es más eficiente que la creación de tribunales especiales, como ha sido la tónica del último tiempo.

4. Una solución, pero en sede extrajudicial que repercutiría positivamente en el ámbito judicial, se relaciona con la aceptación por parte de las grandes empresas proveedoras de acudir ante tribunales arbitrales con la finalidad de solucionar los inconvenientes que se le presenten con su consumidor. Dicho tribunal oral estaría compuesto por tres personeros, en donde se encuentren representados los intereses del Estado, de los proveedores y de las asociaciones de consumidores, ventilándose la causa sometida a su conocimiento.

En la eventualidad que el consumidor no quede conforme con la solución dada por este tribunal, podría presentar alguna acción judicial. Con todo, ningún consumidor podrá ser obligado a acudir ante este tribunal arbitral, pero sí lo estará aquel grupo de proveedores que, con anterioridad a la ocurrencia del problema con el consumidor, haya aceptando someter la decisión de sus problemas a esta instancia, comprometiéndose a acatar las resoluciones que de allí deriven.

Siguiendo esta tendencia, la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, A.G. ha establecido un sistema de resolución de conflictos[69], denominado Defensoría del Cliente, mediante el cual los clientes de los bancos adherentes, cuenten con una instancia independiente en donde sus reclamos puedan ser resueltos[70]. El cliente podrá acudir a este sistema cuando:

- Entre él y su banco no hayan podido llegar a un acuerdo frente a una determinada diferencia.
- Cuando la resolución del banco ha rechazado un determinado reclamo del cliente.

[69] www.abif.cl

[70] Dentro de los cuales encontramos al: BancoEstado, Banco de Chile, Corp Banca, Banco Security, Banco BBVA, Banco BCI, Banco SantanderSantiago, Bank Boston y Citibank.





- Cuando el banco no haya dado una respuesta a un reclamo del cliente en un plazo de treinta días hábiles.

Éste es un sistema gratuito, el cual puede ser presentado por el cliente de cualquiera de las entidades bancarias asociadas a él, en aquellos casos que se encuentre comprometida una o más operaciones bancarias que no excedan de seiscientas unidades de fomento, dejando excluida las siguientes materias:

- Cuestiones que se encuentran sometidas a tramitación en sede judicial.
- Los reclamos que no sean del giro bancario.
- Los reclamos que persiguen indemnizaciones por lucro cesante, daño moral o responsabilidad extracontractual.
- Las cuestiones relacionadas al otorgamiento de un crédito de cualquier naturaleza.
- Las cuestiones no susceptibles de ser cuantificadas en dinero.

Para hacer efectivo el reclamo, el cliente deberá acercarse a alguna de las sucursales de su banco, y solicitar el formulario de Resolución de Conflictos.

El procedimiento dura dependiendo de los trámites que tengan lugar en cada proceso, el cual está descrito en el Reglamento de Defensoría del Cliente para Bancos e Instituciones Financieras.

### *B. Por modificación legal*

1. Una solución que podría subsanar el problema de los gastos procesales y, más específicamente, de las notificaciones, es referente a que los juzgados de policía local designen a un encargado del tribunal para que realice estas gestiones, y que los honorarios de éste consistieran en una remuneración cancelada por el propio tribunal, con el propósito de que los consumidores no tuvieran que asumir tales costos. Así se evitaría que los consumidores que concurren a juicio, y se encuentran con esta realidad, lisa y llanamente desistieran de proseguir con alguna acción, aun cuando se les señale que existe la posibilidad de obtener un resultado positivo en el juicio. Incluso, existiendo tal posibilidad de recuperación de los gastos en los cuales ha incurrido, tal situación se dará en un plazo cercano a los dos años desde que inició el juicio.

Pero al imponerle esta carga económica al tribunal, estaríamos traspasando un costo a una entidad que depende de las municipalidades, las cuales, como es de amplio conocimiento, no se encuentran en las mejores condiciones económicas para imponerles otro gasto más a sus disminuidas arcas. Por lo tanto, para paliar el costo que se le originaría al tribunal, las multas que provienen de la infracción al consumidor no deberían ir a beneficio fiscal, sino que a beneficio municipal, pues éstas, además, son las que proveen los materiales para que funcionen los respectivos tribunales competentes.

2. Otra propuesta, la cual tendría que hacerse a través de una reforma legal, se relaciona con asignarle a funcionarios del SERNAC la facultad de poder constatar ciertos hechos –al igual como lo señalado respecto a los Carabineros– los cuales tuvieran al menos una presunción, que pudiera ser aportada como una prueba en juicio. Esto quiere decir que los funcionarios del SERNAC actúen de alguna manera cercana a la de los estatutos de los ministros de fe, con la finalidad de señalar, indicar y preservar las pruebas que sirvan de base para que el tribunal se manifieste en forma acertada respecto a la concurrencia de ciertos actos que puedan configurar la infracción en contra de lo dispuesto en la ley del consumidor.

3. Otra medida que podría corregir las dificultades que se presentan en sede extrajudicial, sería la implementación de un sistema similar al que lleva actualmente el SERNAC: la conciliación voluntaria, pero con la salvedad de que sea obligatoria. Tal modificación subsanaría las dificultades que se presentan en la actualidad respecto a la actitud que toman ciertos proveedores que ni siquiera dan una respuesta al SERNAC respecto a la denuncia realizada por algún consumidor en su contra. Lo grave, es que este trámite no interrumpe el plazo, lo que puede llegar, incluso, a que la acción prescriba. En esta situación, el consumidor que desee iniciar una acción en los juzgados de policía local después de haber realizado el trámite de conciliación voluntaria, puede verse vulnerado porque su acción ya ha prescrito.

Entonces, en este caso, debería suceder algo similar a lo que ocurre en la Inspección del Trabajo, en el sentido de que cuando el consumidor concurra ante el SERNAC se interrumpa el plazo de prescripción de la acción. Puesto que como son seis meses para que el consumidor ejerza la acción, gran parte de ese tiempo se pierde a través de la búsqueda de alguna solución en forma directa con el proveedor. Por lo tanto, y siguiendo con la experiencia de la Inspección del Trabajo, si el proveedor no concurre ante el SERNAC para la realización del trámite de conciliación obligatoria, lo haría acreedor de una multa por el sólo hecho de no haber cumplido con tal exigencia, lo cual configuraría una especie de desacato judicial, pero en este caso en el ámbito del órgano administrativo. Con esta medida también se evitaría otro problema: iniciar un juicio, con las concernientes costas procesales que trae aparejado este tipo de acciones, como las notificaciones.

Siguiendo con lo anterior, los legisladores deberían tomar en consideración el breve plazo que otorga la ley, con el fin de que los consumidores puedan hacer valer sus derechos ante los juzgados competentes. Por lo tanto, en virtud de lo ya expuesto, referente a los problemas que se originan en las distintas etapas que debe desarrollar el consumidor antes de iniciar un juicio en sede procesal, se debería extender el plazo de prescripción de las acciones, de seis





meses a un año, período en el cual las partes podrían llegar a un acuerdo extrajudicial, con el concerniente beneficio para el consumidor.

4. Como propuesta final, se hace mención a un tema de mayor profundidad: cambiar la naturaleza del SERNAC, asignándole una calidad similar a la que poseen en la actualidad las superintendencias. La idea no es que este organismo se convierta en una institución que persiga los intereses de los proveedores de manera infundada, sino que proteja los derechos de los consumidores, de modo tal que puedan hacer uso de sus plenos derechos.

Dicha medida no estaría exenta de polémica, tal como fue en su momento y que quedara de manifiesto en las opiniones expresadas por los grupos de proveedores que participaron en las sesiones de la Comisión de Economía, donde se debatió la LPC y sus posteriores modificaciones[71]. En tal oportunidad, se manifestó que con la inclusión a nuestra legislación de mayores facultades al SERNAC y a las asociaciones de consumidores –además de las denominadas acciones colectivas–, los grupos económicos se verían afectados, lo que iría en directo perjuicio del sostenido desarrollo del país. Pero tales afirmaciones son ilógicas e infundadas, porque la ley ha previsto tales situaciones, con la razón de que no se presenten acciones tendientes a realizar denuncias sin fundamentos. Por ello, los consumidores no requerirán intervenir o iniciar alguna acción ante los juzgados respectivos si no tienen las pruebas suficientes, porque en el caso de que éstas sean señaladas como denuncias temerarias por el tribunal competente, se estarían arriesgando a ser acreedores de las multas señaladas en la propia ley para estos casos, además de las penas disciplinarias que afectarían a los abogados que patrocinan dichas causas.

Respecto a los supuestos perjuicios que podrían verse expuestos los proveedores, sobre todo la pequeña y mediana empresa con estas acciones, no se afrontarán nunca a una situación de esta especie, si cumplen –como todas las personas, sean naturales o jurídicas– con las normas que regulan el derecho del consumidor. Por lo tanto, no por ser pequeñas o medianas las empresas van a gozar de una suerte de impunidad. En nuestro país rige el Estado de Derecho, y como tal, todos los integrantes y participantes de esta comunidad deben someter sus acciones y decisiones a las normas que imperan en el territorio.

Por ello, el asignarles facultades determinadas y restringidas por la ley al SERNAC, como la de supervigilar los actos que desarrollen los proveedores, aplicando las multas respectivas a aquellos que no respecten lo dispuesto en la LPC –como las que poseen las superintendencias–, se estará dando una

[71] (n. 45), p. 2 y ss.

señal clara y potente a los grupos que ejercen presión en contra del respeto de los derechos del consumidor. Quien cumpla la normativa nunca va a tener que verse expuesto a alguna situación jurídica en su contra. El que no pueda o no desee cumplir con la normativa legal, no merece estar inserto dentro del ámbito comercial.

Porque, si bien, la ley N° 19.955, extendió las facultades al SERNAC, éstas aún no son suficientes para tutelar de manera eficaz los derechos del consumidor. A la vez, es necesaria esa extensión de facultades porque los organismos que deberían actuar de manera activa en la protección de los derechos de consumidor –como las asociaciones de consumidores– aún no cuentan con la suficiente fuerza económica para llevar a cabo su cometido, ni tampoco la ciudadanía tiene un real conocimiento respecto a la actividad que ellos desempeñan al interior de la sociedad.

Por lo tanto, hasta que estas asociaciones no cuenten con la debida capacidad para hacer cumplir los derechos de los consumidores, esta labor debe ser asumida por el propio Estado, el cual actúe como un ente fiscalizador, al igual como lo han hecho las superintendencias respecto a las distintas empresas que tienen bajo su inspección y vigilancia.

La idea no es tan sólo mirar hacia adelante sino, también, se debe analizar nuestro pasado, extrayendo las buenas ideas que se recogieron y plasmaron en las antiguas legislaciones. En el sentido de volver a otorgarle al SERNAC las facultades fiscalizadoras que poseía, por ejemplo, DIRINCO, es decir, que reciban las denuncias de los consumidores y, además, puedan comprobar su veracidad y aplicar las sanciones respectivas a los infractores.



Se terminó de imprimir esta primera edición,
de quinientos ejemplares, en el mes julio de 2006
en Versión Producciones Gráficas Ltda.
Santiago de Chile