

# CONTRATOS

## TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO<sup>1</sup>

### Concepto de contrato

1. **Fuentes de las obligaciones:** recordar que el **Art. 1437 CC** realiza una participación quintuple de las fuentes de las obligaciones. Esta clasificación ha sido objeto de una serie de críticas, ya que por un lado se podrían reconducir solo a dos fuentes (la autonomía de la voluntad en el contrato y la ley) e incluso únicamente a la ley.
  - 1.1 **Contratos.** Esto pone de relieve que la manifestación de voluntad representada en el contrato es de vital importancia como fuente de las obligaciones, por lo que es definido en el CC a continuación de la definición de fuentes de las obligaciones.
  - 1.2 **Cuasicontratos.**
  - 1.3 **Delitos.**
  - 1.4 **Cuasidelitos.**
  - 1.5 **Ley.**
  
2. **Concepto de contrato:**
  - 2.1 **Concepto legal:** contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas (**Art. 1438 CC**).
  - 2.2 **Concepto doctrinal:** convenciones (negocios jurídicos bilaterales) que están destinadas a generar obligaciones.
  - 2.3 **Críticas Art. 1438 CC:** el CC entiende como sinónimos las nociones de convención y contrato, mientras que la doctrina entiende que tienen una relación género-especie. Sin embargo, esta identificación no es una novedad de nuestro CC (muchos, incluso modernos, la tienen) ni tampoco es del todo errónea, ya que por ejemplo la novación es un acto jurídico bilateral que por un lado extingue y por otro crea obligaciones. Lo mismo ocurre respecto de la resciliación, la que por mutuo acuerdo deja sin efecto una obligación, cuando algunas aun están pendientes y otras se han ejecutado.  
Por otro lado, también se critica que hace una especie de *salto* desde el objeto del contrato por el objeto de la obligación (metáfora del salto triple). Esta crítica también podría considerarse injusta, ya que el precepto podría estar mejor fraseado y es un error menor (hace alusión a la obligación como objeto del contrato).
  
3. **Breve referencia histórica:**
  - 3.1 **Origen:** la idea de que dos partes puedan ponerse de acuerdo sobre la base de la manifestación de voluntad es bastante antigua, ya que deriva del **derecho romano tardío**.
  - 3.2 **Ilustración:** la práctica romana se junta con la ideología de la voluntad como fundamento de la obligación, derivada de las ideas liberales que explotan en el siglo XVIII (dignidad y libertad del ser humano). Este sustento ideológico nuevo hace suyo el contrato como institución de larga data y da paso a una concreción jurídica de este.
  - 3.3 **Teoría de la autonomía de la voluntad:** a partir de lo anterior se ha ido formando esta teoría, y todos los principios que informan el fenómeno contractual.
    - 3.3.1 **Autonomía de la voluntad o privada.**
    - 3.3.2 **Buena fe.**
    - 3.3.3 **Libertad contractual.**
    - 3.3.4 **Consensualismo.**
    - 3.3.5 **Efecto relativo del contrato.**

---

<sup>1</sup>Bibliografía: Jorge López Santa María, Los contratos. Parte General.

### 3.3.6 Fuerza obligatoria de los contratos.

4. **Función del contrato:** desde su función social, el contrato es un fenómeno polifuncional.
- 4.1 **Función primaria:** canalización de las necesidades económicas de intercambio. No obstante el contrato tiene variadas funciones, la más importante es canalizar las necesidades de intercambio en una sociedad que está estructurada en base a la persecución del interés personal. Estas necesidades no tienen por qué ser básicas, sino que se relacionan con otros ámbitos como la entretención, necesidades de crédito y garantías.
- Lo que realiza el contrato es trasladar riesgos, especialmente en aquellos que no se cumplen de manera automática. El contrato supone que alguien asume unos riesgos que antes no asumía.
- 4.2 **Función de provisión:** satisfacción de necesidades básicas.
- 4.3 **Función en la estructuración de necesidades sociales de cooperación:** necesidad de cooperación en la continuación de la especie (matrimonio, acuerdo unión civil, etc.), liberalidades o vocación de colaborar con quien tiene menos (comodato o donación).

## Clasificaciones y categorías

### CLASIFICACIONES LEGALES.

1. **Contratos unilaterales y bilaterales: (Art. 1439 CC)** según el número de partes que resultan obligadas a partir del contrato. No se debe confundir con la clasificación de negocios jurídicos unilaterales y bilaterales, los que se clasifican en atención al número de voluntades necesarias para perfeccionar el negocio jurídico.
- 1.1 **Contratos unilaterales:** una de las partes resulta obligada en el contrato.
- 1.2 **Contratos bilaterales o sinalagmáticos:** ambas partes resultan obligadas en el contrato. Es esencial la idea de interdependencia de las obligaciones, lo que es clave para explicar ciertas figuras del derecho de contratos y de obligaciones, como la resolución por inejecución y la excepción del contrato no cumplido.
- 1.3 **Contratos plurilaterales o asociativos:** es un fenómeno contractual que se parece al bilateral y que alguna doctrina tiende a agregar en esta clasificación. Las obligaciones se generan para todos los involucrados en pos de un objetivo común, son expresiones generadoras de voluntad como el contrato de sociedad. La doctrina ha discutido su carácter contractual, y algunos han propuesto incluirlos en los negocios jurídicos unilaterales complejos. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, el CC concibe las sociedades como fenómenos contractuales, por lo que se podrían considerar una clase especial de contratos bilaterales o un anexo que tiene rasgos distintivos que conviene mencionar.
- Particularidades.
- a. **Obligaciones no son recíprocas.** Por ejemplo, en una sociedad todos los socios se obligan a aportar, siendo el objetivo no la obligación del otro de aportar, sino el reparto de utilidades. Las obligaciones se adquieren respecto de todos los demás en pro de un objetivo común. Además, pueden entrar nuevas personas a las sociedades.
- b. **Generan una situación jurídica de carácter estable,** a la cual en muchas oportunidades la ley otorga la calidad de persona, nueva y distinta de los socios individualmente considerados. Esta situación jurídica estable suele requerir una regulación bastante minuciosa y detallada, por ejemplo respecto de su administración, extinción y liquidación.
- 1.4 **Contratos sinalagmáticos imperfectos:** son contratos que nacieron como unilaterales y que, en el curso de su ejecución, la parte inicialmente no contrajo obligaciones, las contrae, por lo que deviene en bilateral. Se encuentra en los **Arts. 2235, 2191-2192 y 2203 CC** respecto del depósito, del comodato y del mutuo.
- Críticas: se podría decir que no debería existir por dos razones.

- a. El criterio para distinguir la existencia de obligaciones recíprocas es el momento de **generación del contrato** (de su nacimiento) como expresión de la autonomía privada. Que se generen obligaciones con posterioridad es irrelevante para crear una categoría nueva.
- b. En este caso, el que crea las obligaciones no es la autonomía privada, sino el **legislador**.

## 2. Contratos gratuitos y onerosos:

2.1 **Contratos gratuitos:** son aquellos que tienen por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

2.2 **Contratos onerosos:** se persigue la utilidad de ambas partes, gravándose cada uno en beneficio del otro.

### Precisiones relevantes.

- a. **La noción de gravamen es problemática.** Resulta más conveniente utilizar la noción de *utilidad*, ya que hay muchos casos en los que solo hay utilidad para una o ambas partes, sin gravamen recíproco. El gravamen es una cuestión contingente, y el acento de la definición debe ponerse en la utilidad de una o ambas partes originada en el contrato, la que tiene un carácter de necesaria.
- b. **La clasificación funciona sobre un criterio de carácter económico y no jurídico.** Esto implica que nos preguntamos quiénes tienen utilidad en un sentido económico, de manera independiente de quién o quiénes resulten obligados. Por regla general, los contratos en que las partes se obligan recíprocamente suponen la utilidad para ambas (bilaterales onerosos), pero esto no ocurre siempre, como se verá a continuación.

### Combinaciones posibles.

- a. **Contratos unilaterales gratuitos:** donación simple. Queda obligado el donante, mientras que la contraparte recibe el beneficio. También ocurre en el mutuo sin interés, comodato, depósito simple, etc.
- b. **Contratos bilaterales onerosos:** ambas partes resultan obligadas y beneficiadas, como en la compraventa, arrendamiento, contrato de trabajo, etc.
- c. **Contratos unilaterales onerosos:** como las operaciones de crédito de dinero, préstamo o mutuo de dinero de la Ley 18.010. En estos casos siempre se beneficia a ambas partes, ya que se accede al uso del capital que no se tiene y se prevén intereses. La obligación recae en quien recibe el crédito. Las OCD no tienen necesariamente carácter real (como el mutuo del CC), porque el **Art. 1** las entiende como aquellas en las que hay una obligación de *entregar* (se debe restituir). Por tanto, las OCD pueden ser tanto unilaterales onerosas como bilaterales onerosas. Otro caso es el comodato en beneficio recíproco, en el que ambos obtienen utilidad, pero solo una parte resulta obligada a restituir. Es parecido al depósito con facultad de uso, siendo ambos beneficiados y solo el depositario obligado a restituir.
- d. **Contratos bilaterales gratuitos:** ambas partes se obligan, pero solo uno resulta beneficiado como en el mandato sin remuneración (solo mandante es beneficiado), la donación con cargas o gravámenes sobre la cosa y a favor de un tercero.

### Consecuencias de la clasificación.

- a. **Art. 1547 CC:** regla de la base de culpa (respecto de la responsabilidad). Es sumamente importante porque determina cuál es el nivel de diligencia que se exige a falta de acuerdo modificadorio de las partes (autonomía privada) para cada tipo de contrato.
  - a.1 **Contratos gratuitos:** señala que si el contrato solo favorece a una de las partes (gratuito) y además resulta que esa parte es el acreedor, el legislador es poco exigente con el deudor. Por otro lado, si el contrato es gratuito y beneficia solo a una de las partes y el beneficiario es el propio deudor, entonces el grado de exigencia impuesto a este es algo.

- a.2 **Contratos onerosos:** si beneficia a ambas partes, la diligencia es media.
- b. **Obligación de garantía o saneamiento:** En los CC modernos, esta obligación de garantizar el objeto que se transfiere en su funcionalidad se asocia de manera genérica a los contratos onerosos (cosas transferidas en virtud de ellos), lo que no ocurre en los contratos gratuitos. Sin embargo, en nuestro CC esto no se establece de modo general para todos los contratos, sino solo en contratos individuales, tanto para incorporarlo en algunos onerosos como para excluirlo en otros gratuitos. Este es el caso de la compraventa (**Art. 1873 CC**) o el arrendamiento (**Arts. 1924 inc. 3 y 1928 CC**), y en la donación gratuita<sup>2</sup> (**Arts. 1422-1423 CC**).
- c. **Error in persona:** Se aplica por regla general solo para aquellos contratos en que la identidad de la persona resulta determinante para la celebración del mismo. La regla es que los gratuitos son de aquellos que están determinados precisamente por esta identidad (del donatario), es decir, son *intuito personae*<sup>3</sup>. Por el contrario, los negocios onerosos no están especialmente afectados a este tipo de error (por regla general), aunque también existen excepciones<sup>4</sup>.
- d. **Generación de deber de reconocimiento:** En los contratos onerosos no se genera el deber de gratitud o reconocimiento para las partes. Sin embargo, en los contratos gratuitos hay un deber de gratitud de quien recibe la liberalidad para con la persona que le generó el beneficio. Esto tiene una serie de expresiones jurídicas.
- d.1 **Revocación por ingratitud:** (**Arts. 1428 y ss. CC**) Si se realiza cualquier hecho ofensivo para el donante -hecho tal que implicaría desheredarlo-, este está autorizado a dejar sin efecto la donación (revocación).
- d.2 **Deber de dar alimentos:** la ley enumera quiénes están obligados a dar alimentos a otros. El **Art. 321.5 CC** señala que el donatario de donación cuantiosa que cae en una situación de inopia (no tiene con qué vivir), la persona que fue objeto de la liberalidad tiene la obligación de darle alimentos.
- d.3 **Beneficio de competencia:** (**Arts. 1417 y 1626 N°5 CC**) Limitación de responsabilidad en el sentido que, cuando se persigue por una deuda a quien se ha hecho una liberalidad, esa persona está obligada a dejar lo necesario para una modesta subsistencia.
- d.4 **Acción pauliana o revocatoria:** (**Art. 2468 CC**) Para dejar sin efecto un negocio celebrado en fraude de los acreedores (gratuito), basta la mala fe del deudor. En cambio, para dejar sin efecto un negocio oneroso se requiere mala fe del deudor y del tercer adquirente.
- e. **Desconfianza legislativa:** El legislador desconfía de lo gratuito, porque la experiencia demuestra que el ser humano no es propenso a la liberalidad (egoísmo), y porque los actos gratuitos suelen emplearse para vulnerar normas imperativas del derecho sucesorio<sup>5</sup>. Es por esto que los contratos gratuitos están sujetos a muchas más restricciones a las que no están afectados los onerosos.
- e.1 **Necesidad de que en la práctica toda donación sea objeto de autorización judicial o insinuación.** Toda donación cuyo importe sea superior a 2 centavos está sujeta a insinuación, pero ello no se aplica a los regalos moderados<sup>6</sup> y aquellos conforme a la costumbre (por ejemplo, de

---

<sup>2</sup>Recordar que existen donaciones con cargas.

<sup>3</sup>Excepcionalmente tenemos el caso del donante a la multitud (*ad pompan*), figura en la que por definición no se sabe a quien se está donando.

<sup>4</sup>Como la transacción, que se considera *intuito personae*, por lo que se le aplican las reglas de los contratos gratuitos a este respecto (aunque se caracterice por concesiones recíprocas).

<sup>5</sup>Uno de los principios del derecho sucesorio es de igualdad, el que tiene fórmulas muy precisas para romperse en el derecho chileno (cuarta de libre disposición y de mejoras), igualdad jurídica que no siempre se corresponde con la realidad fáctica. Así, muchas veces ocurre que los padres buscan mecanismos para esquivar la ley y dejarle más herencia a algunos hijos, para lo que se utiliza el mecanismo de la donación.

<sup>6</sup>depende del patrimonio del sujeto.

cumpleaños o de matrimonio). Se debe constatar que la donación no vulnera las asignaciones forzosas.

e.2 **En derecho sucesorio existe la acción de inoficiosa donación**, la que se genera cuando lo que ha donado a terceros (no herederos) el causante, excede de la cuarta de libre disposición, caso en el que los herederos pueden ir dejando sin efecto tales donaciones en orden inverso al que se dispusieron hasta la cuarta de libre disposición, ya que dentro de ese 25% son inatacables.

e.3 **Formación de acervos imaginarios**: en sucesorio se protege a los herederos de las donaciones efectuadas tanto a otros herederos como a terceros, que es la formación de acervos imaginarios. En estos casos, se entiende que la donación forma parte del patrimonio divisible. Se busca evitar que las donaciones vulneren a los otros.

- f. **Reivindicación del pago de lo no debido: (Art. 2303 CC)** en la que se hacen diferencias según se trate de un acto oneroso o gratuito.
- g. **Arrendamiento cuando se transfiere la cosa arrendada por parte del dueño**: Hay diferencias si fue gratuita u onerosa en la obligación del adquirente de respetar el arriendo. Si fue onerosa, no se debe respetar el arriendo, mientras que si fue gratuita sí se debe respetar (**Art. 1962 CC**).

3. **Contratos conmutativos y aleatorios: (Art. 1441 CC)** no es una clasificación de los contratos en general, sino una subclasificación de los contratos onerosos. Ocurre cuando el objeto de las obligaciones de dar es futuro.

3.1 **Contratos aleatorios**: aquellos que dependen de una contingencia incierta de ganancia o pérdida en la utilidad que se espera obtener. Su utilidad depende de una contingencia incierta o imprevisible. Están reguladas en el título XXXIII del libro cuarto, **Arts. 2258 y ss. CC**. Se enumeran 6 clases de contratos de este tipo.

3.1.1 **Contrato de seguro.**

3.1.2 **Préstamo de gruesa ventura.**

3.1.3 **Juego.**

3.1.4 **Apuesta.**

3.1.5 **Constitución de renta vitalicia.**

3.1.6 **Constitución de censo vitalicio.**

3.1.7 **Otros en el ejercicio de la autonomía privada**, como cuando la compraventa se pacta respecto de un objeto futuro.

3.2 **Contratos conmutativos**: aquellos en que las prestaciones de las partes se miran como equivalentes. No es que sean estrictamente equivalentes -el derecho tolera cierto nivel de desequilibrio objetivo<sup>7</sup>-, sino que las partes miran las utilidades a obtener como equivalentes. Esto se mira al momento de celebración del negocio.

Problemas. El **Art. 1441 CC** es un precepto que ha sido objeto de variadas críticas en su redacción. Señala que *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”*.

- a. **No todo contrato oneroso es necesariamente bilateral**. Este es un problema de utilidad, y no de obligación.
- b. **Menciona solo las obligaciones de dar o hacer**, dejando fuera las abstenciones.
- c. **Para hablar de equivalencia parece remitirse a la objetividad**, ya que señala que *se miran* como equivalentes. Esto es desafortunado, ya que lo que se exige es que subjetivamente las partes miren como equivalente el valor de la utilidad que están obteniendo.
- d. **Respecto de los aleatorios**, el CC señala que la equivalencia consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, lo que es erróneo debido a que si hay

---

<sup>7</sup>A menos que nos encontremos en casos de lesión enorme (siete casos establecidos por ley).

aleatoriedad, puede que no haya equivalencia, ya que puede haber una gran pérdida o una gran ganancia. La utilidad que se espera obtener depende de una contingencia incierta, y lo más probable es que no haya tal equivalencia. De esta manera, si se puede calcular de manera anticipada es porque el contrato es conmutativo y no aleatorio.

Importancia de la distinción.

- a. **Lesión enorme:** en principio solo cabe respecto de algunos contratos conmutativos. Sin embargo, esto depende de las regulaciones legales. En esta materia se puede observar una evolución, ya que si bien los CC decimonónicos siguen el modelo chileno (casos restringidos de contratos conmutativos), los CC de la primera mitad del siglo XX (hasta la década de 1970) extienden esta regla a todos los contratos conmutativos, excluyendo a los aleatorios. Por su parte, los CC más modernos sientan esta exclusión de los aleatorios con posibilidad de excepciones.
- b. **Teoría de la imprevisión:** es la respuesta del ordenamiento frente a la excesiva onerosidad sobrevenida. Ocurre lo mismo respecto del caso anterior, y solo procede respecto de los conmutativos.

4. **Contratos principales y accesorios: (Art. 1442 CC)** clasificación que ha sido objeto de críticas, ya que olvida que en nuestro ordenamiento hay contratos subordinados que no tienen carácter de accesorios, y que se denominan dependientes. A su vez, se deben realizar alcances respecto de las definiciones entregadas en este precepto.

4.1 **Contratos principales:** sobreviven o subsisten por sí mismos, sin necesidad de otra convención.

4.2 **Contratos accesorios:** tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal (cauciones), de manera que no pueden subsistir sin ella.

4.3 **Contratos dependientes:** contratos subordinados a otros que no tienen por objeto asegurar la obligación principal. Este es el caso de las capitulaciones matrimoniales respecto del matrimonio, y el contrato de aporte financiero reembolsable respecto del contrato de servicios eléctricos. Tienen otro propósito o finalidad negocial (no son cauciones).

Precisiones importantes.

- a. **Tanto los contratos accesorios como los dependientes siguen la suerte de lo principal.**
- b. **Los contratos accesorios no tienen por qué acceder a un contrato principal,** sino a una obligación principal, que puede o no tener fuente contractual.
- c. **Lo que no puede hacer el accesorio es subsistir habiendo dejado de existir el principal.** Sin embargo, es perfectamente posible que exista antes, lo que se denomina *cláusula de garantía general*, la que se constituye para las obligaciones que se puedan llegar a tener con una parte, lo que es común en las prácticas bancarias.

5. **Contratos consensuales, reales y solemnes: (Art. 1443 CC)** según como se perfeccionan, según los requisitos que la ley exige para la formación del consentimiento.

5.1 **Contratos consensuales:** son la mayoría numérica que se celebran en la cotidianeidad en el tráfico jurídico, ya que los contratos más frecuentes son las compraventas de bienes muebles. Esto se explica por el bajo riesgo que implican estos negocios jurídicos. Se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes. Este es el

caso de la compraventa de muebles<sup>8</sup>, el arrendamiento, la constitución de fianza<sup>9</sup>, el mandato y la transacción.

**5.2 Contratos solemnes:** son aquellos cuya perfección está asociada por el legislador al cumplimiento de una formalidad, de forma tal que sin ella el contrato carece totalmente de efecto (producción de efectos)<sup>10</sup>. No es relevante cómo se estructura la solemnidad, solo que la ley asocie su omisión a la ineficacia del negocio jurídico.

Tipos de solemnidades.

5.2.1 **Escritura privada:** como la compraventa a plazo con prenda sin desplazamiento y el compromiso<sup>11</sup>.

5.2.2 **Escritura pública:** compraventa, permuta y donación de inmuebles, hipoteca (**Art. 2409 CC**), leasing habitacional (figura intermedia: arriendo con opción de compra), renta vitalicia (**Art. 2269 CC**), pactos o contratos sobre propiedad industrial (**Art. 14 Ley propiedad intelectual**), pacto de sustitución de régimen matrimonial.

5.2.3 **Aprobación judicial:** transacción sobre alimentos futuros (**Art. 2451 CC**), donación entre vivos (**Art. 1401 CC**, insinuación).

5.2.4 **Varias solemnidades:** por ejemplo el matrimonio.

**\*\*Hay casos en los que la doctrina entiende que se trata de solemnidades, pero no lo son.** Este es el caso del **Art. 2410 CC** respecto de la hipoteca, que señala que debe ser realizada por escritura pública e inscrita en el registro del Conservador de Bienes Raíces. A partir de su redacción desafortunada, se ha afirmado que la inscripción constituye solemnidad. Sin embargo, si se observa a la luz del sistema de adquisición de propiedad o derechos limitativos del dominio, se debe entender que la inscripción corresponde a la fase de adquisición del derecho real de hipoteca por parte de su titular y no la fase de perfección del contrato. Esto se debe a que la inscripción opera como tradición del derecho real de hipoteca. Esto mismo ocurre en el contrato de donación (**Art. 1400 CC**), el censo (**Art. 2027 CC**), constitución de usufructo (**Art. 767 CC**) y el fideicomiso inmobiliario (**Art. 735 CC**).

**5.3 Contratos reales:** son aquellos para cuya perfección la ley exige la entrega o tradición de la cosa. Normalmente se trata de una mera entrega, y solo en el caso del mutuo constituye tradición<sup>12</sup>. En el caso de las OCD, ya no son necesariamente reales, sino que también pueden ser consensuales, ya que el **Art. 1 Ley 18.010** señala que son mutuo también aquellos en que la parte *se obliga a entregar*, y no solo en los que entrega la suma en cuestión.

Se originan en el derecho romano con una mirada esencialmente pragmática, en el sentido que respondían a necesidades prácticas de inmediatez, como el mutuo y el depósito. No obstante, en el mundo moderno, ha habido una migración hacia los consensuales o solemnes (más relevantes). Se tiende a suprimir esta categoría, y ha ocurrido en aquellos casos en los que no tienen mucha relevancia jurídica. No obstante, en la mayor parte de las legislaciones no se han suprimido solo por la existencia de casos menores pero necesarios.

Tendencias actuales. En la actualidad se aprecia un avance hacia el consensualismo, pero con ciertas restricciones fundadas en tres órdenes de ideas.

- a. **Seguridad jurídica:** Suelen haber buenas razones de certeza en la exigencia de algo más que el puro consentimiento. Esto se relaciona con el tema probatorio, lo que es relevante porque el fenómeno contractual siempre supone una traslación y

---

<sup>8</sup>La compraventa a plazo con prenda sin desplazamiento no es consensual, sino solemne. La compraventa a plazo es aquella en la que la entrega de dinero se fracciona en el tiempo. El vendedor adquiere alguna garantía de que el comprador le pagará, por lo que muchas veces se entrega la cosa en prenda (se puede sacar a remate la cosa y pagarse con su precio si no paga) y se constituye sin desplazamiento.

<sup>9</sup>Por razones probatorias se celebra de manera solemne.

<sup>10</sup>La mera aposición legal de una exigencia de formalidad no supone necesariamente solemnidad, todo depende de la consecuencia asociada a la omisión o ausencia de la formalidad.

<sup>11</sup>Hay una cláusula compromisoria a la que las partes asignan un árbitro.

<sup>12</sup>El mutuo se refiere a cosas consumibles, por lo que es obvio que la obligación consiste en devolver un equivalente.

asunción de riesgos (siempre se hace transitar el riesgo de una determinada manera). Esta traslación del riesgo se complejiza por las incertidumbre probatorias (imposibilidad de probar el contrato), por lo que la ley suele buscar fórmulas de formalización del contrato que mejoren la seguridad jurídica.

- b. **Protección de la libertad individual:** Ihering señala que las formas son guardianas e la libertad.
- c. **Importancia social de ciertas figuras contractuales,** respecto de las cuales se prevén formas para resaltar tal relevancia.

#### CLASIFICACIONES DOCTRINALES.

6. **Contratos típicos y atípicos:** depende si están recogidos y regulados por ley. Surge de la autonomía privada.

6.1 **Contratos típicos o nominados:** están recogidos y regulados en sus elementos esenciales por la ley.

6.2 **Contratos atípicos o innominados:** no son típicos. Por definición son infinitos, ya que las partes son libres para regular como quieran sus intereses. Sin embargo, lo relevante es que en este tipo de contratos, cuando hay un problema a su respecto y no está previsto en él, el juez debe realizar un proceso de *calificación*. Este es un proceso intelectual que supone adscribir el contrato atípico a la o las figuras que le sean más cercanas desde el punto de vista conceptual, y así aplicarle sus reglas.

Comentarios. Si bien esta clasificación se presenta como binominal, en realidad admite graduaciones, ya que un contrato puede estar recogido por la ley pero no estar completamente regulado, como ocurre con el leasing (recogido a propósito de leasing habitacional) o el contrato de educación superior.

7. **Contratos de ejecución instantánea, ejecución diferida y de tracto sucesivo:**

7.1 **Contratos de ejecución instantánea:** es una denominación desafortunada, ya que lo que los caracteriza es su **exigibilidad** instantánea. Por lo tanto, que se cumplan o no es irrelevante a efectos clasificatorios. Este tipo contractual consiste, en consecuencia, en que las obligaciones se generan o son exigibles a penas se celebra el contrato.

7.2 **Contratos de ejecución diferida:** aquellos en que existen obligaciones que pudieron pactarse como exigibles de inmediato, pero las **partes**, por satisfacción de sus intereses, las someten a un plazo, ya sea íntegro o fraccionado. Este es el caso de los mutuos de restitución o devolución fraccionada (por ejemplo, mutuo hipotecario).

López Santa María sostiene que este plazo puede ser tanto el establecido por las partes como el plazo tácito (indispensable para cumplir la obligación). Sin embargo, otros autores (Varas) sostienen que el plazo tácito a veces da lugar a contratos de ejecución diferida y en otras a contratos de tracto sucesivo. Por ejemplo, si se contrata con un constructor por un precio y no se dice nada respecto al plazo, se entiende que la construcción es una obligación a plazo porque no se puede hacer de inmediato (plazo tácito), pero a la vez la ejecución de la obligación se desenvuelve en el tiempo y, por lo tanto, es una obligación inserta en un contrato de tracto sucesivo. Así, la tesis de López Santamaría tiene sentido en el caso en que, por ejemplo, se compra a un agricultor su próxima cosecha de trigo, ya que en ese caso el momento de entrega es un único momento (se puede ejecutar inmediatamente).

7.3 **Contratos de tracto sucesivo:** existe una triple circunstancia.

- a. **Los actos de cumplimiento se escalonan en el tiempo,** es decir, hay un desarrollo temporal de los actos de cumplimiento al cual la doctrina suele llamar "escalonamiento". Sin embargo, es una expresión desafortunada porque el desarrollo temporal no es escalonado sino lineal.
- b. **El desarrollo temporal ocurre por un lapso más o menos prolongado de tiempo.** Sin embargo, la duración de este lapso no dice nada acerca si se trata de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo. En este punto se trata de poner de relieve que todo se desarrolla en el tiempo, incluso los contratos de ejecución instantánea.



- c. **Al menos una de las obligaciones fuerza el desarrollo temporal del contrato** en el sentido de que su propia naturaleza hace imposible cumplirlo en un solo acto.

Importancia de la clasificación.

- a. **Nulidad:** carece de efectos retroactivos respecto de los contratos de tracto sucesivo, por lo que se denomina **terminación**.
- b. **Riesgos de pérdida o deterioro de la cosa:** por regla general le incumplen al acreedor. sin embargo, en los contratos de tracto sucesivo, la pérdida de la cosa extingue las obligaciones para ambas partes, lo que normalmente significa que el riesgo es del dueño.
- c. **Teoría de la imprevisión**<sup>13</sup>: solo se aplica a contratos de ejecución diferida y de tracto sucesivo, no a los de ejecución instantánea.
- d. **Terminación unilateral del contrato:** la ley permite como regla sin excepciones<sup>14</sup> que la relación contractual termine de manera unilateral en los contratos de tracto sucesivo, particularmente en aquellos de duración indefinida. En cambio, nunca es posible en los contratos de ejecución diferida e instantánea.
- e. **Cláusulas de aceleración:** solo caben en los contratos de tracto sucesivo y de ejecución diferida.

8. **Contratos libremente discutidos y contratos por adhesión:** según el rol de la autonomía privada en la negociación del contrato.

8.1 **Contratos libremente discutidos:** contratos en que las partes deliberan, debaten y acuerdan en conjunto su contenido determinado y sus cláusulas.

8.2 **Contratos por adhesión:** contratos en que las cláusulas son pre-dispuestas o pre-redactadas por una sola de las partes, debiendo la otra limitarse a aceptar en bloque o rechazar el contrato. Se debe tener en cuenta que los redactores del siglo XIX del CC pensaban en contratos libremente discutidos, ya que el mundo que los rodeaba era pre-industrial, no existía producción en serie ni mucho menos contratación en serie. Cuando la industria incrementa de manera exponencial la producción fabril, bajan brutalmente los precios y se produce el acceso masivo al consumo. Esto imposibilita la libre discusión contractual, ya que las fábricas no pueden negociar con miles de consumidores cada venta que realizan.

Es por esto que la adhesión es un fenómeno que hay que mirar primero en sus **virtudes** y luego en sus defectos. Su **virtud principal** es que permite bajar los costos de transacción y del producto. Sus **defectos** están dados por la posibilidad de abuso, es decir, que en este bloque no negociable que alguien con gran poder económico ofrece a alguien con menos poder existan cláusulas abusivas. Estas cláusulas, según la Ley de Consumo, son aquellas que en un contrato celebrado entre un profesional, oferente o prestador de servicios y un consumidor, entrañe o suponga un desequilibrio en cuanto a sus derechos y obligaciones en favor del primero, que se estructure en contra de las exigencias de la buena fe.

Una de las primeras aproximaciones para combatir los excesos o abusos de la adhesión fue **negarle el carácter de fenómeno contractual** (Francia). De este modo, ya que no es un contrato, deja de estar regido por el principio de fuerza obligatoria del contrato, dando mayor poder para intervenir en el contrato al Estado, pudiendo el juez modificar los términos contractuales. Si bien en un inicio esta tesis tuvo éxito, luego primó la tesis contractual que no desconoce la naturaleza obligaciones recíprocas de la adhesión, pero que emplea mecanismos específicos para combatir sus efectos indeseados. En Chile, la regulación en esta materia es deficiente fundamentalmente porque está presente esencialmente en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, la que si bien cubre un ámbito bastante amplio de la contratación por adhesión, no abarca la

---

<sup>13</sup>En un contrato que se desenvuelve en el tiempo, si a una de las partes por razones imprevisibles se le altera el equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión soluciona si se debe cumplir igualmente o si se debe dar por terminado el contrato o si se debe buscar algún ajuste contractual.

<sup>14</sup>La única excepción era el matrimonio hasta el año 2004 en que se dictó la ley de divorcio.

totalidad de la misma, por lo que hay un segmento importante de contratos que quedan sin protección legal específica. Por ejemplo, la relación entre un parcelero que vende a una cadena de supermercados no es considerada una relación de consumo a pesar de existir una gran diferencia de poder económico. El problema es que si bien se puede operativizar una protección para estos casos por vía de la legislación común (por ejemplo enriquecimiento sin causa, mala fe, buenas costumbres mercantiles), la consecuencia es que el proveedor ya no podrá vender a la cadena de supermercados.

9. **Contratos individuales y colectivos:** es necesario ser precavido con esta clasificación, ya que el contrato colectivo en derecho civil es diferente a la figura del derecho laboral.

9.1 **Contratos individuales:** aquellos para cuyo nacimiento o formación se requiere imprescindiblemente de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas por el contrato. Es decir, todas las obligaciones son consentidas por las partes. En derecho civil, la mayoría de los contratos son de este tipo.

9.2 **Contratos colectivos:** en derecho civil, son aquellos que crean obligaciones para personas que o no concurrieron a la celebración del negocio (no prestaron su voluntad) o bien, concurriendo a la celebración, no manifestaron voluntad obligacional (se abstuvieron), o se manifestaron en contra (disintieron de la voluntad obligacional). Estos contratos son excepcionales pues son una excepción a la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos. Todos estos contratos están justificados más bien por razones prácticas.

9.2.1 **Contrato colectivo de trabajo:** existe una norma que establece que, cuando el empleador acuerda ciertos beneficios con los sindicatos, este puede hacerlos extensivos a los trabajadores no sindicalizados, los que quedan obligados a pagar una parte de la cuota sindical sin haber consentido en ello.

9.2.2 **Acuerdos de asamblea de copropietarios** (Ley de Copropiedad Inmobiliaria): obliga incluso a aquellos que se oponen al acuerdo al que se llega en la asamblea de copropietarios. Por ejemplo, si se decide reemplazar un ascensor descompuesto, deben pagar todos.

9.2.3 **Acuerdos judiciales en caso de procedimientos concursales de reorganización o reliquidación** (quiebra): los convenios de los acreedores obligan tanto a quienes no concurrieron o no consintieron como a quienes que sí lo hicieron.

10. **Contratos preparatorios y definitivos:**

10.1 **Contratos definitivos:** ocurre en la mayor parte de las situaciones contractuales, el contrato simplemente se celebra. Es aquel que se celebra en cumplimiento de un contrato preparatorio.

10.2 **Contratos preparatorios:** en los contratos más importantes, suele haber un proceso de negociación previa que incluye la celebración de un negocio jurídico que estipula la celebración futura de un contrato. Los contratos preparatorios son todos estos negocios jurídicos cuyo contenido obligacional es la **celebración futura** de un contrato (pactum de contraendo).

El contrato por antonomasia de este tipo es el **contrato de promesa (Art. 1554 CC)**. Este precepto parte de una negación general de la validez de estos concretos (señala que no producen obligación alguna), a menos que concurren ciertas circunstancias. Estas circunstancias son:

- a. **Que la promesa conste por escrito.**
- b. **Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces.**
- c. **Que la primera contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.**
- d. **Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido que solo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa o las solemnidades que las leyes prescriban.**

Al respecto, no hay duda que cuando concurren estas circunstancias, el contrato de promesa es perfectamente válido. Sin embargo, este punto de partida negativo ha hecho dudar a la doctrina si en **otras figuras** hay promesas válidas, es decir, contratos que no encajan exactamente en lo señalado por el **Art. 1554 CC**. Las aproximaciones iniciales basadas en la literalidad de la disposición negaban la validez a otras figuras no contenidas en esta. Esta aproximación ha ido cambiando, y actualmente la mayor parte de la doctrina entiende que, en virtud del principio de autonomía privada, la aproximación a esta clase de figuras debe ser **afirmativa**, dejando el campo aplicativo del **Art. 1554 CC** (su encabezado) solamente para los contratos de promesa en sentido estricto, y no respecto de todo acto que tenga en su contenido la obligación de contratar en el futuro. En virtud de este argumento se acepta el **contrato de opción**, en el que hay una oferta unilateral de contrato, completa, unilateral e irrevocable en favor de otra parte, la que no se compromete a nada sino que se limita a admitir esa oferta, reservándose la facultad de aceptarla o rechazarla libremente. En la medida en que solo una parte se obliga, no es una promesa en el sentido del artículo **Art. 1554 CC**, lo mismo que ocurre respecto del contrato de leasing, en el que hay un contrato de arrendamiento mezclado con uno de opción respecto de un contrato de compraventa (una parte queda obligada a celebrar el contrato a requerimiento libre de la otra).

Otros ejemplos de contratos preparatorios son la cláusula compromisoria (preparatoria del compromiso); la retroventa (**Art. 1881 CC**) en que se celebra la compraventa, pero el vendedor se reserva la facultad de recomprar la cosa; la línea de crédito (respecto del mutuo al solo requerimiento del mutuuario); corretaje o mediación, figura propia del derecho comercial en que hay un acuerdo entre una parte se encarga de la mediación de un contrato futuro entre la contraparte y un tercero (compraventa o arrendamiento).

**CATEGORÍAS CONTRACTUALES.** Son formas, tipos o modos de celebrar contratos que han adquirido cierta autonomía conceptual y con respecto a los cuales sería forzoso intentar una dualidad.

11. **Contratos dirigidos:** el contexto ideológico y sociológico de las codificaciones decimonónicas y particularmente las postnapoleónicas, es la pre-revolución industrial, donde la estructura de la sociedad era fundamentalmente agrícola y en la que no se habían visualizado los abusos que se producían en la contratación. Estos abusos se comienzan a visualizar con la transformación de la economía agraria en industrial, produciéndose grandes aglomeraciones urbanas en torno a las industrias. Por lo tanto, se comienza a poner de relieve que en la contratación, especialmente de mano de obra, se dan pie a situaciones abusivas que la sociedad no está dispuesta a tolerar, como el trabajo continuo, en condiciones de hacinamiento, trabajo infantil, etc.

A partir de lo anterior, el Estado comienza a intervenir en el contenido de los contratos y, fundamentalmente, a regular ciertos mínimos de contenidos, ciertas condiciones subjetivas para la contratación y los efectos del contrato celebrado. Esto, a través de **normas imperativas**, es decir, normas a las que las partes no pueden renunciar. De esta manera, los elementos de la naturaleza de estos contratos tienen una condición diferente no renunciabile.

Este fenómeno normativo se denomina **dirigismo contractual**. Es por esto que el contrato que se celebra al alero de esta normativa, se llama contrato dirigido.

El contrato de trabajo es el ejemplo paradigmático de esto. Otros ejemplos son el contrato de arriendo incluso con límites legales a lo que se podía cobrar como renta; el mutuo de dinero; los contratos de consumo, campo en que se produce un fenómeno creciente de dirigismo.

Importancia. Esta categoría es importante porque el rol de la autonomía privada es totalmente distinto. En un contrato no dirigido la autonomía privada determina sin límites el contenido, mientras que en los contratos dirigidos, existen límites que van más allá de las restricciones impuestas a todo contrato.

12. **Contratos forzosos:** aquellos en los que el *legislador* obliga a celebrar o da por celebrados. Esta figura no debe confundirse ni con el contrato definitivo (las partes se han obligado de

celebrarlo) ni con el contrato necesario (aquel que las circunstancias nos fuerzan a celebrar<sup>15</sup>). En este caso simplemente hay una norma legal que impera la contratación.

Esta cuestión es singular ya que se supone que el contrato es la expresión paradigmática de la autonomía privada. Es por esto que este es un fenómeno excepcional en que el legislador fuerza la utilización de mecanismos contractuales para conseguir ciertos propósitos de política pública, limitando la libertad o autonomía privada. Por ejemplo, la política pública según la cual es deseable que ante un accidente de tránsito (atropello) el afectado sea indemnizado da origen a la figura del seguro obligatorio.

Distinción. López Santa María distingue dos tipos distintos de contratos forzosos.

12.1 **Contratos forzosos ortodoxos:** en el sentido en que siguen reconociéndose con facilidad como contratos. Aquí existe un mandato legal que impera la contratación, pero el obligado a contratar es libre para elegir a la contraparte y para convenir el contenido del contrato siempre que se supere el mínimo legal. Este es el caso del seguro obligatorio; la caución que debe rendir el usufructuario para gozar del usufructo; cauciones que deben rendir los tutores y curadores para ser guardadores; la obligación de contratar la compraventa del suelo en el caso de adquisición del suelo industrial (**Art. 669 CC**), etc.

12.2 **Contratos forzosos heterodoxos:** en el sentido en que es difícil reconocerlos como contratos. En este caso la libertad contractual desaparece, pues el legislador da por celebrado el contrato y entiende simplemente nacida una obligación contractual, determinando imperativamente las partes, el tipo de vínculo jurídico y el contenido del negocio. Aquí hay una especie de cinismo legislativo, ya que lo que hay es una obligación legal que el legislador no quiere declarar como tal, por lo que usa el disfraz del contrato. Por ejemplo, si se encuentra un mineral radioactivo se debe forzosamente ofrecer en venta al Estado en las condiciones que este determine.

13. **Contratos tipo:** se debe diferenciar el contrato tipo con el formulario de contrato. El contrato tipo es un acuerdo de voluntades en que las partes establecen el clausulado o los términos contractuales con los cuales celebrarán contratos futuros. Esto no es un contrato preparatorio ya que no se obligan a contratar en el futuro, sino que señalan que, si contratan en el futuro, lo harán con determinadas condiciones. El interés de las partes por realizar estos contratos puede surgir del contexto de contratación masiva, en que los contratos tipos permiten que los contratos futuros se realicen por adhesión. Con esto disminuyen los costos de transacción, permite optimizar las capacidades gerenciales. Además, es posible que hayan fenómenos contractuales sin regulación legal, entonces las partes a través de esta contratación tipo pueden salvar estos vacíos u obsolescencias legales.

13.1 **Contratos tipo unilaterales:** son aquellos que celebran partes que tienen intereses convergentes. Normalmente constituyen atentados contra la libre competencia.

13.2 **Contratos tipo bilaterales:** son un remedio a los inconvenientes de la adhesión, pues los celebran partes con intereses divergentes.

14. **Contratos ley:** contratos celebrados entre el Estado y un privado a través de los cuales el Estado le garantiza al privado la pervivencia o mantención (indefinida o temporal) de un cierto régimen de preferencias, el que se establece o pacta convencionalmente. Se denomina contrato ley porque están autorizados por una ley anterior o bien aprobados por una ley posterior. El ejemplo más paradigmático es el contrato de inversión extranjera regulado en el DL 600. La doctrina y jurisprudencia actuales entienden perfectamente válidos estos negocios jurídicos de mantención de un régimen de preferencias (normalmente tributarias). Están concernidos por la ley del contrato, por lo que el Estado no puede modificarlos unilateralmente (generan derechos adquiridos y protegidos por el **Art. 19 N°24 CPR**), por lo que cualquier ley que los modifique es inconstitucional.

Cuestionamiento de validez: Este consenso se logró con dificultades, ya que en una época histórica (fundamentalmente a propósito de las inversiones del cobre y su chilenización) **se cuestionó la validez** de este tipo de acuerdos. Sus detractores argumentaban que estos

---

<sup>15</sup>Por ejemplo, si se incendia la casa se pide al vecino que cuide las cosas (mutuo).

contratos suponían una enajenación de la soberanía, por lo que es ilegítimo. Son del derecho público y no pueden juzgarse con el derecho privado (Eduardo Novoa).

Solución: la CS aceptó la tesis de que estos contratos eran válidos, por lo que había que indemnizar los actos que se reputaban expropiatorios. El cambio institucional de 1973 provocó un cambio, ya que nadie desconoció la chilenización, e incluso se produjo un cambio constitucional respecto de su propiedad (son propiedad del estado los recursos minerales). Sin embargo, también se creó la concesión minera, lo que hizo volver a un régimen de propiedad privada del cobre. Con el DL 600 la validez de estos contratos ya no se discute.

15. **Subcontrato:** es un contrato nuevo que se deriva y resulta dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza. Los casos más nítidos del CC son el subarrendamiento en el contrato de arriendo y la delegación en el contrato de mandato.

En el caso del subarrendamiento, el arrendatario, que tiene el uso de la casa, celebra con un tercero un contrato de arriendo respecto de un sector o parte de la cosa arrendada (por ejemplo, sección de una casa). Esto se encuentra en los **Arts. 1946, 1963, 1973 CC y 5 Ley 18.101 de arrendamiento predios urbanos.**

En el mandato ocurre lo mismo, ya que el mandatario delega en un tercero una parte de la ejecución del negocio (por ejemplo, una diligencia concreta), según los **Arts. 2135, 2136, 2138 CC.**

En el contrato de construcción por suma alzada del **Art. 2003.5 CC**, se encarga a un contratista que construya un edificio, contratista que subcontrata con un tercero que realice una parte concreta (por ejemplo, las instalaciones eléctricas). Se encuentra implícita esta idea. En el contrato de sociedad del **Art. 2088 CC** también se encuentra implícita esta idea, debido a que lo que ocurre es que existe un contrato entre los socios, en el contexto del cual uno de los socios pacta con un tercero sobre su cuota en la sociedad.

Características.

- a. **El contrato base debe ser de ejecución diferida o tracto sucesivo.**
- b. **Cada vez que hay un subcontrato, hay 3 parte involucradas:** 2 del contrato original y 2 del posterior, siendo una persona común a ambos.
- c. **El contrato base establece, respecto del contrato secundario o subcontrato, una relación de dependencia objetiva.** En primer lugar, esto implica un límite a las obligaciones y derechos del subcontrato, el que no puede ir más allá en la configuración de estas que el contenido del contrato base. En segundo lugar, esto implica que las prestaciones deben ser de la misma naturaleza.

Figuras respecto de las cuales se debe distinguir. No obstante sus diferencias, estas figuras podrían darse en conjunto, por ejemplo normalmente la cesión de contrato supone la novación.

- a. **Cesión de contrato.** Se puede entender como cesión de posición contractual, caso en el que lo que se cede es la situación jurídica de contratante. El **Art. 1946 CC** hace la diferencia. En la cesión de contratos hay un solo contrato respecto del arriendo, mientras que en el subarriendo existen dos contratos, el segundo abordando hasta un máximo la totalidad del primero. Aunque se subarriende la totalidad del objeto, las partes del contrato son distintas en cada caso, ya que en el subarriendo el arrendatario sigue siendo el mismo.
- b. **Novación subjetiva.** En este caso, lo que hay es simplemente que alguna de las obligaciones derivadas de un cierto contrato se extingue por haber un nuevo deudor o acreedor.

16. **Autocontrato:** es una figura anómala, ya que por definición un contrato es una convención o acuerdo de voluntades entre dos o más partes que genera obligaciones. Por lo tanto, parece compleja la idea de contratar consigo mismo. La respuesta está en el **Art. 1448 CC**, el que abre la puerta a la representación. En virtud de la representación, una persona puede actuar en lugar o a nombre de otro, y automáticamente se abre la posibilidad que una persona contrate por un lado por sí y por otro como representante de un tercero. Incluso, podría tener

dos representaciones distintas, contratando como representante de dos partes. De esta manera, se refiere a un negocio jurídico contractual en el que una parte actúa por sí y como representante de otra, o bien en representación de ambos.

Problema. No es de índole técnica, sino ético, ya que el tema es el conflicto de intereses. En un esquema contractual normal, hay un interés en un determinado sentido que se opone al interés de la contraparte en el otro sentido. La autonomía privada produce el ajuste de esos intereses en un punto que cristaliza la negociación contractual. De esta manera, el riesgo es que el autocontratante privilegie sus intereses -sobre los de su representado- en el juego de composición de determinación del contenido contractual. Es por esto que las regulaciones legales intentan subsanar o remediar el tema del conflicto de intereses.

En Chile **no existe una regulación general** al respecto de la evitación del conflicto de intereses (a diferencia de otros CC como el argentino o portugués), sino que existen regulaciones específicas para ciertos autocontratos, en las que básicamente se prohíben o se sujetan a formalidades habilitantes. Esto ocurre, por ejemplo, respecto del mandato para comprar y vender el **Art. 2144 CC** y respecto del mandato para pedir o dar un préstamo el **Art. 2145 CC**, en los que se exige aprobación del mandante<sup>16</sup>. También en caso de guardadores de incapaces puede ser prohibitiva o imperativa de requisitos según el **Art. 412 CC**, y en la comisión comercial del **Art. 271 CdC**. Fuera de tales casos, no existe regulación general del autocontrato, lo que ha hecho que históricamente cierta parte de la doctrina haya intentado **negarle carácter contractual** al autocontrato, y adjudicarle naturaleza de acto jurídico unilateral (se discute su naturaleza jurídica), con el propósito de sacarse de encima el **Art. 1545 CC** (ley del contrato). Los actos jurídicos unilaterales le dan al juez mayores atribuciones para intervenir en el contenido del acto. De esta manera, se puede decir que nuestro CC está atrasado en la materia, pero que la mayor parte de la doctrina los considera contratos.

17. **Contrato por persona a nombrar:** figura en que una de las partes de un contrato se reserva en el texto contractual la facultad de nominar o designar dentro de un cierto espacio temporal y mediante una declaración posterior a la persona que va a adquirir retroactivamente los derechos que emanan del mismo y asumir las obligaciones contractuales derivadas<sup>17</sup>.

Paralelo con la estipulación por otro. El contrato por persona a nombrar es similar a la estipulación por otro, figura que está contenida en el **Art. 1449 CC** y en la cual en el mismo contrato los derechos que se generan se le asignan a un tercero.

- a. **Mención del beneficiario** ocurre en el mismo contrato en la estipulación por otro, mientras que en el contrato por nombrar es posterior.
- b. **La estipulación por otro genera derechos, beneficios a favor de ese tercero** (se denomina beneficiario), pero las obligaciones las sigue teniendo el contratante. En cambio, en el contrato por persona a nombrar, la posición contractual global la asume la persona nombrada con posterioridad.

Complejidad. Si no se nombra a nadie, no existe norma supletoria en nuestro ordenamiento que indique qué hacer (al contrario de los CC modernos), por lo que se debe establecer en el contrato, el que puede quedar sin efecto o cumplirse por el contratante original (se queda en la posición de manera permanente). No existen aplicaciones dogmáticas de este contrato en el CC, pero en el CdC sale a propósito del mandato comercial del **Art. 256 CC**, el que recoge esta figura.

## Principios generales de la contratación

**¿Qué son los principios?:** se pueden definir como **mandatos de optimización**. Esto quiere decir, por un lado, que los principios son **obligatorios** (no son declaraciones de buena voluntad), por lo que sujetan al intérprete. Por otro lado, quiere decir que pretenden optimizar el derecho o **mejorarlo** frente a las lagunas, antinomias y ambigüedades del proceso interpretativo. Son

<sup>16</sup>Se puede negar la facultad de autocontratar en el mandato.

<sup>17</sup>Una variante de esta figura es el contrato por cuenta de quien corresponda.

mandatos de carácter general y abstracto que se obtienen por un proceso inductivo del conjunto de las disposiciones del derecho privado -y en particular del CC- y cuya aplicación permite entonces salvar lagunas, resolver contradicciones y fijar el contenido normativo en casos de ambigüedades.

## Autonomía de la voluntad

- Concepto:** principio fundamental del derecho de los contratos. Es una doctrina y un principio filosófico jurídico que reconoce a los individuos el poder abstracto de autorregular sus relaciones e intereses, es decir, de **autodeterminarse**. En concreto, supone, por un lado, la posibilidad de **crear libremente derechos y obligaciones**, y por otro lado, la posibilidad de **ejercer libremente poderes y facultades**. De esta manera, la autonomía privada tiene un componente **relacional** (la creación de derechos y obligaciones) y un componente **potestativo** (referido al ejercicio de poderes y facultades). De estos dos ámbitos, el que interesa en materia contractual es el componente **relacional**.
- Historia y fundamento filosófico:** La idea de que la autonomía privada es el principio fundamental del derecho privado y del derecho de contratos es relativamente **nueva**. Hasta fines del siglo XVIII no se había formulado un sustrato axiológico para ese conjunto normativo que tuviera que ver con la libertad del hombre. A partir de las ideas de la Ilustración que se concretizan políticamente en los movimientos revolucionarios de la burguesía y en la independencia de las repúblicas latinoamericanas, se formula la idea de que las instituciones del derecho privado se conjugan con la **libertad natural del hombre**. Desde el punto de vista político es tal la fuerza de la idea, que se llegan a formular tesis como la de Rousseau, según la cual la sociedad se forma por un contrato. Este es el **fundamento filosófico** de la autonomía privada, ya que lo que no delegamos al Estado, **lo reservamos como potestad y/o espacio de autodeterminación** o autonomía. Por ejemplo, el uso de la fuerza se lo delegamos al Estado, y es por eso que establecemos que es un delito el uso privado de la fuerza en cualquiera de sus formas. Por otro lado, la provisión de nuestras decisiones en el orden patrimonial no se las delegamos al Estado, sino que es un ámbito en el que conservamos nuestra autonomía, reconocida por el Estado. Esta idea encuentra una **contrapartida** cuando comienza a surgir la **economía como ciencia**. Desde el punto de vista de la ciencia económica, y en particular desde la doctrina del liberalismo económico, se sostiene la idea de que **el Estado debe retroceder en los ámbitos patrimoniales**, porque la suma de los esfuerzos individuales de satisfacción de intereses privados produce socialmente el bien común. De esta manera, se pueden observar dos matices. Por un lado, el aspecto **político** se ha matizado, sosteniendo que existe un **componente colectivo** en los esfuerzos de asociación que no es puramente contractual. Por otro lado, el fundamento **económico** también está matizado, pues ha quedado claro que la suma de intereses individuales no siempre produce un **bien para la colectividad**. Esto se debe a que lo contractual no siempre es sinónimo de lo justo, lo que hace necesario la intervención del Estado. Esto lleva a respetar la autonomía de la voluntad como regla general pero con un matiz, por un lado, introduciendo componentes de **solidaridad** que proveen de un mínimo de subsistencia a los más necesitados, y por otro lado, componentes regulatorios que evitan o sancionan el abuso en los mecanismos contractuales.
- Subprincipios:** de este principio derivan cuatro subprincipios, que son el consensualismo, la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo del contrato. Los dos primeros responden a las preguntas que se pueden realizar antes o durante la celebración del contrato y los dos segundos responden a las preguntas que surgen cuando el contrato ya se ha efectuado. En el momento gestacional las preguntas son: ¿cómo se perfecciona un contrato? y ¿qué es lo que se puede pactar?; mientras que en el momento posterior las preguntas son: ¿qué significa que se esté obligado contractualmente? y ¿qué supone haber efectuado un contrato, a quién afecta?

4. **Consensualismo: ¿Cómo se gesta un contrato?**. Si el postulado esencial es que las obligaciones se generan en base al acuerdo de voluntades, entonces en principio basta con que exista el consentimiento para que exista el contrato.

4.1 **Doctrina del pacto vestido**: concepciones previas del derecho medieval, en que la regla era la validez del pacto vestido, es decir, que no basta el mero consentimiento para darle validez al contrato sino que se requieren formalidades adicionales.

4.2 **Doctrina del pacto desnudo**: se opone a la doctrina anterior y sostiene que el contrato debe gestarse y entenderse celebrado cuando respecto de sus elementos esenciales exista un acuerdo de voluntades, es decir, un pacto, aun cuando este esté desnudo de toda formalidad. El cambio respecto de la doctrina anterior se produce a partir de las revoluciones europeas, norteamericana y latinoamericanas. A partir de ese momento, el pacto vale por el solo hecho de ser un pacto.

Si se observa la regulación de los contratos en el CC puede observarse con nitidez este principio. Las formas no puramente consensuales son excepcionales. Esto significa que la inmensa mayoría numérica o cuantitativa de los contratos que celebramos todos los días son puramente consensuales.

Excepciones. El costo de este principio dice relación con la certeza y la necesidad probatoria. Es esta la razón por la cual, desde muy temprano, los legisladores entendieron que el consensualismo no podía ser una regla absoluta. Es por esto que se establecieron excepciones para los contratos de mayor relevancia social y económica. De este modo, cuando hay una excepción al consensualismo, el contrato ya no se perfecciona por el solo consentimiento, sino que requiere de algo más, bien la entrega de la cosa, bien la satisfacción de una formalidad de modo tal que sin ella el contrato no existe. Los **contratos solemnes y los reales** son, entonces, excepciones al consensualismo.

Atenuantes. En este caso el consensualismo sigue bastando para que exista el contrato, pero para que pueda producir efectos, en la práctica, el legislador requiere algo más. Estas instituciones son, por un lado, las **formalidades que no son solemnidades**; y, por otro, los **formulismos contractuales** o ritualidades prácticas del contrato, resultantes de que la modernidad y la contratación masiva han hecho en el último siglo que se genere un número importante de formalidades no reguladas legalmente (atípicas), que consisten en modo de operativizar un contrato sin los cuales la ejecución de este no se consigue.

5. **Libertad contractual: ¿Qué se puede pactar en un contrato?**. Este mandato de optimización supone que las partes deben ser libres para celebrar el tipo de relaciones contractuales que estimen convenientes, así como para elegir a la contraparte y para determinar el íntegro contenido de la relación contractual.

Elementos.

5.1 **Externo**:

5.1.1 **Tipo de contrato**.

5.1.2 **Persona con quien se celebra**.

5.2 **Interno**:

5.2.1 **Determinación del contenido**.

Límites.

a. **Generales**: están determinados por las exigencias que el derecho impone para reconocer valor a los actos jurídicos que celebramos. Es decir, el derecho impone requisitos.

b. **Especiales**:

b.1 **Dirigismo contractual**: la idea de que hay ciertos contratos o materias en que la regulación es puramente supletoria de la voluntad de las partes sino que es imperativa e irrenunciable.

b.2 **Contratos forzosos**: en su variedad ortodoxa y heterodoxa. Son situaciones en que las partes bien se ven obligadas a contratar, o bien se da por celebrado el contrato, la parte y el contenido.

6. **Fuerza obligatoria del contrato ¿Qué significa la obligación contractual?**. Este principio establece que el significado de la celebración de un contrato está determinado por la



**necesidad** de cumplirlo, y por la posibilidad consecuencial de **coacción estatal** en caso de incumplimiento. Esta idea se expresa fundamentalmente a través del uso de la expresión “ley” en el **Art. 1545 CC**, ya que esta es paradigmáticamente obligatoria. Este principio se manifiesta tanto entre las partes como frente al legislador y el juez.

**6.1 Fundamentos del principio:** uno de los problemas centrales de la filosofía del Derecho se refiere al fundamento de esta obligatoriedad.

**6.1.1 Posición voluntarista de Kant:** sostenida fundamentalmente por Kant, hace descansar la obligatoriedad del contrato en que si este surge del libre querer de las partes, este libre querer genera para cada parte una norma autónoma (generada por él mismo) que limita su libertad. Es decir, se trata de una limitación autoasumida y que debe ser obedecida en virtud de un imperativo categórico que es el de respetar la palabra empeñada. Esto se desarrolla a partir de la ética de la razón pura (imperativos categóricos) y la ética de la razón práctica (estudia comportamientos y las consecuencias concretas de seguir o no los imperativos) en relación con la ética de las costumbres. Si se arguye desde la universalización de la pautas de comportamiento y la ética de la razón práctica, es claro que el cumplimiento de los contratos es una conducta positiva, ya que si todos quienes celebran contratos saben que la contraparte no va a cumplir, entonces nadie va a contratar, y solo sería posible la contratación de cumplimiento instantáneo (“mano a mano”). Una conducta se puede considerar correcta si todo el mundo lo hace, de manera que sigue siendo posible (se universaliza la pauta de comportamiento).

**6.1.2 Tesis idealista de Emanuel Gounot:** (posición intermedia) sostuvo que el valor o fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos no está en la voluntad de obligarse, ya que en ese caso todo contrato en que exista voluntad sería obligatorio, y lo que ocurre en la realidad es que muchas veces el Derecho niega la posibilidad de coacción a expresiones volitivas por su evidente falta de justicia. El derecho no otorga fuerza obligatoria por la presencia de voluntad, sino en la correspondencia de lo que se declaró en la voluntad y un ideal de justicia. Esto se puede ilustrar con el caso de la lesión enorme, en el que se obliga desde el punto de vista kantiano pero no desde este punto de vista idealista.

**6.1.3 Tesis de Kelsen:** en su idea de objetivar y descontaminar el derecho de elementos ideológicos o subjetivos, señala que el contrato tiene fuerza obligatoria porque existe una ley que así lo dice y porque esta ha sido dictada de acuerdo a una ley superior. Identifica legitimidad y validez.

**6.2 Fuerza obligatoria entre las partes:**

**6.2.1 Las partes están en la necesidad de cumplir con lo acordado.** Es decir, se encuentran en una situación de limitación a su autonomía, dejan de ser libres para ejercer comportamientos alternativos al cumplimiento. Dicho sea de otra manera, la voluntad del contratante queda predeterminada al cumplimiento, ya que el contrato establece un camino a seguir para la parte del cual no debe salirse.

**6.2.2 En caso de desplegarse comportamientos contrarios, el derecho facilita o permite y garantiza la ejecución coactiva,** es decir, garantiza el uso de la fuerza institucionalizada.

**6.2.3 Una vez que las partes están ligadas por un contrato, quedan imposibilitadas de desvincularse de manera unilateral.**

Excepciones.

- a. **Contratos tracto sucesivo de duración indefinida:** cuando las partes están vinculadas por un contrato de esta naturaleza, el derecho pone en la balanza, por un lado, el principio de obligatoriedad del contrato y, por el otro, la libertad individual, preponderando en estos casos la libertad individual. En este sentido, se permite a las partes desvincularse unilateralmente del contrato que celebraron. Por ejemplo, en el contrato de trabajo, el legislador favorece que sea de duración indefinida, ya que al cabo de dos renovaciones de contrato a plazo fijo el contrato se transforma en uno de duración indefinida. En este caso, el legislador permite que el trabajador mediante la renuncia o el empleador mediante el despido, terminen el

contrato, obviamente con las garantías pertinentes. También ocurre en el mandato de duración indefinida, en el que en cualquier momento en el mandante puede revocar el mandato con las garantías pertinentes.

- b. **Retracto en el derecho del consumo:** es técnicamente una revocación de un negocio. En los contratos celebrados a distancia por medio electrónicos y compraventas que se llevan en reuniones especialmente convocadas al efecto, dentro de un período de tiempo, quien se ha vinculado a un contrato se pueda desvincular libremente del mismo (en derecho anglosajón: cooling off periods).

6.2.4 **La idea de la fuerza obligatoria supone la imposibilidad de la modificación unilateral de los términos del contrato.** Esto tiene, sin embargo, una contra cara positiva, ya que a contrario sensu, de manera bilateral, las partes pueden extinguir el negocio, modificar los términos del contrato e interpretar los términos del negocio sin llegar a modificarlos. Dicho sea de otra manera, individualmente las partes son esclavas del negocio que celebraron, pero bilateralmente son dueñas y señoras del negocio.

6.3 **Fuerza obligatoria frente al legislador:** la pregunta es si lo que las partes han acordado y que es compulsivo solo para ellas, es también **compulsivo para el legislador**, es decir, si los contratos son intangibles, o por el contrario el legislador puede intervenir en los términos de un contrato ya celebrado. Estas preguntas tienen respuestas muy diferentes según el ordenamiento jurídico de que se trate, y van desde que la soberanía del pueblo no puede verse limitada por el acuerdo privado entre una partes (idea de la primacía soberana) a la idea de que el pacto privado establece una frontera para el legislador que este no puede traspasar o al menos no puede hacerlo sin las indemnizaciones expropiatorias correspondientes. Esta es una cuestión que se discute desde antiguo, ya que por ejemplo en Roma una parte significativa de conflictos políticos que dieron lugar a modificaciones importantes de la historia de la república y del imperio se relacionaban con este tema<sup>18</sup>.

La idea de que la fuerza obligatoria compele también al legislador se deteriora cada vez que el Estado dicta **leyes de emergencia** (normalmente condonatorias o moratorias); cuando el Estado interviene **modificando el contenido de contratos en curso**<sup>19</sup>; cuando se dictan normas legales que suponen **prolongar en el tiempo relaciones contractuales** que iban a expirar (prórrogas automáticas o legales); cuando dicta ciertas **normas permanentes** que suponen no hacerle caso a lo que las partes establecen en el contrato, de modo que prima la voluntad del legislador por sobre lo que estas determinan<sup>20</sup>.

En Chile, bajo los actuales términos de la **CPR**, la posibilidad constitucional de que el legislador intervenga contratos en curso está fuertemente **limitada**. Esto se debe a que los vínculos contractuales generan como contrapartida de las obligaciones un derecho personal, sobre los cuales existe **propiedad** como bienes incorporales (**Art. 19 N° 24 CPR**). De esta manera, sobre los derechos personales existe constitucionalmente un derecho de propiedad que además está protegido por la acción de protección.

6.4 **Fuerza obligatoria frente al juez: la intangibilidad judicial del contrato.** El papel del juez frente a la ley es de determinación –vía hermenéutica– y, una vez determinada la norma, de obediencia y sujeción. De esta manera, tiene sentido, en la **teoría de la democracia**, que el juez no pueda tener un papel creativo en el sentido de modificar y crear normas: la ley, en la medida en que es una voluntad soberana del pueblo, resulta natural que se le deba obediencia, dado que los jueces no son representantes del pueblo. Desde un punto de vista **económico**, la intangibilidad del contrato para los jueces tiene sentido desde el punto de vista que es un ejercicio de **distribución de riesgo**. Dado que todo contrato supone un riesgo que las partes distribuyen y localizan de una determinada

---

<sup>18</sup>Por ejemplo, las pugnas que terminaron con las muertes de los hermanos Graco, dicen relación con que estos proponían la intervención del Estado para condonar ciertas deudas que agobiaban al pueblo romano; asimismo, a finales de la república, se cuestionaba a Julio César que quería condonar deudas a los romanos.

<sup>19</sup>Por ejemplo, en los años 30 se dicta ley que baja la renta de todos los arrendamientos en curso.

<sup>20</sup>Por ejemplo, cláusula de reserva de dominio o pacto comisorio calificado.

manera, esta localización del riesgo **no debe ser tocada judicialmente** (al menos no como regla general).

Excepción: Teoría de la imprevisión. Existe hoy una tendencia que, por vía **excepcional**, suaviza esta regla general para los casos en que contratos que **no sean de ejecución instantánea** y donde, de manera imprevisible, se ha generado después de la gestación del contrato un **desequilibrio notable** en las prestaciones de las partes. Esto se puede plantear como excepción teórica al principio de la intangibilidad judicial del contrato.

Mientras que la idea de la imprevisión ha sido regulada en ordenamientos comparados, en nuestro país **no existe una regulación general** del fenómeno de la imprevisión. En cambio, lo que tenemos son unos **pocos casos** que están regulados afirmativamente, otros pocos casos en que **se prevee la imprevisión** y se establece que el juez **no puede inmiscuirse**, y otra inmensa cantidad de casos en que **no se dice nada**. Ante estos últimos casos se plantea la pregunta sobre la admisibilidad de esta teoría en ellos.

Los casos legales en que está **permitido** que el juez intervenga o modifique el contenido del negocio contractual son el comodato (**Art. 2180 CC**)<sup>21</sup>, depósito (**Art. 2227 CC**) y contrato de construcción por obra de sumaalzada (**Art. 2003.2 CC**)<sup>22</sup>. Por otro lado, los casos en que el juez **no puede modificar** los términos del contrato: contrato de construcción por obra de sumaalzada (**Art. 2003.1 CC**) y arrendamiento de predios rústicos (**Art. 1583 CC**)<sup>23</sup>. En los demás casos hay **silencio legislativo**, frente a lo que la doctrina se ha pronunciado de maneras disímiles pero con una tendencia.

Tesis doctrinales. Existen cuatro grupos de autores que se pronuncian tanto respecto de la conveniencia de que el juez modifique los contratos como respecto de la posibilidad legal.

- a. **Primera doctrina: doctrina tradicional** (Claro Solar y Alessandri). Sostiene que, dado que el contrato representa un ejercicio de localización de riesgo, **no conviene** que los jueces (es decir, el Estado) modifiquen los términos en que las partes han distribuido ese riesgo. A esto agregan que el silencio legal supone que se **rechaza la posibilidad** de intervención por parte del juez en los términos del contrato.
- b. **Segunda doctrina:** (Abeliuk y De la Maza) concuerdan con la idea de que el silencio supone que la **imposibilidad de intervención**. No obstante, señalan que desde el punto de vista de la **conservación** del negocio jurídico, la **fluidez de los negocios** y las **mejores relaciones** de las partes, conviene que frente a negocio **imprevisibles** que alteren las condiciones previstas por las partes, **el Estado intervenga**.
- c. **Tercera doctrina:** (Fueyo y Dörr) postulan que la intervención judicial en casos de imprevisión es **necesaria y conveniente**. Además, entienden que frente al silencio legislativo se puede sostener que **cabe al juez pronunciarse**.
- d. **Cuarta doctrina:** (Pablo Rodríguez) postula que la imprevisión **no debe dar lugar a la revisión de los términos del contrato**, ya que legalmente la cuestión de la imprevisión está resuelta por la vía del **caso fortuito**. Es decir, si la imprevisión hace efectivamente imposible la ejecución del negocio, entonces la obligación **se extingue**, y esa es la solución del legislador frente a un caso de imprevisión extintiva. No obstante, si el imprevisto no es lo suficientemente poderoso como para impedir la ejecución del contrato, entonces este **debe cumplirse de todas maneras**.

**6.5 Excepción: Teoría de la imprevisión.** Existe hoy una tendencia que, por vía **excepcional**, suaviza esta regla general para los casos en que contratos que **no sean de ejecución instantánea** y en los que, de manera imprevisible, se ha generado después de

---

<sup>21</sup>Se presta algo a alguien por un año y antes del término del año se plantea la necesidad imprevisible para el comodante de utilizar el objeto.

<sup>22</sup>Se contrata la construcción de un edificio por una suma de dinero. ¿Qué pasa si los insumos suben radicalmente de precio? El legislador prohíbe modificar los términos de contrato de manera unilateral.

<sup>23</sup>Si alguien arrienda un fundo para plantar papas y se pierde la cosecha, no se pueden modificar los términos del contrato.

la gestación del contrato un **desequilibrio notable en las prestaciones de las partes**. Esto se puede plantear como excepción teoría del principio de la intangibilidad judicial del contrato.

Mientras que la idea de la imprevisión ha sido regulada en ordenamientos comparados, en nuestro país **no existe una regulación general** del fenómeno de la imprevisión. En cambio, lo que tenemos son unos **pocos casos** que están regulados afirmativamente, otros pocos casos en que **se prevé la imprevisión** y se establece que el juez **no puede inmiscuirse**, y otra inmensa cantidad de casos en que **no se dice nada**. Ante estos últimos casos se plantea la pregunta sobre la admisibilidad de esta teoría en ellos.

Los casos legales en que está **permitido** que el juez intervenga o modifique el contenido del negocio contractual son el comodato (**Art. 2180 CC**), depósito (**Art. 2227 CC**) y contrato de construcción por obra de suma alzada (**Art. 2003.2 CC**). Por otro lado, los casos en que el juez **no puede modificar** los términos del contrato: contrato de construcción por obra de suma alzada (**Art. 2003.1 CC**) y arrendamiento de predios rústicos (**Art. 1583 CC**). En los demás casos hay **silencio legislativo**, frente a lo que la doctrina se ha pronunciado de maneras disímiles pero con una tendencia.

#### 6.5.1 Argumentos doctrinales a favor de la imprevisión:

6.5.1.1 **Reus sic stantibus (las cosas como estaban)**: este argumento señala que cuando se contrae un vínculo de derecho internacional, aquello que se tiene en consideración son las circunstancias, de manera que si ellas varían, también debe variar el contenido que se ha negociado, sobre la base de esas mismas circunstancias.

Este argumento, en opinión de Varas, es sumamente deficiente. En Derecho Internacional este aforismo se usa para **desconocer el cumplimiento de un tratado celebrado en condiciones distintas**; trasladarlo al Derecho privado es arriesgado, pues siendo cierto que uno contrata teniendo a la vista ciertas circunstancias, no es menos cierto que el contrato supone una traslación de riesgos y aseguramiento de esos riesgos. La localización de riesgo supone precisamente la posibilidad de un cambio de circunstancias.

6.5.1.2 **Enriquecimiento sin causa**: subyace la idea de que cuando se alteran los términos del contrato, porque las prestaciones de una de las partes han devenido excesivamente onerosas, a la persona que se ve beneficiada de eso se le considera enriquecido injustificadamente, teniendo el Derecho el deber de repararlo.

Esta argumentación tiene sus problemas porque, en estricto rigor, hay un enriquecimiento, sin embargo, parece **no ser sin causa**, puesto que **hay una causa** y esa es el **contrato**. Esta crítica, que es razonable, debe ser **matizada** con una **contra-crítica**, que sostiene que en los contratos la causa final cubre, es decir, ampara, únicamente a la **ganancia justificada**, pero no a la injustificada. Ahora bien, esto se puede responder sosteniendo que la **lesión enorme es una situación excepcional**, por lo que en la generalidad de los casos se vende sobrepasado el límite teniendo el negocio una causa que reposa en el contrato.

Por ejemplo, en el caso de la lesión enorme, se vende un inmueble que vale 100 en 500, el vendedor se enriquece, ahora bien, con el criterio de que la causa está en el contrato, sí sería justificado, pero el legislador sostiene que solo puede ser hasta 200 y después de ese límite es injustificado.

6.5.1.3 **Teoría del abuso del Derecho**: en Chile, la idea de abuso de los Derechos se ha trabajado doctrinariamente, puesto que en el CC esto no está explícito. La idea fundamental que subyace a esta teoría es que el ordenamiento jurídico debe proteger y/o validar el ejercicio de los Derechos siempre y cuando ese ejercicio sea legítimo, y debe dejar de valer cuando se torne abusivo. Entonces, lo que se sostiene es que una parte que se ve

radicalmente beneficiado por una imprevisión ejerce el Derecho abusivamente, y por tanto el Derecho no debe validarlo.

**Jorge López Santa María** sostiene que es un argumento débil porque esta teoría se asienta en responsabilidad extracontractual y no en la responsabilidad contractual. Según Varas esto es discutible, porque el ejercicio abusivo no tiene porqué plantearse solo en sede extracontractual, es cierto que ahí principalmente se plantea, pero no existe razón para restringirlo a ella, especialmente cuando el ejercicio abusivo del Derecho puede vincularse al siguiente argumento

**6.5.1.4 Buena fe objetiva (Art. 1546 del CC):** los contratos no solo obligan a lo que en ellos se expresa, sino que a todo lo que se entiende incorporados a él por la ley, costumbre, etc. Entonces, quien ejerce un derecho sabiendo que provocará la ruina de su contraparte, lo ejerce de una manera contraria a las exigencias de la buena fe, por lo tanto, implica la ruina para la contraparte, quebrantándose las buenas costumbres.

**6.5.1.5 Normas sobre responsabilidad civil contractual:** el perjudicado por la imprevisión deja de cumplir y ese incumplimiento no le es imputable. Esto apunta, primero, a la regla del **Art. 1558 CC** que señala que, salvo que se incumpla con dolo (ánimo de perjudicar), solo se responde de los perjuicios directos y previstos, por lo tanto, no se responde de los perjuicios imprevistos (imprevisión). Por lo tanto, se podría sostener que, como se deja de cumplir de una manera no dolosa, no se responde de los perjuicios imprevistos. La segunda regla está en el **Art. 1547 CC**, el que establece que en los contratos onerosos (ambas partes obtienen utilidad del contrato) la regla de responsabilidad es la culpa leve que es una culpa intermedia, es decir, en esa clase de contratos no se exige extrema diligencia en el cumplimiento de las partes. Por lo tanto, cumplir a todo evento supone un nivel de diligencia extrema y en virtud del **Art. 1547 CC**, la parte no se ve obligada a dichos niveles de diligencia. Por lo tanto, el incumplimiento se reputará no imputable por falta de culpa.

**6.5.1.6 Tesis de la libre investigación científica:** en Derecho comparado se sostiene que se debe estudiar en conexión con otras ciencias o modelos de pensamiento. Entonces, en el terreno de la libre investigación científica, se puede argumentar que las soluciones que proporciona la imprevisión son útiles en un sentido de economía social porque evitan un incumplimiento ruinoso o quiebra y permiten que se siga creando riqueza y/ o agregando valor. Desde el punto de vista de la justicia moral se sostiene que buscar alguna forma que ataje los males de la imprevisión es moralmente mucho más adecuado que propender al cumplimiento ruinoso de la misma.

#### **6.5.2 Requisitos para que opera la teoría de la imprevisión:**

**6.5.2.1 Que se trate de un contrato de tracto sucesivo o ejecución diferida, con cumplimientos pendientes.**

**6.5.2.2 Que se trate de un contrato oneroso y conmutativo.**

**6.5.2.3 Que ocurra un hecho imprevisible al momento de contratar,** que resulte independiente de la voluntad de las partes.

**6.5.2.4 Que el hecho imprevisible produzca un aumento excesivo de la onerosidad en el cumplimiento,** sin que llegue a determinar la imposibilidad de ejercicio.

**6.5.3. Soluciones para el problema de la imprevisión:** revisión judicial del contrato en curso, de manera que el juez equilibre el contrato o la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. La mayor parte de las legislaciones modernas buscan fórmulas intermedias para intentar dejar estas soluciones como *ultima ratio* y que, en cambio, buscan que las propias partes sean las que re-adequen el contenido del negocio, y solo en su defecto, se deja que opere el juez.

6.5.4. **Cláusula hardship:** se introduce en los contratos relevantes en que las partes prevén que ocurra lo imprevisible. Es decir, las partes no son capaces de representarse específicamente qué puede llegar a ocurrir, pero sí que puede ocurrir un hecho imprevisible que altere el equilibrio prestacional. Esencialmente lo que hacen las partes en este tipo de cláusula es resolver, primero, cual será ámbito del mayor rigor que van a regular; segundo, la sustanciabilidad de la mayor dureza; tercero, las partes estipulan que obligación asume cada una de ellas frente a la ocurrencia del imprevisto de mayor rigor y frente a esto se establecen plazos y procedimientos de ejercicio. Se debe ver la consecuencia que no se llegue a acuerdo, se puede declarar resuelto el contrato o ir a un tribunal que determine los nuevos términos del contrato (son típicamente materia en que los jueces de tribunales ordinarios de justicia no están demasiado preparados para resolver).

6.6 **El contrato y el recurso de casación:** si un tribunal de primera instancia, conociendo de un problema contractual, hace caso omiso de que el texto del contrato lo obliga tanto a él como a las partes, y establece por ejemplo un alcance obligatorio diferente al que las partes tuvieron en vista, ocurrirá que una de las partes saldrá beneficiada y la otra perjudicada. El abogado de la parte agraviada opondrá una casación en la forma y una apelación.

6.6.1 Frente a esto, algunos autores han sostenido la **improcedencia de la casación** (tesis de los años 40'), sosteniendo que el **Art. 1545 CC** utiliza la expresión "ley" en un **sentido puramente metafórico** para expresar con fuerza literaria el vigor de la obligatoriedad del contrato. Además, sostienen que el recurso de casación es extraordinario, por lo que no constituye instancia y tiene como propósito uniformar la aplicación del derecho (función nomofiláctica) y no solucionar cuestiones relacionadas a un texto que solo obliga a dos partes.

6.6.2. Por su parte, Claro Solar impone su opinión, en el sentido que **el recurso de casación es procedente porque lo que hace que una ley lo sea es su obligatoriedad** y no el número de personas que resultan obligadas, por ejemplo cuando la CPR prescribe que el Presidente de la República dará la cuenta pública ante el Congreso Pleno, sabemos que esta es una ley pese a que solo obligue a una persona.

En segundo lugar, en la **historia del establecimiento de la ley**, los criterios interpretativos, el proyecto actual del **Art. 767 CPC** (recurso de casación procede por infracción de la ley) antes decía "por infracción de ley expresa" y en una de las comisiones legislativas se discutió el significado de esto, concluyéndose que esta frase se suprime y dejándose en manos de los tribunales la decisión.

Finalmente, estructura un **argumento ab ad absurdo**, que es el argumento de los contratos diligentes, que supone dos pares de contratantes que concurren a distintos tribunales con la misma regulación, obteniendo distintas resoluciones, por lo que posteriormente ambas partes se acercan a la Corte de Apelaciones, tocándole a cada uno en una sala diferente, el mismo día y hora. Entonces, en ambas salas se sostiene que el vendedor no tiene obligación de saneamiento de los redhibitorios como parte de la garantía, y hacen que ellos vean cómo arreglan el problema, de manera que estos contratantes tienen abierto el recurso de casación en el fondo porque la sentencia de apelación infringe la norma del **Art. 1857 CC y ss.** Sin embargo, en el caso de la sala de al lado, la obligación estaba establecida como una cláusula por lo que vulnera la ley del contrato y no tiene derecho a recurso de casación. En definitiva, por la misma situación **las consecuencias jurídicas son totalmente diferentes.**

Hoy en día entendemos que **no hay dudas**, en el sentido que la casación es procedente y que la norma legal que hay que citar como infringida es la del **Art. 1545 CC**, porque cuando un juez viola la ley del contrato, deja de obedecer el

mandato que impera en ese precepto y que también se dirige a el como órgano jurisdiccional.

7. **Efecto relativo del contrato:** mandato de optimización en virtud del cual los contratos deben generar derechos y obligaciones **únicamente para las partes que concurren a su celebración** y, a contrario sensu, no genera derechos y obligaciones para los terceros.

*“Res inter alias acta vel iudicata aliis nec prolesse potest”*: tanto el contrato como lo resuelto judicialmente son cosa entre partes, a los terceros no puede dañar ni beneficiar. Se entiende que este principio está afiliado al principio de la **autonomía privada**, el cual nos dice que la sociedad nos reconoce el poder de auto-determinar nuestros propios intereses convergiendo con otras personas para generar relaciones que suponen derechos y obligaciones. Entonces, es evidente que una consecuencia natural de este principio es que, en la medida que **alguien no preste su voluntad no puede resultar obligado ni beneficiado**. Ahora bien, este principio tiene matices y/o atenuantes.

#### 7.1 Partes:

7.1.1 **Los que concurren personalmente o por representación a la celebración del negocio** (el representante no es parte).

7.1.2 **Los herederos a título universal**, salvo para aquellos contratos que no pasan a los herederos. Este sería el caso de los contratos que establecen una obligación *intuitu personae*, o en que las partes establezcan que el contrato no pase a los herederos (extinción por causa de muerte), o los que por su propia definición conceptual no pueden pasar a los herederos, como por ejemplo el contrato de renta vitalicia.

7.1.3 **Terceros absolutos**. Estos **no están dentro del efecto relativo del contrato** y son aquellos que no tienen ninguna conexión con el contrato. En el derecho romano se les denominaba *penitus extranei*.

7.1.4 **Zona difusa**: hay terceros con respecto a los cuales se tiene duda si se adscriben o no a la categoría de terceros absolutos (y por tanto no se les aplicaría el efecto relativo de los contratos) o si se adscriben a la categoría de parte. Por lo general, existen dos categorías:

7.1.4.1 **Acreedores**: estas personas se ven económicamente afectados por los contratos que celebra su deudor (derecho de garantía o prenda general). La aproximación general de la doctrina y la jurisprudencia, pese a que se vean afectados o tengan interés en el contrato, es que deben ser considerados terceros absolutos, es decir, no puede considerarse que su interés o la afectación que sufren los haga ser parte del negocio.

7.1.4.2 **Sucesores a título singular**: esta situación es más compleja que la anterior, ya que un tercero podría adquirir derechos contractuales tanto a título *mortis causa* como por acto *inter vivos*, a partir de una causa habiente (aquel de donde emana la causa del derecho u obligación del que se trata). Por lo tanto, en el primer caso ocurriría necesariamente a través de un **testamento** que establezca un legado, el que involucre alguna obligación a partir de negocios contractuales previamente celebrados por el causante. En el segundo caso, cuando en virtud de un título de dominio, el antecesor traslada la propiedad de algún bien respecto del cual **ya se había celebrado un negocio contractual** que genera obligaciones, el problema se genera cuando las obligaciones no pueden considerarse reales (por ejemplo, cuando no hay una cláusula de conservación).

En derecho comparado se intenta hacer una separación a partir de la constatación de que hay ciertas obligaciones que parecieran pasar con la cosa y otras que no (doctrina de las obligaciones *prosper rem*) que no son derechos reales pero que sí acompañan a la cosa en su traslado dominical. En Chile esto no tiene solución legal y está abierto a discusión. En materia de propiedad existe el derecho de conservación, cuando efectivamente pueda invocarse un valor de conservación. Por lo tanto, el principio de efecto relativo es claro respecto de los terceros absolutos y las partes, pero es bastante **difuso con respecto a estas**

**figuras intermedias**, porque en Chile no tenemos una doctrina como la del *prosper rem* ni tampoco tenemos texto legal sobre la materia.

## 7.2 Excepciones al principio del efecto relativo:

7.2.1 **Estipulación por otro:** en Chile no tenemos ninguna figura genérica que permita generar obligaciones para terceros que no han consentido en el contrato, pero sí tenemos una figura genérica que permite generar derecho a favor de terceros, en el **Art. 1449 CC**. Por lo tanto, no hay excepción genérica respecto del perjuicio a terceros (imponerles una obligación) pero sí hay excepción genérica respecto del **beneficio** (derechos) a favor de terceros (estipulación por otro).

Historia:

7.2.1.1 **Roma Antigua:** nadie puede estipular en favor de otro.

7.2.1.2 **Roma Tardía:** se comienzan a visualizar figuras puntuales (no genéricas) que permiten generar donaciones modales a favor de terceros. Aun así, esta figura era excepcional.

7.2.1.3 **Derecho germánico:** abre la figura de la donación antes dicha.

7.2.1.4 **Código Francés (Art. 1119 y ss.):** hay una mirada estricta al respecto, permitiendo la estipulación por otro solo en casos excepcionales.

7.2.1.5 **Siglo XIX:** la mayor parte de las legislaciones comienzan a permitir la figura de modo amplio.

Discusión doctrinal: Esta figura ha sido objeto de **mucha discusión doctrinal**, y por lo general la discusión se posa sobre cuál es su naturaleza jurídica, sin embargo, la verdadera cuestión no es esta, sino cuáles serán las **normas supletorias** que se aplicarán en defecto a esta figura. De esta forma, en los ordenamientos jurídicos que no tienen regulación en materia de estipulación por otro, han surgido teorías que buscan una figura similar a la estipulación por otro y así poder aplicarle su regulación.

En Chile, si bien la argumentación no es muy abundante, es suficiente y ha gestado la idea de considerar a la estipulación por otro como una excepción rotunda al principio del efecto relativo de los contratos, con la peculiaridad de que las partes pueden retirar el derecho del patrimonio del tercero mientras él no acepte, ya que una vez que este acepte, el derecho deviene irrevocable.

- a. **Teoría de la oferta.**
- b. **Teoría de la gestión de negocios ajenos.**
- c. **Teoría de la declaración unilateral de voluntad.**
- d. **Teoría de la creación directa del Derecho.**

Partes del contrato: son el **prometiente**, el **estipulante** y el **beneficiario**.

- a. **Estipulante-prometiente:** en principio, se producen los efectos normales de todo contrato, salvo que el estipulante no puede demandar para sí lo estipulado (esto pareciera ser una precisión y no una salvedad). El estipulante puede demandar el cumplimiento para el tercero o demandar la resolución del contrato. Las partes tienen derecho a revocar o dejar sin efecto el contrato, de común acuerdo, mientras no medie aceptación por parte del beneficiario, sea expresa o tácita. Lo que parece ser excepcional es que no se pueda revocar si es que el beneficiario acepta. Si el prometiente pactó una cláusula penal con el estipulante, este último puede demandar para sí la cláusula penal.
- b. **Prometiente-beneficiario:** es una relación de acreencia condicional, vale decir, el beneficiario es el acreedor del prometente y esa acreencia está condicionada a la aceptación expresa o tácita. Dicha acreencia condicionada existe desde el momento mismo en que se perfecciona el negocio por estipulación con otro, es decir, incluso antes de la aceptación y conocimiento del contrato. En este sentido, la estipulación por otro es una figura bastante extraña. Una vez que se presta la aceptación, el beneficiario tiene acción para exigir lo estipulado para sí, pudiendo



hacerlo judicialmente, pidiendo que se cumpla el contrato y que se genere el beneficio que el contrato produce. En cambio, está impedido de pedir la resolución del contrato, la que solo compete a las partes del mismo. Por su parte, el derecho de aceptar o no, es perfectamente transmisible.

- c. **Estipulante-beneficiario:** no hay relación jurídica alguna aun cuando lo normal es que exista una relación práctica, fáctica o material muy intensa (ya que se gasta recursos propios en favor de un tercero).

7.2.2. **Promesa de hecho ajeno: (Art. 1450 CC)** no constituye una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, porque para que el tercero resulte obligado se requiere siempre de su ratificación, que es el acto en virtud del cual alguien a quien le es inoponible un negocio, se haga oponible. En caso de no existir ratificación, no hay obligación alguna para el tercero, sin infringirse el principio de efecto relativo entre partes.

Esto podría ser muy **criticable** porque lo que en verdad se promete es un hecho ajeno que consiste en lograr que el tercero se obligue a su vez, y si el beneficiario no consiente en el contrato entonces se resuelve con indemnización de perjuicios. Las únicas excepciones son las que en doctrina se entienden como hipótesis de contrato colectivo.

07.11.2016

7.3 **Atenuaciones al principio del efecto relativo:** se encuentran respecto del efecto absoluto o expansivo del contrato o los negocios jurídicos. Este efecto consiste en una constatación de que, al margen de su capacidad de crear derechos y obligaciones, los contratos son un *hecho*, el que configura una parte o porción de la realidad, de manera que naturalmente afecta a los terceros, aun a los absolutos. Estos terceros quedan concernidos por el contrato, más allá de la titularidad de derechos y obligaciones. Esto implica que tienen una **obligación genérica de abstención** respecto de los efectos del contrato, y en ciertas ocasiones tienen la posibilidad de invocarlo o que este sea invocado en su contra para fundamentar pretensiones jurídicas. De esta manera, la doctrina empieza a admitir gradualmente que hay ocasiones en que un contrato puede ser invocado por o contra terceros para sustentar pretensiones jurídicas, cuestión que ha tenido en algunos casos recepción legal o jurisprudencial.

7.3.1 **Cláusula del cliente más favorecido:** en el contrato entre A y B se incorpora una cláusula que señale que si el prestador de servicios celebra con otro cliente C un contrato que se ofrece el mismo servicio por menor precio, entonces esas condiciones contractuales le serán aplicables al contratante B. En consecuencia, cuando esto ocurre, se celebra un contrato que en principio tiene efectos entre partes, pero en el que un tercero (B) puede esgrimir ese contrato que le es ajeno frente a A para exigir la misma ventaja para sí. El contrato no está generando directamente derechos para las partes del contrato primario, pero puede ser esgrimido para fundamentar una pretensión de una de las partes (B).

7.3.2 **Cláusula de alineación con la competencia:** lo que dice es que si se demuestra que otro proveedor del mismo servicio efectivamente está pactando con sus clientes condiciones mejores a las que se contemplan en el contrato entre A y B, A (proveedor) se obliga a alinearlas, a igualarse con la competencia. En este sentido, B va a invocar un contrato que le es ajeno completamente, entre un proveedor y un cliente distintos a A y B.

7.3.3 **Responsabilidad extracontractual fundadas en relaciones contractuales:** (derecho comparado) puede ocurrir que un tercero invoque el contrato en contra de una de las partes o que las partes lo invoquen en contra de un tercero.

7.3.3.1 **Invocación de un tercero:** en un sistema estándar, la responsabilidad extracontractual requiere la culpa o negligente, de manera que si no existe la víctima es quien sufre los daños. El problema es que, en ocasiones, quien tuvo la

culpa o fue negligente queda impune. Es por esto que en derecho comparado se admite que se demande directamente en sede extracontractual fundando sus pretensiones sobre la base de un incumplimiento contractual para obtener una reparación, por ejemplo el mecánico que arregla mal un auto.

**7.3.3.2 Invocación de las partes:** se admite que una de las partes de dirija en contra de un tercero inductor de la violación del contrato persiguiendo una responsabilidad extracontractual, ya que por razones fácticas las herramientas contractuales son muy complejas.

**7.3.4 Contratos en derecho de familia:** tienen eficacia erga omnes, son oponibles frente a todos.

**7.3.5 Contratos en perjuicio de terceros:** por ejemplo contratos en relación con la acción revocatoria o pauliana. Los acreedores perjudicados son terceros absolutos respecto del contrato firmado por el deudor y un tercero, pero lo esgrimen como fundamento de su pretensión revocatoria.

**7.3.6 Otros.**

**7.4 Inoponibilidad:** En este contexto, la inoponibilidad se plantea como una **excepción** al efecto absoluto de los contratos. La inoponibilidad modernamente se entiende como una serie de casos en los que los terceros pueden sostener que, a su respecto, el contrato es irrelevante. Son situaciones en las cuales los terceros pueden actuar como si el contrato no existiera; a los terceros no los toca el efecto expansivo o absoluto del contrato. Las concepciones originales al respecto apuntaban a que la inoponibilidad era un fenómeno de ineficacia respecto de terceros, de derechos nacidos como consecuencia de la celebración de un contrato. El problema es que cuando hablamos de eficacia de un contrato, estamos hablando de efectos entre las partes (potencia generadora de derechos y obligaciones), de manera que respecto de terceros es complejo hablar de eficacia, ya que nunca se crean derechos y obligaciones (excepción: estipulación por otro). Así, la inoponibilidad no se refiere a la eficacia, sino -como lo han admitido las doctrinas más modernas- a todo ese otro abanico de efectos del negocio jurídico que no son la creación de derechos y obligaciones (solo se dan entre las partes). Para que la inoponibilidad se conceptualice en base a la eficacia basta con el efecto relativo, ya que nunca se generan obligaciones y derechos para terceros. En conclusión, es una **excepción al efecto absoluto de los contratos**, y se puede definir como los casos en los que el negocio jurídico no puede tener *valor* contra el tercero, en el sentido de que respecto de este las cosas se hayan como si el negocio no existiere, vale decir, su situación jurídica no está influida en absoluto por el negocio (Cariota).

La doctrina ha intentado tipificar los casos en nuestra legislación que pueden adscribirse a esta figura de la inoponibilidad, la que hasta hace poco no tenía recepción legal. Sin embargo, actualmente, la idea de la inoponibilidad aparece mencionada en cuerpos legales como el CPC y la Ley de Quiebras. Se mencionan varios casos.

**7.4.1 Por falta de formalidades de publicidad o inoponibilidades por clandestinidad:** las formalidades de publicidad tienen el propósito de hacer conocer a terceros la realización o celebración de un contrato, o el acaecimiento de un hecho de importancia jurídica. La pregunta es qué pasa cuando el legislador exige que un contrato se someta a cierta formalidad de publicidad. La respuesta es que los terceros pueden seguir operando como si ese negocio no se hubiera llevado a cabo. Por ejemplo, el caso de la cesión de créditos (**Art. 1902 CC**), se requiere la notificación de la contraparte o su aceptación. Una vez que se le notifica, el negocio para a serle oponible (debe pagar al nuevo acreedor). Otro caso es la contraescritura, la que cuando se hace por escritura pública y no se subinscribe la nueva escritura al margen de la escritura original y de la copia en cuya virtud ha obrado el tercero (**Art. 1707 CC**), de manera que si no se hace el tercero puede seguir actuando como si esa contraescritura no existiere (es prescindible, no existe para él). El caso de la disolución de una sociedad (**Art. 2714 CC**), también debe realizarse por formalidades, que son avisos en el diario, de manera que cualquier tercero puede actuar como si el contrato de sociedad estuviera vigente. El embargo o prohibición sobre bienes raíces (**Art. 1464**

**CC** en relación con el CPC) requiere que se inscriba en el Registro de Hipotecas y Gravámenes.

**7.4.2 Inoponibilidad por falta de concurrencia o de consentimiento:** cuando los terceros no han concurrido o no han prestado su consentimiento. El **Art. 1815 CC** respecto de la venta de cosa ajena señala que esta venta vale, pero sin perjuicio de los derechos del dueño. Esto quiere decir que vale entre las partes pero que es inoponible al dueño, en base a la cual el dueño puede interponer la acción reivindicatoria y a la que no se puede oponer por excepción el contrato de venta de cosa ajena (le es inoponible). El **Art. 1816 CC** se refiere a la prenda de cosa ajena, o en el mandato cuando se excede de los términos del encargo (**Arts. 2160, 2136 CC**), o los actos del tutor o curador o guardador respecto de bienes del pupilo, o el administrador de la sociedad que actúa más allá de sus atribuciones (**Art. 2079 CC**).

**7.4.3 Inoponibilidad por falta de fecha cierta:** lo que resulta inoponible es la fecha en la que se realiza el negocio. Los instrumentos públicos por definición tienen fecha cierta, como la escritura pública. Por su parte, los privados no tienen fecha cierta, por lo que respecto de ella son inoponibles a terceros. Sin embargo, el legislador contempla excepciones en las que un documento, a pesar de ser privado, puede comenzar a ser oponible a terceros respecto de la fecha a partir de un cierto momento (**Art. 1703 CC**). Esto no quiere decir que la fecha del documento sea la inoponible, sino que a partir del hecho legalmente sindicado, ese documento tiene fecha cierta.

- a. **Muerte de uno de los contratantes:** el sujeto no puede firmar el documento una vez muerto, de manera que se entiende que lo firmó antes de su muerte y, por tanto, se entiende que esa es la fecha cierta (no la que aparece explícitamente en el contrato), y es oponible a terceros.
- b. **Que el documento privado se haya copiado en un registro público.**
- c. **Que el documento privado haya sido presentado en juicio.**
- d. **Que el documento privado haya sido tomado de razón o lo haya inventariado un funcionario público en calidad de tal.**
- e. **Hipótesis del Art. 346 CPC:** forma de presentar instrumentos privados en juicio (apercibimiento de tenerlos por reconocidos y no ser objetados dentro del tercer día).
- f. **Escrituras privadas mercantiles (Art. 127 CdC).**

**7.4.4 Inoponibilidad derivada de nulidad u otras causas de ineficacia:** lo inoponible no es el contrato, sino su ineficacia. El negocio pierde eficacia, pero los terceros pueden seguir obrando como si el negocio fuera plenamente eficaz.

- a. **La propia declaración de nulidad es inoponible frente a terceros:** en términos generales, la declaración de nulidad es oponible a los terceros mediante la acción reivindicatoria en su contra (en su calidad de poseedor). Sin embargo, existen excepciones en relación con la prescripción, ya que al tercero que adquirió por este medio le es inoponible la nulidad; en las sociedades de hecho (**Art. 2058 CC**); cosas irreivindicables; terceros de buena fe (completar con acto). En el **Art. 51 Ley Matrimonio Civil** existe el matrimonio putativo (aparente), el que es un matrimonio celebrado con ciertas causales de nulidad pero bajo ciertas circunstancias se reputa válido respecto de los terceros e incluso de los cónyuges. Esto es relevante para los hijos, de manera que se reputan matrimoniales en el caso de matrimonios putativos (les es inoponible la declaración de nulidad).
- b. **Inoponibilidad por simulación:** cuando queda de manifiesto que hubo una simulación, a los terceros les es inoponible el acto oculto, y estos tienen la facultad de optar entre prevalerse del acto aparente o del oculto. Cuando optan por el aparente, el oculto les es absolutamente inoponible.

**Resumen Autonomía de la Voluntad:** incluye 4 subprincipios.

**1. Antes de la celebración del contrato.**

**1.1 Consensualismo.**

1.2 Libertad de contratación.

2. Después de la celebración del contrato.

2.1 Fuerza obligatoria de los contratos.

2.2 **Efecto relativo de los contratos**, en relación con el **efecto expansivo de los contratos**. Al respecto, La regla general es que el contrato tenga efectos absolutos y que por lo tanto nos afecten a todos y que por vía excepcional en cuanto a título de derechos y obligaciones solo afectan a las partes y tiene como excepción el principio de Inoponibilidad.

## Buena fe

1. **Concepto**: principio de derecho privado que mandata a presumir o suponer que los privados operan en el Derecho actuando conforme a parámetros jurídica y socialmente aceptados como correctos (buena fe objetiva) o, en su defecto, que actúan con la convicción de estar obrando de manera correcta (buena fe subjetiva); y que al mismo tiempo impera el reconocimiento y premio cuando esa suposición o presunción no se desvirtúa, y la sanción o castigo cuando esa presunción es derrotada o desmentida.

2. **Vertientes**: esto tiene dos vertientes en Derecho civil, que abordan el principio de maneras distintas. Cuándo se exige una u otra, eso lo señala el legislador en cada caso. Por ejemplo, en el caso del poseedor en la acción resolutoria, se exige una buena fe subjetiva que consiste en el desconocimiento que el dominio de su antecesor pendía de una condición y que, por lo tanto, su propio dominio también estaba sujeto a la posibilidad de ineficacia. En la acción pauliana o revocatoria, debe tener desconocimiento del estado de sus negocios, distinguiendo entre onerosos y gratuitos, para probar lo necesario para invalidar el negocio (en los gratuitos solo se requiere la buena fe del deudor, mientras que en los onerosos de ambos).

2.1 **Subjetiva**: su expresión paradigmática se encuentra a propósito de la posesión en el **Art. 706 CC**. Define la buena fe como una conciencia, que es una convicción psicológica de encontrarse en una situación jurídica correcta, conforme a la regla o regular, en un sentido subjetivo. Si la parte objetivamente se encuentra a una posición viciosa, no obsta a la buena fe subjetiva, ya que es una convicción psicológica aunque objetivamente no se corresponda con la realidad.

2.2 **Objetiva**: **Art. 1546 CC** mira la cuestión de la buena fe desde la perspectiva de la congruencia de la conducta con una pauta externa a los contratantes, y que establece lo que jurídica o socialmente entendemos como correcto. Se señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, intentando decir que obligan no solo a lo que ellos se expresa, sino a todo lo que emana de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Este estándar no es la propia conciencia o fuero interno del sujeto, sino que es lo que un observador razonable o un juez considera incluido en la naturaleza de la obligación o que se entiende incorporado por ley o por la costumbre. No existe matiz subjetivo alguno, no interesa lo que el contratante crea. De esta manera, la conducta objetiva del contratante debe contrastarse con el **estándar de obrar lealmente** en las relaciones recíprocas contractuales. Esto incluye desde las tratativas preliminares, pasando por la ejecución del contrato, hasta la extinción de la relación contractual y sus consecuencias post contractuales. En concreto, este estándar es complejo de determinar, ya que la buena fe es un **concepto válvula** o jurídico de contenido indeterminado que sirve precisamente para que el juez los dote de contenido concreto frente al caso que tiene que resolver, y que se va modificando con el tiempo. La unidad de sentido siempre es la misma, y se refiere a obrar con lealtad, pero esta cuestión varía según el tipo de contrato, el tipo de contratante, las circunstancias de la especie, el tiempo o época en que se celebra o ejecuta un contrato, etc. Es el **juez** el que establece el parámetro contra el cual hay que contrastar o comparar la conducta del contratante. Por lo tanto, esa determinación, constituye una **cuestión de derecho que es susceptible de recurso de casación en el fondo**.

3. **Fases del iter contractual:** la buena fe se requiere durante todo el camino del contrato, desde su pre gestación hasta su total extinción.

3.1 **Tratativas preliminares:** son parte de la buena fe en esta fase las siguientes cuestiones resueltas por la jurisprudencia.

3.1.1 **Deber de reserva o secreto:** se refiere esencialmente a todas aquellas materias que la contraparte despliega o abre frente al otro negociante o negociador, y que por su propia naturaleza tienen carácter reservado (que otorgan, por ejemplo, ventajas de mercado). Esto ocurre cuando la contraparte abre una materia secreta para que se lleve a cabo el contrato, la que no puede ser divulgada por el otro.

3.1.2 **Deber de interrumpir las tratativas cuando se advierte la posibilidad o probabilidad del propio incumplimiento.** Es contrario a la buena fe quien, una vez que se percata de que es complejo que cumpla lo que se está pactando, guarda silencio. Este comportamiento contrasta con la actitud del contratante leal, que es el que, frente al surgimiento de antecedentes que le hacen pensar que no podrá cumplir, le dice a la contraparte.

3.1.3 **Deber de informar:** la contraparte tiene el deber de informar cuando ciertas materias tienen injerencia en lo que se está contratando. Tiene la obligación de abrir algunas materias relevantes al objeto del contrato. Por otro lado, también existe deber de informar sobre la calidad y solvencia de las partes, ya que puede ser que la razón de un contrato (por ejemplo, asociación o fusión o actos con incapaces) se relacione estrechamente con la calidad o solvencia de las partes.

**¿Qué pasa si se infringen estos deberes?:** depende si se celebró o no el contrato. Si no se celebró el contrato, procede una indemnización de perjuicios en sede extracontractual (*culpa in contrahendo*). Si se celebró el contrato, y además hay dolo, se procede por nulidad.

3.2 **Celebración del contrato:** en derecho comparado, esto supone fundamentalmente 2 obligaciones.

3.2.1 **Obligación de pactar de manera equitativa:** pactar términos razonablemente equilibrados desde el punto de vista económico, y no aprovecharse de inexperiencia, ligereza o negligencia de la otra parte. Esto es así en todos los ordenamientos jurídicos que contemplan la lesión enorme como un vicio general con componentes subjetivos. En nuestro país, esto no ocurre, y la lesión enorme tiene una aplicación restringida (7 casos) y no contempla componentes subjetivos de ninguna clase (solo se requiere un desequilibrio objetivo entre las prestaciones). En consecuencia, en nuestro país es complicado establecer que existe esta obligación genérica.

En el derecho del consumo se sanciona con nulidad toda aquella cláusula contractual que establezca, en favor del proveedor, un desequilibrio contractual relevante en contra de las exigencias de la buena fe.

Si se ha generado un contrato con lesión enorme fuera de los casos establecidos legislativamente, y está cerrada la posibilidad de recurrir por otras sedes. Si se quiere recurrir a un proceso judicial, se podría accionar por la buena fe, señalando que a pesar de que legalmente no está tipificado como lesión enorme, el comportamiento de la contraparte es contrario a la buena fe, porque un contratante leal no habría actuado de tal manera. El juez debe dictar sentencia, aunque no haya ley que resuelva el conflicto (**Art. 76 CPR**, principio de inexcusabilidad).

3.3 **Cumplimiento del contrato:**

3.3.1 **Determinación del alcance de las obligaciones:** el **Art. 1546 CC** señala que es la buena fe la que determina el alcance de las obligaciones que se contraen cuando se celebra un contrato, de manera que la buena fe objetiva determina propiamente qué es lo que usted se obliga a satisfacer o el interés que se obliga a resguardar, cuáles son los extremos a que llega la obligación contraída. Es casi imposible que las partes contemplen todos los extremos o detalles a que puede dar lugar la ejecución de un contrato, de manera que por más diligentes que sean las

partes, siempre van a quedar lagunas o espacios vacíos frente a la pluralidad y complejidad de la vida real. Este vacío, por mandato legal, debe ser llenado conforme a los imperativos de la buena fe. Señala que los contratos deben ser cumplidos o ejecutados de buena fe, y el contenido de esta se relaciona con la naturaleza de la obligación contraída y con aquello que por la ley o la costumbre se entiende incorporado a ella. De esta manera, hay tres elementos que el legislador vincula como componentes de un cumplimiento de la buena fe, que son la **naturaleza** de la obligación, lo que la propia **ley** entienda incorporado en esa obligación y lo que los **usos socialmente establecidos** (costumbre) entiendan que le pertenece a ella. Esto podría analizarse, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento en el que no se establece si pueden haber mascotas o no.

**3.3.2 Reducción de la extensión de responsabilidad de los contratantes:** como la buena fe se opone a la mala fe, y esta en sede contractual es posible normalmente identificarla con una conducta dolosa, resulta al tenor del **Art. 1558 CC** que la buena fe reduce la extensión de responsabilidad de cada contratante, ya que el dolo o la mala fe la amplía, en el sentido que cuando hay dolo no solo se responde de los perjuicios directos y previstos (culpa), sino de todos los directos, sea previstos o imprevistos.

**3.3.3 Otras aplicaciones:** en la doctrina chilena se ha sostenido que en materia de cumplimiento la buena fe puede tener otras aplicaciones.

**3.3.3.1 Fundamento para rechazar una demanda de resolución de contrato fundada en un incumplimiento mínimo o irrelevante,** ya que lo íntegro del pago se analiza a la luz de las consideraciones sobre la buena fe.

**3.3.3.2 Fundamento para declarar improcedente la excepción de no cumplimiento del contrato cuando el incumplimiento imputado es meramente formal, ritual o mínimo.**

**3.3.3.3 Fundamento para modificar el contrato cuando ha habido imprevisiones** (teoría de la imprevisión).

**3.3.3.4 Fundamento para una objetivización en la interpretación del contrato.** La interpretación de los contratos puede ser objetiva o subjetiva, y **Art. 1560 CC**. Se refiere a la intención de las partes contratantes, que debe estarse más a ella que a la literalidad del contrato. En la práctica, esto es inútil, debido a que cuando se produce un problema contractual es porque no hay o no hubo o se desconoció esa voluntad de los contratantes, por lo que en este esquema de razonamiento el juez lo que hace es inventar voluntades virtuales de las partes. Frente a eso, las corrientes de interpretación más objetivas no se centran en las voluntades virtuales inexistentes o diluidas, sino en las formas razonables de entender un contrato como el que objetivamente celebraron las partes. Esto tiene que ver con los usos, la buena fe, la natural extensión de las palabras, la naturaleza de la obligación, etc. Estas formas objetivas tienen un fundamento esencial en el principio de la buena fe, y la tendencia es a ir objetivizando cada vez más el proceso interpretativo, desligándolo de la inexistente voluntad común de los contratantes.

**3.4 Relaciones postcontractuales:** sea en la fase de liquidación del contrato, sea en la fase post liquidación propiamente tal.

**3.4.1 Deber de abstención de actos que disminuyan ventajas patrimoniales de la contraparte:** la regla y principio general que emana de la buena fe es que las partes tienen en esta fase un deber general de abstenerse de todo acto que tienda a disminuir las ventajas patrimoniales a que la contraparte tiene derecho. Por ejemplo, si se vence el periodo acordado para un arrendamiento de un inmueble, no se puede *tirar la casa por la ventana* el último día de arriendo, ya que la contraparte tiene el derecho de recibir la casa en el estado que se entregó, menos el desgaste natural por el uso. Otro ejemplo sería la venta de un negocio con derecho de llave, la buena fe parece exigir una abstención en relación con iniciar

negocios de competencia con el vendido, cuyos alcances son difusos dada la falta de regulación explícita -pero que se extraen de la buena fe-. Esto pone de relieve la función esencial del principio, como un **límite a la autonomía privada**, ya que se limita el derecho a realizar una actividad económica (derecho constitucional). Su importancia como límite ha ido creciendo en las últimas décadas, ya que el legislador cada vez más ha ido recogiendo hipótesis que recogen la buena fe como estructura de contención de los excesos de la autonomía privada, como las modificaciones que han sufrido las legislaciones de protección al consumidor (Ley 19.496), cuya modificación de más relevancia fue aquella que cambió la norma que penaliza con nulidad las cláusulas abusivas. Antes de esto, solo eran nulas las cláusulas que el **Art. 16** reseñaba (establecía algunos casos que generaban una doctrina unalista negra, casos de cláusulas que la ley reputaba abusivas y que podían anularse), de manera que el resto eran válidas. En consonancia con las tendencias europeas, el legislador chileno modificó este precepto, y se generó un estándar abstracto y general que permite que cualquier cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, genere derechos injustificados para el proveedor o prestador de servicios, pueda ser judicialmente declarada nula. Esta es una poderosa manifestación de cómo la buena fe ha adquirido creciente importancia como límite a la autonomía privada.

**3.4.2 Límite al principio de fuerza obligatoria del contrato:** de una manera más tenue y con mayor recepción doctrinal que jurisprudencial, ha adquirido relevancia como el instrumento conceptual o teórico que permite limitar o suavizar el principio de fuerza obligatoria del contrato. Algunos tienden a pensar la cuestión respecto de la oposición entre los principios de la buena fe y la fuerza obligatoria, siendo la primera un límite para el segundo. Sin embargo, el esquema correcto es aquel en el que se entiende que la fuerza obligatoria lleva a un resultado determinado en materia de ejecución, pasando por el filtro de la buena fe. No hay fuerza obligatoria más allá de lo que permita la buena fe. De esta manera, sirve para modular la extensión de las obligaciones de los contratos.

## Interpretación del contrato

1. **Precisiones iniciales:** el contrato, como todo acto de lenguaje, tiene espacios de ambigüedad o de incertidumbre que deben ser resueltos mediante un proceso intelectual que fija un sentido único para ese acto de lenguaje o texto contractual. La interpretación o hermenéutica contractual es aquel proceso en el que se elige uno de los sentidos posibles, y se determina o fija.
2. **Paralelo con la interpretación legal:**
  - 2.1 **Elementos comunes:** en ambos casos son actos de lenguaje, ambos despliegan sus efectos en el ámbito del Derecho, por lo que tienen áreas de similitud.
  - 2.2 **Elementos diferenciadores:** el contrato es producto de la voluntad de dos partes, de manera que tiene algunas especialidades, lo que ha sido recogido por el legislador, el que le da dedicado un título completo a esta materia (**Arts. 1560-1566 CC**).
3. **Tipos de interpretación contractual:**
  - 3.1 **Interpretación auténtica:** la que hacen las propias partes del contrato, fijando el alcance de la relación negocial que han celebrado previamente. Esto se puede realizar de dos maneras distintas.
    - 3.1.1 **Aplicación práctica de la relación (Art. 1564 CC):** se interpreta al negocio a partir de la aplicación práctica que las partes hacen del negocio, por lo que es una interpretación fáctica, realizada a través de hechos de cumplimiento contractual.
    - 3.1.2 **Negocio de determinación o convención de certeza:** acuerdo de voluntades entre dos partes de un acuerdo previamente celebrado que da cuenta de una ambigüedad o problema hermenéutico y fija un sentido único compartido

para esa situación de incertidumbre. Se trata de una relación negocial que sustituye una relación contractual que contiene incertidumbres, por una situación jurídica cierta.

Podrían ambas ser contrarias, ya que si bien las partes pueden intentar aclarar lo que estaba oscuro, puede ocurrir que no despejen la incerteza y sea contrario a su comportamiento fáctico. Sin embargo, lo más normal es que la convención de certeza excluya cualquier otro sentido posible fuera de toda ambigüedad.

**3.2 Interpretación judicial:** la efectuada por el juez, realizada por la autoridad jurisdiccional de acuerdo con las normas o prácticas vigentes sobre interpretación de contratos. En el Derecho Alemán, a partir de un precepto del CC que parece establecer un sistema subjetivo, se ha objetivizado la interpretación de los contratos. En consecuencia, existen dos tendencias, y se observa que, dadas las inconsistencias de los sistemas de interpretación subjetiva, se va avanzado hacia una objetivización de la interpretación contractual.

**3.2.1 Primacía a la interpretación subjetiva:** busca la intención de los contratantes, haciendo una investigación psicológica para determinar el sentido del contrato. **Nuestro sistema legal se inscribe nítidamente en un sistema subjetivo, con algunas matizaciones pequeñas de objetividad.**

Esta interpretación tiene como **fundamento**, al menos en teoría, la idea del **voluntarismo jurídico**, que toda obligación se funda en la voluntad, encontrando su contenido y su límite en ella. Si solo puedo quedar obligado cuando he concurrido con mi voluntad a una obligación, se debe sostener que el contenido y límite de esa declaración están determinados también por mi propia voluntad. Frente a una ambigüedad, parece bastante razonable postular que lo que el juez debe intentar hacer es **averiguar cuál ha sido la voluntad de las partes**, y solo a partir de ello tratar de atribuir un significado a tal cláusula o cláusulas oscuras. Esta idea se consagra legislativamente en prácticamente todos los CC desde el CC de Napoleón de 1804 hasta el BGB de 1900. Todos los CC del siglo XIX contemplan una instrucción al juez para interpretar el contrato a partir de la **voluntad** de las partes, incluyendo el CC chileno.

El problema de este tipo de interpretación es que, cuando no se puede inquirir la voluntad real, se atiende a la voluntad más probable, esto es, una *voluntad meramente virtual*.

**3.2.2 Primacía a la interpretación objetiva:** busca la interpretación social, la justicia y razonabilidad del resultado interpretativo más allá de lo que pudieron o no haber querido las partes en el contrato.

**3.2.3 Sistema chileno:** se observa un sistema **subjetivo** en el **Art. 1560 CC**, el que señala que *conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*. El CC Napoleón decía algo similar, señalando que en las convenciones se debe buscar cuál ha sido la **intención común** de los contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras.

La noción diferenciadora de esto con nuestro CC es la noción de *intención común*, la que ha sido objeto de una serie de **críticas** ya que, si hubo una intención común, entonces la pregunta es *¿Habrá realmente un problema de interpretación?*. Si hubo una y se conoce, entonces el problema **no es de naturaleza interpretativa**, ya que si lo fuera es porque no hubo una voluntad común, fue ambigua o una de las partes la desconoce. Todas estas críticas provocaron que nuestro CC no haga alusión a esta noción. En el BGB, se agrega que se debe apreciar su **comportamiento total**, aun posterior a la celebración del contrato. Así, además de la subjetividad, se agregan componentes objetivos durante y después de la celebración.

A partir de lo anterior, la pregunta es si la redacción del **Art. 1560 CC**, modifica la línea crítica respecto de los sistemas subjetivos en general, esto es, la referencia a la *intención común*. La respuesta de la mayoría de la doctrina es que **no**, fundamentalmente por dos razones: Por una parte, ya que si la intención **no es común** (como señala el CC de Napoleón) **no sirve de nada establecer la voluntad de las partes**, pues tan solo se establecerá un desacuerdo. Por otra



parte, la incorporación del adverbio de modo “**claramente**” tampoco contribuye, ya que en la mayoría de los casos si se genera un **conflicto** y el texto del contrato es **ambiguo**, es muy difícil establecer *con claridad* una **intención**. De este modo, ninguna de las innovaciones de Bello es útil para **rescatar el sistema subjetivo** de interpretación.

Esto produce que tenga sentido preguntarse por los **criterios** con los cuales el juez **atribuye voluntades virtuales o probables**, más allá de la justificación retórica (“*es claro que las partes quisieron esto*”). La respuesta normalmente se encuentra en lo que se denomina, desde la doctrina alemana del siglo XIX, la **consideración de las circunstancias de la especie**. Esta doctrina consiste en considerar el conjunto de hechos, calidades, posiciones, necesidades, etc., que configuran el **entorno o ambiente del contrato**. Este entorno o ambiente es lo que en definitiva permite al juez cierta plausibilidad a la hora de establecer la voluntad más probable. Incluso en nuestra propia reglamentación contractual, en el **Art. 1564 CC**, se introducen consideraciones **objetivas**. Por ejemplo, en el número 3 se le ordena al juez tener en cuenta **los contratos de las partes en la misma materia** y cómo, de hecho, los **han interpretado las partes al cumplirlo**.

Una segunda cuestión relevante es la que se refiere a la **necesidad o procedencia de la hermenéutica contractual: ¿cuándo debe interpretarse un contrato?**. Las posturas pueden reducirse a dos extremos. Primero, un contrato solo se interpreta cuando **su texto es oscuro**, vale decir, cuando el texto genera **dudas, ambigüedades, polisemias**, etc. Esta postura es **restrictiva** de la actividad judicial, ya que el juez no puede interpretar un contrato claro. Segundo, la interpretación procede bastando que exista **conflicto respecto del contrato**, vale decir, aunque el contrato sea claro en sus términos, si hay conflicto a su respecto, el proceso hermenéutico se hace **necesario y procedente**. Si nos situamos en esta postura, como no se exige oscuridad, basta el **conflicto** para que el juez esté habilitado a interpretar un contrato.

El Código Civil francés no distinguía si la cláusula debe ser clara u oscura para habilitar al juez a interpretar el contrato. No obstante, la doctrina francesa posterior, sostuvo que **lo claro no se interpreta**. Así se instaló el aforismo: *in claris non fit interpretatio*. En Chile hubo doctrina **contradictoria** hasta la obra de Claro Solar, quien sostuvo que **cada vez que existe conflicto, el texto contractual debe interpretarse**. El proceso hermenéutico contractual se gatilla, en primer lugar, por **ambigüedad** del texto (cuando admite más de un sentido); en segundo lugar, cuando hay **oscuridad**, es decir, cuando el texto resultad **ininteligible**; en tercer lugar, cuando, si bien los términos son claros, las circunstancias del caso permiten notar que **son insuficientes o excesivos**.

4. **Interpretación subjetiva: Reglas de interpretación (Arts. 1560 a 1566 CC)**. Este conjunto de disposiciones tiene en el **Art. 1560 CC** un principio rector que informa todo el proceso interpretativo que nos rige. Además, existen **otras reglas** que son cánones que operan en la **práctica** de la argumentación judicial y ante tribunales, como **inicio de las cadenas argumentativas** que se desarrollan, sea por las partes o el juez, con el fin de establecer la *intención común* de los contratantes. La estructura de las cadenas argumentativas suele ser un **silogismo simple**, usando como premisa mayor una de las reglas. Se deben tener en cuenta dos cuestiones. La primera, es que la mayor parte de las reglas **no son creación de Bello**, sino que se reconducen incluso al derecho romano. Una segunda nota, es que entre estas reglas **no hay orden de prelación** alguno.

- 4.1 **Reglas intrínsecas:** parten del texto.

- 4.1.1 **Regla de la armonía de las cláusulas: (Art. 1564 N°1 CC)** Las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas de tal modo que sean **armónicas**, es decir, no puede interpretarse una cláusulas asignándole un **sentido contradictorio** con otra cláusula.

4.1.2 **Regla del efecto útil: (Art. 1562 CC)** Si una determinada cláusula tiene dos sentidos, uno en el cual produce un efecto útil y otro en el cual no es eficaz, el juez debe preferir el primero por sobre el segundo.

4.1.3 **Regla del sentido natural: (Art. 1563 inc. 1 CC)** Cuando no aparezca una voluntad claramente establecida en sentido contrario, las cláusulas deben interpretarse la manera en que mejor cuadren con el sentido del contrato. De este modo, se puede tanto ampliar como restringir el sentido de una expresión.

4.1.4 **Regla de la aplicación restringida del texto: (Art. 1561 CC)** Es una regla difusa que está a medio camino entre esta categoría y la siguiente. Establece que, por generales que sean los términos que las partes ocupan al redactar un contrato, solo se refieren al **contrato** y no van más allá. Un ejemplo clásico de aplicación de esta cláusula son los contratos de **transacción**, en que las partes se otorgan el más completo y amplio finiquito. Lo correcto es que, respecto de lo que se ha transigido, se han otorgado el más amplio y completo finiquito y no se deben nada recíprocamente. La expresión “se otorgan el más completo y amplio finiquito” se debe entender como **solo referida a la materia en que se ha contratado**.

4.1.5 **Regla de la extensión natural: (Art. 1565 CC)** Cuando las partes ejemplifican con un caso una regla más general, eso no quiere decir que la aplicación del contrato se deba solo a ese caso, sino que a todo el alcance natural de la extensión de la regla.

4.2 **Reglas extrínsecas:** parten de las circunstancias de la especie, es decir, del entorno que rodea el contrato y que está conformado por las calidades de las partes, por las relaciones anteriores entre estas, por el contexto económico en que se celebra el negocio, por lo usos sociales y profesionales respecto de ese negocio, por las relaciones familiares o de amistades entre las partes, etc.

4.2.1 **Regla de los contratos anteriores sobre igual materia: (Art. 1564 inc. 2 CC)** Es razonable pensar que si las partes han celebrado antes un contrato sobre la misma materia han asimilado el contrato anterior al que se interpreta.

4.2.2 **Regla de la interpretación auténtica práctica: (Art. 1564 inc. 3 CC)** Es auténtica porque la realizan las partes, y práctica pues la hacen no expresamente sino comportándose de determinada manera.

4.2.3 **Regla de interpretación contra stipulatorem: (Art. 1566 inc. 2 CC)** Esto quiere decir que si tenemos una cláusula ambigua y esta ha sido redactada por una sola parte del contrato (circunstancia externa), entonces la ambigüedad se interpreta en contra del redactor.

4.2.4 **Regla de las cláusulas comunes: (Art. 1563 inc. 2 CC)** Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen. Buena parte de la doctrina interpreta esta regla como una tercera repetición de los elementos de la naturaleza (**Arts. 1444 y 1546 CC**). Sin embargo, esto es un **error** por dos razones. Primero, porque la propia **regla del efecto útil** nos ordena entender una ley en el sentido de que produzca un efecto y preferirlo sobre el sentido de que no produce ningún efecto, por lo que si se entiende como una tercera referencia a los elementos de la naturaleza, **no se da ningún efecto útil** a la disposición. Además, resulta que el **Art. 1546 CC** establece que los contratos obligan a lo que ellos expresan y, en virtud de la buena fe, a aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley y la costumbre. De este modo, el **Art. 1563.2 CC** tiene relación con la referencia del **Art. 1546 CC** a la costumbre, de manera que aquellas cláusulas de sistemático uso y en que se cree responden a un deber jurídico, deben entenderse incluidas aunque no se expresen.

4.3 **Reglas subsidiarias: (Art. 1566 inc. 1 CC)** regla que contraviene, para efectos contractuales, una regla que el legislador había dado a efectos de interpretación legal (**Art. 23 CC**, que señala lo favorable u odioso de una disposición legal no se debe tomar en cuenta para efectos de ampliar o restringir su interpretación). A propósito de contratos y como **norma subsidiaria** establece la idea que, sino puede aplicarse ninguna de las normas anteriores para dar sentido al texto contractual, la ambigüedad debe interpretarse **a favor del deudor**. Es decir, el legislador trata que, en defecto de las demás normas, se

**aligere la carga del deudor.** Esta norma no debe tener aplicación primaria, sino que opera única y exclusivamente en subsidio del funcionamiento de las demás.

## 5. Interpretación objetiva:

5.1 **Prácticas y conceptualizaciones:** perseguir la voluntad de los contratantes es una utopía que nos hace terminar suponiendo voluntades virtuales. Los criterios con que se maneja la interpretación objetiva proveen fórmulas racionales para la imputación de estas voluntades virtuales.

5.2 **Surgimiento:** nacen a partir de las críticas de los sistemas subjetivos, consagrados desde el Code Napoleon en adelante. Esta crítica se basa fundamentalmente en el carácter fantasioso de ese proceso interpretativo, que consiste en creer que existe, respecto de un punto controvertido, una voluntad común en el origen o nacimiento del contrato. Esta crítica se desarrolla fundamentalmente en Alemania a fines del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX.

Es una tesis que provoca una re-lectura y revisión por parte de la doctrina y la jurisprudencia del **BGB Alemán**, que es similar a lo estipulado por el **Art. 1166 CC Napoleon**. El BGB establecía, en su **Art. 133** que, en la interpretación de una declaración de voluntad, será necesario investigar la **voluntad real** sin atenerse al sentido literal de las palabras (similar al CC francés de la *intención común*). En su **Art. 157** agrega que los contratos deben ser interpretados como lo exige la **buena fe** en correlación con los usos sociales. Estas normas abordan la interpretación contractual en un plano general, pero lo hacen de manera **tensa**. La doctrina Alemana y luego la jurisprudencia de manera consistente, comienzan a **releer** estas disposiciones, entendiendo, en primer lugar, que lo que las partes **declaran** es lo único que **importa** porque es lo único que consta (la intención o voluntad que se quedó en el fuero **interno** es jurídicamente **irrelevante**, lo que sí importa es la declaración de voluntad), y es esa la que debe ser vista a la luz de la **buena fe y los usos sociales** para determinar su significado, extensión y límites.

A partir de lo anterior, pareciera ser que el proceso argumental en el sistema objetivo es **más honesto**, ya que en el proceso interpretativo subjetivo *se hace como que existe* una clara voluntad de las partes, lo que finalmente es una trampa lingüística. A su vez, en los sistemas subjetivos, se utilizan las circunstancias de la especie para establecer la posible intención de las partes, de manera que la declaración podría llegar a establecerse, eventualmente, con la ayuda de las circunstancias contextuales (la declaración es la expresión de una voluntad que puede llegar a aclararse con las circunstancias de la especie). En cambio, en el **sistema objetivo**, esas circunstancias forman parte esencial de la declaración negocial que el juez debe analizar, de manera que la declaración es tanto la propiamente tal como sus **circunstancias**.

5.3 **¿Cómo opera un sistema objetivo?:** a través de dos criterios fundamentales que sirven para interpretar la declaración y el conjunto de sus circunstancias. Estos dos criterios normalmente confluyen.

5.3.1 **Hombre medio:** se asemeja al *buen padre de familia*. Consiste en atribuirle a la declaración, atendidas sus circunstancias, el sentido que tendría esa declaración en ese contexto para una persona común, media, razonable, para un ciudadano promedio. Esta idea no para todos los casos se refiere al hombre medio estadístico de una población, sino que debe referirse al hombre medio relevante a efectos del conflicto (universo relevante: puede ser cualquier individuo de la sociedad o de un nicho específico, como el caso de un contrato entre dos agricultores del sur de Chile).

5.3.2 **Regla de lo razonable o rule of reason:** la declaración y sus circunstancias deben ser interpretadas otorgándoles el sentido y alcance que, dado los hechos del proceso, es **razonable** sostener que tengan. Esta idea ha cobrado mayor vigor en derecho comparado y en derecho internacional privado (inspira buena parte de la regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías). Normalmente lo que piensa el hombre medio es lo que razonablemente cabe pensar, de manera que estos dos módulos de juzgamiento aparecen en conjunto.

5.4 **¿Cómo se operativizan en concreto?:** a través de 4 criterios.

5.4.1 **Interpretación de buena fe:** aquella que atribuye a los hechos (declaración mas circunstancias) el sentido **usual** y, por lo tanto, sus efectos usuales, a menos que exista un acuerdo evidente de las partes en un sentido contrario. Vale decir, una interpretación que le da a los hechos un sentido excéntrico o extravagante no es una interpretación de buena fe.

5.4.2 **Usos sociales:** (regla BGB) circunstancias, prácticas, lenguajes, que resultan frecuentes, usuales o comunes para un determinado tipo de negocio y que comprenden las circunstancias de tiempo, lugar y personales.

5.4.3 **Finalidad económica:** se refiere a la economía del contrato. Esta es una cuestión particularmente importante en el mundo anglosajón, que ha ido adquiriendo cada vez más relevancia en los sistemas continentales. Los contratos son la expresión jurídica y formato legal al cual sometemos **procesos de satisfacción de necesidades económicas**. Por lo tanto, cada tipo de contrato trasluce o a cada uno de ellos subyace una **lógica económica**. Por ejemplo, en una compraventa subyace la necesidad de **obtener un bien** conjugada con la necesidad de **adquirir utilidades** (liquidez dineraria). Esto tiene relevancia a la hora de realizar un contrato, tiene consecuencias a la hora de interpretar un contrato. La consideración que en un contrato de compraventa tiene que haber un “doy para que me des” que inicialmente estaba en la convención pero posteriormente desaparece, es una cuestión fundamental a la hora de resolver el caso concreto. Si se imaginan hipótesis conflictivas que amenazan con esa finalidad económica, resulta relevante a fines interpretativos preguntarse cuál es esa finalidad, cómo se presume que las partes pensaron en esa relación económica y cuál es el ámbito en el que la ley protege ese interés.

5.4.4 **Máximas de la experiencia:** conjunto de conocimientos asentados en una determinada sociedad que forman parte del acervo cultural común y que no forman parte de ley alguna, pero que sirven para concretizar ideas de razonabilidad y de usos compartidos. Dos fuentes muy usadas de las máximas de la experiencia son los conocimientos científicos afianzados y los usos compartidos socialmente vía “sabiduría popular” (sentencia CA Valdivia de Hernán Rodríguez).

## Interpretación y actividad de los tribunales y CS vía casación en el fondo

Interpretación, calificación y casación en el fondo.

Rol de la CS en la calificación e interpretación de contratos.

### 1. Precisiones iniciales:

1.1 **Calificación:** proceso intelectual que consiste en enmarcar el contrato *sub lite* en alguno de los tipos legalmente regulados, con el objeto de aplicarle a ese contrato la regulación correspondiente. Este proceso intelectual necesariamente tiene que darse después de la prueba y la interpretación. No es una operación necesaria, ya que solo opera cuando hay **dudas respecto al tipo contractual** y es necesario adjudicarles una calificación, pero existen contratos en los que no es necesario realizar dicha adscripción puesto que simplemente se les denomina “contrato atípico”, y prima la regulación que las partes le han dado. Por lo tanto, es usual pero no necesario.

1.2 **Relaciones entre casación en el fondo y contrato:** existen tres posibilidades de interacción.

1.2.1 **Casación por infracción de la ley del contrato:** revisado a propósito de la fuerza obligatoria.

1.2.2 **Casación por errónea calificación del contrato:** es una cuestión sencilla de resolver, puesto que no hay duda en nuestro sistema interno que esta casación es **una cuestión jurídica** (no de hecho) y, por tanto, **procedente**. Ahora bien, se deben tener en cuenta las **normas legales** que se alegan como infringidas en el recurso de casación; en este caso hay **cuatro normas** que se deben invocar: en

primer lugar, el **Art.1545 CC**; en segundo lugar, los artículos en los que **se define el tipo contractual** que el recurrente considera **verdadero** o correcto; en tercer lugar, la ley que **define el tipo contractual erróneo o equivocado** (tipo contractual que el recurrente sostiene que está incorrectamente calificado), porque el juez la está aplicando a una situación fáctica que la ley no autoriza que se aplique; finalmente, las normas jurídicas **que rigen al contrato verdadero** y también se dejan de aplicar.

1.2.3 **Casación por errónea interpretación del contrato:** existen discrepancias teóricas, y la pregunta de fondo es si la interpretación es una cuestión de hecho o de derecho.

1.2.3.1 **Tesis de la improcedencia:** postulan que **no procede** la casación por errónea interpretación del contrato. Tuvo éxito a partir de la tesis de Planiol durante todo el siglo XIX y, como en Chile se tendía a imitar el sistema francés, tuvo bastante éxito esta teoría hasta principios del siglo XX (obra de Claro Solar).

1.2.3.1.1 **Primer argumento:** respecto de la **finalidad del recurso**, sostienen que es un recurso **nomofiláctico** (debe haber algún recurso que uniforme la interpretación de la ley de manera de proveer una dosis de igualdad ante la ley), es decir, esta finalidad se satisface a través del recurso de casación.

El propósito legislativo del recurso de casación desaparece cuando se trata de la infracción invocada en la interpretación del contrato, ya que el contrato es una cuestión de interés privado, interesa solo a las partes contratantes. No hay interés público o social que se pueda invocar, de manera que el propósito desaparece.

1.2.3.1.2 **Segundo argumento:** el proceso de interpretación  **fija el sentido y alcance de una declaración negocial**, lo que es anterior a la calificación y determinación de las consecuencias jurídicas, siendo una cuestión de **hecho** y no de derecho.

1.2.3.1.3 **Tercer argumento:** cuando el juez interpreta el contrato no puede estar violando el **Art. 1545 CC** por imposibilidad lógica. La ley del contrato es aquella que **resulta del proceso de interpretación**, por lo que es imposible que la interpretación viole la ley del contrato, ya que es ella la que determina la interpretación del contrato.

1.2.3.2 **Tesis de procedencia por desnaturalización (intermedia):** postulan que dependerá si el juez, al interpretar, ha **desnaturalizado** o no el contrato, en caso en que **sí procede el recurso de casación** (Carré). Parte de la idea que, en principio, efectivamente es improcedente el recurso de casación por errónea interpretación contractual (por las mismas razones de la tesis de la improcedencia). Sin embargo, se cuestionan el último argumento, puesto que en caso que el juez  **fingiera que no conociera el sentido de una norma que es clara**, estaría **desnaturalizando** el contrato y, por lo tanto, sería **procedente** el recurso de casación. *A contrario sensu*, si la cláusula efectivamente es **ambigua** y el juez la interpreta de determinada manera, según esta tesis el recurso **no procedería**.

La tesis francesa de la distinción entre cláusulas claras y oscuras ha sido criticada porque es difícil encontrar un deslinde entre ellas. Por el contrario, lo que hay es un continuo que va desde cláusulas absolutamente oscuras, redactadas objetivamente de manera inteligible, hasta cláusulas absolutamente legibles, teniendo en el medio un continuo de situaciones intermedias. En la práctica, respecto a la determinación de si una cláusula (teniendo en cuenta la declaración y sus circunstancias) es **clara u oscura**, lo realiza la **Corte Suprema a través del ejercicio de admisibilidad**.

Claro Solar, en Chile, recoge esta doctrina, pero omite o se salta la **distinción entre cláusulas claras y cláusulas oscuras**, la que considera

que no es estrictamente necesaria, ya que siempre se interpreta, siendo la interpretación una cuestión de hecho. Por lo tanto, considera que no ha lugar el recurso de casación por interpretación contractual, porque siempre se interpreta, sea o no clara la norma. En este sentido, este autor señala que “se **desnaturaliza** cuando, so pretexto de interpretar, se da a la voluntad de los contratantes una **inteligencia contraria a la realidad, desconociendo su intención, y sustituyendo un contrato nuevo** al que las partes celebraron y que para ellos es una ley”. Este autor **adapta la teoría**, saltándose la parte que merecía crítica, sosteniendo que no es necesaria (distinción entre cláusulas claras y oscuras).

La **mayor parte de la doctrina y jurisprudencia nacional** sigue esta doctrina. Por su puesto, también hay doctrina que sigue la distinción entre normas claras y normas oscuras.

1.2.3.3 **Tesis de la procedencia amplia (moderna)**: hay buena cantidad de doctrina procesal y civil al respecto. Grandes precursores en el derecho civil fueron López Santa María y Vodanovic y en derecho procesal Jaime Huasp y en Alemania con Eric Evans. Esta tesis apunta básicamente a tres cuestiones.

- a. La distinción entre cláusulas claras y oscuras es una **quimera y falacia**, ya que es una cuestión de **grados**, por lo que aplicar una frontera siempre es **arbitrario**.
- b. Esta tesis intenta rechazar la idea que la interpretación sea una cuestión de hecho, ya que es una cuestión **de derecho**. Argumentan que una cuestión de **hecho** es toda circunstancia o acontecimiento que **sirve de base al litigio** y sin la cual la controversia no es posible de concebir en los términos que ha sido planteada. Por otro lado, las cuestiones de **derecho** son las que ocurren en el juicio y son objeto de prueba. La interpretación es un **proceso intelectual**, de derecho, que **no es objeto de prueba**, que se produce **dentro del juicio y después de la comprobación de la existencia** y de los límites de hecho de la declaración negocial, por lo que solo se cierra sobre lo que ya ha sido probado intelectualmente y le fija un sentido o alcance con el propósito de establecer determinados efectos y no otros.
- c. Por lo tanto, si se trata de un proceso **intelectual**, quiere decir que es una cuestión **de derecho** y no de hecho y, por consiguiente, la respuesta a la pregunta de si procede el recurso de casación en contra de una equivocada interpretación contractual, la respuesta es **afirmativa**, el recurso de casación siempre procedente.

1.3 **Diferencia entre cuestiones de hecho y de derecho**: es una distinción clave, porque el recurso de casación **no permite revisar cuestiones de hecho**. El sistema chileno es de **doble instancia** (hay dos tribunales de distinta jerarquía que están habilitados de conocer las cuestiones de hecho y de derecho), sin embargo, la casación **no es una instancia**, puesto que tiene carácter **extraordinario** que solo revisa cuestiones de derecho y **no revisa los hechos** que están determinados por los jueces de instancia (o de fondo).

Al respecto, se examinan 3 tipos de cosas.

1.3.1 **Determinar si los hechos en que se basa el proceso existen o no existen**.

Es una cuestión de hecho, por lo que respecto de ella tienen competencia los jueces de instancia y no se puede revisar en sede de casación.

1.3.2 **En caso de afirmarse la existencia de los hechos, cuál es la calificación que corresponde darles**. Cuestión de derecho, por lo que la tuición respecto de esta y la siguiente cuestión la tienen los jueces de instancia y también el tribunal de casación.

1.3.3 **Determinar cuáles son las consecuencias legales o jurídicas aplicables a esos hechos**, teniendo la calificación de los mismos. Cuestión de derecho.

# DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR

## Contrato de promesa

1. **Regulación:** tiene una regulación escueta en el CC, básicamente un solo artículo (**Art. 1554 CC**).
2. **Definición:** el CC no contiene una definición propiamente tal del contrato de promesa, de manera que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han esgrimido tal concepto. Es aquel en cuya virtud las partes (o una de ellas, si se acepta la unilateral), se obligan a celebrar un contrato determinado en un cierto plazo o en el evento de una cierta condición. Así, su **objeto** es siempre un hecho (obligación de hacer) que consiste en celebrar un contrato. Las partes son el promitente o prometiente, especificando el rol que jugaría en el contrato prometido (por ejemplo, promitente vendedor, promitente arrendatario, etc.). Es una figura genérica que resulta aplicable a **cualquier contrato**, con la excepción nítida del contrato de matrimonio.
3. **Importancia:** En la actualidad tiene una gran utilidad, ya que es utilizado con frecuencia en el tráfico jurídico. Esto se debe a dos órdenes de razones.
  - 3.1 **Necesidad de dar certeza jurídica a negocios contractuales que no se quiere o no se puede celebrar en el momento mismo**, por cualquier razón. Normalmente las partes quieren asegurar que el contrato se va a celebrar si ocurre un evento o transcurre un cierto plazo (condición o plazo), los que normalmente dicen relación con las razones que impiden la celebración del negocio. Puede ser necesario o conveniente postergar la celebración del negocio.
  - 3.2 **La promesa solo vale si se celebra por escrito.** Por lo tanto, se trata de un medio de compensar o suavizar los efectos de la pérdida social de la confianza en la palabra empeñada, de dar seguridad a que se tenga que celebrar el contrato en el futuro.
4. **Características:**
  - 4.1 **Contrato:** acto bilateral que genera obligaciones para, normalmente, dos personas (a menos que se acepte la promesa unilateral).
  - 4.2 **Contrato principal:** no es ni accesorio ni dependiente, ya que subsiste sin necesidad de otra convención.
  - 4.3 **Contrato preparatorio:** por antonomasia.
  - 4.4 **Contrato de aplicación general:** se ha generado una discusión y un problema judicial en relación con dos preguntas fundamentales, ya que el precepto señala *un contrato*, sin especificar nada.
    - 4.4.1 **¿Puede prometerse la celebración de un contrato consensual?:** parte de la doctrina sostuvo que no, ya que respecto de ellos se sostiene que la promesa se identifica con el contrato prometido. Esto se sostiene porque el N°4 del precepto señala que solo deben faltar la tradición o las solemnidades legales. Si el contrato no exige ni tradición ni solemnidades para perfeccionarse (no es ni real ni solemne), entonces ello quiere decir que el contrato ya está perfecto. Por lo tanto, se concluye que no hay promesa de contratos consensuales, sino que solo puede prometerse la celebración de contratos solemnes y reales.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina responde en un sentido contrario, y existe alguna jurisprudencia que lo avala. Esto se sostiene a partir de la idea de que se trata de una figura (la promesa de un contrato consensual) que no está expresamente prohibida. Por lo tanto, en virtud de la libertad contractual, debería entenderse permitida. En caso que se entienda posible esto, ese contrato debe celebrarse en el momento en que las partes así lo acuerden, sin más condiciones o

exigencias. Esto aparece adecuado sobre todo en caso de bienes muebles que exceden el valor de algunos inmuebles.

Si se entendiera que esta promesa no vale, y se necesitara de todas maneras asegurar la celebración del contrato, lo más adecuado es celebrar un contrato con obligaciones de naturaleza condicional (posibilidad incierta), fórmula que sirve para darle la vuelta a esta discusión.

**4.4.2 ¿Pueden celebrarse otra clase de pactos que contengan obligación de contratar?:** la opinión mayoritaria es que, dado el tenor literal de este precepto, la respuesta a esto debe ser negativa, ya que se señala que la promesa de celebrar un contrato *no produce obligación alguna*, salvo que concurren ciertas circunstancias. La opinión contraria, que sí debería poderse, es una propuesta de lege ferenda (Abeliuk, Fueyo).

La conclusión es que, si se necesita configurar un pacto que contenga obligación de contratar, debe o asilarse en alguna figura específica o puntual que esté legalmente permitida (contrato de corretaje, por ejemplo) o bien intentar encajar la figura que las partes quieren celebrar en el molde del **Art. 1554 CC**. La redacción del contrato debe ser lo más apegada posible a este precepto, lo que se deberá demostrar en el título (*promesa de celebrar contrato ...*).

**4.5 Contrato solemne:** la solemnidad está explicitada y requerida por el mismo precepto, es decir, que debe ser por escrito (escritura privada).

**4.6 Contrato generalmente bilateral y oneroso:** por regla general, ambas partes contraen obligaciones (celebrar contrato futuro) y ambas reportan utilidad a partir de la obligación que contrae la contraparte (sufren el gravamen también). Sin embargo, a propósito de esta característica, han surgido tres problemas fundamentales.

**4.6.1 Promesa unilateral de contrato unilateral:** no genera demasiados problemas. Solo una parte se obliga a celebrar el contrato, pero dos partes concurren. El contrato prometido es, a su turno, uno de naturaleza unilateral. En estos casos lo que ocurre es que solo se obliga la parte que va a perfeccionar el contrato entregando la cosa o cumpliendo la solemnidad. En cambio, el que va a quedar obligado por el contrato definitivo (obligación de restitución) no se obliga sino que tiene la facultad de gatillar o no la celebración del contrato definitivo. La validez de esta figura no ha sido debatida en doctrina, y se acepta de manera amplia.

**4.6.2 Promesa unilateral de contrato bilateral:** ha suscitado más discusión. Por ejemplo, la promesa consiste en que, cuando a una de las partes se le ocurra, la otra va a vender un cierto bien. Parte de la doctrina y buena parte de la jurisprudencia sostienen que estos contratos son nulos (Barros Errázuriz, Alessandri), en base a dos argumentos fundamentales. En primer lugar, se sostiene que se infringe el N°4 de la disposición, el que exige que en la promesa se especifique de tal manera el contrato prometido que solo falte la tradición o las solemnidades. Así, si la obligación o voluntad de obligarse no está presente (es facultativo), entonces no puede decirse que este requisito no está presente. En segundo lugar, cuando se deja la celebración del contrato prometido sometida a la pura voluntad de la parte que no contrae obligaciones, la promesa debe considerarse nula por aplicación del **Art. 1478 CC** (nulidad de obligaciones sujetas a condiciones meramente potestativas, que dependen de la sola voluntad de una de las partes).

En contra de esta posición, la mayor parte de la doctrina (Varas) contesta a estas argumentaciones aludiendo a una cuestión de principios. En un contexto del reconocimiento de la autonomía privada y de la libertad contractual, la pregunta es cuáles son las razones jurídicas o morales para negarle validez a ese pacto. En el plano específico, contestando los argumentos anteriores, se señala que si la condición que se pone es meramente potestativa, la invocación del **Art. 1478 CC** está equivocada, ya que ese precepto prohíbe que la obligación dependa de la mera voluntad de quien se obliga, y nada impide la plena validez de la condición meramente potestativa dependiente de la voluntad del acreedor. El **Art. 1554 N°4**



**CC** debe entenderse como que el contrato debe contener todos los elementos que permitan individualizar el contrato prometido, de manera que no pueda confundirse con otro. No quiere decir que la promesa deba contener y cumplir todos los requisitos del contrato prometido. Por ejemplo, respecto de la voluntad, se puede señalar que la voluntad de comprar, por ejemplo, no se expresa en la promesa, sino que se comprometen a vender o comprar (celebrar un contrato, que va a contener esas obligaciones de ceder y transferir y pagar el precio).

4.6.3 **Contrato de opción**: figura compleja debido a que se encuentra en evolución o elaboración doctrinal y cuyos contornos no están todavía bien definidos o delimitados. Además, hay muchos CC modernos que acogen esta figura pero con deslindes diversos o configuraciones distintas. Sin embargo, se puede rescatar un núcleo. Se trata de un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga para con la otra a realizar una prestación (dar, hacer o no hacer) y esa otra parte queda con la facultad de aceptar o rechazar esa prestación. El problema es cómo se traduce esto a términos jurídicamente conocidos. Podría ser una promesa unilateral de contrato, pero la verdad es que no se asimila mucho a esa figura. Se han esbozado una serie de criterios.

- a. **Si del texto contractual se desprende que para hacer efectiva la opción las partes deben celebrar otro contrato**, entonces podemos decir que es una promesa (hay dos contratos)<sup>24</sup>.
- b. **Si del texto contractual se desprende que no es necesario celebrar otro**, y solo resta la aceptación de la otra parte, entonces estamos frente a una figura difícil de encajar del sistema metodológico chileno. Si tuviéramos que forzarlo, diríamos que se trata de un contrato que inicialmente es vinculante de modo unilateral y cuya eficacia queda condicionada a una condición potestativa dependiente de la voluntad del acreedor.

#### 4.7 Contrato típico o nominado.

5. **Requisitos**: constan en el **Art. 1554 CC**. Estas condiciones son condiciones de validez especiales para el contrato de promesa. Esto no implica que no se le apliquen los requisitos generales para todo contrato, sino que se le aplican todos los generales y también los especiales previstos en este precepto. En ausencia de ellos, la sanción que corresponda será la genérica para esa clase de omisión, ya sea nulidad relativa, absoluta o inexistencia.

Cuando falta uno de estos requisitos especiales, parte de la doctrina entiende que es la **inexistencia**, basándose en el encabezado de este precepto (no produce obligación alguna). Por otro lado, quienes entienden que no es plausible la inexistencia, apuntan a que la sanción sea la **nulidad absoluta**, ya que lo que ocurre es que se ha omitido un elemento o requisito esencial del contrato y, en virtud del **Art. 1682 CC** es la nulidad absoluta. Lo más conveniente es interponer una en subsidio de la otra<sup>25</sup>.

5.1 **Escrituración (Nº1)**: **solemnidad objetiva**, de manera que el contrato es siempre solemne. El único caso que decepciona esta regla se encuentra del CdC, en relación con el contrato de seguro, el que debe constar por escrito, pero que si no consta vale como promesa.

Esta escrituración **no requiere instrumento público**, ni aun cuando el contrato prometido sí lo requiera.

Lo que debe constar necesariamente por escrito es el **consentimiento en orden a celebrar un contrato futuro**, pero nada obsta a que los consentimientos consten en instrumentos diversos.

5.2 **Eficacia del contrato prometido**: Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces (Nº2). Es un problema de validez<sup>26</sup>, puesto que el contrato prometido no debe ser de aquellos que las leyes establecen como **nulos**. Existen dos posiciones de interpretación.

<sup>24</sup>Sin embargo, lo mejor es reconducir estas figuras extrañas a promesas.

<sup>25</sup>Esto con la excepción de la prescripción, porque la inexistencia no prescribe.

<sup>26</sup>La eficacia es la mera producción de efectos, determinada por razones distintas a la invalidez.

5.2.1 **Posición estricta:** la promesa tiene que respetar **todos los requisitos de validez** del contrato prometido. En otras palabras, la promesa **se contagia con los vicios** del contrato prometido en el momento mismo en que se celebra la promesa. Las consecuencias de esta posición son que, por ejemplo, la promesa de compraventa de un inmueble de un pupilo requiera también autorización judicial. Esta tesis está superada.

5.2.2 **Posición amplia:** esta posición solo excluye como inválidas las promesas de contratos que **sean irreversiblemente nulos**, es decir, aquellos que no sean posibles de salvarse o remediarse utilizando las modalidades pactadas en la promesa (por ejemplo, promesa de compraventa de marihuana, objeto ilícito).

Se utilizan las **modalidades** para salvar el problema de validez, por ejemplo si en la promesa se pone como condición que se obtenga esa autorización judicial o el levantamiento de un embargo en un cierto plazo. Si no se utilizan las modalidades, será inválida.

El problema surge cuando las partes **no establecen modalidades**, ya que se produce un **espacio de ambigüedad** que aun no ha sido resuelto. Esto ocurre, por ejemplo, una promesa de compraventa respecto de un bien embargado en la que no se establece como condición de celebración del contrato que se levante el embargo, sino un plazo en el que las partes *creen* que solucionarán este problema y en el que se debe producir el contrato prometido.

Además de este problema, se han generado otros en la práctica.

5.2.2.1 **Hay ciertos casos de promesa que están prohibidas por la ley.**

En estos casos no es necesario recurrir al N°2 del **Art. 1554 CC**. Por ejemplo, hipótesis de poblaciones en situaciones irregulares de la Ley 16.741 del 1968 (no son susceptibles de promesa). Otro ejemplo más moderno es el caso del **Art. 1749 CC** que se refiere a las limitaciones de marido como administrador de la sociedad conyugal, en el N°3 se establece que el marido no puede enajenar, gravar ni prometer grabar o enajenar derechos hereditarios ni bienes raíces de la mujer.

5.2.2.2 **Promesa de cosa ajena:** la cuestión es si es válida o no. El **Art. 1815 CC** declara que la venta de cosa ajena es **válida**, por lo tanto, en el terreno de los principios y las consecuencias jurídicas, la **promesa de venta de cosa ajena debería ser válida**. Sin embargo, se ha sostenido además, que en estos casos el prometiente comprador puede **negarse** a celebrar el contrato definitivo, el que será inoponible al dueño, quien podrá solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios. El comprador se puede negar en virtud de la excepción *non domino*, porque la obligación del contrato de compraventa es la posesión pacífica de la cosa. Esta solución es buena porque deja a salvo el derecho del propietario y los intereses del comprador, quien puede negarse a celebrar el contrato si ve que el dueño no va a ceder la posesión de la cosa y va a solicitar la indemnización de perjuicios.

5.2.2.3 **Existencia de prohibiciones judiciales, legales o convencionales que pesen sobre la cosa prometida**, como un embargo.

En el estado actual de la doctrina se ha llegado a consenso en que este tipo de cosas son **perfectamente válidas** si es que la condición y/o plazo establece o sobre-entiende el **alzamiento de la restricción**. Por lo general, cuando se trata de la condición, el alzamiento de la restricción es la condición **explícita**. El problema se suscita cuando en ciertas promesas se deja el plazo abierto, ya que pareciera ser que las partes subentendieron que el plazo comprendería el alzamiento, no obstante, este caso es oscuro y por tanto lo que se tendería a pensar que hay una situación de invalidez.

5.2.2.4 **Capacidad y formalidades habilitantes que requiere el contrato definitivo:** no se ha resuelto nítidamente. La jurisprudencia ha sido oscilante y la doctrina tiende a pensar que **no es necesario cumplirlas**, pero con **excepciones**. Por lo tanto, no hay criterio definitivo, es encuentra en desarrollo tanto doctrinal como jurisprudencial.

La jurisprudencia oscila entre **dos ideas** en tensión, por un lado, que la promesa debe considerarse **un principio de enajenación** (debe seguir las mismas reglas que la enajenación), y por el otro lado, que el contrato de promesa tiene **sus propios requisitos** y no es imperativo que este satisfaga todos los requisitos del contrato prometido. La doctrina tiende a inclinarse hacia la **segunda postura** mencionada pero con ciertas dudas.

En primer lugar, se sostiene que si las formalidades son de **derecho estricto** y si el CC no las contempla, entonces **no se pueden extender** al contrato de promesa (desde el contrato prometido), ya que esa manera de establecer formalidades no es la forma legal.

En segundo lugar, en relación con el **Art. 1554 N°4 CC**, se sostiene que las formalidades habilitantes son partes de las **solemnidades legales** a las que se refiere el número cuatro, por lo que deben cumplirse al momento de la celebración del contrato definitivo y no en la promesa.

Para atenuar la incerteza de esta cuestión, una solución es **establecer en la promesa**, como condición del contrato, la **satisfacción de las formalidades respectivas**. La segunda solución se refiere al **consentimiento de la mujer** en la enajenación de bienes sociales o de bienes propios administrados por el marido. Este es un tema que ha generado mucha **incerteza** y se han generado decenas de sentencias abordando la cuestión hasta 1989, año en que se dicta una **ley** que regula cuestiones de la sociedad conyugal<sup>27</sup> y genera el **Art. 1749 CC**, el cual en su inc. 3 soluciona de raíz la cuestión de la validez de la promesa celebrada por el marido respecto de un bien social. El marido **no puede, prometer, enajenar o gravar bienes sociales sin permiso de la mujer**. Ahora bien no se regula respecto a los bienes propios de la mujer que administra el marido (casos minoritarios). Entonces, una opción es que **comparezca la mujer autorizando la promesa** o bien que la promesa se configure **condicionada a la obtención del consentimiento de la mujer**. En este segundo caso, si no se produce el consentimiento de la mujer, la condición simplemente falla y desaparece toda la obligación, sin que sea necesaria la indemnización y sin que haya incumplimiento contractual.

5.2.2.5 Hay bienes, que por disposición legal dictada mirando los intereses de personas que requieren protección, requieren ser **enajenados en pública subasta**, no siendo válida la venta privada. Entonces, surge la cuestión de si **la promesa de venta de estos bienes es válida o no**. La jurisprudencia ha dicho que **no** es válida. La doctrina, por su parte, sostiene que en general debe considerarse **inválida**, salvo que el contrato mismo

---

<sup>27</sup>El régimen legal supletorio es el de sociedad conyugal. Además, existen otros 2 regímenes.

1. **Separación de bienes:** cada cónyuge conserva la administración de sus bienes, con completa independencia, y cada uno concurre a la subvención de los gastos y del hogar común en proporción a la fuerza de sus capacidades. No hay comunidad de ninguna clase, y por lo tanto cada cónyuge administra su patrimonio como si siguiera siendo soltero.
2. **Sociedad conyugal:** el hecho del matrimonio genera una comunidad de bienes entre los cónyuges, la que está conformada esencialmente por aquello que se adquiere en el matrimonio a título oneroso por cualquiera. Ese pozo común es el que en el momento de la ruptura se reparte en partes iguales. Esto supone, para el cónyuge que aporta menos, un beneficio (aumentar su patrimonio) Sin perjuicio de ello, se debe destacar que por definición legal es siempre el marido el que administra la sociedad conyugal y, además, algunos bienes propios de la mujer. Sin embargo, la mujer también puede desarrollar, con independencia del marido, una actividad económica, generando con ello un patrimonio reservado, en que se considera libre administradora. Si se quiebra el matrimonio, la mujer tiene la opción de decir que se queda con lo de ella y el marido con la sociedad conyugal, o se junta el patrimonio de ella al de la sociedad y se reparte en partes iguales.
3. **Régimen de participación en los gananciales:** es relativamente nuevo, y consiste en que durante el matrimonio, ambos cónyuges se consideran como si fueran separados de bienes, y colaboran en la mantención el hogar común. La gracia es que, al finalizar el matrimonio, se contabiliza cuánto se ha ganado durante este por la mujer y por el hombre, lo que se compara para que luego sean iguales. En resumen, al momento de la terminación se hace una división equitativa entre las partes, pero antes se actúa como una separación de bienes.

especifique que este es un caso de aquellos que **requieren subasta pública** y que la obligación del promitente comprador sea la de **concurrir a la pública subasta** y en ella pujar hasta el tope que se fije contractualmente.

5.2.2.5 **Promesa de compraventa y lesión enorme:** (solamente de inmuebles y *regla di midium*, es decir, si se paga más del doble o se recibe menos de la mitad) la pregunta es qué ocurre si la promesa de compraventa se refiere a una compraventa con un precio tal que adolecería de **lesión**. En relación con esto, existen tres preguntas o problemas importantes.

a. **Si la promesa es rescindible por causa de lesión enorme.** Nos preguntamos si el promitente comprador puede **pedir la nulidad** de la promesa por lesión enorme. La doctrina y la jurisprudencia responden que **no**, porque las **nulidades son de derecho estricto** (no hay nulidad sin texto que la establezca) y las normas que establecen nulidad por lesión **solo aplican a las compraventas**, en específico a las de bienes inmuebles, por lo que no se aplican.

Se ha planteado que se podría intentar la **nulidad** de la promesa no por lesión, sino por infracción del **Nº2** del precepto citado. La respuesta es **afirmativa**, ya que este mismo fundamenta la excepción al cumplimiento, precisamente teniendo que darse en el terreno de **invalidez de la promesa**, porque si la compraventa se refiere a un precio doblemente lesivo, este contrato se refiere a aquellos que la ley declara **ineficaces**, por tanto, contraviene el precepto citado y, por lo mismo, es inválido. Esto dependerá en la práctica de si se necesita hacer otro negocio con el bien inmueble o no, forzando el acuerdo.

b. **Si la promesa de un contrato que sería anulable por lesión es susceptible de ejecución forzada** o, más preciso aun, si frente a la ejecución forzada el demandado puede **excepcionarse** alegando la nulidad de la promesa por referirse a un contrato nulo por lesión (**Art. 1554 Nº2 CC**). Se pregunta si la promesa es susceptible de **forzarse en su ejecución** o si puede **excepcionarse** aduciendo que el incumplimiento es justificado por la nulidad por lesión enorme. Efectivamente, la parte perjudicada, según la mayor parte de la doctrina, tiene **derecho a excepcionarse** de celebrar el contrato respectivo aduciendo, precisamente, que se incumpliría el **Nº2 del Art. 1554 CC** que exige que el contrato sea válido (se referiría a un contrato nulo por lesión).

c. **Si una compraventa que ha sido precedida por una promesa puede o no anularse por lesión**, es decir, si se afecta a la anulabilidad por lesión que la compraventa haya sido precedida por una promesa (¿Es obligatorio celebrarlo para las partes?). Si se tiene una promesa de compraventa cuyos términos son lesivos y luego se celebra la compraventa tal en los términos lesivos, se podría pensar que la posibilidad de **pedir la nulidad del contrato de compraventa se ve afectada por la existencia de esta promesa anterior**. Esto es discutible, pero se podría pensar que no se afecta, aunque hay quienes sostienen que sí.

Las aproximaciones tienen el formato de regla general y excepciones. Por **regla general**, la **nulidad procede igual**, debido a que las reglas sobre lesión enorme se encuentran en el título relativo a la compraventa, no haciendo distinción alguna, de manera que la situación del contrato precedido de promesa **no se encuentran entre las excepciones** a las reglas sobre lesión (**Art. 1891 CC**). Ahora bien, alguna doctrina ha entendido que un par de situaciones son **excepciones** a esta regla general.

c.1 **Cuando el pago del precio se haya hecho no en el momento de la compraventa, sino en el momento de la promesa**, caso en el cual alguna doctrina entiende que dejar sin efecto la compraventa sería improcedente. Esta doctrina no es unánime, y para ello se puede ver a Díez Duarte.

c.2 **Lesión producto de una causa que sea imputable al que alega la lesión.**

5.3 **Debe contener un plazo o una condición que fijen la época en que debe celebrarse el contrato prometido (Nº3):** es uno de los que ha originado más problemas prácticos.

5.1.1 **Plazo:** el problema fundamental que se ha presentado respecto del plazo es el de su naturaleza, ya que un plazo puede ser **extintivo o suspensivo**. De esta manera, si las partes establecen un plazo, la pregunta es si se puede exigir desde o hasta ese plazo. Al respecto, hay disensión doctrinal y jurisprudencial, habiendo un desbalance entre ambas, ya que no comparten la misma tesis.

5.1.1.1 La mayor parte de la jurisprudencia de la CS y una doctrina minoritaria (Fueyo) sostienen que el plazo debe entenderse como **extintivo**. En primer lugar, sostienen la protección de la libertad contractual, ya que el contrato de promesa incluso en su redacción legal, debe considerarse excepcional porque atenta contra la libertad contractual (no se puede decidir si se contrata o no). Por lo tanto, en la duda, la interpretación que se debe hacer es una *favor libertatis* (en favor de la libertad).

En segundo lugar, desde el punto de vista dogmático o de la letra de la ley, se asila esta interpretación en el **Art. 49 CC**, que señala que cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de un cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche del último día del plazo. Por lo tanto, si las partes acuerdan un plazo en que debe celebrarse, vale si se ejecuta antes de esa fecha y no después.

5.1.1.2 La mayor parte de la doctrina y algunos fallos de los tribunales sostienen la tesis contraria, es decir, que el plazo debe entenderse como **suspensivo**.

En primer lugar, sostienen que la **regla general** en el derecho privado es que los plazos que se imponen las partes sean suspensivos.

En segundo lugar, considerarlo como extintivo tiene un defecto enorme que deja en la impunidad al incumplimiento o, al revés, deja indefenso al contratante diligente, ya que se puede alegar que se tiene plazo antes que venza y, luego, que ya expiró. En consecuencia, es mejor considerarlo como suspensivo.

La conclusión que se debe obtener de esta disputa doctrinal es que un abogado que debe dejar clara la **naturaleza del plazo** cuando redacta un contrato de promesa. No se puede dejar en la indefinición respecto de su naturaleza.

5.1.2 **Condición:** por definición conceptual, las condiciones son generalmente **suspensivas**, ya que la estructura conceptual de un contrato de promesa a que la condición tenga esa naturaleza. En consecuencia, no puede considerarse resolutoria. Sin embargo, existe una modalidad en que se podría incorporar una condición resolutoria, si es que la promesa va acompañada de otra modalidad, de una condición **suspensiva y resolutoria** o condición **suspensiva y plazo**.

5.1.2.1 **Primer problema:** surge la pregunta sobre si la **condición puede o no puede ser indeterminada** (no se sabe cuándo). Al respecto, la doctrina ha dicho que no puede ser indeterminada, ya que este numeral exige que la condición *fije la época* en que debe celebrarse el contrato, y las condiciones indeterminadas por definición no fijan la época. En contra, se ha sostenido que sí valen estas condiciones, ya que, en primer lugar, el precepto en cuestión exige condición, sin distinguir entre una y otra; en segundo lugar, porque toda condición, aunque esté indeterminada, fija la época en que

debe celebrarse el contrato prometido, porque en algún momento falla. Al respecto, no existe una norma explícita a propósito de las obligaciones condicionales, y la doctrina recurre a una norma que está en el fideicomiso (**Art. 739 CC**), la que sin embargo es susceptible de interpretación y la doctrina disiente sobre el plazo que debe fallar toda condición (5 o 10 años). Esta es una discusión paralela a la del plazo extintivo o suspensivo, pero sobre todo se debe saber que, para reducir los márgenes de incerteza, los abogados no pueden establecer condiciones indeterminadas.

5.1.2.2 **Segundo problema:** otro problema que se presenta es si la condición puede o no ser de naturaleza meramente potestativa dependiente de la voluntad de una de las partes.

Si depende de la **voluntad de ambas partes**, falta la voluntad de obligarse, no es serio, de manera que hay **nulidad**.

Si depende de la voluntad de **una de las partes**, entonces **depende**. En las promesas **bilaterales**, ambas partes son deudoras y acreedoras recíprocamente, aquella de las partes de la que pende el contrato, también es deudora, por lo que esa condición hace nulo el contrato. En cambio, en las **unilaterales** (aceptando su validez), si la condición depende de la voluntad del **acreedor**, puede considerarse que la promesa es **válida**.

#### 5.1.3 **Combinación modalidades:**

5.1.3.1 **Más de una condición:** no existe problema al respecto, y es la situación normal.

5.1.3.2 **Más de un plazo:** puede ser uno extintivo y uno suspensivo.

5.1.3.3 **Condición y plazo:** esta combinación puede darse en tres formatos distintos.

- a. **Condición indeterminada que se determina**, como recibirse de abogado en un plazo de cinco años.
- b. **Sumar condición a un plazo**, por ejemplo que se va a celebrar el 30 de diciembre de 2018 siempre y cuando el promitente vendedor haya egresado de Derecho.
- c. **Suceder condición y plazo**, plazo que sucede el cumplimiento de una condición, por ejemplo que el contrato prometido se va a celebrar dentro de los dos años siguientes a que doña María se licencie de abogada. El problema es que esta condición es indeterminada, por lo que se debe agregar que se deberá cumplir dentro de un cierto plazo, a más tardar en un cierto momento, etc., fallando después el contrato o quedando las partes liberadas de toda obligación.

5.4 **Especificación del contrato prometido (Nº4):** a propósito de esto, la disputa es qué debe entenderse por *especificación*. El requisito es que se **especifique** de tal manera el contrato prometido que solo falten para que sea completo la tradición y las solemnidades.

5.4.1 **Primer criterio:** El criterio antiguo que está recogido en algunas sentencias de la CS, y sostiene que el contrato de promesa debe contener absolutamente todo el contenido del contrato prometido, incluyendo los detalles más mínimos e incluso aquellos resueltos por ley.

5.4.2 **Segundo criterio:** criterio actual, uniforme en jurisprudencia y doctrina, que entiende que la especificación se refiere a la posibilidad de diferenciación del contrato de cualquier otro contrato. Para ello, se requiere que el contrato de promesa contenga todos pero nada más que los elementos esenciales. Por elementos esenciales, en realidad, se requiere mencionar **voluntad y objeto**. La voluntad queda especificada en el contrato de promesa por la suma de dos elementos, que son la individualización de las partes que declaran lo que declaran, y la especificación de aquello que las partes declaran (quién y qué del acto de lenguaje). Respecto del objeto, se trata de referirse tanto a los elementos esenciales generales de todo contrato, como a los elementos específicos que el

legislador exige a ciertos y determinados contratos. \*\*Pregntar qué dijo sobre la promesa de compraventa.

Sin embargo, como abogados, no debemos contentarnos con estos elementos esenciales, ya que los detalles resultan relevantes. Es mejor redactar el contrato de promesa de modo tal que excluya toda discusión a propósito de la celebración del contrato definitivo. Así, la regla es evitar la discusión; todo lo que haya que discutir se debe zanjar en la promesa.

6. **Efectos de la promesa:** se refiere a los derechos y obligaciones que se generan para las partes con el contrato. Se suelen clasificar en un efecto principal (obligación de celebrar el contrato prometido) y obligaciones diversas o eventuales.

6.1 **Efecto principal o fundamental: obligación de celebrar el contrato prometido.**

Consiste en la posibilidad de forzar la celebración del contrato definitivo, que es el que se promete. Esta obligación tiene varias características importantes.

6.1.1 **Obligación de hacer**, según el **Art. 1554 inc. final CC** se refiere al artículo precedente, el que hace alusión al incumplimiento de las obligaciones de hacer.

6.1.2 **Obligación mueble**, según el **Art. 581 CC** los hechos debidos se reputan muebles, aun cuando la compraventa se refiera a un inmueble.

6.1.3 **Obligación indivisible**, esto es importante cuando alguna de las partes está constituida por más de una persona.

6.1.4 **Obligación transmisible mortis causa y cesible entre vivos.**

6.1.5 **Obligación prescriptible**, conforme a las reglas generales.

6.1.6 **La promesa carece de efectos reales.** No es un título traslativo, de manera que es incapaz de fundar posesión regular de la cosa. Como no afecta a la cosa, la promesa no impide que el dueño ejerza su derecho de disposición de manera diversa a la contenida en el contrato de promesa y que el tercero que adquiera lo haga sin vicio alguno. Frente a esto, la parte incumple el contrato de promesa quedando afecto a todas las sanciones contempladas por el contrato o por ley (resolución con indemnización de perjuicios). No se puede ejercer una acción de cumplimiento forzado ni una reivindicatoria.

Excepción. Sin embargo, existe una materia en la que la promesa sí tiene un efecto posesorio. Esto ocurre en el Art. 3 DL 2695, que establece que uno de los actos jurídicos que pueden explicar la posesión material del solicitante es el contrato de promesa.

6.2 **Otras obligaciones:** eventuales.

6.2.1 **Anticipaciones o anticipos de las obligaciones del contrato definitivo**, salvo que se trate de un contrato real, en el que no se pueden anticipar.

6.2.2 **Propias.** La principal es la necesidad de pagar una prima o premio, la que suele presentarse cuando el interés de una de las partes por celebrar el contrato definitivo es significativamente mayor que el que puede tener la contraparte. También se considera de este tipo la obligación de pagar reajustes del precio contados desde la fecha de la promesa.

6.2.3 **Condiciones de las cuales pende el contrato definitivo.** Ocurre que muchas promesas se estructuran con una condición que depende del hecho voluntario de una de las partes, por ejemplo conseguir un crédito, acreditar que la propiedad está libre de gravámenes y toda otra limitación del dominio, exhibición de estudio de títulos, etc. Frente a estas obligaciones, lo que ha dicho la doctrina es que la situación más clara es aquella en la que se explicita no solo la condición, sino quién tiene la obligación de procurar su cumplimiento y en qué tiempo debe realizarse. En cambio, lo que no conviene, es estipular simplemente un plazo, subentendiendo que ese plazo está concedido para que ocurran ciertas cosas. Esto no es conveniente porque en ese caso tenemos una discrepancia con respecto a la situación que la condición implícita no se cumple. Hay autores que sostienen que había una condición tácita o implícita (Claro Solar), ya que de lo contrario lo habrían celebrado de inmediato y no habrían celebrado una promesa. Si transcurre el plazo sin que haya cumplido tal condición, se aplica en todo caso la responsabilidad

contractual. Por su parte, Abeliuk entiende que esto está regulado por la extensión de la obligación por el **Art. 1546 CC** en relación con la buena fe, obligando no solo a lo que en ellos se expresa sino a todo aquello que por la naturaleza de la obligación o la ley se entiende incorporado (materia probatoria). En cualquier caso, es mejor que esta materia quede resuelta en sede de redacción de contratos.

Además de las condiciones, se debe establecer la parte que está a cargo y la consecuencia de su incumplimiento. Se resuelve en sede de redacción de contratos. Si depende de las partes, entonces esta infracción genera responsabilidad, la que es preferible dejar pactada en la redacción del contrato.

La promesa puede tener obligaciones vinculadas con el cumplimiento de las condiciones, y lo que queda abierto es la posibilidad de condiciones tácitas cuando solo se establece un plazo y no se explicita la condición que existe.

7. **Incumplimiento imputable:** el factor de imputación es la culpa y el dolo. Respecto de este contrato la regla se encuentra en el **Art. 1554 CC**, el que dice expresamente que hay lugar a lo prevenido en el artículo precedente, el que se refiere al incumplimiento culpable de la obligación de hacer. El **Art. 1553 CC** contempla tres fórmulas alternativas del acreedor para dar satisfacción forzada a la obligación de hacer, de las cuales una es inviable (N°2). El N°1 se refiere al apremio (arresto y multas), en relación con el **Art. 532 CPC**. Esto es posible de complementar con la correspondiente indemnización de perjuicios, que en caso que se celebre el contrato de manera forzada, es de carácter moratorio.

## Contrato de compraventa

1. **Precisiones iniciales:** contrato por antonomasia, ya que efectivamente es el contrato sobre la base del cual se mueven las economías dinerarias. Desde que el dinero como medio de cambio suplantó al trueque, la compraventa es el medio a través del cual se satisfacen las necesidades cotidianas (principal motor del mundo económico).  
Se **define** como el contrato por el cual una de las partes **se obliga a dar una cosa** y la otra a **pagarla en dinero (Art. 1793 CC)**.
2. **Características:**
  - 2.1 **Contrato bilateral y oneroso** paradigmático, ya que hay obligaciones y utilidades recíprocas.
  - 2.2 **Contrato conmutativo**, excepto en el caso de compraventa futura, el que puede ser aleatorio de conformidad con el **Art. 1813 CC**.
  - 2.3 **Contrato principal**.
  - 2.4 **Por regla general consensual y excepcionalmente solemne** (escritura pública, casos del **Art. 1801 CC**).
  - 2.5 **Desde el punto de vista de la adquisición del dominio, es un contrato que no tiene efectos reales**, pero constituye un **título traslativo del dominio** (sumado a la tradición produce la adquisición del dominio)..
3. **Elementos generales:** este contrato tiene algunos elementos generales.
  - 3.1 **Consentimiento:** Debe versar sobre el **hecho de estar comprando y vendiendo** y sobre la **cosa y el precio**, aplicándose las normas de teoría del negocio jurídico. Debe ser **libre y espontáneo** (no pena de nulidad).  
Excepción. La **excepción** a esto son las ventas forzadas, en las que se presume que el deudor, al obligarse, previó las consecuencias de un posible incumplimiento, y tácitamente consiente el ejercicio de la prenda general.
    - 3.1.1 **Sobre la cosa:** no lo hay cuando se produce error sobre identidad, sustancia o calidad esencial.
    - 3.1.2 **Sobre el precio:** lo hay cuando ambas partes entienden el mismo precio.
    - 3.1.3 **Sobre la compraventa:** lo hay cuando uno quiere vender y el otro entiende comprar.



3.2 **Objeto:** Es la suma del objeto de la obligación del comprador, que es el pago del **precio**, con el objeto de la obligación del vendedor, que es la entrega de la **cosa** (obligación de dar).

3.3 **Causa:** También es doble, y se refiere a las **obligaciones respectivas**. Respecto de la causa final siempre ocurre este fenómeno, ya que la causa de la obligación de una de las partes es el objeto de la obligación de la otra (precio y cosa).

3.4 **Solemnidades:** generalmente es **consensual**, y en la mayoría de los casos lo son (cuantitativamente). Sin embargo, las compraventas **más relevantes socialmente son solemnes**, y la gran parte son solemnidades legales, las que son generales y especiales.

3.4.1 **Generales o legales ordinarias:** Consisten en la necesidad de celebrarlo por **escritura pública**<sup>28</sup>, en 3 casos según el **Art. 1801 CC**. No cabe suplirla, el acto se mira como no ejecutado.

3.4.1.1 **Compraventa se refiere a bienes raíces o inmuebles.**

3.4.1.2 **Compraventa de servidumbre y censos.**

3.4.1.3 **Venta de sucesiones hereditarias** (relación con el **Art. 1463 CC**).

3.4.2 **Legales especiales:** exigidas para ciertos casos establecidos por ley. Conviene mencionar dos.

3.4.2.1 **Ventas forzadas**, requieren tasación del inmueble, publicación de avisos y pública subasta ante el juez, más la correspondiente escritura que suscribe el adquirente o rematante y el juez como representante del ejecutado (vendedor).

3.4.2.2 **Ventas de bienes de incapaces**, que normalmente se necesita autorización judicial y pública subasta.

3.4.2 **Formalidades:**

3.4.2.1 **Voluntarias:** (**Art. 1802 CC**) normalmente consisten en que, respecto de una compraventa consensual, las partes **pactan expresamente que la van a celebrar por escrito o por escritura pública (Art. 1802 CC)**. En estos casos, el efecto de tal formalidad voluntaria es que las partes **pueden echarse para atrás** mientras no se haya realizado la formalidad, pueden **retractarse** o arrepentirse<sup>29</sup>, salvo que haya **principio de entrega de la cosa vendida**. Si hay un principio de entrega, es porque las partes renunciaron al derecho a retractarse que les confería el mecanismo convencional de formalidad que habían pactado.

3.4.2.2 **Arras:** los **Arts. 1803-1805 CC** regulan una figura que se denomina Arras, que son una cantidad de dinero (normalmente) o una cosa mueble que las partes se dan en uno de estos dos sentidos: o como **parte del precio de la cosa** o en señal de **quedar convenido**, o bien en **garantía que se va a celebrar el contrato**.

a. **Garantía:** cuando es en garantía, el efecto legal es que cabe la **retractación** cuando las partes están dispuestas de **perder o devolver** dobladas las arras. Normalmente se entienden como medio de garantizar la celebración.

Si no hay plazo fijado, la retractación no será posible después de dos meses a partir de la convención; si principió entrega o si se otorgó escritura pública de venta (**Art. 1804 CC**).

b. De lo contrario, se entiende de manera excepcional que las arras **son parte del precio o bien en señal de quedar convenido**, caso en el que son medio de prueba y no es posible la retractación. Solo es posible la retractación cuando se requiere escritura pública (sino, el contrato está perfecto).

Solo se entienden de esta manera las arras cuando las partes lo convinieron expresamente y cuando el convenio consta por escrito.

---

<sup>28</sup>El mandato para realizar estos actos, según alguna doctrina (Meza Barros y Stichkin) no requiere ser solemne. Sin embargo, según la jurisprudencia sistemática sí es necesario.

<sup>29</sup>Se entiende derogación tácita de la solemnidad.

De lo contrario, se presume de Derecho que las arras son en garantía (**Art. 1805 CC**).

4. **Capacidad:** ambas partes deben ser capaces.

4.1 **Incapaces para contratar en general** (absolutos y relativos).

4.2 **Incapacidades particulares para comprar y vender.** Respecto de la naturaleza de estas incapacidades, la doctrina más tradicional señala que son **incapacidades de goce** de carácter especial. Por su parte, la doctrina más moderna sostiene que no pueden considerarse incapacidades de goce, sino **inhabilidades específicas** en relación a ciertos actos realizados por ciertas personas.

4.2.1 **Incapacidades dobles:** para comprar y vender.

4.2.1.1 **Cónyuges no separados judicialmente** (**Art. 1796 CC**).

4.2.1.2 **Padre o madre e hijos de familia bajo patria potestad** (**Arts. 1796 CC y 37 Ley 19.620**), salvo que sea sobre bienes del peculio profesional, pero si son raíces se requiere de igual manera autorización judicial con conocimiento de causa (**Arts. 250.1, 251 y 254 CC**).

4.2.2 **Incapacidades para vender:**

4.2.2.1 **Administradores de establecimientos públicos,** respecto de los bienes que administran y cuya enajenación no esté comprendida en sus facultades administrativas ordinarias. Esto con la excepción de los casos autorizados por la autoridad competente (**Art. 1797 CC**).

4.2.3 **Incapacidades para comprar:** respecto de ciertos bienes y de ciertas personas existe una inhabilidad para comprarlas.

4.2.3.1 **Empleados públicos:** bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio, aunque sea en pública subasta (**Art. 1798 CC**).

4.2.3.2 **Jueces, abogados, procuradores, escribanos:** bienes en cuyo litigio han intervenido y que se vendan a consecuencia del litigio, aunque sea en pública subasta (**Art. 1798 CC**).

4.2.3.3 **Jueces, fiscales judiciales, defensores, relatores, secretarios y receptores y asistentes sociales judiciales** para sí, su cónyuge o hijos: bienes y derechos litigiosos en juicios de que conozcan, hasta 5 años después de que dejaron de serlo (no comprende adquisición mortis causa, si el adquirente es heredero abintestato del difunto, **Arts. 321 y 481 COT**).

4.2.3.4 **Tutores y curadores** (con sus cónyuges, ascendientes y descendientes) respecto de los bienes raíces del pupilo (prohibición absoluta Art. 412-2 CC).

4.2.3.5 **Mandatario,** por sí ni por interpósita persona respecto de cosas que el mandante le ordenó vender (ni vender de lo suyo al mandante lo que este lo ordenó comprar), salvo aprobación expresa del mandante (**Arts. 1800 y 2144 CC**).

4.2.3.6 **Síndicos:** bienes que en carácter de tal deban vender para pago de los acreedores (**Arts. 1800 y 2144 CC**).

4.2.3.7 **Albaceas:** mismas reglas que los guardadores (**Arts. 1294, 394 y 412 CC**).

5. **Modalidades:**

5.1 **Modalidades generales:** compraventa a plazo, bajo condición suspensiva o resolutoria o que tiene por objeto dos o más cosas alternativas.

5.2 **Modalidades especiales:** el CC reglamenta dos clases especiales de modalidades que pueden afectar o con las cuales puede pactarse el contrato de compraventa, habiendo un par más que la doctrina incluye.

5.2.1 **Venta al peso, cuenta o medida** (**Art. 1821 y 1822 CC**). Cabe en cosas que se aprecian según cantidad. Se vende al peso, cuenta o medida cuando es necesario para determinar el objeto (y consecuentemente el precio) una **operación de contar o medir las cosas**. De lo contrario, se trata de ventas en bloque o como especie y cuerpo cierto.

Esta distinción es importante por el tema de los **riesgos**, los que están determinados a ocurrir entre el tiempo que se celebra el contrato y el que se realiza la operación de cuenta, peso o medida para determinar el precio. De esta manera, la operación de peso, cuenta o medida determina de quién son los riesgos, pero el contrato está perfecto. Si se venden cosas determinadas de las que *suelen venderse* al peso, cuenta o medida, la pérdida, deterioro o mejora pertenece al **comprador** aunque no se haya pesado, contado o medido si el precio se ha ajustado. Por otro lado, si se venden cosas que *es necesario* pesar, contar o medir para determinar, los riesgos son del **comprador** desde que han sido pesadas, contadas o medidas.

5.2.2 **Venta a prueba o al gusto.** Lo que hay es que se pacta que la perfección del contrato depende de que **al comprador le guste o agrade la cosa (Art. 1823 CC)**. Se entiende no haber contratado mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata. Como lo que se retrasa es el momento de perfección del contrato, los **riesgos son del vendedor** (las cosas perecen para su dueño), es decir, que la pérdida, deterioro o mejora caben al vendedor, con excepción del momento de perfeccionamiento. Para saber si al comprador le gusta o no la cosa, el vendedor le da la posibilidad de **ensayarla o probarla**. Se entiende esta modalidad sin necesidad de estipulación expresa en la venta de todas las cosas que **se acostumbran vender de este modo**.

5.2.3 **Venta sobre muestras.** Agregada por la doctrina. El comprador no ve la cosa, sino que el contrato se configura de manera que el comprador le traspasa o transfiere al vendedor una **muestra** de lo que quiere para que luego la cosa vendida se ajuste a los requerimientos de esta. Esto tiene una importancia significativa en los umbrales de cumplimiento e incumplimiento. La cosa comprada se determina con arreglo a muestras o modelos que el comprador suministra al vendedor a fin de que aquella reúna las cualidades de esa muestra.

5.2.4 **Venta al ensayo.** Agregada por la doctrina. Aquella en que el comprador se reserva expresamente la facultad de probar la cosa o ensayarla para verificar si reúne las condiciones requeridas.

6. **Gastos del contrato:** La regla es que los gastos del contrato le corresponde íntegramente al vendedor (**Art. 1806 CC**), incluyendo impuestos fiscales y municipales y costos de escritura. Lo que ocurre en los contratos importantes es que los gastos se comparten entre comprador y vendedor, y en el caso de los inmuebles los gastos de inscripción normalmente se entregan al comprador.

La regla del CC está pensada en dos lógicas. Primero, en la **eficiencia**, ya que es mejor que pague uno a que se repartan los gastos. Segundo, que si el **vendedor** sabe que debe pagar los gastos va a incluir tal cuestión en el precio para obtener realmente la suma que está buscando.

7. **Elementos esenciales:** se aplican a todos los contratos, pero están regulados a propósito de la compraventa en el CC.

7.1 **La cosa:** objeto de la obligación del vendedor y causa de la del comprador.

7.1.1 **Requisitos:** Los requisitos para la cosa es que exista, sea comerciable y que sea determinada o determinable. Para el caso de la compraventa, tiene que ser singular y no propia del comprador.

7.1.1.1 **Existente o en espera de existencia:** Está dada por la existencia presente o la creencia de las partes en la existencia futura.

- a. **Cosa no existe en absoluto:** no hay ni puede haber compraventa. Si hay mala fe, debe indemnizar.
- b. **Cosa existe parcialmente:** el contrato es viable. Si la parte faltante es considerable, hay un derecho opcional del comprador a desistir de la compra o abonar el precio a justa tasación (menos de lo que se había pactado). Si hay mala fe del vendedor (conocimiento de la

inexistencia total o parcial) debe indemnizar y existe posibilidad de configurarse un delito de estafa.

- c. **Venta de cosa futura:** las partes saben que la cosa no existe, pero esperan que llegue a existir. Esto genera la pregunta sobre la naturaleza del contrato.

c.1 **Contrato conmutativo condicional:** compraventa sujeta a condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. Lo natural es que las partes entiendan que si no llega a existir, no hay contrato (condición suspensiva). Por regla general, el contrato es conmutativo y condicional.

c.2 **Contrato aleatorio:** venta de la suerte. El contrato se entiende ya no condicional sino que puro y simple. La regla general se altera cuando las partes explícitamente acuerdan que están comprando la suerte, que el contrato es aleatorio, que se de cuenta que están jugando con un riesgo o bien que de la configuración fáctica del contrato y de las circunstancias de su especie se permita reputar con claridad la naturaleza del contrato como aleatorio. Si la cosa no llega a existir, el contrato es válido y la pérdida será para el comprador.

7.1.1.2 **Comerciable:** cabe la venta de cualquier cosa corporal o incorporal siempre que la enajenación no esté prohibida. Los **Arts. 1461 y 1464 CC** lo establecen al mismo como requisito de existencia y de validez. Esta configuración dual da lugar a la pregunta sobre cuál es el mejor espacio y la mejor interpretación para este requisito. El lugar natural, según la doctrina más autorizada, del tema de la comerciabilidad no es el de la existencia, sino el de la **validez** (nulidad absoluta por objeto ilícito). De esta manera, el **Art. 1464 CC** se refiere a los actos jurídicos de enajenación (más restringido), mientras que el **Art. 1461 CC** es más amplio. 7.1.1.3 **Determinada:** admite dos maneras, la determinación genérica y la específica. La determinación genérica implica que debe estar determinada la cantidad o ser determinable dentro del mismo contrato, sin necesidad de nuevo acuerdo. Funciona adscribiendo genéricamente el objeto y señalando la cantidad de individuos sobre los que se pacta. La determinación específica funciona determinando la identidad de un objeto.

7.1.1.4 **Singular:** la venta de una universalidad jurídica o cuota de ella sin especificación de bienes es **nula**. Esto significa que el conjunto del patrimonio de una persona no puede venderse, no al menos sin que los bienes individuales se especifiquen, se inventaríen y se reduzca tal inventario a escritura pública (**Art. 1811 CC**).

Excepción. La universalidad que se puede comprar y vender es la **herencia**. Esta venta o cesión de derechos hereditarios es un negocio de carácter solemne y conforme al **Art. 1801 CC**, esa solemnidad consiste en la escritura pública. Para hacer tradición de este derecho real, no se requiere inscripción. Esto se debe a que la universalidad jurídica es un bien distinto de los bienes y de las deudas que la componen, en consecuencia no se le aplica la regla de los inmuebles que es de carácter excepcional. Ahora bien, pese a que la doctrina correcta es que no se necesita esta inscripción registral, desde el punto de vista de la práctica es **recomendable** realizar esa inscripción.

7.1.1.5 **Que no pertenezca al comprador:** Es un caso especialmente regulado de **falta de causa**, la compra de algo propio. La compra de cosa propia no es válida, y el que pagó por ella tiene **derecho a que se le restituya** lo que pagó conforme a las reglas de la nulidad. Esta regla cabe si el comprador tiene la propiedad absoluta, ya que cabe compra de cosa tenida en propiedad fiduciaria. Normalmente estas hipótesis se dan cuando

no se sabe que algo es propio, por ejemplo en contextos hereditarios (sucesión por causa de muerte).

**7.1.2 Venta de cosa ajena:** El **Art. 1815 CC** declara que la venta de cosa ajena es **válida**. Tiene una serie de efectos.

**7.1.2.1 En relación al dueño:** la compra no produce efectos. Conserva el derecho y puede reivindicar (*sin perjuicio de los derechos del dueño*), salvo que el comprador adquiriera por prescripción. Este derecho es a considerar inoponible para él el contrato.

**7.1.2.2 Entre las partes:**

- a. **La tradición no transfiere el dominio, solo da posesión** y, por tanto, la posibilidad de prescripción adquisitiva. Si alguien vende algo que no es de él, es normalmente es porque lo tiene. Cuando lo transfiere deja siempre al adquirente **en una situación mejor** que la que él tenía, ya que si tenía título de mera tenencia lo deja como poseedor, si era poseedor irregular, queda como poseedor regular, igual que si era poseedor regular. De esta manera, tradición echa por quien no es dueño, no transfiere el dominio pero genera posesión, por lo que se abre la posibilidad de ganar por prescripción.
- b. **El vendedor puede verse imposibilitado de entregar**, caso en que el comprador puede pedir el cumplimiento forzado o la resolución, ambos con indemnización de perjuicios.
- c. **Si el dueño reivindicar**, el vendedor debe sanear la evicción, salvo que el comprador haya comprado a sabiendas de ser ajena la cosa. Si la entrega se realiza y el dueño acciona, lo que ocurrirá es la evicción, que es el intento del verdadero dueño de quitarle la cosa al adquirente, de manera que el comprador tiene el deber de sanearla (deber de defensa judicial e indemnización).
- d. **Si el dueño, conociendo la compraventa celebrada, ratifica** (normalmente lo hará con la entrega del precio), o **el vendedor termina adquiriendo la cosa retroactivamente**, por ejemplo por sucesión por causa de muerte, el comprador adquiere el dominio retroactivamente (desde la tradición). Por tanto, si el vendedor vende a otro después, subsiste el dominio del primer comprador (venta de cosa ajena).

**7.2 El precio:** dinero que el comprador da por la cosa vendida y que es el objeto de la obligación del comprador y la causa de la del vendedor.

**7.2.1 Requisitos:**

**7.2.1.1 En dinero:** tiene que ser necesariamente en dinero al menos en el momento de celebrarse el contrato. Para que se trate de una compraventa, la parte que se paga en dinero tiene que ser mayoritaria respecto de la parte que no se paga en dinero, ya que si no lo es constituye permuta. Esto es con independencia que después pueda pagarse con otra cosa, ya que puede haber una dación en pago que no altera la naturaleza de la compraventa, o una novación.

**7.2.1.2 Real y serio:** existencia real de una cantidad de dinero que se da por la cosa, es decir, que exista y que no sea irrisorio en relación con la **voluntad** de las partes (que tengan intención de pagarlo y exigirlo) y la **cosa vendida** (que no exista una desproporción que resulte irrisorio).

- a. **No es real el precio simulado o fingido** (que se encubra otro acto a título gratuito).
- b. **No es serio el precio irrisorio**, es decir, que no sea completamente insignificante respecto al valor de la cosa, tanto que ni si quiera se habla de lesión (existe un ánimo de gratuidad). Distinción con precio vil, el que vale (no necesita ser justo) salvo las hipótesis restrictivas de lesión.

7.2.1.3 **Determinado**: debe estar fijada la cantidad precisa que el comprador debe pagar. Esta fijación puede ocurrir por **voluntad de las partes** o puede dejarse a un **tercero**, estando allí las posibilidades que ocurra en sus distintas modalidades. Lo general es que las partes pacten el precio, y que lo hagan en el momento que celebran el contrato. Todas las demás formas rompen con la normalidad, como que se venda a precio de mercado. Se relaciona con los open price contracts.

a. **Voluntad de las partes**: forma normal y hay amplia libertad, en el contrato mismo o a posteriori sobre la base del contrato.

a.1 **Regla especial**: si son cosas fungibles y expresamente se venden a precio de plaza, se entiende el precio de día de entrega salvo estipulación en contrario.

a.2 **Excepción**: en el CdC se establece que, si no se determina el precio en el contrato, verificada la entrega se entiende que el precio es el corriente del día y lugar de entrega, y si hay diversidad, el precio medio (**Art. 139 CdC**). La cuestión es discutible en la CV sobre compraventa internacional de mercaderías.

b. **Decisión de un tercero**: se configura un mandato, y el contrato es condicional, ya que se condiciona al sujeto a que el tercero u otro designado por las partes fije el precio. Si no lo hace, no hay venta.

8. **Efectos del contrato**. Se reseñan a la luz de las obligaciones generadas.

8.1 **Obligaciones del vendedor**. Suponen entregar la cosa vendida y sanear, tanto con la evicción como los vicios redhibitorios.

8.1.1 **Entrega de la cosa**: Supone entregar o generar para el comprador posesión pacífica y útil, legal y material de la cosa. Por cierto, esta idea se cumple sobradamente cuando el vendedor es dueño, ya que no lo deja solo en posesión, sino en posición de dominio a través de la tradición. Si no es el dueño, cualquiera sea su relación con la cosa, lo deja en posesión.

La **discusión** fundamental que está resuelta jurisprudencialmente es si incumple o no el contrato de compraventa aquel vendedor que **no es dueño de la cosa** y que no deja como dueño al comprador. La respuesta es **negativa**. Se llega a esta conclusión a partir de la profusa regulación de la obligación de sanear la evicción. Si el vendedor tiene deber de defender al comprador en la posesión pacífica y útil de cosa, y esta es una de las obligaciones principales derivadas del contrato de compraventa, entonces quiere decir que **no se necesita ser dueño para vender**, y que no se necesita hacer dueño al adquirente para perfeccionar el contrato. Si se fracasa en esa defensa, entonces ahí sí se incumple el contrato. El alcance de la obligación de entregar, en consecuencia, se refiere fundamentalmente a **generar, dar o entregar la posesión legal y material de la cosa**. En consecuencia, el comprador no puede pedir la resolución por la sola ajenidad de la cosa.

**¿Cómo se hace?**

8.1.1.1 Si la cosa es **mueble**, se hace conforme al **Art. 684 CC**.

8.1.1.2 Si la cosa es **inmueble por anticipación**, se hace en el momento de la separación.

8.1.1.3 Si es **inmueble**, se realiza por inscripción del contrato en el registro de conservador<sup>30</sup>, requiriendo también la entrega real o material de la cosa (de lo contrario, hay incumplimiento contractual y se autoriza al comprador a reclamar la cosa o pedir resolución).

8.1.1.4 Si es un **predio rústico**, hay que distinguir (**Arts. 1831-1832 CC**).

---

<sup>30</sup>**Excepciones**: servidumbres (escritura pública en que tradente exprese constituirla y adquirente aceptarla), con la contraexcepción de las servidumbres de alcantarillado en predios urbanos, la que requiere inscripción. También constituye una excepción las minas, que requieren la inscripción en el registro de propiedad de minas.

- a. **Ad corpus:** regla general, cuando no se expresa cabida en el contrato o se hace solo como dato ilustrativo. Sus efectos dependen de los deslindes.
  - a.1 **Sin señalar deslindes:** no hay derecho a reclamo.
  - a.2 **Con señalamiento de deslindes:** el vendedor debe entregar todo lo comprendido en deslindes. Si falta algo, se aplica la regla de la venta según cabida (cabida real menor que la declarada).
- b. **Según cabida:** cuando la cabida se expresa en el contrato, salvo que las partes renuncien a sus acciones por desigualdad entre cabida real y declarada; o cuando el precio se fija con relación a la cabida. La prescripción de las acciones en esta venta es en **un año** desde la entrega (**Art. 1834 CC**), y no privan de la acción de lesión enorme, en su caso (**Art. 1836 CC**). Respecto de sus efectos, cabe destacar dos situaciones.
  - b.1 **Cabida real mayor que la declarada: (Art. 1832.1 CC)** si el precio de lo que sobre es inferior al 10% del total, el vendedor tiene derecho a aumento. Si el precio de lo que sobra es superior al 10% del total, el comprador puede aumentar proporcionalmente el precio o desistir, con indemnización de perjuicios.
  - b.2 **Cabida real menor que la declarada: (Art. 1832.2 CC)** si el precio de lo que falta es menor del 10% del total, el vendedor debe completar la cabida o disminuir el precio (si no es posible o no le exigen completación). Si el precio de lo que falta excede esa décima parte, el comprador puede aceptar disminución del precio o desistir del contrato, con indemnización.

**¿Cuándo se hace?** La entrega debe realizarse cuando **se haya pactado** expresa o tácitamente, y si no hay pacto queda entregado a las reglas generales (se paga de **inmediato**).

**¿Dónde se hace?** Debe realizarse donde se haya pactado. A falta de convención, si es especie o cuerpo cierto donde se encontraba la cosa al tiempo del contrato. Si es una cosa genérica, en el domicilio del deudor.

**¿Quién se hace cargo de los gastos?** De entrega en el lugar debido, el vendedor. De transporte una vez entregada, el comprador.

**¿Qué incluye?** Lo que determine el contrato. El acreedor no está obligado a recibir más ni menos ni aun a pretexto de igual o mayor valor de la cosa (**Arts. 1829 y 1569 CC**). Debe entregarse la cosa **más accesorios (Art. 570 CC)** y **frutos naturales pendientes al tiempo del contrato y naturales y civiles producidos después del contrato**<sup>31</sup>.

**¿Qué ocurre si se incumple?** el efecto es el derecho alternativo del comprador a exigir el cumplimiento o a pedir la resolución, ambos casos con indemnización de perjuicios. Para que opere, debe haber mora de cumplir por el vendedor y que el comprador haya pagado, tenga plazo para hacerlo o esté llano a hacerlo.

**8.1.2 Obligación de saneamiento.** Es de la naturaleza del contrato, está regulada por la ley en defecto de norma convencional que diga algo distinto y es eventual. Lo que comprende esta regulación son dos cosas, el saneamiento de los vicios redhibitorios y de la evicción.

**8.1.2.1 Saneamiento de la evicción:** lo que ocurre es una pérdida de la posesión de la cosa de manos del comprador por causa anterior al contrato

---

<sup>31</sup>Excepciones: si las partes determinaron plazo para la entrega, los frutos pertenecen al vendedor hasta el cumplimiento del plazo. Si la cosa debe entregarse cumplida una condición, los frutos son del vendedor hasta la entrega. Si las partes estipularon cláusulas especiales, los frutos son del comprador o vendedor según convenido.

de compraventa, de la que el vendedor tiene que amparar al comprador. En consecuencia, tiene como objeto **amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica** de la cosa vendida. Este amparo consiste en dos obligaciones o etapas, que son la defensa judicial y la indemnización tras la evicción.

#### ¿Cuáles son sus requisitos?

- a. **El comprador debe verse expuesto a sufrir la evicción de la cosa.** Para que esté en riesgo de ser evicto, lo que tiene que ocurrir es que sea demandado judicialmente, y solo así se puede estructurar como pretensión judicial esta causa anterior a la venta (p.e. una acción reivindicatoria o publiciana por mejor derecho).
- b. **El vendedor debe ser citado de evicción.** Este es un procedimiento legalmente regulado.

b.1 **¿Qué es la evicción?** es la privación que experimenta el comprador de todo o parte de la cosa comprada en virtud de una sentencia judicial por causa anterior a la venta. Esta privación puede ser total o parcial, no importando tal magnitud, y por causa anterior. Si es posterior, la soporta exclusivamente el comprador, salvo acuerdo en contrario. Por otro lado, los reclamos extrajudiciales de terceros no obligan al vendedor, solo si hay justo temor de perder la cosa, el comprador puede no pagar. El abandono voluntario que haga el comprador a terceros de todo o parte de la cosa no obliga al vendedor. El vendedor solo se obliga cuando turbaciones de terceros sean **de derecho**, ya que el comprador debe repeler solo las vías de hecho<sup>32</sup>.

b.2 **Citación de evicción:** su falta exonera de responsabilidad al vendedor. Debe solicitarse antes de la contestación de la demanda por el comprador, acompañando antecedentes para que el juez la ordene. Una vez decretada, el juicio se paraliza por 10 días, más tabla de emplazamiento para que comparezca el vendedor. Si pasa el plazo y el comprador no cita, el demandante puede pedir la caducidad del derecho a citación o hacerla él mismo a costa del demandado. Procede en toda clase de juicios, y puede citarse al vendedor y a todos sus antecesores.

#### ¿Qué obligaciones incluye?

- a. **Defender judicialmente al comprador de la cosa.** Es una obligación de hacer, indivisible y cada heredero responde por el total. El vendedor debe comparecer al juicio y defender al comprador. Pueden ocurrir las siguientes situaciones.

a.1 **Vendedor no comparece:** Vencido el plazo, continúa el procedimiento, y el vendedor responde si se produce evicción, pero el comprador debe intentar impedirla (cobrando luego los gastos al vendedor). Por lo tanto, si deja de poner excepciones y como consecuencia ocurre la evicción, el vendedor no responde.

a.2 **Vendedor comparece:** asume la defensa y el comprador sigue en el juicio como tercero coadyuante (debe oponer las excepciones personales que tenga). El vendedor puede **allanarse** a la evicción, caso en el que el comprador puede seguir por su cuenta y si sobreviene evicción, el vendedor debe indemnizar, pero sin comprender las costas del juicio ni

---

<sup>32</sup>Excepción: no se necesita fallo judicial si el vendedor comparece a la justicia y se allana.



los frutos percibidos durante el juicio que hayan pagado al demandante. El vendedor también puede seguir en el juicio hasta el final, y si obtiene sentencia favorable al comprador no se produce evicción, y el comprador cumplió fielmente su obligación, no debiendo indemnizar los daños causados por la demanda; si hay sentencia desfavorable al comprador, se produce evicción, el vendedor no cumplió fielmente y tiene que indemnizar.

- b. **Indemnizar cuando ha sido evicto**, esto es, cuando ha perdido la cosa (eventual, frente al fracaso de la primera). Es una obligación de dar, divisible y cada heredero responde por su cuota que consiste en restituir el precio (con reajustes e intereses), los costos judiciales y legales sufridos a consecuencia de la demanda, restituir frutos, y en general someterse al régimen de las prestaciones mutuas de los **Arts. 904 y ss. CC**.

b.1 **Evicción total**: se restituye el **precio**, aunque la cosa haya disminuido su valor<sup>33</sup>; las **costas legales** que hubiera pagado el comprador en virtud del contrato de compraventa; valor de **frutos** que el comprador debió restituir al dueño según las reglas de prestaciones mutuas<sup>34</sup>; **costas** que el comprador haya sufrido a consecuencia de la demanda<sup>35</sup>; aumento del valor de la cosa en manos del comprador, aun por causas naturales o el mero transcurso del tiempo, pero depende de su buena o mala fe<sup>36</sup>.

b.2 **Evicción parcial**: si es de tal magnitud que sea de presumir que no se habría comprado la cosa, existe un derecho opcional de pedir el saneamiento de la evicción o la rescisión de la venta. En ese caso, el comprador debe **restituir la parte no evicta** y se le considera poseedor de buena fe salvo prueba en contrario. Además, debe restituir **el precio**, abonar el valor de los **frutos** que el comprador debió restituir y abonar cualquier **otro perjuicio** resultante de la evicción.

#### ¿Cómo se extingue?

- a. **Renuncia**: es válida si el vendedor estaba de buena fe (pactó irresponsabilidad sin saber causa de evicción). Los efectos son que exonera parcialmente de responsabilidad, porque el vendedor igual debe restituir el precio, aunque la cosa se haya deteriorado o disminuido de valor por hecho o culpa del comprador, salvo que haya sacado provecho del deterioro.

La **excepción** es que la renuncia extingue completamente la responsabilidad del vendedor si se compró a sabiendas que la cosa era ajena o si el comprador tomó expresamente sobre sí el riesgo de evicción, especificándolo.

- b. **Prescripción**: la obligación de defensa es imprescriptible. Sin embargo, la obligación de indemnizar prescribe, respecto del precio, en 5 años, y respecto de los demás ítems en 4, contados desde la fecha de la sentencia o de la restitución.

---

<sup>33</sup>Si la disminución proviene de deterioros de que el comprador se aprovechó, se rebaja el precio.

<sup>34</sup>Excepción: no debe los posteriores a la fecha en que el vendedor se allanó a la demanda y percibidos durante la secuela del juicio que el comprador se empeñó en seguir.

<sup>35</sup>Excepto y el vendedor se allanó y él siguió por su cuenta.

<sup>36</sup>Distinguir: cuando el vendedor estaba de **buena fe**, no debe aumento por causas naturales o tiempo que exceda la cuarta parte del valor de cosa. Debe las mejoras necesarias y útiles que no le pagó al comprador quien obtuvo la evicción. Cuando estaba de **mala fe**, debe aumento total por causas naturales y tiempo, y toda mejora (aun voluptuaria).

- c. **Disposición de ley:** se extingue totalmente si el vendedor no comparece y el comprador deja de oponer excepción; si el comprador y demandante se someten a árbitros sin consentimiento del vendedor, y estos fallan contra el comprador; si el comprador perdió la posesión por su culpa y de ello se siguió la evicción. Se extingue parcialmente en caso de ventas forzadas (solo se debe el precio); y cuando el vendedor se allana y el comprador sigue por su cuenta, caso en el que no se deben costas del juicio ni frutos percibidos durante y entregados al dueño.

8.1.2.2 **Saneamiento de los vicios redhibitorios:** la idea es procurar la posesión útil de la cosa al comprador y, por tanto, entregarla en estado de servir a los fines para los que se compró. Esta obligación genera acciones para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida raíz o mueble, llamados redhibitorios. En consecuencia, estos vicios son aquellos que impiden la posesión útil de la cosa por parte del comprador, y que tienen la característica de ser contemporáneos a la venta, graves y ocultos. De igual manera, las partes pueden hacer redhibitorios vicios que naturalmente no lo son.

**¿Qué características deben tener?**

- a. **Contemporáneos a la venta:** basta que existan en germen al momento que se pacta. El vendedor no responde por los posteriores.
- b. **Graves:** deben ser tales que la cosa no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente, o que conocidos por el comprador, sea presumible que no hubiera comprado o hubiera pagado un precio mucho menor. Que sirva imperfectamente es una cuestión **discutible**, la funcionalidad ha generado discusiones doctrinarias. Lo importante es considerar la funcionalidad propia de la cosa, y la imperfección o perfección debe predicarse a su respecto.
- c. **Ocultos:** ignorados por el comprador (si supo se presume que no les dio importancia) según sus circunstancias personales. De esta manera, no son ocultos según la jurisprudencia cuando el vendedor **los dio a conocer** al comprador; el comprador lego lo ignoró por **grave negligencia**; el comprador **experto en razón de su profesión u oficio pudo fácilmente conocerlos**. Como se observa, el estándar entre el experto y el lego difiere. Este último requiere grave negligencia para entenderse que ha renunciado a la calidad de oculto de los vicios, mientras que el experto requiere que esa calidad lo ponga en posición de haberse dado cuenta fácilmente del desperfecto.

**¿Cuáles son sus efectos?** el comprador tiene dos opciones.

- a. **Acción redhibitoria:** resolución del contrato.
- b. **Acción aestimatoria o quanti minoris:** rebaja proporcional del precio, es decir, que se disminuya en una cierta proporción que sea compatible con el vicio de que se trate.
- c. **Casos de excepción:**
  - c.1 Si los vicios **no son tan graves**, solo cabe **rebaja del precio**.
  - c.2 Si el vendedor **conoció o por su profesión debió conocer** los vicios, debe la **rebaja más la indemnización**.
  - c.3 Si la cosa **perció después del perfeccionamiento** del contrato aunque sea en manos del comprador, y por **su culpa**, el comprador tiene derecho solo a **rebaja del precio**.
  - c.4 Si la cosa **perció por efecto del vicio**, el comprador tiene **ambas acciones más indemnización**.

c.5 Si se vendió un conjunto de cosas y solo **algunas con vicios**, solo habrá **acción redhibitoria por la cosa**, salvo que sin ella no se hubiera comprado el conjunto

#### ¿Cómo se extingue?

- a. **Renuncia:** surte efecto si el vendedor está de buena fe.
- b. **Ventas forzadas:** no hay lugar a la acción redhibitoria. La excepción es el caso del vendedor que supo o no debió ignorar vicios, habrá acción redhibitoria más indemnización de perjuicios.
- c. **Prescripción:** se cuenta desde la entrega real de la cosa, y las partes pueden ampliar o restringir plazos.
  - c.1 **Acción redhibitoria:** prescribe en 6 meses para el caso de muebles y en 1 año en el caso de inmuebles.
  - c.2 **Acción aestimatoria:** prescribe en 1 año para bienes muebles y en 18 meses para inmuebles. Si la compra fue para remitir la cosa, el plazo de 1 año se cuenta desde la entrega al consignatario más emplazamiento, siempre que el comprador, sin negligencia, haya podido ignorar vicio entre el tiempo de la compra y la remesa.
  - c.3 **Acción de indemnización:** prescribe según reglas generales.

**Para concluir...** Hay un criterio asentado que del conjunto de la normativa relativa a las obligaciones del vendedor se desprende que el alcance fundamental de su obligación es la de proporcionar al comprador la **posesión pacífica y útil de la cosa**, que es la posesión no sometida a la posibilidad de ataque y que resulte funcional a las necesidades previstas en el momento de contratar.

Si nos ponemos en el caso que la idea legislativa fuera producir dominio, la regulación debería ser que se deje sin efecto el contrato cuando eso no ocurre. Si el comprador se entera que no es el dueño, debería poder resolver el contrato con indemnización de perjuicios. Sin embargo, esto no existe en nuestro ordenamiento, de modo que si uno no es dueño y solo poseedor, no tiene nada que hacer (similar a todos los CC continentales del siglo XIX y XX). Es por esto que se dice, en consecuencia, que el alcance de la obligación de entregar, teniendo a la luz la regulación de la obligación de defensa y general de garantía, es la de producir una **posesión pacífica y útil**. Esta es una cuestión que se ha discutido bastante, pero actualmente la mayoría de los dogmáticos y la jurisprudencia entienden que el rol funcional de la compraventa no es producir necesariamente el dominio sino se **dejar al adquirente en posesión**.

**8.2 Obligaciones del comprador:** son recibir la cosa y pagar el precio.

**8.2.1 Recibir la cosa comprada:** en idea y forma, debe hacerse cargo de ella, tomando posesión. La recepción dependerá de la naturaleza de la cosa y puede ser simbólica.

Respecto de la **mora del comprador** (si se rehúsa a recibirla), implica incumplimiento contractual, y el **Art. 1827 CC** señala que el vendedor puede pedir la resolución o cumplimiento forzado (obligarlo a recibirlo), y se le debe abonar los perjuicios producidos por la mora (como los gastos de almacenaje), quedando descargado del cuidado ordinario, y solo responde de culpa grave o dolo.

**8.2.2 Pagar el precio:**

**¿Cuándo y dónde se debe pagar?** Según lo que diga la convención. A falta de ella, en el tiempo y lugar de entrega de la cosa (excepción a la regla general según la cual las obligaciones se cumplen de inmediato).

**¿Qué es el derecho del comprador a suspender el pago?** Procede si es turbado en la posesión de la cosa o si prueba que existe contra ella una acción real de que

el vendedor no le dio noticia antes de celebrar el contrato. El comprador debe depositar el precio ante el juez o conservarlo él mismo, si el juez lo designa depositario. El depósito dura hasta la cesación de la turbación o el otorgamiento de caución que asegure las resultas del juicio.

**¿Qué ocurre con el incumplimiento?** Debe ser imputable al comprador, esto es, debe ser constituido en mora (y que no haya mora del vendedor). Da derecho a pedir:

- a. **Cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios.**
- b. **Resolución del contrato con indemnización de perjuicios.** Para saber sus efectos, hay que distinguir entre las partes y frente a terceros.

b.1 **Entre las partes:**

b.1.1 **Obligaciones del vendedor:** restituir la parte del precio pagado y abonar las mejoras necesarias. El comprador tiene derecho a llevarse los materiales de las mejoras útiles y voluptuarias si son separables sin detrimento, y el vendedor no las paga. El comprador se reputa poseedor de mala fe, salvo que pruebe que su fortuna disminuyó tanto, sin culpa, que no pudo pagar.

b.1.2 **Obligaciones del comprador:** debe restituir la **cosa**; los **frutos** que percibió mientras tuvo en la cosa (totalmente o en proporción al saldo insoluto según los casos)<sup>37</sup>; pagar las **arras** dobladas o perderlas; indemnizar por **deterioros** (se reputa de mala fe, salvo que pruebe disminución de la fortuna); indemnizar **perjuicios** por incumplimiento, si el vendedor los demanda.

b.2 **Respecto de terceros:** no afecta a terceros de buena fe, la que se determina según las reglas generales de acción resolutoria.

b.2.1 **Declaración de haberse pagado el precio en la escritura de compraventa.** No se admite prueba en contrario, salvo de nulidad o falsificación de la escritura, único caso en el que hay acción contra terceros poseedores. Se presume, por la declaración en la escritura, la buena fe de los terceros. Ahora bien, puede surgir la pregunta si esto **rige para accionar el vendedor contra el comprador** que conserva la cosa en su poder. Según Alessandri, la respuesta es afirmativa. Según Meza Barros es negativa, ya que en primer lugar, a partir de un argumento *per absurdum*, no serviría de prueba ni si quiera la confesión del comprador. En segundo lugar, la finalidad de la norma es proteger a terceros de la eventual colusión de las partes. En tercer lugar, el **Art. 1876 CC** regula primero la situación de los terceros frente a la resolución, y enseguida frente a este caso, en el segundo inciso. En cuarto lugar, el contexto de los **Arts. 1875 y 1876 CC** muestra que se refieren a las partes y a los terceros respectivamente.

b.2.2 **Cláusula de no transferencia del dominio sino por pago del precio.** La condición implícita que venía del derecho romano de no transferir el dominio, a pesar de la entrega, si no se pagaba el precio, quedó abolida. En la actualidad se requiere, según el **Art. 680 CC** reserva expresa. Sin embargo, esto es contrario al **Art. 1874 CC**, que determina que pese a la estipulación, se adquiere el dominio, conservando el vendedor el derecho optativo de resolución o

---

<sup>37</sup>Excepción a regla general de condición resolutoria.

cumplimiento. En esta contradicción, y pese a la eficacia caucional de esta cláusula de reserva, se ha preferido -pro subjecta materia- al **Art. 1874 CC**, en la imposibilidad de aplicar principios de jerarquía, temporalidad o especialidad.

9. **¿Quién se hace cargo de los riesgos?** La regla general es que la pérdida, deterioro o mejora de especie o cuerpo cierto debido pertenece al **comprador** desde el perfeccionamiento del contrato, aunque aun no haya entrega<sup>38</sup>. Por otro lado, la pérdida por **caso fortuito** extingue la obligación del vendedor, pero el comprador debe pagar el precio. En caso de **pérdida parcial o deterioro**, el comprador recibe en el estado en que se encuentre, pero como compensación le pertenecen las mejoras y frutos sin costo.

Las **excepciones** a esta regla general son:

9.1 **Venta bajo condición suspensiva:** la pérdida fortuita la soporta el vendedor, quien pierde la cosa y no recibe el precio. La pérdida parcial o deterioro lo sufre el comprador, sin derecho a rebaja del precio.

9.2 **Venta al peso, cuenta o medida:** si es para determinar la cosa, los riesgos son del comprador solo desde que la operación se realiza.

9.3 **Venta al gusto:** el riesgo es del vendedor hasta que el comprador declara que le gusta la cosa.

10. **Derecho de retención del vendedor:** procede cuando concurren 3 requisitos.

10.1 **Que la cosa no haya sido entregada.**

10.2 **Que el comprador no haya pagado o no esté dispuesto a hacerlo** (pago debe ser total).

10.3 **Que no haya plazo fijado para el pago**, o lo hay pero el vendedor **se ve expuesto a perderlo por disminución considerable de la fortuna del comprador**, salvo que este caucione eficazmente.

11. **Pactos accesorios al contrato de compraventa:** están regulados en el CC y son esencialmente 3.

11.1 **Pacto comisorio:** es la condición resolutoria tácita **expresada por los contratantes**, pudiendo ser simple o calificado.

11.2 **Pacto de retroventa:** es usual en la práctica. Es aquel por el cual el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando el comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra (la compraventa queda sujeta a condición resolutoria). De esta manera, se vende a alguien en cierta cantidad y el titular en cierto plazo podrá recuperar la propiedad por una determinada suma. Este es uno de los casos en que, no siendo necesario, conviene explicitar la causa, para excluir que sea un negocio simulado y, por tanto, ilícito<sup>39</sup>. Los riesgos son del comprador, si la cosa perece antes que el vendedor ejercite su derecho. El derecho que nace de este pacto es intransferible y solo cabe transmisión por causa de muerte.

**¿Cuáles son sus requisitos?**

11.2.1 **Imperativo:** que el vendedor se reserve la facultad de recomprar la cosa vendida. La estipulación debe ser en el mismo contrato, ya que si es *a posteriori* es una promesa de compraventa.

11.2.2 **Optativos:** que se pacte el reembolso al comprador de una cantidad determinada, y a falta de este pacto, el mismo precio de la venta; que se pacte un plazo menor al máximo legal de 4 años.

11.2.3 **Condiciones de ejercicio:** si el comprador se resiste, el vendedor debe ejercitar judicialmente su derecho (dentro de cuatro años). En el mismo acto, el

---

<sup>38</sup>Esta es la mayor excepción al principio *res perit domino*, que solo es explicable por haber seguido al Code Napoleon, pareciendo olvidar que en materia de adquisición del dominio se había apartado de ese texto -que determina el efecto real de la compraventa- y seguido las fuentes romanas.

<sup>39</sup>En este sentido, juegan un papel importante los montos o cifras.

vendedor debe pagar el precio. El vendedor debe avisar oportunamente al comprador, 6 meses en caso de bienes raíces, 15 días en el caso de muebles. La excepción a esto es si cosa produce frutos periódicamente, caso en el que no puede pedirse la restitución sino después de la próxima percepción de frutos.

**¿Cuáles son sus efectos?**

- a. **Si el vendedor no ejerce el derecho oportunamente, caduca.** Los derechos del comprador se consolidan definitivamente.
- b. **Si el vendedor ejerce oportunamente su derecho, hay resolución del contrato de compraventa y restitución de partes al estado anterior.**
  - b.1 **Entre las partes:** el comprador debe restituir la cosa más accesorios e indemnizar por deterioros por su hecho o culpa. El vendedor debe abonar las mejoras necesarias y las útiles, y las voluptuarias, solo si se hicieron con su consentimiento.
  - b.2 **Respecto de terceros:** solo los afecta si están de mala fe (**Arts. 1490 y 1491 CC**).

**11.3 Pacto de retracto:** es aquel en que las partes convienen que se resolverá la venta si en un plazo determinado se presenta un nuevo comprador que ofrezca al vendedor condiciones más ventajosas que el contrato primitivo. Está sometido a condiciones suspensivas y resolutorias copulativamente amarradas, por lo que baja los grados de certeza, y se generan situaciones inciertas. Sin embargo, el legislador permite y regula la generación de estas instituciones porque se supone que, de acuerdo a la ideología liberal, las cosas deben quedar en manos de quien más las valore, ya que eso produce riquezas aunque se sacrifique cierto grado de certeza. Los efectos son los mismos que en el pacto de retroventa.

**¿Cuáles son sus requisitos?**

- 11.3.1 **Que se presente una mejor oferta.** En iguales condiciones, el contrato no se resuelve y la ley hace prevalecer el derecho del primer comprador.
- 11.3.2 **Que el derecho se ejercite en un plazo que no puede pasar de un año.**
- 11.3.3 **Que el comprador o la persona a quien este enajenó no se allane a mejorar la compra en iguales términos que el segundo oferente.**

**12. Rescisión por lesión enorme:** la lesión es el perjuicio pecuniario que las partes sufren como consecuencia de la falta brutal de equivalencia de las prestaciones recíprocas de un contrato conmutativo. La acción rescisoria es irrenunciable.

La lesión no es un vicio del consentimiento, ya que su consagración legal se caracteriza, por un lado, por **no ser de carácter general** como lo son los vicios del consentimiento (se aplican a todos) y porque es una consagración **sin matiz subjetivo** de ninguna clase, ya que se atiende al desequilibrio o desbalance de las prestaciones entre las partes, el que debe ser enorme o desproporcionado en los términos objetivos fijados por el legislador. En el caso del contrato de compraventa, es uno de los contratos en los que la lesión es procedente, con algunas excepciones, de manera que solo cabe en las compraventas de inmuebles. En consecuencia, se podría entender que el **actual sistema regulatorio no tiene sentido**, por ser específico y objetivo al determinar el monto del desequilibrio. Si se suprimen ambas cosas, se llega a una regulación similar a la comparada desde el **BGB**, que supone una regulación general y con matices subjetivos y apreciación en parámetros de razonabilidad de los niveles de desequilibrios, caso en el que se puede considerar un vicio del consentimiento.

**12.1 Requisitos.**

**12.1.1 Venta susceptible de rescindir por causa de lesión.** A falta de regla general, solo cabe cuando hay expresa autorización legal. No cabe en las ventas de bienes muebles, en los contratos mercantiles, en las ventas judiciales voluntarias o forzadas y en las ventas de minas (aunque se consideren inmuebles).

**12.1.2 Enormidad objetiva de la lesión.** Se produce cuando hay una desproporción objetiva entre las prestaciones de las partes. Para el vendedor, cuando recibe un precio inferior a la mitad del justo precio (valor venal razonable a la época del contrato y probado por quien invoca); para el comprador, cuando paga

un precio superior al doble del justo precio. Esta entidad objetiva que se refiere a la mitad o al doble del precio se conoce como la regla de la mitad.

**12.1.3 Que la cosa no haya perecido en poder del comprador.**

**12.1.4 Que la cosa no haya sido enajenada por el comprador.** Si el comprador enajenó, ninguno de los contratantes puede pedir la rescisión. La excepción es si el comprador enajenó cosa por más de lo pagado por ella, caso en el que puede el primer vendedor reclamar este exceso hasta la concurrencia del justo valor de la cosa con deducción de la décima parte.

## 12.2 Efectos:

**12.2.1 Principio:** los mismos de toda declaración de nulidad, efecto retroactivo.

**12.2.2 Excepción:** el perdedor puede atajar los efectos de la sentencia, haciendo subsistir el contrato y conservando aun un margen razonable de ganancia. Si es comprador, enterando lo que falte para completar el justo precio, deducido de este un 10%. Si el vendedor, restituyendo el exceso sobre el justo precio, aumentado este en un 10%. Esta regulación del CC es deficitaria, ya que posibilita que se siga un juicio de nulidad para que el tribunal se pronuncie declarando nulo el contrato, caso en el que al que perdió surge el derecho de hacer subsistir el contrato, compensando parcialmente el desequilibrio. Incluso en ese evento, la ley lo privilegia con un porcentaje de 10% de ganancia por sobre o bajo el justo precio.

**12.3 Polémica:** Ha existido, desde hace mucho años, una polémica doctrinal respecto del diseño legislativo, acerca **si resulta más favorable al vendedor** que al comprador. La **posición afirmativa** la sostenía Tocornal, quien apuntaba que para habilitar a la lesión, el vendedor requiere un **perjuicio menor** respecto del valor de la cosa, es decir, si la cosa vale 100 y el vendedor recibe 49, sufre lesión con un perjuicio de 51, quedando abierta la posibilidad de rescindir. Por otro lado, si el comprador tiene un perjuicio de 51, no sufre lesión, ya que la regla es que debe pagar más del doble del justo precio (al menos 201, con un perjuicio de 101).

La **tesis contraria** que afirma que no hay desigualdad, fue sostenida por Andrés Bello y Alessandri, quienes afirmaban que el perjuicio se mide **respecto de lo que cada parte da** y no respecto de la cosa. El perjuicio del vendedor se mide respecto de la cosa, pero el del comprador se mide respecto del precio. Si se comparan los perjuicios respecto del objeto de cada parte, entonces **la reglamentación resulta igualitaria**. De esta manera, si se da 201 por algo que vale 100, hay un perjuicio de 101; y si se da una cosa que vale 200 en 99, hay un perjuicio también de 101.

# Contrato de arrendamiento

1. **Definición:** contrato bilateral en el que las obligaciones de las partes consisten alternativamente, por un lado, en conceder el goce de una cosa o ejecutar una obra o prestar un servicio y, por otro lado, a pagar por ese goce, obra o servicio un cierto precio que normalmente se llama renta o canon. Esto quiere decir que en el contrato de arriendo hay al menos 3 contratos distintos, que se configuran de manera diversa y que cuentan con regulaciones diversas. Se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso y conmutativo.

## 1.1 Arrendamiento de obra.

**1.2 Arrendamiento de cosa:** es el caso más nítido, y tiene varios estatutos diferenciados. Tiene una reglamentación general, y luego un estatuto especial para el arrendamiento de predios urbanos, el arrendamiento de predios rústicos, en el que a su vez hay dos o tres legislaciones concurrentes. En consecuencia, hay una serie de contratos diversos.

### 1.2.1 Reglamentación general.

### 1.2.2 Reglamentación predios o inmuebles urbanos.

### 1.2.3 Reglamentación inmuebles rústicos.

**1.3 Arrendamiento de servicio inmaterial:** arriendo de servicios en que predomina inteligencia sobre el esfuerzo puramente manual. Es el caso menos nítido, ya que esta figura está largamente sobrepasada por el contrato de trabajo. Como concepto, el contrato de trabajo surge recién en las primeras dos décadas del siglo XX, y antes lo que se

utilizaba era la figura del arrendamiento de servicio. Hoy, vigente formalmente, se encuentra en desuso completamente. Esto se debe a que desde la perspectiva de la contratación permanente de servicios materiales, rige el CT, y desde el punto de vista de los servicios no permanentes se aplica el contrato de prestación de servicios a honorarios, el que como régimen supletorio se aplican las reglas del mandato. Es por esto que no tiene ninguna importancia práctica.

Se debe distinguir entre 3 clases.

1.3.1 **Arrendamientos aislados en que la inteligencia prima sobre la mano de obra** (rigen los **Arts. 1997-2002 CC**).

1.3.2 **Servicios que consisten en una larga serie de actos**. Los trabajadores se rigen por el CT, mientras que los empleados públicos por el estatuto administrativo correspondiente.

1.3.3 **Servicios profesionales** se rigen por las reglas del mandato si lo acuerdan. De lo contrario, por normas de arrendamiento de servicios o por el CT.

2. **Arrendamiento de cosas:** se define como el contrato por el que una parte se obliga a conceder el goce de una cosa y la otra a pagar por ese goce un precio determinado. Esta idea de conceder el goce no es del todo precisa. Lo que concede el arrendador al arrendatario es, en realidad, el **uso**, ya que el goce consiste en percibir los frutos que da la cosa.

### 2.1 Elementos esenciales:

2.1.1 **Consentimiento:** basta el **acuerdo** entre las partes en cosa y precio y, dado que es consensual, no requiere formalidad, por lo que no se requiere escrituración de ninguna clase. Sin embargo, dada la importancia que tienen los arriendos de inmuebles, es absolutamente **conveniente** escriturarlos e incluso realizarlos por escritura pública. En primer lugar, por la regla general que impera la escrituración para todos aquellos actos que se refieran a la entrega o promesa de entrega de **toda cosa que valga más de 2 UTM**. En segundo lugar, a efectos de **prueba**, porque respecto de **predios urbanos**, se presume legalmente que la renta es la que señala el arrendatario cuando no hay contrato escrito (**Art. 20 Ley 18.101**). En tercer lugar, si el arrendatario quiere **tener seguridad que no lo van a expeler** de la cosa arrendada, debe realizar el contrato por escritura pública, de manera que los terceros adquirentes de la cosa están obligados a respetar el arriendo. Si además se encuentra inscrito en el registro del conservador de bienes raíces, incluso deben respetarlo los acreedores hipotecarios (**Art. 1962 N°s 2 y 3 CC**). En cuarto lugar, porque si consta por escritura pública se cuenta con un **título ejecutivo** para reclamar el incumplimiento a través del juicio ejecutivo.

Esto produce **dos efectos**. Para el arrendador, es positivo porque le da un **título ejecutivo** para el caso que no se le pague. Para el arrendatario, es fundamental porque si no consta por escritura pública, los terceros adquirentes **no están obligados a respetar el arriendo**. Además, si esa escritura se inscribe, los **acreedores hipotecarios** también tienen que hacerlo.

Respecto de las **formalidades** requeridas, se debe distinguir:

- a. **Formalidades legales:** el contrato de arrendamiento puede estar revestido de ciertas solemnidades legales, la cuales están establecidas no en consideración de la naturaleza del contrato, sino a las partes que en él intervienen. Por ejemplo, el caso del arrendamiento de bienes raíces de la mujer casada en sociedad conyugal, por más de 5 años (urbanos) o de 8 (rústicos), el marido necesita su consentimiento (**Art. 1756 CC**).
- b. **Solemidades voluntarias:** las partes pueden convenir la solemnidades que deseen, y si se pacta que no se reputare perfecto el contrato sino hasta que se otorgue la respectiva escritura, las partes pueden retractarse hasta antes de otorgada o de verificarse la entrega de la cosa (renuncia tácita).
- c. Arras: si se han pactado, se aplican las mismas reglas de la compraventa.

2.1.2 **Cosa arrendada:** debe ser lícita y debe existir o esperarse que exista. Pueden ser bienes raíces, muebles, cosas corporales e incorpóreas, e incluso cosas ajenas. Sin embargo, no son susceptibles de ser arrendadas las cosas:



- a. **Cuyo arriendo prohíbe la ley.**
- b. **Los derechos personalísimos.**
- c. **Las cosas consumibles** de las que no puede hacerse un uso acorde con su naturaleza sin que se destruyan.

2.1.3 **Precio:** debe ser real y serio, determinado o determinable, en dinero o en frutos naturales (mediería) y puede fijarse en una cantidad alzada o periódica. Según el **Art. 1918 CC**, se determina de la misma forma que en la compraventa, por lo que puede ser determinado por las partes de común acuerdo o por un tercero, pero no lo puede determinar una de ellas a su arbitrio (**Art. 1808 inc. 2 CC**).

## 2.2 Efectos de contrato:

### 2.2.1 Obligaciones del arrendador:

2.2.1.1 **Entrega de la cosa:** respecto de la entrega, lo importante es que el estado en que la cosa debe encontrarse es un estado que sea funcional al servicio que debe prestar la cosa, es decir, debe ser entregada en estado de servir para el fin para el que fue arrendada. Si es necesario reparar la cosa para ponerla en estado de servicio, esas reparaciones corresponden al arrendador. Se trata de una entrega **material**.

**¿Cómo se hace?** En el caso de **bienes muebles**, se hace por cualquiera de las formas de entrega que el **Art. 684 CC** admite como tradición (**Art. 1920 CC**). En los **créditos**, por la entrega del título. En los **bienes inmuebles**, dejándolos materialmente a disposición del arrendatario, o simbólicamente mediante la entrega de llaves.

**¿Cuándo y dónde se hace?** En primer lugar, debe estar a la convención e las partes. A falta de esta, debe entregarse la cosa inmediatamente después de celebrado el contrato y, si se trata de una cosa específica debe entregarse en el lugar que esta se encontraba al momento del contrato, y si es una genérica, en el domicilio del arrendador.

**¿Qué ocurre si se incumple esta obligación?** El arrendatario tiene derecho a solicitar la terminación del contrato con indemnización de perjuicios cuando, el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes, ha hecho imposible la entrega, aunque de buena fe haya creído posible hacerlo, pero si el arrendatario tuvo conocimiento de la imposibilidad o si se debió a caso fortuito, solo tendrá derecho a solicitar la terminación sin indemnización.

Si hay **mora del arrendador** por hecho o culpa suya o de sus dependientes, debe indemnizar los perjuicios y, si por esto ha disminuido considerablemente la utilidad del contrato, puede el arrendatario pedir la terminación del contrato.

2.2.1.2 **Garantía por vicios:** la cuestión que se plantea es relativo al **mal estado de la cosa**. La respuesta legal a ese problema oscila entre la modificación del contrato y la terminación del mismo según el grado de disfuncionalidad de la cosa. Si la cosa tiene un deterioro tal que **impide que sirva** para aquello a lo que fue arrendada, hay derecho para pedir la **terminación** del contrato, no importando si el arrendador conocía el vicio y aun en el caso de haber empezado a existir después del contrato, siempre que no exista culpa por el arrendatario. Si solo se impide parcialmente el uso de la cosa, el CC da al **juez una atribución importante de decidir** si el contrato se termina o si, por el contrario, solo se rebaja el precio. Si el vicio era **anterior** al contrato, procede la **indemnización de perjuicios** si el arrendador conocía su existencia (se indemniza incluso el lucro cesante).

**¿Cuándo el arrendatario no tiene derecho a indemnización?**

- a. **Si contrató a sabiendas y el arrendador no se obligó a sanearlo.**
- b. **Si el vicio era tal que no pudo ignorarlo sin grave negligencia de su parte.**

- c. **Si renunció a la acción de saneamiento por el vicio**, designándolo.

2.2.1.3 **Mantenimiento de la cosa**: supone tenerla durante todo el tiempo que dure el arrendamiento en estado de servir para el fin del contrato. Esto quiere decir, en concreto, que el **arrendador** está obligado a realizar por su cuenta todas las reparaciones **necesarias**<sup>40</sup>, salvo las locativas, a menos que provengan de caso fortuito o del mal estado de la cosa (**Art. 1927 CC**). Sin embargo, qué es una reparación necesaria y qué es una locativa o menor es complejo de determinar. Esta cuestión depende de los **usos o costumbres**, es decir, de lo que usualmente las partes realizan o pactan en este tipo de contratos. Así, las locativas son aquellas que derivan del uso normal de la cosa, como el reemplazo de una ampolla.

Respecto de las **mejoras útiles**, el arrendador debe reembolsar siempre que se haya consentido con la expresa condición de abonarlas. De lo contrario, el arrendatario puede llevarse los materiales que puedan separarse sin detrimento de la cosa, a menos que el arrendador esté dispuesto a pagar lo que valdrían separados.

Las **reparaciones necesarias**, por regla general, corresponden al arrendador, pero en ciertas ocasiones puede hacerlas el arrendatario con derecho a reembolso. Para ello, deben reunir los siguientes requisitos:

- a. **Que el arrendatario no las haya hecho indispensables por su culpa.**
- b. **Que el arrendatario haya dado pronta noticia al arrendador para que las efectúe**, salvo que la notificación no haya podido darse a tiempo.
- c. **Que el arrendador no haya tratado de hacerlas oportunamente.**
- d. **Que el arrendatario pruebe la necesidad de reparaciones que se trata.**

2.2.1.4 **Debe garantizar el uso pacífico de la cosa o liberar de toda turbación del goce**. Incluye dos cuestiones.

- a. **Obligación de no turbar el arrendador al arrendatario**. El arrendador **no puede turbar al arrendatario** en el uso de la cosa, y la vulneración de esta regla da lugar a **indemnizaciones de perjuicios**, especialmente cuando el arrendador se mete sin consentimiento a hacer reparaciones y perturba el uso de la cosa. Cualquier turbación que provenga del arrendador o persona a quienes este pueda prohibirlo da derecho a indemnización.

El arrendador no puede, sin el consentimiento del arrendatario, **mudar la forma de la cosa o hacer en ella obras o trabajos que puedan embarazar su goce**. Si la cosa necesita reparaciones **urgentes** y la turbación es de **poca monta**, el arrendatario debe **soportarlo** con derecho a una **rebaja en el precio**. Si la turbación es **considerable**, el arrendatario puede pedir la **terminación del contrato**. A ambas acciones se puede sumar la **indemnización de perjuicios** cuando las reparaciones provienen de **causas que ya existían** al momento del contrato, desconocidas por el arrendatario, pero conocidas por el arrendador o este tuviese antecedentes para temerle o por su profesión debía conocerla (**Art. 1928 inc. 4 CC**); o si las reparaciones han de **dificultar el goce por mucho tiempo**, de manera que no pueda subsistir el contrato sin grave molestia para el arrendatario (**Art. 1928 inc. 5 CC**).

---

<sup>40</sup>Estas normas son supletorias de la voluntad de las partes, por lo que pueden modificarse por acuerdo privado. Sin embargo, se podría sostener que hay un límite que debe respetarse que es el enriquecimiento sin causa, ya que el arrendatario haría desembolsos solo para beneficiar al dueño y no a él (si esto se pactara y, por ejemplo, ocurriera una desgracia o un desgaste estructural).

b. **Obligación de sanear turbaciones de terceros.** Se debe distinguir.  
b.1 **Turbaciones de hecho:** el arrendatario debe repelerlas con los medios que cuente, y el arrendador no responde por ellas.

b.2 **Turbaciones de derecho:** el arrendador debe responder por ellas, pero el arrendatario debe darle noticia de las molestias o turbaciones que sufra de terceros, la omisión o tardanza en ello lo hace responsable de los perjuicios que cause al arrendador.

Si es de poca monta, el arrendatario tiene derecho a una rebaja en el precio por el tiempo restante del contrato. Si son considerables, es decir que hayan presumir que no se habría contratado, el arrendatario tiene derecho a la terminación del contrato. Se pueden acompañar de una indemnización de perjuicios si la causa del derecho del tercero era o debía ser conocida por el arrendador al tiempo del contrato, pero no del arrendatario, o siendo conocida de este, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella. Procede daño emergente y lucro cesante (**Art. 1930 inc. 4 CC**). Si la causa no era o debía ser conocida por el arrendador, procede solo la indemnización por daño emergente (**Art. 1930 inc. 5 CC**).

2.2.1.5 **Derecho retención del arrendatario:** se correlaciona con obligaciones del arrendador. La disposición legal del **Art. 1937 CC** autoriza a que el arrendatario retenga la cosa (no la restituya) cuando se le deban indemnizaciones, que pueden provenir de varias fuentes. Carece de este derecho en el caso de la extinción involuntaria del derecho del arrendador sobre la cosa (**Art. 1937 inc. 2 CC**).

- a. **La mutación de forma de la cosa o los trabajos o reparaciones** que hace el arrendador y que embaracen o turben el goce.
- b. **Las turbaciones de que sea víctima a consecuencia de los derechos que terceros justifiquen sobre la cosa.**
- c. **Del mal estado de la cosa.**
- d. **De las mejoras útiles introducidas en la cosa,** con el consentimiento del arrendador, con la expresa condición de abonarlas.

## 2.2.2 Obligaciones del arrendatario:

2.2.2.1 **Obligaciones esenciales:** pago del precio, restitución de la cosa al término de contrato y derecho legal de retención del arrendador (frutos, cosas que dejó en el inmueble y que le pertenecen, que no se entregan mientras no se cumple con las obligaciones).

### 2.2.2.1.1 Pago del precio, renta o canon.

**¿Cuándo debe pagarse el precio?** Es importante tener en cuenta que la regla temporal para el pago de la renta debe estar claramente determinada en el contrato. Si no lo está, el CC señala que se toma como referencia la costumbre del país, pero no se entiende como un concepto geopolítico, sino que geográfico (ámbito en el que se celebra, costumbre del lugar). A falta de prueba de esa costumbre del país, rigen las reglas del CC según las cuales, en el predio urbano, se paga la renta mes a mes y, en los rústicos, se paga por año. Si se arrienda cosa mueble, la renta debe pagarse inmediatamente luego de expirado el plazo del año, mes o día por el que se arrendó. Si se arrienda por suma alzada, se deberá luego que se termine el arrendamiento.

**¿Qué ocurre si se incumple esta obligación?** Se puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato. Si el término del contrato se produce por culpa del arrendatario, deberá cancelar los perjuicios, que comprenden especialmente el pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que el desahuciado hubiera podido hacer

cesar el arriendo, o en que el arriendo hubiera terminado sin desahucio. El arrendatario puede librarse proponiendo bajo su responsabilidad una persona idónea que le sustituya por el tiempo que falta, prestando fianza u otra seguridad.

**2.2.2.1.2 Restitución de la cosa al término del contrato:** es una consecuencia de la temporalidad del goce de la cosa.

**¿Cómo debe entregarse?** Los muebles, poniéndolos materialmente a disposición del arrendador. Los inmuebles, desocupándolos, poniendo a disposición y entregando las llaves.

**¿En qué estado debe estar la cosa?** Debe entregarse en el estado en que la cosa fue entregada al arrendatario, menos el desgaste o deterioro causado por el uso legítimo. Si las partes no expresado el estado de entrega, se presume que fue satisfactorio. Los daños y pérdidas sobrevinientes se presumen culpables. Desde luego, esto puede modificarse convencionalmente, por ejemplo que se tenga que entregar recién pintado el inmueble.

**¿Qué ocurre si se incumple esta obligación?** Para que el arrendatario quede en mora, debe ser requerido por el arrendador, la expiración del plazo no es suficiente (excepción a la regla general). Constituido en mora, se debe la indemnización de perjuicios por mora y los correspondientes por injusta detentación.

**2.2.2.1.3 Derecho de retención del arrendador:** tiene por objeto los frutos existentes en la cosa arrendada y los objetos con que el arrendatario la haya guarnecido, amoblado o provisto, siempre que pertenezcan al arrendatario (se presume legalmente que le pertenecen). Garantiza varias cosas.

- a. **Pago del precio o renta.**
- b. **Indemnización por usar la cosa contra el espíritu o términos del contrato.**
- c. **Indemnización por deterioros causados por no cuidar la cosa** como buen padre de familia.
- d. **Indemnización por mora de restitución.**
- e. **Indemnización por terminación del contrato** por culpa del arrendatario.

#### **2.2.2.2 Obligaciones de la naturaleza:**

**2.2.2.2.1 Uso según los términos o espíritu del contrato:** el uso de la cosa según el espíritu o términos del contrato, es decir, que no se puedes destinar la cosa a algo distinto para lo que se estaba arrendado, caso en el que será el juez el que determinará si el uso que dio el arrendatario es coherente o compatible con los términos de la convención. Se resuelve en relación con lo estipulado por la convención; la presunta intención de las partes y el natural destino de la cosa; y lo que decide el juez. Si se incumple, procede terminación con indemnización de perjuicios.

**2.2.2.2.2 Deber de cuidar la cosa:** como un buen padre de familia, es decir, que responde de culpa leve por ser en beneficio de ambas partes. Si es leve, solo cabe indemnización, pero si es grave - ocasiona un grave deterioro- puede llevar a la terminación del contrato. La consecuencia de esta obligación es la prohibición de subarrendar o ceder el arriendo salvo expresa estipulación.

**2.2.2.2.3 Reparaciones locativas:** son las que tienen por objeto subsanar aquellos deterioros que son una consecuencia normal del goce que el arrendatario tiene de la cosa según la costumbre del país, sea por culpa del arrendatario o sus dependientes. Le corresponden al locatario (locatio conductio en la figura romana) o

arrendatario, y son por ejemplo los descalabros de paredes, rotura de cristales, cercas, etc.

## 2.3 Expiración del contrato:

2.3.1 **Destrucción de la cosa:** si es culpable, el arrendatario debe indemnización de perjuicios y pago de la renta por el tiempo que falte hasta la expiración del plazo estipulado o hasta que, mediante el desahucio, hubiera podido cesar el contrato. Si es parcial, el juez debe decidir si tendrá lugar la terminación del contrato o rebaja de la renta.

### 2.3.2 Expiración del tiempo estipulado:

2.3.2.1 **Contrato por tiempo determinado:** en los siguientes casos, la expiración pone fin *ipso iure* al contrato, sin necesidad de desahucio.

- a. **Si las partes expresamente convinieron término.**
- b. **Si el tiempo es determinado por la naturaleza del servicio a que se destina la cosa.**
- c. **Si el tiempo está determinado por la costumbre del país.**

2.3.2.2 **Contrato por tiempo indeterminado:** el contrato termina cuando las partes con la debida anticipación avisan su voluntad, a través del desahucio. Si el plazo es obligatorio solo para una parte, la otra deberá desahuciarla para terminar el contrato.

**¿Cuáles son sus características?** El desahucio es el aviso anticipado que una de las partes da a la otra de su voluntad de poner fin al contrato. Es un acto unilateral, ya que la aceptación de la contraparte carece de importancia, pero recepticio, es decir, que debe dirigirse a la contraparte. Puede ser judicial (por medio de notificación) o extrajudicial (verbal o escrito) y es irrevocable, salvo acuerdo de la contraparte.

**¿Cómo se hace?** La anticipación se ajusta a período de tiempo que regula pagos. El desahucio empieza a correr al mismo tiempo que el próximo periodo. Existen 10 días desde la notificación para oponerse, y si ha oposición, hay comparendo en el que las partes llevan la prueba. Si no la hay, hay sentencia que da lugar y fija el día de la restitución.

**¿Cuándo termina el contrato?** El contrato termina cuando expira el plazo del desahucio. Si el arrendatario restituye anticipadamente, igual debe pagar intereses al final.

**¿Qué es la tácita reconducción?** por regla general, el contrato se entiende renovado solo cuando las partes lo convienen expresamente, de manera que si el arrendatario continúa sin protesta del arrendador no se presume reconducción. Sin embargo, si se trata de un bien raíz y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, paga la renta de cualquier tiempo subsiguiente a la terminación o las partes manifiestan de otro modo igualmente inequívoco la intención de perseverar el contrato, se entiende renovado bajo las mismas condiciones. Por predios urbanos no más de 3 meses, y en rústicos por el tiempo necesario para utilizar labores agrícolas principiadas y recoger los frutos pendientes. A la expiración de este tiempo puede volver a renovarse de la misma manera<sup>41</sup>.

El problema es que no es bueno que los contratos queden sujetos a la tácita reconducción, debido a que los contratos con término indefinido tienen inconvenientes relacionados con la incertidumbre que producen y lo corto del tiempo. Para evitar estos problemas, se establece un contrato a plazo pero con formatos automáticos de renovación en silencio de las partes. Este es uno de los casos en los que las propias partes le dan valor de declaración de voluntad al silencio. Entonces, solo si una de las partes

---

<sup>41</sup>Esta renovación no afecta a terceros que no se obligan, a menos que accedan al nuevo contrato, por lo tanto, las cauciones se extinguen.

quiere terminar el contrato, este termina. De lo contrario, se entiende prorrogado por un tiempo determinado por la convención.

**2.3.2.3 Por extinción del derecho del arrendador<sup>42</sup>:**

- a. **Extinción involuntaria:** terceros que adquieren el derecho del arrendador no están obligados a respetar el contrato. Si el arrendador contrató en calidad que hacía suponer positivamente la extinción, es irresponsable. Si se atribuyó la calidad de dueño absoluto sin serlo, debe indemnización, salvo que el arrendatario contratara a sabiendas.
- b. **Extinción por expropiación:** debe darse en tiempo para utilizar labores principiadas y recoger frutos pendientes. Si fuera tan urgente que no se pueda dar tiempo o el arriendo tiene plazo pendiente que consta en escritura pública, entonces procede indemnización por el Estado o Corporación expropiadora. Si es parcial, el arrendatario puede pedir terminación cuando se presume que sin esa parte no se habría contratado.
- c. **Extinción voluntaria:** se deben distinguir dos casos.
  - c.1 **Si el sucesor no está obligado a respetar el arrendamiento:** indemnización a arrendatario y a subarrendatarios. Si autorizó el subarriendo, además el arrendatario debe reembolsar a subarrendatario las rentas anticipadas.
  - c.2 **Si el sucesor está obligado a respetar el arrendamiento:** el contrato subsiste, no hay indemnización. Esto ocurre en sucesores a título gratuito (herederos, legatarios y donatarios), sucesores a título oneroso (siempre que el arriendo conste por escritura pública) y los acreedores hipotecarios, siempre que conste por escritura pública, exista inscripción en el registro del Conservador de Bienes Raíces y la inscripción sea anterior a la hipoteca.

**2.3.2.4 Por sentencia judicial:** nulidad o rescisión, de resolución por incumplimiento del contrato.

**2.3.2.5 Por insolvencia del arrendatario:** indemnización, pero cabe ejercicio de la acción oblicua por acreedores del arrendatario.

**2.3.2.6 Por necesidad de reparaciones necesarias,** cuando son de tal magnitud que impiden total o parcialmente el goce. El arrendatario tiene derecho a rebaja del precio y eventual indemnización de perjuicios.

**2.3.2.7 Por vencimiento del plazo máximo legal,** en los arrendamientos celebrados por representantes legales (tienen plazos especiales que no pueden sobrepasar).

**2.4 Arrendamiento de predios urbanos:**

**2.4.1 Legislación aplicable:** a los contratos posteriores al 29.01.1982 se aplica la Ley 18.101. A los contratos posteriores al 11.04.2003 se aplica la misma ley pero con las modificaciones introducidas por la Ley 19.866 que carece de norma de vigencia (rige desde su publicación) y de normas transitorias (**Art. 22 Ley Efecto Retroactivo<sup>43</sup>**).

**2.4.2 Ámbito de aplicación:**

**2.4.2.1 Positivo:**

- a. **Bienes raíces urbanos** (ubicados dentro del radio urbano).

---

<sup>42</sup>La cláusula de no enajenar cosa arrendada no impide al arrendador enajenar, y el arrendatario no le afecta si el sucesor debe respetar el arriendo. El embargo de cosa arrendada por acreedores del arrendador, no pone fin al arriendo.

<sup>43</sup>Excepto respecto de cuestiones puramente procesales, según el **Art. 22.2.1 LER**.

- b. **Viviendas fuera del radio urbano** aunque incluyan terreno siempre que la superficie no sea superior a 1 hectárea.
- 2.4.2.1 **Negativo:** arrendamientos excluidos de la aplicación de esta ley. Las partes regirán libremente el contrato y en lo no previsto rige el CC.
- a. **Predios de más de 1 hectárea con aptitud agrícola, ganadera o forestal y destinada a ese tipo de explotación.**
  - b. **Inmuebles fiscales.**
  - c. **Viviendas en las que el contrato se pacte por tiempo no superior a 3 meses continuos o discontinuos; las que se arrienden amobladas; las que su destino sea el descanso o turismo.**
  - d. **Hoteles, residenciales y establecimiento en relaciones derivadas de hospedaje.**
  - e. **Estacionamientos de automóviles y vehículos.**
  - f. **Viviendas acogidas al régimen de la Ley 19.281** sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa (Ley de leasing habitacional).

2.4.3 **Normas especiales:** rigen las normas generales en cuanto al desahucio y restitución. La única diferencia es que no se necesita motivo plausible para desahuciar cualquiera sea el destino o característica del inmueble, y este puede ser judicial o mediante notificación personal efectuada por notario.

En el caso del arriendo mes a mes y duración indefinida, el plazo para restitución es de 2 meses desde notificada la demanda, y se aumenta en 1 mes para cada año que el arrendatario ocupó sin poder exceder, en total, de 6.

En el caso del arriendo a plazo fijo que no exceda un año, el plazo de restitución es de 2 meses sin derecho a adición.

Las normas procesales se aplican los **Arts. 8 a 18 Ley 18.101**. En cuanto a las obligaciones de las partes, rigen las normas generales del CC, salvo que se invierte la regla de la facultad de subarrendar.

## 2.5 Arrendamiento de predios rústicos:

2.5.1 **Legislación aplicable:** a los contratos anteriores a 1975, rige el DFL 9 y el CC, salvo en lo referente al derecho preferente de compra por el arrendatario y la prórroga del contrato. En los contratos posteriores a ese año, rige el DL 993 y el CC.

### 2.5.2 **Ámbito de aplicación:**

2.5.2.1 **Predios rústicos:** inmuebles susceptibles de uso agrícola, ganadero o forestal, comprendido en zonas rurales o urbanas.

2.5.2.2 **Excepción:** no se rigen por el DL 993.

- a. **Contratos de aparcería o mediería.**
- b. **Arrendamiento de terrenos fiscales.**
- c. **Arrendamiento de viviendas situadas en el radio urbano** que incluyan terreno, si su extensión es de menos de una hectárea.

2.5.3 **Forma y prueba del contrato:** no es solemne, se puede hacer por escritura pública o privada, y si es privada requiere de dos testigos mayores de 18 años. Su omisión solo tiene efectos probatorios. Si no se pacta por escrito, rigen las disposiciones supletorias y las declaraciones del arrendamiento en lo no previsto, salvo prueba en contra.

2.5.4 **Renta:** rigen las reglas generales íntegramente.

2.5.5 **Duración:** no hay mínimo y, por lo tanto, rige la voluntad de las partes. En defecto de ella, se determina por el servicio especial a que se destine la cosa o por costumbre. Por último, rige indefinidamente.

2.5.6 **Incapacidades especiales:** las personas naturales o jurídicas extranjeras no pueden arrendar en zonas fronterizas. Las que son dueñas o arrendatarias no pueden arrendar terrenos que aisladamente o en conjunto excedan de límites señalados por la Ley de Reforma Agraria, salvo en Aysén y Magallanes. Para que puedan sobrepasar límites, se requiere previa autorización del SAG.

### 2.5.7 Obligaciones:

2.5.7.1 **Arrendador:** entregar el predio en los términos estipulados. Los problemas en relación a cabida se rigen por las normas de la compraventa.

#### 2.5.7.2 **Colono:**

- a. **Pago de la renta.** No hay derecho a reducción si la cosecha se pierde o merma por caso fortuito.
- b. **Cuidado de la cosa como buen padre de familia.** Derecho del arrendador para atajar el mal uso o deterioro del fundo, exigiendo fianza u otra seguridad competente y aun para hacer cesar inmediatamente el arriendo en casos graves.
- c. **Evitar usurpación de parte de cualquiera del terreno.** Hay responsabilidad por omisión de avisar al arrendador, siempre que haya conocido extensión y linderos de la heredad.
- d. **Cumplir con obligaciones contractuales, legales o reglamentarias sobre protección y conservación de recursos naturales** existentes en el predio y de los que sirvan a explotación.
- e. **Usar la cosa según los términos y espíritu del contrato** y, a falta de estipulación, conservar árboles y bosques y usarlos para el cultivo del fundo, pero no cortarlos para venta de madera, carbón o leña, ni derribarlos para aprovechar su lugar en plantación o siembra, salvo que así se exprese en el contrato.
- f. **Restituir la cosa:** si se entregó con animales las utilidades y ganado pertenecen al colono (título traslativo), por lo que también le pertenecen los riesgos, con la obligación de dejar el predio al término igual número de cabezas de la misma edad y calidad. Si faltan o son diferentes, se paga el precio.

### 2.5.8 Expiración del contrato:

2.5.8.1 **Desahucio,** si no se fijó plazo. Al respecto, rige plenamente la estipulación de las partes y, a falta de ella, el aviso debe ser con un año de anticipación, contado desde el día inicial que es el mismo día en que principió la entrega, aunque el desahucio se haya dado un tiempo antes.

2.5.8.2 **Extinción del derecho del arrendador:** pone fin al contrato, salvo que el tercer adquirente deba respetar el arriendo. Si el arrendador vende o transfiere a cualquier título, el nuevo propietario debe respetar el arriendo, salvo acuerdo en contra con el arrendatario. No distingue título gratuito y oneroso y no señala requisitos, pero es necesario que el arrendamiento respecto de terceros tenga fecha cierta y sea anterior a la enajenación.

2.6 **Mediería o Aparcería:** contrato por el cual una parte se obliga a aportar una determinada superficie de terreno y la otra su trabajo para realizar cultivos determinados con el objeto de repartirse los frutos o productos resultantes, obligándose a aportar los elementos necesarios para la adecuada explotación de los terrenos, a concurrir a los gastos de producción, a realizar en forma conjunta la dirección de la explotación y a participar en los riesgos de la misma. El cedente es quien suministra la tierra y el mediero quien se obliga a explotarla.

#### 2.6.1 **El contrato debe contener:** según el DL 993.

- a. **Individualización de las partes.**
- b. **Ubicación y superficie de terrenos aportados e indicación de determinados aportes que las partes se obligan.**
- c. **Forma de efectuarlos.**
- d. **Cultivos que se realizarán.**
- e. **Distribución (forma) de utilidades y pérdidas.**
- f. **Fecha de entrega y restitución de terceros.**
- g. **Cláusula arbitral y designación del árbitro si las partes así lo acuerdan.**

2.6.2 **Otras regulaciones:** a falta de estipulación, el contrato dura un año y las utilidades se distribuyen por igual (hay normas supletorias sobre los aportes). El



mediero está obligado a cumplir las disposiciones de protección y conservación de los recursos naturales y normas de seguridad social. No cabe ni la cesión ni la submedianería sin previa autorización escrita del propietario. Se extingue por muerte o imposibilidad física del mediero, caso en el que el cedente debe indemnizar a la sucesión por monto no inferior al valor de los aportes efectuados.

3. **Arrendamiento de obra:** contrato de ejecución de obra material. Es un contrato por el cual una parte se obliga a ejecutar una obra material (artífice) y la otra a pagar por ella un precio determinado.

3.1 **Naturaleza jurídica:** puede caber la pregunta si se trata de un contrato de arrendamiento o venta, y esto se relaciona con **quién aporta los materiales**. Si los materiales los aporta el **contratista o artífice** (quien ejecuta la obra), el contrato en verdad es una **venta**. Si los materiales los aporta el que **encarga la obra**, entonces el contrato es de **arrendamiento** de obra. Si **ambas partes** aportan materiales, el CC señala que se debe establecer **cuáles materiales son más significativos o importantes** para calificarlo como contrato de compraventa o arrendamiento.

3.2 **Confección de obra y compraventa:** es venta de cosa futura y, por lo tanto, condicional a que se ejecute bien y se entiende cumplida cuando la obra es aprobada. El contrato se reputa perfecto por la aprobación de quien encargó la obra. Los riesgos pertenecen al artífice antes de la aprobación y después a quien encargó, salvo que esté en mora de aprobar, caso en el cual le pertenecen desde la mora.

3.3 **Confección de obra y arrendamiento:** se rige por las reglas generales del arrendamiento, salvo las siguientes reglas especiales.

3.3.1 **Riesgos:** pertenecen al dueño (quien encargó). Sin embargo, pertenecerán al artífice si la cosa perece por su culpa o de sus dependientes. Si perece sin culpa del artífice, pierde su trabajo y no puede pedir su dinero, por lo que en realidad comparten riesgos.

Pertenecerán íntegramente al dueño si:

- a. **La obra ha sido reconocida y aprobada.**
- b. **La obra no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó.**
- c. **Si la cosa perece por vicio de materia suministrada por quien encargó,** salvo que el artífice por su oficio haya debido conocerlo o, conociéndolo, no avisó oportunamente.

3.3.2 **Precio:** rigen supletoriamente las siguientes reglas. El precio es el establecido en la convención; el que ordinariamente se paga por la especie de obra; el justiprecio que se determine por peritos.

3.3.3 **Obligaciones:**

3.3.3.1 **De quien encarga:**

- a. **Pagar el precio de la forma convenida,** y a falta una vez concluida, reconocida y aprobada la obra.
- b. **Aprobar o rechazar la obra una vez ejecutada,** si se constituye en mora asume los riesgos y debe pagar aunque la cosa perezca.

3.3.3.2 **Del artífice:** ejecutar la obra bien y oportunamente, si el que encargó considera que la ejecución fue indebida, deciden peritos.

Frente al incumplimiento, si la objeción de ejecución es fundada, quien encargó elige si obligar a realizar la obra o solicitar una indemnización. Si quien encargó suministró los materiales, puede reembolsar ya sea en dinero o en otros materiales de igual cantidad.

3.3.4 **Extinción del contrato:**

- a. **Voluntad de quien encargó:** debe reembolsar los costos, pagar el trabajo realizado y el lucro cesante.
- b. **Muerte del artífice:** debe concluirlo personalmente quien encargó (la muerte del que encarga no importa). Debe pagarse el valor de los materiales preparados que puedan ser útiles para la obra y el valor del trabajo realizado. Este se calcula proporcionalmente en relación a la cantidad de dinero total estipulado.

**3.3.5 Contrato de construcción de edificios:** las reglas especiales rigen si el contratista general se encarga de toda la obra o si la obra se realiza por precio global e invariable fijado de antemano.

- a. **El precio no se altera por alza de materiales o jornadas o ejecución de obras nuevas**, salvo acuerdo de dinero particular por agregaciones.
- b. **El empresario no puede realizar mayores gastos imprevistos sin autorización del que encarga.** Si este se niega injustificadamente, se puede recurrir al juez.
- c. **Aprobación de la obra deja subsistente la responsabilidad del constructor por vicios que afecten la solidez y estabilidad de la construcción.** Esta responsabilidad subsiste por 5 años, contados desde la entrega, si el edificio perece o amenaza ruina por (1) vicios o defectos de construcción; (2) vicios del suelo que el empresario o personas empleadas por él hayan debido conocer por su profesión; (3) vicios de los materiales (si los dio el que encargó, solo responde cuando por profesión debió conocerlos o, conociéndolos, no dio aviso oportuno).
- d. **El dueño de la obra, faena o empresa será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros.** No procede esta responsabilidad en construcción de edificios por un precio único prefijado si quien encarga la obra es persona natural.

4. **Arrendamiento de transporte:** contrato en que una parte se compromete mediante cierto precio o flete a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro. Quien encarga es el consignante, quien transporta el acarreador y quien recibe el consignatario. Se rige principalmente por el CdC, y el CC es subsidiario. El fallecimiento del acarreador o pasajero no pone fin al contrato, ya que las obligaciones se transmiten a los herederos respectivos.

4.1 **Obligaciones acarreador:** estas obligaciones corresponden a empresario de transportes como responsable de idoneidad y buena conducta de las personas que emplea.

4.1.1 **Presentarse a recibir la carga o pasajeros en lugar y tiempo estipulados.**

4.1.2 **Efectuar transporte.** Se exime por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que con mediana prudencia o cuidado sean evitables.

4.1.3 **Velar por personas o cosas que transporta.**

4.1.4 **Responde de daños** a personas por mala calidad del barco, navío o carruaje en que se verifica; destrucción o deterioro de la carga, salvo que pruebe caso fortuito o vicio de la carga; hecho propio o de agentes y dependientes.

4.2 **Obligaciones del cargador:**

4.2.1 **Presentar pasajeros y carga so pena de pagar la mitad de precio o flete.**

4.2.2 **Pagar precio o flete.**

4.2.3 **Reparar daños causados** por hecho o culpa del pasajero, sirvientes o familia; vicio de la carga.

## Contrato de mandato

1. **Definición:** acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte le encarga a la otra la gestión de uno o más negocios, la que acepta ese encargo por cuenta y riesgo de la primera (**Art. 2116 CC**). Esto pone de relieve los elementos esenciales del contrato de mandato, y también las partes que concurren a su celebración. Frecuentemente se les dice mandante o comitente (quien encarga) y mandatario (recibe el encargo), aunque también se le puede decir a este último apoderado, procurador o representante<sup>44</sup>.

Esto da cuenta que la gestión se ejecuta **por cuenta y riesgo del mandante**, lo que no

---

<sup>44</sup>Se le puede decir apoderado o representante cuando haya representación, ya que no siempre lo hay en el mandato.

**equivale a “en representación de”.** Esto significa que los efectos del negocio se van a terminar radicando en el patrimonio del mandante y no en el del mandatario. Este fenómeno de radicación o se realiza por la representación o por la transferencia de los efectos del mandato. Cuando se actúa a nombre propio, inicialmente los efectos del negocio se radican en el patrimonio del mandatario, pero en virtud del mandato ha actuado por cuenta y riesgo del mandante, situación que no está bien resuelta en el CC.

Por otro lado, da cuenta que el mandato puede ser para realizar **un acto o más de un acto**. Esto permite distinguir entre mandatos especiales y generales.

En general, se puede ejecutar por medio de mandato todo acto o contrato, excepto los que la ley expresamente prohíbe, como ocurre con el **Art. 1104 CC**.

Tiene **elementos esenciales**.

1.1 **Elementos comunes a todo contrato.**

1.2 **Elementos propios del mandato.**

1.2.1 **Existencia de un encargo objeto del mandato.**

1.2.2 **Mandatario se hace cargo de él por cuenta y riesgo del mandante.**

## 2. **Características del contrato de mandato:**

2.1 **Bilateral o unilateral:** el **mandatario** siempre queda obligado a realizar la gestión encargada. Por otro lado, el **mandante** se obliga para proveer los efectos para llevar a cabo el mandato, por lo que generalmente es bilateral. Sin embargo, también puede ser unilateral, cuando no se necesita proveer los efectos. Usualmente, además, puede estar obligado el mandante a remunerar al mandatario, caso en el que el mandante tiene las dos obligaciones.

Esto tiene relevancia para el **grado de culpa** y por los efectos propios de los **contratos bilaterales**.

2.2 **Gratuito u oneroso:** cuando hay remuneración, es oneroso. Este contrato es naturalmente oneroso, porque el **Art. 2117 CC** señala que la remuneración denominada honorario es determinada por la convención de las partes después, por la ley, la costumbre o el juez. Entonces, es un caso notable ya que un elemento que en los contratos onerosos normales es esencial, aquí es natural, ya que si las partes no dicen nada respecto de la remuneración, siempre pueden decirlo después o pedirle al juez que declare cuál es la remuneración. Asimismo, el **Art. 2158.3 CC** señala que la remuneración es la pactado o el usual. Es por esto que, para que sea gratuito, debe pactarse expresamente (si no se dice nada, se debe remuneración).

2.3 **Conmutativo:** puede ser aleatorio cuando la remuneración del mandatario dependa del resultado de la gestión.

2.4 **Consensual:** es la característica más discutida en la praxis. Se establece por norma expresa (**Art. 2124 CC**), e incluso el silencio puede implicar aceptación (**Art. 2125 CC**), teniendo una aplicación especial y excepcional en este caso. Se generan las mismas restricciones y dificultades probatorias relativas a cualquier contrato consensual. Puede y deber probarse por cualquier medio de prueba, pero si se refiere o contiene una remuneración por un valor superior a 2 UTM, debe constar por escrito (**Art. 1709-1711 CC**) y con las restricciones de la prueba testimonial.

Sin embargo, esto **choca indudablemente con dos cosas**. Primero, con las **exigencias de seguridad jurídica** de la práctica del derecho y, al mismo tiempo, con la **existencia de negocios solemnes** que se pueden celebrar por medio de mandatarios. En consecuencia, surge la pregunta si es admisible un mandato consensual para celebrar una escritura pública de, por ejemplo, compraventa de inmuebles. Al respecto, existen dos posturas con sus argumentos, pero en la práctica, siempre que se haga un mandato para algo medianamente importante, hay que satisfacer la misma formalidad que va a requerir el encargo realizado<sup>45</sup>. Solo para efectos de cultura jurídica, existen argumentos a favor y en contra de si se requiere o no satisfacer la misma solemnidad en el mandato que aquella que requiere el negocio que se encarga.

---

<sup>45</sup>Esto implica que los mandatos generales, para varios actos, deben realizarse siempre por escritura pública.

2.4.1 **Sí se requiere la misma solemnidad para el mandato (Art. 2123 CC).**

2.4.1.1 **La voluntad que perfecciona el acto objeto del mandato es la del mandante**, y en la única parte donde consta es en el mandato, por lo que debe ser también solemne.

2.4.1.2 Si bien por regla general es consensual, el **Art. 2123 CC** establece la excepción cuando **la ley requiere instrumento auténtico**.

2.4.2 **No se requiere la misma solemnidad para el mandato (Stitchkin).**

2.4.2.1 **No se deben confundir dos actos distintos, el mandato con el acto encargado**. La voluntad que perfecciona el acto encargado es la del mandatario.

2.4.2.2 El **Art. 2123 CC** contiene **dos normas repetitivas de preceptos generales relativas a la forma de prestarse el consentimiento y de acreditar en juicio el mandato**.

2.4.2.3 **Argumento histórico**: el **Art. 2123 CC** correspondía al **Art. 2292** del proyecto inédito, en el que se exigía tan solo instrumento privado, aun cuando el acto encargado requiera de instrumento auténtico.

2.4.2.4 De aceptar la tesis contraria, la sanción no sería la nulidad sino la **inoponibilidad (Art. 2122 CC)**.

2.5 **Intuito personae**: a través de esta característica se explica, en los mandatos especiales o definidos, la **renuncia del mandatario** como causal de término del contrato y la **revocación del mandato** hecha por el mandante<sup>46</sup>.

3. **Capacidad y representación en el mandato:**

3.1 **Representación**: mandato y representación son figuras que se yuxtaponen parcialmente, en el sentido que a veces hay mandato y representación (coinciden), a veces hay mandato sin representación y a veces hay representación sin mandato.

3.1.1 **Mandato con representación**: regla general, caso más normal. Se realiza un encargo que contiene un poder de representación, el mandatario acepta el encargo y se transforma en apoderado o representante convencional del mandante. Algunos autores exigen *contemplatio domine*.

3.1.2 **Representación sin mandato**: ocurre en las hipótesis de representación legal.

3.1.3 **Mandato sin representación**: ocurre cuando se produce el encargo, pero el mandatario puede o debe, según los términos del mandato, contratar a su propio nombre pero por cuenta y riesgo del mandante. Esta última figura es extraña, pero se utiliza cuando es necesario ocultar al mandante y está regulada en el **Art. 2154 CC**. Para transferir estos efectos no hay regulación, pero lo más conveniente es celebrar un contrato por escritura pública en la que se cite la compraventa realizada y luego se inscriba. También puede haber una cesión de posición contractual.

3.2 **Capacidad**: en el mandato hay una norma especial respecto de la capacidad, ya que si bien **aplican las normas generales**, hay **regulación específica respecto del menor adulto**<sup>47</sup>. El **Art. 2128 CC** permite que sea mandatario el menor adulto, y lo que obre por representación del mandante, resulta perfectamente válido. Sin embargo, en las relaciones del contrato de mandato (mandante y mandatario), rigen las normas de incapacidad. En consecuencia, la pregunta es si el contrato de mandato entre el mandante y el menor de edad también es perfectamente válido. El legislador responde que en ese contrato aplican las normas de protección de incapaces, por lo que **no es válido**. Estas normas van a operar cuando, como consecuencia del ejercicio del mandato, resulte perjudicado o se hayan realizado gestiones en desmedro del incapaz (daño patrimonial), caso en el que recurrirá de nulidad su representante legal. Lo que ha hecho el legislador es ponderar probabilidades, ya que posibilita que el menor adulto sea mandatario y pueda obligar válidamente al mandante frente a terceros y, al mismo tiempo, declara que el mandato es anulable por incapacidad (y lo será cuando hayan perjuicios). La explicación de esta norma

<sup>46</sup>En los mandatos generales, estas posibilidades legales son naturales para todo contrato de tracto sucesivo.

<sup>47</sup>Mujeres entre 12 y 18 años; hombres entre 14 y 18 años.

es que el legislador en esa época estaba pensando que el porcentaje de personas menores adultos que trabajaba y se dedicaba a hacer negocios (burguesía) era alto. En consecuencia, se vio como eficiente que el incapaz pudiera hacer negocios, aprendiendo y sin arriesgar su propio patrimonio. Además, las probabilidades que en el ejercicio del mandato se le generen perjuicios son bajas, razón por la cual se permite esta figura y se fomenta el aprendizaje. Por otro lado, se podría pensar que si el sujeto (en esa época) ya había abandonado la escuela, era ridículo que tuviera que esperar para emplearse en un oficio que implicara la representación de otro, por lo que se facilita el ingreso al mundo laboral sin riesgos para su patrimonio.

En consecuencia:

3.2.1 **Entre mandante y mandatario:** el mandato es nulo.

3.2.2 **Entre mandatario y terceros:**

3.2.2.1 **Si contrata a nombre del mandante:** queda obligado.

3.2.2.2 **Si contrata a nombre propio:** el acto es nulo.

#### 4. Clasificaciones del mandato:

4.1 **De acuerdo a los negocios encargados: Art. 2130 CC.**

4.1.1 **Especial:** comprende uno o más negocios especialmente determinados.

4.1.2 **General:** se da para todos los negocios del mandante o para todos, con una o más excepciones determinadas.

4.2 **De acuerdo a los términos en los cuales está concebido:**

4.2.1 **Definido.**

4.2.2 **Indefinido.**

4.3 **De acuerdo a las facultades:**

4.3.1 **Simple administración:** confiere el poder de efectuar actos de administración (**Art. 2132 CC**).

4.3.2 **Para obrar conforme le parezca:** no se entiende autorizado a alterar la sustancia del mandato ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales (**Art. 2133 inc. 1 CC**).

4.3.3 **Mandato de libre administración:** se entenderá que el mandatario tiene la facultad de ejecutar aquellos actos que las leyes designan como autorizados por dicha cláusula (**Art. 2133 inc. 2 CC**).

#### 5. Efectos del mandato:

5.1 **Obligaciones del mandatario: Arts. 2131 y ss. CC**

5.1.1 **Efectuar el encargo:** según el **Art. 2150 CC**, debe ceñirse estrictamente a los términos del mandato. Responde de los perjuicios derivados del no cumplimiento (**Art. 2131 CC**); responde de culpa leve (**Art. 2129 CC**); debe abstenerse de ejecutar el encargo cuando acarrea un grave perjuicio para el mandante (**Art. 2149 CC**) y, si las facultades no están precisadas, se trata de un mandato de simple administración. Fuera de estos casos, requiere especificación de las facultades.

**Situaciones especiales de ejecución del encargo.**

a. **Autocontratación:** se dice que está permitida, ya que existen normas especiales que la prohíben. Es conveniente referirse explícitamente a la autocontratación en el mandato, ya que no está regulada de manera general (solo casos específicos).

b. **Subcontratación o delegación:** regulada en los **Arts. 2135 y 2136 CC**. El segundo precepto señala que la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado.

b.1 **Facultado expresamente:**

b.1.1 **Si nombra la persona del delegado,** existe un nuevo mandato entre mandante y delegado, que solo puede ser revocado por el mandante, y no se extingue por la muerte u

otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario (**Art. 2137 CC**).

b.1.2 **Si no se nombra la persona del delegado**, el mandatario se hace responsable respecto del mandante y terceros.

b.2 **No facultado expresamente**: podrá delegarlo si no se le ha prohibido (**Art. 2135 CC**).

5.1.2 **Rendir cuenta**: regulada de manera incompleta o vaga en el **Art. 2155 CC**, por lo que se deja un espacio amplio a la discrecionalidad judicial para determinar el alcance de la obligación de rendir cuenta. Al menos, esta obligación supone la obligación de **explicitar y documentar las partidas de ingresos y gastos** derivados del encargo; la necesidad de **restituir aquello que se haya dado para la ejecución del embargo** y que no se haya consumido; **transferir los efectos del mandato** que no se hayan radicado por vía representacional en el patrimonio del mandante. Es una **obligación de hacer**, resulta aplicable el **Art. 1553 CC** (ejecución obligaciones de hacer) y es el mandante quien tiene que acreditar el contrato, relación causal y perjuicios.

## 5.2 Obligaciones del mandante:

5.2.1 **Proveer de todo lo necesario para la ejecución del encargo**: no todos los encargos lo requieren, por lo que es eventual.

5.2.2 **Pagar la remuneración estipulada o usual (Art. 2158 N°s 1 y 3 CC)**. Es de la naturaleza, por lo que es eventual. Puede pactarse como gratuito.

Situaciones especiales:

- a. **Caso de culpa**: solo puede dispensarse de cumplir estas obligaciones cuando el negocio encomendado no ha tenido buen éxito o pudo desempeñarse a menos costo, probando la culpa del mandatario (**Art. 2158 inc. final CC**).
- b. **El mandatario puede desistirse cuando el mandante no cumple a lo que está obligado (Art. 2159 CC)**.
- c. **Existe un derecho legal de retención (Art. 2162 CC)**, con el que podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte.

## 6. Casos en los que el mandatario se convierte en agente oficioso: Art. 2122 CC.

6.1 **Cuando ejecuta de buena fe un mandato nulo.**

6.2 **Cuando se excede de los límites del mandato por imperiosa necesidad.**

## 7. Relaciones que surgen entre mandante y terceros que han celebrado con el mandatario.

7.1 **Actúa dentro de las facultades**: el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato (**Art. 2160 inc. 1 CC**). Lo que ocurre es que se genera una obligación directa entre el mandante y los terceros, y la figura del mandatario desaparece.

7.2 **Actúa excediéndose de sus facultades**: lo actuado es inoponible al mandante, y puede o no ratificar lo obrado según el **Art. 2160 inc. 2 CC**. Respecto de la situación del mandatario se aplican las consecuencias del **Art. 2154 CC**.

7.2.1 **Es responsable frente al mandante y debe indemnizar los perjuicios.**

7.2.2 **No es responsable frente a terceros**, salvo que no haya dado conocimiento suficiente de sus poderes o cuando se ha obligado personalmente. Puede surgir la duda de por qué no responde frente a terceros por una violación al contrato de mandato. La lógica detrás de esta norma es que la representación quiebra la regla general (que cada uno actúa por cuenta propia), por lo que es natural que la carga de verificar los poderes corresponde a la contraparte, y por eso se generan las excepciones señaladas.

7.3 **Si contrata a nombre propio**: no hay representación, el mandante no resulta obligado respecto de terceros. El mandatario resulta obligado respecto de terceros y queda obligado

a transferir al mandante los efectos del negocio celebrado, aunque no está claro el modo de cómo se concreta esta transferencia, debiendo buscarse la forma que más se adapte a aquello que debe transferirse.

8. **Terminación del mandato:** ocurre por las reglas generales de los contratos. Además, el **Art. 2163 CC** establece causales especiales.
  - 8.1 **Revocación.**
  - 8.2 **Renuncia.**
  - 8.3 **Muerte del mandante:** pone fin al mandato por su carácter *intuitu personae*, excepto en el caso de mandato judicial (compete a herederos) o el destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante (**Art. 2169 CC**).

La **muerte del mandatario** pone término al mandato, ya que normalmente el encargo es indivisible y es complejo que lo realicen todos los herederos, y además no hay la misma relación de confianza que había entre las partes originales. Sin embargo, nacen obligaciones para los herederos del mandatario (**Art. 2170 CC**), relacionadas con el aviso inmediato al mandante (para que pueda encargarlo a otra personas) y hacer en favor de este lo que puedan y las circunstancias exijan, siendo responsables de los perjuicios (solidariamente).
9. **Problema de los poderes aparentes:** **Art. 2173 CC** todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que este haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante. Quedará obligado también el mandante a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo ha hecho expirar ha pactado con terceros de buena fe, pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice. Cuando el hecho que ha hecho expirar el mandato hubiere sido notificado al público por avisos y cuando no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante.

## Contrato de fianza

1. **Definición:** es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple (**Art. 2335 CC**). Si bien el CC la define como obligación, en realidad se trata de un **contrato**.
2. **Características:**
  - 2.1 **Contrato consensual:** por regla general, ya que en ciertos casos no basta el mero acuerdo de voluntades, como en la fianza mercantil (debe otorgarse por escrito **Art. 820 CdC**) y la fianza que rinden tutores y curadores para que se defiera el cargo (debe otorgarse por escritura pública según el **Art. 855 CPC**).
  - 2.2 **Contrato unilateral:** el contrato no se estructura entre deudor y fiador, sino entre acreedor y fiador, gestionado por el deudor principal. El único obligado por este contrato es el fiador con el acreedor. El deudor es extraño al contrato. Según el **Art. 2345 CC**, se puede pactar el contrato de fianza aun en contra de la voluntad del deudor.

En la práctica, lo que ocurre es que alguien suscribe una obligación o pide un crédito y el acreedor acepta, pero exige una garantía, que se concreta llevando un fiador.
  - 2.3 **Contrato gratuito:** solo genera utilidad para el acreedor, aunque el fiador pacte remuneración con el deudor por el servicio que le presta (**Art. 2341 CC**), ya que este es ajeno al contrato.
  - 2.4 **Contrato accesorio:** tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal.
  - 2.5 **Objeto del contrato:** consiste en una **obligación de dar**, específicamente pagar una suma de dinero (**Art. 2343 inc. 4 CC**).
  - 2.6 **Responsabilidad del fiador:** responde hasta de culpa leve en todas las prestaciones a que fuere obligado (**Art. 2351 CC**).

**2.7 Obligación principal:** puede ser **civil o natural (Art. 2338 CC)**. Pueden garantizarse también obligaciones derivadas de cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y de la ley. Se pueden otorgar fianzas para garantizar la obligación del fiador (**Art. 2335 inc. 2 CC**), y también para obligaciones futuras (**Art. 2339 CC**).

### 3. Clases de fianza:

#### 3.1 Fianza personal e hipotecaria o prendaria:

3.1.1 **Fianza personal:** el fiador simplemente obliga todos sus bienes como ocurre con el común de las obligaciones en virtud del derecho de prenda general (sin un bien específico del fiador<sup>48</sup>).

3.1.2 **Fianza hipotecaria o prendaria:** el fiador constituye una hipoteca o prenda para garantizar el cumplimiento de la fianza y no de la obligación principal. Además de la garantía general, está la garantía del contrato de prenda o hipoteca.

#### 3.2 Fianza simple, solidaria, o fianza y codeudoría solidaria:

3.2.1 **Fianza simple:** el fiador se obliga subsidiariamente, de manera que se activa única y exclusivamente cuando el deudor principal no paga.

3.2.2 **Fianza solidaria:** se le exige al fiador que se obligue solidariamente, de forma que no goza del beneficio de excusión ni del de división.

3.2.3 **Fianza y codeudoría solidaria:** por un lado, se obligará como fiador solidario, y como fiador y codeudor por otro lado. regirán las reglas de las obligaciones solidarias y se le considerará como no interesado en la deuda.

Las diferencias entre esta dos últimas hipótesis encontramos que el fiador solidario puede oponer el beneficio de subrogación (**Art. 2355 CC**) y no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, por aplicación de las reglas de la fianza. En todo aquello que exceda la gravosidad de la obligación principal, la obligación es nula.

#### 3.3 Fianza legal, judicial y convencional:

3.3.1 **Fianza legal:** su fuente es la ley.

3.3.2 **Fianza judicial:** su fuente es una orden judicial.

3.3.3 **Fianza convencional:** se origina en la propia iniciativa del deudor de conseguir un fiador.

### 4. Efectos de la fianza acreedor/fiador: frente a la hipótesis de incumplimiento del deudor principal, permite al acreedor dirigirse en contra del fiador para que sea este el que le pague, total o parcialmente (según lo pactado), en lugar del deudor principal

#### 4.1 Anteriores a la reconvencción:

4.1.1 **Facultad del fiador de anticiparse a pagar la deuda:** el **Art. 2353 CC** establece que el fiador podrá hacer el pago de la deuda aun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiese hacerlo el deudor principal. Si el fiador paga antes del vencimiento del plazo que está en favor del deudor, debe esperar que este se cumpla para ejercer la acción de reembolso, **Art. 2373 CC**.

4.1.2 **Facultad del fiador de exigir que se proceda contra el deudor principal desde que es exigible la deuda,** con el objeto de evitar que el incumplimiento se produzca por desidia del deudor (**Art. 2356 CC**).

#### 4.2 Posteriores a la reconvencción. Defensas del fiador.

4.2.1 **Beneficio de excusión:** según el **Art. 2357 CC**, el fiador reconvenido podrá exigir que, antes de proceder contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas prestadas por este para la seguridad de la deuda.

**¿En qué casos el fiador está privado de este beneficio? (Art. 2358 CC).**

- a. **Renuncia expresa,** la que no afecta a subfiadores (**Art. 2360 CC**).
- b. **Fiador que se ha obligado expresamente.**

---

<sup>48</sup>Quien decide en qué bienes recaerá es el acreedor a través de la operación el embargo que realiza el receptor judicial.



- c. **Fiador de una obligación natural.**
- d. **Fianzas judiciales.**
- e. **Quiebra o notoria insolvencia del deudor**, porque para ejercer este derecho se requiere señalar los bienes del deudor.

**¿Cuáles son sus requisitos?**

- a. **No estar privado de él.**
- b. **Ejercer oportunamente:** en juicio ordinario, como excepción dilatoria; en juicio ejecutivo, en el escrito de oposición a la ejecución. En el caso de quiebra del deudor, se podría ejercer en un momento distinto si el deudor adquiere bienes con posterioridad.
- c. **Señalar los bienes del deudor principal.** El **Art. 2359 CC** señala los bienes que no son tomados en cuenta al momento de ejercer el beneficio.

**¿Cuáles son sus características?**

- a. **Solo se puede ejercer una vez.**
- b. **El acreedor tiene derecho a que el fiador le anticipe los costos de la excusión (Art. 2361 CC)**, para evitar que el fiador ejerza el beneficio con fines meramente dilatorios.
- c. **En caso de codeudores solidarios**, el fiador de uno de ellos puede oponer el beneficio para que opere respecto de todos (**Art. 2362 CC**).

**¿Cuáles son sus efectos?**

- a. **Se suspende el cobro de la deuda al fiador** ya que, como excepción dilatoria, suspende la entrada en juicio por el tiempo que el acreedor demore en practicar la excusión.
- b. **El acreedor queda obligado a practicar la excusión**, esto es, a perseguir al deudor principal, para lo cual debe ser diligente (**Art. 2365 CC**).
- c. **Si el pago que recibe el acreedor es solo parcial**, por ser insuficientes los bienes del deudor, solamente puede perseguir al fiador por el saldo insoluto (**Art. 2364 CC**).

**4.2.2 Beneficio de división:** si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

**¿Cuáles son sus requisitos?**

- a. **Pluralidad de fiadores.**
- b. **Que los fiadores no se hayan obligado solidariamente al pago.**
- c. **Que los fiadores lo sean de un mismo deudor y una misma deuda.**

**¿Cuáles son sus efectos?** La deuda se reparte por partes iguales entre fiadores, a menos que alguno haya limitado su responsabilidad a una determinada suma (**Art. 2367 CC**). Los cofiadores cargan con el fiador insolvente.

**4.2.3 Excepción de subrogación:** el que se obliga como fiador, lo hace por la posibilidad de solicitar al deudor la devolución de lo que ha tenido que pagar por él. El **Art. 1610 N°3 CC** otorga al fiador que ha pagado la deuda la **subrogación en las acciones del acreedor** por el solo ministerio de la ley.

Sin embargo, es posible que el acreedor por hecho o culpa suya haya perdido las acciones que tenía contra el deudor, perjudicando al fiador que pretendía ejercerlas. De esta forma, el fiador puede, frente a la demanda del acreedor, oponer la excepción de subrogación con el fin de que se le rebaje en todo o aquello que hubiese podido obtener, de no haber mediado el actuar del acreedor que desfavoreció su posición. Incluso puede quedar liberar de responsabilidad (**Art. 2355 CC**).

**4.2.4 Excepciones reales y personales:**

**4.2.4.1 Excepciones reales:** inherentes a la obligación principal como la cosa juzgada. Según el **Art. 2353 CC**, el fiador solo puede oponer excepciones reales. La ley califica el dolo y la violencia como excepciones reales, siendo que en realidad son personales, pero en virtud de tal precepto igual puede oponerlas.

4.2.4.2 **Excepciones personales:** provienen de circunstancias particulares del obligado.

## 5. Efectos fianza fiador/deudor:

### 5.1 Anteriores al pago:

5.1.1 **El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo** o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago, en los siguientes casos. El deudor no puede producir el relevo, la obligación es gestionar con el acreedor el posible relevo del fiador.

- a. **Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes.**
- b. **Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido.**
- c. **Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o parte.**
- d. **Si hubieren transcurrido 5 años desde el otorgamiento de la fianza,** a menos que la obligación principal se haya contraído por un tiempo determinado más largo o sea de aquellas que no están sujetas a extinguirse en tiempo determinado.
- e. **Si hay temor fundado de que el deudor principal se fugue,** no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda.

5.1.2 **Aviso mutuo del fiador y deudor antes de pagar la deuda,** evitando un doble pago. La falta de aviso genera, para el **deudor** que pagó sin avisar, **la responsabilidad por lo que pagare de nuevo el fiador,** aunque tendrá acción contra el acreedor por el pago indebido. Para el **fiador** que pagó sin avisar, el **deudor podrá oponer todas las excepciones** que le hubieran servido contra el acreedor al tiempo del pago. Si el deudor pagare de nuevo, no tendrá el fiador recurso alguno contra él, peor podrá intentar acción por pago de lo no debido contra el acreedor.

### 5.2 Posteriores al pago:

5.2.1 **Acción de reembolso:** es la acción personal derivada del contrato de fianza que pertenece al fiador y que le permite recuperar todo lo que haya pagado por el deudor principal, con intereses y gastos (**Art. 2370 CC**). Es diferente de la acción de subrogación, ya que aquí se ejerce una acción propia y no los derechos del acreedor.

Mediante esta acción se pueden recuperar el capital, intereses, gastos y perjuicios sufridos.

#### **¿Cuáles son las condiciones para ejercerla?**

- a. **Que se haya pagado la deuda.** Se admiten otros medios de extinguir la obligación que signifiquen sacrificio pecuniario como la dación en pago, compensación, etc.
- b. **Que el pago haya sido útil,** esto es, cuando haya sido capaz de extinguir la obligación.
- c. **Que no se encuentre privado de la acción,** según el **Art. 2375 CC**<sup>49</sup>.
- d. **Que se ejerza la acción en el tiempo oportuno** (antes que prescriba).

5.2.2 **Acción subrogatoria:** opera la subrogación legal del que paga una deuda ajena a la que está obligado subsidiariamente (**Art. 1610 N°3 CC**).

#### **¿Cuáles son las diferencias con la acción de reembolso?**

- a. **La acción de reembolso le viene dada al fiador por derecho propio y emana del contrato,** mientras que la subrogatoria la obtiene del hecho de sustituir al acreedor en el crédito en virtud de la ley.

---

<sup>49</sup>Cuando la obligación del principal deudor es puramente natural, y no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo; cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor principal; salvo en cuanto se haya extinguido la deuda; cuando por no haber sido válido el pago del fiador no ha quedado extinguida la deuda.

- b. **La acción subrogatoria permite al fiador recuperar lo pagado**, y tiene la ventaja de que se mantienen las diversas garantías del crédito, establecidas en favor del acreedor. Por otra parte, mediante la acción de reembolso, se pueden recuperar gastos, intereses y perjuicios.

6. **Efectos entre cofiadores:** cuando son varios fiadores, la deuda se divide entre ellos, de pleno derecho, en partes iguales. El cofiador que paga en exceso tendrá que ejercer la acción subrogatoria en contra de los demás cofiadores.

Existen dos excepciones a esto.

6.1 **Cuando un cofiador ha caído en insolvencia**, caso en el que los demás cargan con el insolvente.

6.2 **Cuando un cofiador ha limitado su responsabilidad a un determinado monto.**

7. **Extinción de la fianza:**

7.1 **Vía consecucional:** cuando por cualquier medio legal, se extingue la obligación principal, como por pago efectivo de la deuda por el deudor (el fiador opone el pago al acreedor); dación en pago; novación (libera a codeudores subsidiarios y solidarios por el **Art. 1645 CC**); compensación; remisión; confusión, nulidad.

7.2 **Vía principal:** se produce cuando cesa la responsabilidad del fiador, aun cuando la obligación principal se mantiene vigente. Por ejemplo, cuando se extingue la obligación entre fiador y acreedor según reglas generales (pago, dación, compensación, confusión), cuando se releva en todo o parte de la obligación del fiador por parte del acreedor; cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho a subrogarse.

## Contrato de prenda

1. **Concepto:** el **Art. 2384 CC** lo define como el contrato en el que se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. Por su parte, la **doctrina** entiende que es el contrato en el que se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización si el deudor no cumple con la obligación garantizada.

El término *prenda* puede entenderse en tres acepciones. Primero, como **contrato de prenda** (**Art. 2384 CC**); segundo, la **cosa misma entregada** (**Art. 2384 inc. 2 CC**<sup>50</sup>); tercero, el **derecho real** que se genera para el acreedor (**Art. 577 CC**<sup>51</sup>).

2. **Características de la prenda:** es un **contrato real, unilateral y accesorio**. También es un **derecho real mueble, un privilegio, un título de mera tenencia y es indivisible**.

2.1 **Prenda como contrato:** es un contrato ya que es un acuerdo de voluntades entre **el acreedor prendario y la persona que la constituye**. No obstante, también puede celebrarse entre **el acreedor y un tercero** que empeña un bien suyo en garantía de una deuda ajena (**Art. 2388 CC**). En este caso el tercero no se obliga personalmente, y queda afecto al cumplimiento de la obligación únicamente el bien empeñado.

2.1.1 **Contrato real:** se perfecciona por la entrega de la cosa empeñada (**Art. 2386 CC**). La entrega sirve para dar la necesaria **publicidad** al contrato y el factor determinante de gran eficiencia de esta garantía.

2.1.2 **Contrato unilateral:** nacen obligaciones solo para una de las partes contratantes, el acreedor prendario. Su obligación consiste en **restituir la cosa** cuando ha sido satisfecho su crédito. No obstante, el deudor puede quedar obligado a **pagar los gastos** en que incurra el acreedor en la conservación de la prenda y los perjuicios que le haya ocasionado la tenencia (**Art. 2396 CC**).

---

<sup>50</sup>La cosa entregada se llama prenda.

<sup>51</sup>Derechos reales.

Otra situación distinta es la prenda sin desplazamiento, en la que el acreedor **no contrae la obligación de restituir** porque el deudor conserva la mera tenencia. El **deudor es el obligado** a conservar la prenda y a gozarla en términos que no la menoscaben.

2.1.3 **Contrato accesorio:** tal como lo señala el **Art. 2384 CC**, la prenda se celebra para la **seguridad de su crédito**. A su vez, esto es reafirmado por el **Art. 2385 CC**, que señala que el contrato de prenda supone siempre una **obligación principal** a que se accede.

2.2 **Prenda como derecho real:** (**Art. 577 CC**) la ventaja que la prenda otorga al acreedor es el **derecho de persecución**, que le permite ejecutar su crédito en los bienes empeñados, aunque el deudor los haya enajenado. Esta facultad es consecuencia del derecho real.

2.2.1 **Derecho mueble:** recae necesariamente sobre muebles.

2.2.2 **Privilegio de la prenda:** otorga al acreedor prendario un **privilegio de segunda clase** (**Art. 2474 N°3 CC**), que es especial y pasa contra terceros.

2.2.3 **Título de mera tenencia:** el acreedor prendario es un mero tenedor de la cosa empeñada, y la ley le considera investido de los deberes y responsabilidades del depositario (**Art. 2395 CC**). Además, es dueño y poseedor del derecho real de prenda.

2.2.4 **Indivisibilidad de la prenda:** es indivisible, aunque sea divisible la obligación principal y a pesar de que la cosa empeñada admita división (**Arts. 2396, 1526 N°1 y 2405 CC**).

### 3. Requisitos de la prenda:

3.1 **Requisitos generales de existencia y validez.**

3.2 **Requisitos especiales:**

3.2.1 **Quien da la prenda debe tener capacidad de enajenar** (**Art. 2388 CC**). Puede constituirse por el deudor principal o bien por un tercero, y ambos tienen que tener esta capacidad. Al acreedor prendario le basta con tener **capacidad de ejercicio**, aunque no tenga de disposición, ya que él no enajena nada sino que constituye una seguridad para su crédito. El CC exige formalidades especiales cuando el constituyente de la prenda es un pupilo (**Art. 393 CC**<sup>52</sup>).

3.2.2 **Que haya entrega de la cosa dada en prenda:** (**Arts. 2384 y 2386 CC**) no se trata de una entrega simbólica, sino de una **real o material**. Esto se debe a que la única forma que el acreedor prendario cumpla su obligación de **restituir la cosa** es la entrega material por parte del deudor. También se ha señalado que mediante este desplazamiento se da **publicidad del gravamen** frente a terceros, evitando que el deudor, reteniendo la cosa, aparente una solvencia de la que carece.

Cuando la cosa dada en prenda es un crédito, el **Art. 2389 CC** exige la **entrega del título** al acreedor prendario y la **notificación al deudor** para que pague al acreedor prendario y no a otra persona.

3.2.3 **Que los bienes sean susceptibles de darse en prenda:** pueden darse en prenda todas las **cosas muebles corporales o incorpóreas**, exceptuando las naves de más de 50 toneladas y las aeronaves, ya que ellas se hipotecan (**Art. 2418 CC**). Se deben hacer las siguientes precisiones.

- a. **Los inmuebles por adherencia y destinación que se constituyen en garantía separadamente del inmueble** al que acceden se dan en prenda y no en hipoteca, ya que al constituirse separadamente reciben su calidad de muebles.
- b. **Los créditos muebles también pueden darse en prenda** (**Art. 2389 CC**).
- c. **El dinero también puede darse en prenda**, caso en el que el acreedor se hace dueño del mismo, pudiendo utilizarlo y restituyendo otro tanto de la misma moneda cuando se cumpla la obligación principal.

---

<sup>52</sup>Se requiere autorización judicial.

- d. **Las boletas de garantía son en cierta forma prendas de dinero por el valor que representan.** El tomador de la boleta en el banco es el deudor prendario y la persona a quien se le entrega es el acreedor prendario. Si no se cumple la obligación principal, el acreedor podrá hacer efectiva la boleta retirando el dinero depositado en el banco.
- e. **Solo los bienes presentes pueden darse en prenda,** ya que los bienes futuros no pueden entregarse materialmente. Sin embargo, puede celebrarse una promesa de prenda.

4. **Obligaciones susceptibles de garantizarse:** por regla general, cualquier obligación puede garantizarse por un contrato de prenda, obligaciones de dar, hacer o no hacer, principales o accesorias, civiles o naturales y de cualquier fuente de obligación.

Sin embargo, **no pueden garantizarse obligaciones futuras** por tres razones.

- a. **En los contratos de hipoteca y fianza se acepta expresamente que estos garanticen obligaciones futuras,** lo que no ocurre con la prenda.
- b. El **Art. 2385 CC** dispone que **la prenda supone una obligación principal a la que accede,** y una obligación futura no existe e incluso puede que nunca llegue a existir.
- c. En la prenda, **el deudor pierde el uso o goce de la cosa,** lo que no parece razonable respecto de una obligación que no se sabe si llegará a existir.

5. **Efectos del contrato de prenda:**

5.1 **Derechos del acreedor prendario:**

5.1.1 **Derecho de retención: (Art. 2396 inc. 1 CC)** es la facultad que tiene el acreedor prendario para conservar la mera tenencia de la cosa mientras no se pague la totalidad de la deuda, lo que comprende capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para conservar la cosa y los perjuicios ocasionados por la tenencia.

Es el fundamento de todos los demás derechos y es el único que necesariamente ha de ser ejercido por el acreedor. Además, es la forma de compeler al deudor a cumplir su obligación principal, ya que solo haciéndolo podrá recuperar la tenencia de la cosa. Por ser una obligación accesorias, al extinguirse la obligación principal se extingue la prenda y cesa el derecho de retención, con la excepción de la prenda tácita.

**¿En qué casos no procede la retención?**

- a. **Cuando el juez autoriza al deudor para cambiar o reemplazar la cosa empeñada por otra,** si de ello no se sigue perjuicio al acreedor (**Art. 2396 inc. 2 CC**).
- b. **Cuando el acreedor prendario abusa de la prenda,** como cuando usa la cosa empeñada (**Art. 2396 inc. 3 CC**).

**¿Qué es la prenda tácita?** Consiste en que el acreedor tiene derecho a retener la prenda sin restituirla al constituyente, pese a que se extinguió la obligación principal, cuando dicho acreedor es titular contra el mismo deudor de otros créditos (**Art. 2401 CC**).

Se ha discutido si se trata de un simple derecho real de retención del acreedor prendario o de una extensión en virtud de una ley del derecho real de prenda por interpretación de la voluntad contractual. Según el **Art. 2402 CC**, su naturaleza parece ser la **extensión del derecho real de prenda.** La importancia de esto es que, si se trata de un derecho legal de retención, el acreedor no tendrá derecho a perseguir la cosa en contra de terceros si sale de su poder o tenencia; en cambio, si es un derecho real, existirá el derecho de persecución.

**Tiene una serie de requisitos.**

- a. **Que la cosa empeñada haya sido dada en prenda por un deudor,** no por un tercero.
- b. **Que los créditos sean ciertos y líquidos,** es decir, que no estén sujetos a plazo o condición.

- c. **Que el crédito se haya contraído con posterioridad a la obligación caucionada con la prenda.**
- d. **Que el crédito se haya hecho exigible antes del pago de la obligación caucionada con la prenda.**

**¿Cuándo no tiene aplicación la prenda tácita?**

- a. Según el **Art. 2393 CC**, si el acreedor pierde la tenencia de la prenda y está en manos del deudor, este podrá retenerla pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida, caso en el que el acreedor no podrá reclamarla alegando otros créditos.
- b. El **Art. 2404 CC** señala que el acreedor no puede excusarse de la restitución alegando otros créditos cuando el deudor vendiere la cosa empeñada y el comprador pague la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño, así como cuando el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.

**5.1.2 Derecho de persecución o reivindicación:** aunque el acreedor prendario es mero tenedor de la cosa empeñada, con respecto al derecho real de prenda es dueño y poseedor, razón por la cual puede ejercer la acción reivindicatoria (**Arts. 891 y 2393 CC**).

**5.1.3 Derecho de venta:** si la obligación principal no es cumplida, el acreedor puede solicitar la realización de la prenda de la forma establecida por ley, es decir, **por pública subasta (Art. 2397 CC)**. El acreedor no tiene derecho de disponer por sí y ante sí o para apropiarse de la cosa empeñada. Sin embargo, nada impide que pueda participar en la pública subasta y adjudicarse la cosa. Para ejercerla, el acreedor ejercita la **acción real emanada de la prenda**, sin perjuicio de la acción personal derivada del crédito para perseguir otros bienes del deudor prendario (**Art. 2397 CC** señala que el acreedor puede perseguir el cumplimiento de la obligación principal por otros medios).

Esta venta pública es también un derecho del deudor, por lo que puede exigirla si el acreedor se queda con la cosa dada en prenda.

Respecto de la imputación del pago, el **Art. 2402 CC** establece mecanismos en caso que el producto de la subasta no alcance a cubrir la totalidad de lo adeudado, y son primero **intereses y costos**, segundo **capital** y tercero **según las reglas generales de imputación del pago**, si es más de una obligación.

**5.1.4 Derecho de preferencia:** el crédito del acreedor prendario es un **crédito privilegiado de segunda clase**. Este privilegio es especial porque se hace efectivo en el bien dado en garantía, pero no en el resto del patrimonio del deudor. De esta manera, si parte del crédito queda sin pagarse con la realización, el saldo insoluto no goza de preferencia y es considerado valista o de quinta clase.

**5.1.5 Derecho a indemnización:** al gozar de la tenencia de la cosa, el acreedor prendario puede haber incurrido en gastos para su conservación o sufrido perjuicios. En este caso, tiene derecho a que el deudor le pague estos gastos y daños, y para la seguridad del reembolso cuenta con el derecho legal de retención.

**5.2 Obligaciones del acreedor prendario:**

**5.2.1 No usar la cosa empeñada:** tiene sentido para asegurar el cumplimiento posterior de otra obligación, que es restituir la cosa empeñada. El acreedor no puede usar en provecho propio la cosa empeñada porque tiene la calidad jurídica de **depositario (Art. 2395 CC)** y el depositario no puede hacerlo. Si el acreedor usa la cosa, el deudor puede **solicitar su devolución inmediata**, perdiendo el acreedor el derecho a la prenda (**Art. 2396 inc. 3 CC**). Esta obligación no impide el ejercicio de ciertos derechos y facultades, como las siguientes.

- a. **Usar la cosa si el deudor lo autoriza (Art. 2395 CC).**
- b. **Emplear el dinero recibido en prenda (Arts. 2395 y 2221 CC).**
- c. **Si la prenda es fructífera, puede percibir los frutos e imputarlos a la deuda (Art. 2403 CC).**

- d. **Si recibió un crédito de dinero en prenda**, debe cobrarlo a su vencimiento y aplicarlo al pago de su crédito si fuere de igual naturaleza, y luego rendir cuenta al contribuyente (**Art. 12 DL 776**).

5.2.2 **Cuidar y conservar la cosa empeñada**: como buen padre de familia. Responde de culpa leve si se deteriora o menoscaba la cosa mientras está en su poder (**Art. 2394 CC**).

5.2.3 **Restituir la prenda una vez cumplida la obligación principal**: se hace exigible cuando el deudor ha pagado **íntegramente** la obligación principal e intereses, y ha indemnizado los pagos y perjuicios al acreedor. Cesa esta obligación si la prenda se destruye fortuitamente; y puede hacerse exigible antes del vencimiento del plazo o condición si el acreedor usa la cosa sin el consentimiento del deudor. No se hace exigible cuando opera la prenda tácita.

5.3 **Derechos del deudor**: correlativos a las obligaciones del acreedor.

5.3.1 **Derecho a que se le restituya la cosa**: tiene derecho a exigir la restitución de la prenda una vez satisfecho el crédito. Para ello goza de la acción prendaria, de carácter personal, pero si además es dueño de la cosa dada en prenda, tiene la acción reivindicatoria.

5.3.2 **Derecho a reemplazar la prenda si ello no perjudica al acreedor** (**Art. 2396.2 CC**).

5.3.3 **Derecho a pedir indemnización contra el acreedor por destrucción o deterioro de la prenda causados por culpa del acreedor** (**Art. 2394 CC**).

5.3.4 **Derecho a vender la cosa empeñada**, pese a estar constituida en prenda y aunque la tenencia la tenga el acreedor (**Art. 2404 CC**).

5.3.5 **Derecho a exigir la restitución anticipada de la prenda si el acreedor abusa de ella**, usando la cosa (**Art. 2396 inc. final CC**).

5.3.6 **Derecho a concurrir a la subasta de la prenda y adjudicársela en dominio pagando el precio del remate** (**Art. 2398 CC**).

5.3.7 **Mientras no se haya consumado la realización de la prenda, el deudor tiene derecho a pagar la deuda y rescatar la prenda** (**Art. 2399 CC**). Este pago debe ser completo y deben incluirse los gastos que se hubieren ocasionado.

5.4 **Obligaciones del deudor prendario**: la prenda es un contrato unilateral, solo genera obligaciones para el acreedor. Sin embargo, puede surgir para el deudor la obligación de **pagar los gastos y perjuicios** que la tenencia de la cosa haya podido ocasionar al acreedor (contrato sinalagmático imperfecto).

6. **Transferencia y transmisión del derecho real de prenda**: el CC no dispone nada acerca de la transferencia o transmisión de este derecho, por lo que aplican las reglas generales.

En consecuencia, por acto entre vivos, podrá ser transferido por **cesión de crédito prendario** (**Art. 1906 CC**). También podrá cambiar el título del derecho real de prenda por **subrogación** en el lugar del acreedor prendario.

Por sucesión por causa de muerte, el derecho de prenda se transmitirá cuando esté incluido en el haz hereditario y cuando se deje en legado un crédito garantizado con prenda (**Art. 1127 CC**).

7. **Extinción de la prenda**:

7.1 **Vía consecucional**: extinguida la obligación principal, se extingue la prenda. Por ejemplo, cuando se paga la obligación principal, cuando prescribe o hay novación, salvo que haya reserva de prenda.

7.2 **Vía principal**: se extingue la prenda, pero subsistiendo la obligación principal.

7.2.1 **Los modos de extinguir las obligaciones cuando operan solo respecto de la prenda** (**Art. 1567 CC**).

7.2.2 **La destrucción completa y fortuita de la cosa** (**Art. 2506 CC**).

7.2.3 **Por confusión**, cuando es acreedor prendario pasa a ser dueño de la cosa dada en prenda. Ello porque no puede tenerse la calidad de acreedor prendario de la cosa propia (**Art. 2406 inc. 2 CC**).

7.2.4 **Por extinción del dominio del constituyente en virtud de una condición resolutoria (Art. 2406 inc. 3 CC).** En este caso, la prenda se extingue sea que el acreedor prendario esté de buena o mala fe, es decir, si supo o no la existencia de la condición resolutoria (excepción al **Art. 1490 CC**). Sin embargo, en el caso que esté de buena fe, él puede exigir al deudor otra prenda de igual o mayor valor u otra caución competente, y si el deudor no lo cumple, puede solicitar el cumplimiento de la obligación principal, caducado el plazo (**Arts. 2406 inc. 3 y 2391 CC**). El acreedor de mala fe no goza de esta opción.

7.2.5 **Cuando el acreedor abusa de la prenda (Art. 2396 CC).**

7.2.6 **Cuando el tercero dueño de la especie la reivindique (Art. 2390 CC).**

7.2.7 **Por realización de la prenda.**

8. **Prendas especiales y actual prenda sin desplazamiento:** hasta la Ley 20.190 de 2007<sup>53</sup>, existió en Chile un complejo conjunto de prendas especiales cuya característica común era que operaban sin dejar la cosa de estar en el poder del deudor, esto es, sin desplazar la tenencia del bien empeñado al acreedor, por lo que se llamaban **prenda sin desplazamiento**. Además de la prenda civil y mercantil, existía la prenda bancaria, la agraria, la industrial, la de los almacenes generales de depósito, la de compraventa de cosas muebles a plazo la prenda sin desplazamiento (general de la Ley 18.112), todas en leyes especiales. Estas prendas fueron **derogadas** en 2007, que creó una **nueva prenda general sin desplazamiento**, produciendo una necesario simplificación y unificación sistemática.

El **Art. 14** de esta ley crea esta prenda general, en cuanto puede ser constituida sobre **cualquier cosa corporal o incorporar mueble**, y en cuanto las obligaciones que pueden ser garantizadas, ya que puede referirse a **cualquier obligación presente o futura, propia o de terceros, emanada de cualquier fuente de obligaciones**. El contrato de prenda sin desplazamiento es **solemne**, y tanto el contrato como su modificación y alzamiento deberán otorgarse por escritura pública o instrumento privado cuyas firmas deberán ser autorizadas por un notario y deberá ser protocolizado en el registro del mismo funcionario que autoriza. El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, momento a partir del cual será oponible a terceros. El deudor mantiene la cosa empeñada en su poder, pero no podrá trasladarla del lugar estipulado, salvo autorización del acreedor.

## Hipoteca

1. **Concepto: (Art. 2407 CC)** es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.  
No es conveniente definir la hipoteca como un contrato, ya que suele no tener un origen contractual, existiendo hipotecas legales y judiciales. A partir de esto, Meza Barros lo define como el **derecho real que grava un inmueble**, que no deja de permanecer en poder del constituyente, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, otorgando al acreedor el derecho de perseguir la finca en manos de quienquiera que la posea y de pagarse preferentemente con el producto de la realización.  
Su importancia radica en que es la más importante de las cauciones, por la magnitud de los créditos que garantiza y por el valor de los bienes que grava.
2. **Características:**
  - 2.1 **Derecho real (Arts. 577 y 2428 CC).** Consecuencia de este carácter es el derecho de persecución de que está dotado el acreedor hipotecario, que le habilita para perseguir la finca en mano de quienquiera la posea y a cualquier título.
  - 2.2 **Derecho inmueble (Art. 580 CC).** La excepción es la regla del **Art. 828 CdC** que reputa muebles las hipotecas constituidas sobre naves.

---

<sup>53</sup>Es una segunda norma miscelánea destinada a mejorar el mercado de capitales, por lo que se conoce como MKII.



2.3 **Derecho accesorio (Art. 2434 inc. 1 CC)**, ya que está destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Nuestro CC se mantiene fiel a la tradición romana, igual que el CC francés. Se extingue en todas las causas en que lo hace la obligación principal, y por la misma razón pasa con el crédito a los sucesores del acreedor.

2.4 **Finca permanece en poder del deudor (Art. 2407 CC)**. Esto constituye una ventaja para el deudor, quien conserva la facultad de gozar y aun disponer del bien.

2.5 **Constituye una preferencia (Art. 2470 y 2477 CC)**, ya que otorga al acreedor la facultad de pagarse preferentemente con el producto de la realización de la finca hipotecada.

2.6 **Indivisible: (Art. 2408 CC)** se traduce en que el inmueble, en su totalidad y cada una de sus partes, está afecto al pago integral de la deuda y de cada fracción de la misma. Se puede enfocar desde dos puntos de vista.

2.6.1 **Inmueble hipotecado: (Arts. 1526 N°1 y 1365 CC)** el inmueble hipotecado y cada una de las partes en que se divida responde del total de la obligación.

En primer lugar, en caso de dividirse la finca, cada uno de los lotes o hijuelas queda gravado con el total de la deuda. **Todo el bien y cualquier parte de él garantiza el total de la deuda y cualquier parte de ella.** Por ejemplo, si se tiene un hipoteca sobre un predio de cien hectáreas que garantiza un crédito por cien millones de pesos, es posible vender este predio en su totalidad, así como dividirlo en dos y vender ambas partes, pues **el efecto se traslada junto con el dominio.** La indivisibilidad en este caso significa que los predios divididos **siguen afectos al pago de la totalidad de la deuda.**

En segundo lugar, si son varios los inmuebles hipotecados, el acreedor puede instar por la realización de cualquiera de ellos para conseguir el pago del crédito, es decir, la deuda en su total **puede perseguirse en todo o en cualquiera de ellos.** Esto es importante por su implicancia en términos negativos, ya que por ejemplo si se tienen dos propiedades hipotecadas y el acreedor demanda por desposeimiento<sup>54</sup> y acción hipotecaria respecto de una de esas propiedades, el demandado no puede solicitar que se cobre la mitad respecto de una o respecto de la otra, debido a que **la acción hipotecaria es indivisible** y, por tanto, **el total de la deuda se puede cobrar sobre cualquiera de las propiedades hipotecadas** (o dadas en prenda). Es decir, **no hay excepción** que permita al deudor demandado pedir que se **divida la deuda** entre los bienes que son objeto de garantía.

En tercer lugar, bajo la misma hipótesis, se debe señalar que **el crédito también es indivisible**, por lo que si el deudor paga un porcentaje de la deuda no puede pedir al acreedor por vía judicial que se alce la hipoteca en un porcentaje equivalente al que ya se pagó. La extinción parcial de la deuda deja subsistente la hipoteca en su totalidad.

2.6.2 **Obligación garantizada: (Art. 1526 N°1 CC)** se traduce en la idea de que la **acción real** (que dirige el acreedor en contra del deudor), debe necesariamente dirigirse contra el **poseedor** de la cosa (o los poseedores), según el **Art. 1526 CC**. Es decir, es únicamente al poseedor de la cosa **a quien le van a quitar la cosa para luego sacarla a remate.** Esto implica que el deudor **no puede excepcionarse** señalando que no es el único titular de la obligación y que el acreedor debe demandar a los codeudores.

3. **Clasificaciones:** a diferencia de otros ordenamientos, para nuestro CC todas las hipotecas son convencionales. El CPC creó una hipoteca legal, y la judicial es desconocida a nuestra regulación.

3.1 **Hipoteca legal: (Art. 662 CPC)** establecida de pleno derecho por la ley. El **Art. 660 CPC** establece que, salvo acuerdo unánime de los interesados, todo comunero que reciba en adjudicación bienes por un valor que exceda el 80% de lo que le corresponda, según cálculos que hará prudencialmente el partidor, deberá pagar el exceso al contado. El **Art.**

---

<sup>54</sup>Acción que concede la ley al acreedor hipotecario para perseguir la finca hipotecada cuando se encuentra en poder de un tercer poseedor.

**662 CPC** agrega que en las adjudicaciones de bienes raíces, se entenderá constituida la hipoteca sobre las propiedades adjudicadas para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, cuando no se pago de contado el exceso referido.

**¿Cuáles son sus requisitos? (Art. 660 CPC)**

- a. **Que se adjudique un bien raíz.**
- b. **Que el valor de la adjudicación exceda el 80% del haber probable del adjudicatario.**
- c. **Que no pague el exceso al contado.**

**¿Cuáles son sus características?**

- a. **Especial**, recae sobre el bien adjudicado.
- b. **Determinada**, garantiza el alcance, esto es, el valor en que la adjudicación excede el 80% del haber del adjudicatarios, de acuerdo a cálculos del partidor.
- c. **Pública**, requiere inscripción. Al inscribir el título de la adjudicación, el Conservador de Bienes Raíces inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.

**3.2 Hipoteca judicial:** resulta de una sentencia u otros actos judiciales.

**3.3 Hipoteca convencional:** se origina en el contrato de hipoteca.

#### 4. Elementos hipoteca:

**4.1 Propios de todo contrato.**

**4.2 Especiales de la hipoteca.**

**4.2.1 Personas que pueden hipotecar: (Art. 2414 inc. 1 CC)** pueden hipotecar los **capaces de enajenar**<sup>5556</sup>. Esta exigencia se debe a que la hipoteca compromete seriamente el crédito del futuro constituyente.

**4.2.2 Forma del contrato de hipoteca:** es **solemne**, se constituye por escritura pública (**Art. 2409 CC**) debido a su gran importancia.

El precepto señala que la hipoteca deberá además inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, requisito sin el cual no tendrá valor alguno. Se discute sobre el rol que cumple esta inscripción.

a. **Solemnidad del contrato**, al igual que la escritura pública. Se argumenta a partir del **Art. 2410 CC**, que dispone que la hipoteca requiere *además* la inscripción, y sin ella *no tendrá valor alguno*.

b. **Tradicón del derecho real de hipoteca** (Meza Barros).  
**Se sostiene a partir de 4 argumentos.**

b.1 **Mensaje del CC**, según el cual la constitución de todo derecho real (menos las servidumbres) exigen tradición por inscripción en el registro.

b.2 **La hipoteca ya existe antes de ser inscrita** según los **Arts. 2419 y 2411 CC**. El primero declara que la hipoteca de bienes futuros da derecho al acreedor para hacerla inscribir sobre los bienes que el deudor adquiera y a medida que los vaya adquiriendo. Reconoce la existencia de un acto anterior que da derecho a pedir que esta se practique, y ese acto es el contrato de hipoteca por escritura pública. El segundo precepto se refiere a las hipotecas celebradas en el extranjero, el que deberá inscribirse en el registro del conservador.

b.3 **Razones de orden práctico**, en relación con la enajenación del bien antes de la inscripción (el acreedor no quedará burlado).

b.4 **Art. 767 respecto del usufructo**, que establece que no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito.

**4.2.3 Cosas que pueden hipotecarse:**

**4.2.3.1 Hipoteca de inmuebles: Art. 2418 CC.**

---

<sup>55</sup>En este sentido, se suele decir que la hipoteca constituye un principio de enajenación, ya que la realización de la finca es el resultado a que conduce la hipoteca si la deuda no es pagada en su oportunidad. Sin embargo, la verdad es que la hipoteca no importa una enajenación mayor o diferente de cualquier otra obligación que se contrate.

<sup>56</sup>En el caso de los bienes de hijos de familia y de pupilos, no podrán hipotecarse sin previo decreto judicial.

- a. **Inmuebles que se poseen en propiedad.**
- b. **Inmuebles que se poseen en usufructo (Arts. 2418 y 2423 CC).** Quieren significar que el susceptible de hipoteca es el *derecho de usufructo* que recae sobre bienes raíces (recae sobre el derecho mismo y no sobre los frutos). Se extingue por la muerte del usufructuario y en general por las causales que ponen fin al derecho de usufructo.

4.2.3.2 **Hipoteca de naves:** solo naves mayores según el CdC pueden hipotecarse (más de 50 toneladas de registro grueso). Las naves menores solo pueden constituirse en prenda.

Pueden gravarse con hipoteca siempre que se encuentren inscritos en los Registros de Matrícula de la República. Deberá otorgarse por escritura pública. Pueden darse en hipoteca naves o artefactos navales en construcción.

4.2.3.3 **Hipoteca de concesiones mineras: (Arts. 2423 CC y 218 CM)** el título de la concesión minera debe estar inscrito.

4.2.3.4 **Hipoteca de bienes futuros: (Art. 2419 CC)** la inscripción es impracticable en este caso. Por este motivo, esta hipoteca solo da al acreedor el derecho de recabar la inscripción sobre los bienes que el constituyente adquiera en el porvenir y a medida que la adquisición se produzca.

4.2.3.5 **Hipoteca de cuota: (Art. 2417 CC)** el comunero puede hipotecar su cuota antes de la división de la cosa común.

**¿Sobre qué recae la hipoteca en este caso?** Se discute.

- a. **Cuota en la comunidad.**
- b. **Cuota en el o los inmuebles que forman parte de la comunidad (Somarriva).** Se basa en que la comunidad no es mueble ni inmueble, y que si se habla de hipoteca debe haber a lo menos un inmueble.

**¿Qué ocurra al disolverse la comunidad?** Depende de los resultados de la partición.

- a. **Si el inmueble hipotecado (bien hipotecable) es adjudicado al comunero que la hipotecó, la hipoteca subsiste.**
- b. **Si el inmueble hipotecado no es adjudicado al comunero que la hipotecó, la hipoteca caduca,** a menos que el otro comunero consienta (**Art. 2417 inc. 2 CC**). Debe constar por escritura pública que se anote al margen de la inscripción hipotecaria.
- c. **Si el inmueble hipotecado es adjudicado a un tercero, la hipoteca subsiste,** no hay efecto declarativo de la partición.

5. **Naturaleza bilateral o unilateral del contrato:** dependerá del rol que se asigne a la inscripción.

5.1 **Inscripción solemnidad:** el contrato es unilateral, y el acreedor resulta obligado al alzamiento.

5.2 **Inscripción tradición:** el contrato es bilateral, el deudor queda obligado a la tradición del derecho real de hipoteca y el acreedor al alzamiento de la misma.

6. **Hipoteca de cosa ajena:**

6.1 **Discusión sobre su validez:**

6.1.1 **Nulidad de la hipoteca de cosa ajena:** la jurisprudencia se inclina unánimemente por esta tesis, en base a los siguientes argumentos. Si bien es una exigencia que no se encuentra establecida explícitamente, se desprendería del tenor de dos disposiciones.

6.1.1.1 El **Art. 2414 CC**, al referirse a *sus bienes*, estaría prohibiendo la hipoteca de bienes que no son del constituyente.

6.1.1.2 El **Art. 2418 CC**, al referirse a *bienes raíces que se poseen en propiedad o usufructo*, se refiere a una posesión que deriva del dominio.

6.1.2 **Validez de la hipoteca de cosa ajena:** Meza Barros sostiene que existen muchas razones para pensar que esta hipoteca es válida.

6.1.2.1 El **Art. 2414 CC** no estaría prohibiendo nada, sino explicitando el parámetro de normalidad (que el constituyente sea dueño del derecho que hipoteca).

6.1.2.2 El **Art. 2418 CC** se refiere a la propiedad bonitaria<sup>57</sup> que equivale a la posesión.

6.1.2.3 **Cuando el legislador ha querido negar valor a actos sobre cosa ajena lo ha dicho expresamente**, por ejemplo en el **Art. 1107 CC** respecto del legado de cosa ajena.

6.1.2.4 **Derecho real de hipoteca puede adquirirse por prescripción (Arts. 2512 y 2498 CC)**, conforme a las mismas reglas que el dominio. No se concibe la adquisición por prescripción del derecho de hipoteca sino justamente cuando se constituye por quien no es dueño de la cosa. Nulo el contrato, sería un título injusto y no podría ganarse por prescripción ordinaria. Solo podría adquirirse por prescripción ordinaria, lo que sería contrario al **Art. 2498 CC**.

6.1.2.5 Según el **Art. 2417 CC**, cuando el inmueble se adjudica a otro comunero, se entiende que hubo hipoteca de cosa ajena, y esta caduca pero no es nula. Sin embargo, tiene pleno valor si es ratificada por los otros partícipes.

6.1.2.6 Según el **Art. 672 CC**, se permite la ratificación para validar la enajenación, y en un sentido amplio la hipoteca puede considerarse enajenación, por lo que el dueño puede ratificar la hipoteca y esta sería válida. Esta solución sería más acorde con los principios generales (**Art. 672 CC**).

## 6.2 Efectos de la hipoteca de cosa ajena:

6.2.1 **Entre las partes:** la tradición del derecho real de hipoteca no transfiere el dominio del mismo, pero deja en posesión para ganarlo por prescripción.

6.2.2 **Para el dueño de la cosa hipotecada:** es inoponible, y puede pedir la cancelación de la inscripción antes de que se adquiriera el derecho real de herencia por prescripción.

## 6.3 Importancia de la inoponibilidad o nulidad de la hipoteca:

6.3.1 **Nulidad:** si el que hipotecó cosa ajena adquiere después el dominio, la hipoteca sigue siendo nula.

6.3.2 **Inoponibilidad:** si el que hipotecó cosa ajena adquiere después el dominio, la hipoteca produce todos sus efectos desde su constitución (**Art. 682 inc. 2 CC**).

## 7. Principios del contrato de hipoteca:

7.1 **Publicidad:** se realiza mediante la inscripción conservatoria.

7.2 **Especialidad:** sobre 3 aspectos.

7.2.1 **Del inmueble:** tiene que estar determinado, ya que para cumplir sus fines es necesario que se conozca con exactitud cuáles son los bienes gravados con hipoteca (**Arts. 2432 N°3<sup>58</sup> CC y 81 N°3 RCGR**). Nuestra legislación no conoce sino las hipotecas especiales, de manera que no existen hipotecas generales que afecten a todos los bienes del deudor.

7.2.2 **De la deuda:** no hay tanta rigurosidad, ya que puede no estar determinado el monto. El **Art. 2427 CC** señala que, en caso que la finca se pierda o deteriore en forma de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, permite que el acreedor impetre medidas conservativas *si la deuda fuere líquida, condicional o*

<sup>57</sup>Propiedad regulada en roma que se presentaba ante la falta de alguno de los requisitos necesarios para la existencia del dominio quirritario.

<sup>58</sup>Se debe individualizar la finca y sus linderos.

*indeterminada*. Por otro lado, el **Art. 2432 CC** no menciona el monto de la obligación principal entre los requisitos de la inscripción, y el N°4 solo señala que la inscripción expresará la suma determinada a que se extiende la hipoteca. Finalmente, el **Art. 2431 CC** señala que no podrá superar el duplo del importe *conocido o presunto* de la obligación principal.

**7.2.3 De la naturaleza del crédito:** se refiere a la determinación en cuanto a la naturaleza de la obligación garantizada. No se exige determinación precisa, sino que debe indicarse el crédito para cuya seguridad se ha constituido. El **Art. 2427 CC** habla de la deuda *indeterminada*, y el **Art. 2413 CC** señala que la hipoteca puede otorgarse *antes o después del contrato al que accede*, pero que correrá desde que se inscriba.

**7.2.4 Cláusula de garantía general hipotecaria:** se observa con frecuencia en la práctica bancaria. Por ella se constituye hipoteca para garantizar determinadas obligaciones y, además, todas las que se contraigan en el futuro para con el banco. La validez de esta cláusula ha sido reconocida por la CS en base a dos argumentos. En primer lugar, la hipoteca puede constituirse antes de la obligación principal, y el **Art. 2413 CC** deja claro que es posible inscribirla antes de que exista la obligación caucionada. En segundo lugar, el **Art. 2432 CC** establece que la inscripción debe expresar la fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, pero esto solo será posible cuando el contrato sea contemporáneo o anterior a la hipoteca, de manera que no se hará en este caso. Lo mismo ocurre con la expresión del “archivo en que existe” el contrato, que no es posible en casos de instrumentos privados.

## 8. Efectos de la hipoteca:

### 8.1 Deudor hipotecario:

**8.1.1 Realizar la tradición del derecho real de hipoteca** (bilateral).

**8.1.2 Abstenerse de ejecutar actos que menoscaben o destruyan la finca.** La hipoteca limita el derecho del dueño de la finca gravada, quien no puede disponer de ella en términos que menoscaben la garantía hipotecaria. Puede enajenarlo o hipotecarlo<sup>59</sup> (**Art. 2415 CC**), en cuanto no perjudique el derecho del acreedor hipotecario.

El **Art. 2427 CC** señala que si la finca **se perdiere o deteriorare de forma que no es suficiente para la seguridad de la deuda**<sup>60</sup>, el acreedor podrá pedir que se mejore la hipoteca, a menos que consienta que se le de otra seguridad equivalente. En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida aun estando pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas pertinentes en caso de deudas ilíquidas, condicionales o indeterminadas.

Respecto de **otros derechos reales** (como el usufructo y las servidumbres), la ley no responde a la pregunta sobre si el dueño puede constituirlos, pero la negativa es clara. La constitución de otros derechos reales **menoscaba la garantía y perjudica al acreedor hipotecario**. Además, nadie puede transferir más derechos de los que tiene, por lo que si el dueño de la finca hipotecada tiene limitado su derecho de dominio, los derechos que constituya estarán sujetos a la misma limitación. A partir de lo anterior, el **Art. 1368 CC** plantea el caso que el testador constituya un usufructo sobre un bien hipotecado. Tendrá lugar lo prevenido en el **Art. 1366 CC**, de manera que el usufructo **no afecta al acreedor hipotecario**, sino que este ejercita su derecho sin considerar la existencia del usufructo; pero sí afecta al usufructuario, quien debe pagar y solo así se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos (si la deuda era del testador y este no quiso gravarle con ella).

**8.2 Inmueble hipotecado:** cosas a que se extiende la hipoteca. Sabemos que se constituye sobre inmuebles, pero es importante investigar su alcance porque el gravamen

<sup>59</sup>Las hipotecas más antiguas siempre prefieren a las más recientes (**Art. 2477 CC**).

<sup>60</sup>Meza Barros señala que es indiferente si se trata de caso fortuito o hecho o culpa del propietario (la ley no distingue).

está dotado de un **poder de expansión** que le hace alcanzar bienes a que no afectaba originalmente. Se extiende a las siguientes cosas.

**8.2.1 Inmuebles por destinación:** la hipoteca constituida sobre un inmueble por naturaleza se extiende a los bienes que están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio del inmueble, a pesar de que puedan separarse sin detrimento (**Art. 570 CC**). Esto ocurre aunque nada se exprese en el contrato y aunque la inscripción hipotecaria no los mencione. Incluye no solo a los que existían al tiempo de constituirse la hipoteca, sino también a los que se adquieren con posterioridad, ya que la ley no distingue.

Sin embargo, la hipoteca deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros (**Art. 2420 CC**), ya que dejan de estar al servicio del inmueble y recobran su natural condición de muebles.

**8.2.2 Aumentos y mejoras:** con arreglo al **Art. 2421 CC**, la hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada, ya que forman parte del inmueble. Comprende todo aquello que incremente la cosa hipotecada, sea por causas naturales o por la industria humana.

**8.2.3 Rentas de arrendamiento:** se extiende a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados (**Art. 2422 CC**). Sin embargo, ello no quiere decir que el acreedor hipotecario tenga derecho a percibir las rentas y sea privado de ellas el dueño de la finca, sino que cuando se hace exigible la obligación principal, deduce su acción hipotecaria y embarga las rentas, con las cuales podrá hacerse pago y gozará en ellos con igual preferencia que respecto de la finca misma.

**8.2.4 Indemnizaciones debidas por los aseguradores:** según el **Art. 2422 CC**, también se extiende a estas indemnizaciones.

**8.2.5 Precio de la expropiación del inmueble:** el **Art. 924 CPC** señala que no será obstáculo para la expropiación la existencia de hipotecas u otros gravámenes que afecten a la cosa. En tal caso, el acreedor hipotecario hará valer sus derechos sobre el precio de la expropiación.

### 8.3 Acreedor hipotecario:

**8.3.1 Derecho a venta:** el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacer vender la finca hipotecada para pagarse con el producto (**Art. 2424 CC**). La realización de los bienes hipotecados se sujeta a las normas generales que rigen el juicio ejecutivo. Además, el **Art. 499 CPC** autoriza al acreedor, a falta de postores, para pedir que se saque nuevamente a remate o se le adjudique por los 2/3 de la tasación (derogación para el acreedor hipotecario de la regla de la prenda del **Art. 2397 CC**). Además, se debe tener claro que el ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero no comunica a esta el derecho de preferencia que corresponde a la primera (**Art. 2425 CC**), de manera que **no excluye el derecho de prenda general del acreedor**.

**8.3.2 Derecho de persecución:** según el **Art. 2428 inc. 1 CC**, la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. La enajenación no afecta al derecho de hipoteca ni a la acción hipotecaria, ya que es un derecho real que sigue a la finca, y la acción podrá dirigirse contra el actual propietario.

Cuando se persigue al deudor principal y el acreedor dispone de título ejecutivo, cobrará ejecutivamente la obligación principal, embargará la finca y procederá a su realización, pagándose con el producto. Si no se dispone de ese título, se busca que se declare previamente la existencia de la obligación.

**8.3.2.1 Acción de desposeimiento:** cuando el poseedor de la finca es distinto al deudor principal, el procedimiento es diverso.

**¿Quiénes son terceros poseedores?** Los **terceros poseedores** son las personas que detentan la finca gravada con hipoteca, sin que se hayan obligado personalmente al pago de la obligación garantizada. Se le denomina *tercero* para dar cuenta que es extraño a la deuda. La situación

de estos terceros es muy distinta de la del deudor principal, por lo que el acreedor debe accionar de forma diferente en su contra.

En general, el tercer poseedor es la persona que **adquiere la finca con el gravamen hipotecario ya constituido**. La ley reputa tercer acreedor a la persona que es perseguida por el acreedor para el pago de la hipoteca constituida en una finca que después pasó a sus manos con este gravamen.

#### **Situaciones de discusión.**

- a. **Fiador hipotecario:** según el **Art. 2430 inc. 3 CC**, la fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.  
La persona que constituye hipoteca sobre un bien propio en garantía de una deuda ajena, por regla general, también es un tercer poseedor. El **Art. 2414 inc. 2 CC** aclara que en este caso no habrá acción personal contra el dueño, si no se ha sometido expresamente a ella. No se entenderá obligado personalmente si no se hubiera estipulado. Solo responde *propter rem*, es decir, con el producto de la realización de la finca hipotecada.  
Sin embargo, **se obligará personalmente** cuando, además de hipotecar un bien suyo, **se constituya fiador. No es un tercer poseedor**, ya que se obliga personalmente.
- b. **Herederero del dueño del inmueble hipotecado:** se distingue si responde o no de las deudas hereditarias (por acuerdo o por testamento). Si responde de ellas, será deudor principal y podrá ser perseguido como tal. De lo contrario, solo se considerará tercer poseedor.
- c. **Legatario del inmueble hipotecado:** misma situación anterior. Debemos preguntarnos si el testador ha querido o no expresamente gravarle con la deuda garantizada con la hipoteca. En tal caso, será un deudor principal. De lo contrario, es responsable *propter rem* y se le considera como tercer poseedor.

**¿Cómo se tramita esta acción?** Está regulada en el título XVIII del Libro III del CPC. Antes de llegar a la realización, se deben llevar a cabo gestiones preliminares.

- a. **Notificación de desposeimiento:** se debe notificar previamente al poseedor, señalándole un plazo de 10 días para que pague la deuda o abandone ante el juzgado la propiedad hipotecada (**Art. 758 CPC**). **Puede adoptar 3 actitudes.**
- b. **Pagar la deuda:** satisface una obligación ajena y debe ser reembolsado por el deudor personal, de manera que queda subrogado por el ministerio de la ley en los derechos del acreedor hipotecario (**Arts. 2429 inc. 2 y 1610 N°3 CC**).
- c. **Abandonar la finca:** cesa su responsabilidad desde que deja de poseer la cosa (desde que la abandona). En este caso, queda la finca a disposición del tribunal para su subasta, y el tercer poseedor será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella (**Art. 2429 CC**)<sup>61</sup>.
- d. **No hacer nada:** se sigue el juicio de desposeimiento propiamente tal, ordinario o ejecutivo según el título de la obligación principal (en la práctica siempre ejecutivo, porque consta en la misma escritura pública que la hipoteca). Efectuado el desposeimiento, se procederá a la realización de la finca para hacerse pago al acreedor. Debe ser debidamente indemnizado por el deudor principal (**Art. 2429 inc. 3**

---

<sup>61</sup>Según Meza Barros, esto no implica abandonar el dominio y posesión de la finca. De esto se deriva que puede recobrarla mientras no se haya consumado la adjudicación, pagando la deuda hipotecaria y los gastos que haya ocasionado el abandono (**Art. 2426 CC**) y que si la realización excede el monto de la deuda y gastos, el saldo le pertenece.

**CC).**

Finalmente, cabe hacer presente que el tercer poseedor no goza de beneficio de **excusión** (no puede alegar que se persiga primero a los deudores personalmente obligados). El desposeimiento, además, **no procede** en casos de adquisición en pública subasta o contra el adquirente de la finca a consecuencia de una expropiación.

**8.3.3 Derecho a pago preferente:** otorga una extraordinaria eficacia como garantía. Junto con los privilegios, las hipotecas son causas de preferencia inherentes a los créditos, y pasan con ellos a las personas que los adquieren por cesión, subrogación u otra manera (**Art. 2470 CC**). Está regulada en las normas de la prelación del crédito, y tiene importancia cuando otro acreedor que no sea preferente saca la finca a remate, caso en el que la preferencia se materializa por una tercería de prelación.

Dado que se pueden constituir **nuevas hipotecas**, la ley ha establecido que se prefieren unas a otras en el orden de sus fechas (de inscripción). Si son de la misma fecha, se prefieren según el orden de sus inscripciones (cobra importancia la hora de presentación del título).

## 9. Extinción de la hipoteca:

**9.1 Vía principal:** se extingue la hipoteca y no la obligación principal. Se aplican todos los modos de extinguir, con excepción de la prescripción, ya que según el **Art. 2516 CC**, la acción hipotecaria prescribe junto con la obligación a que accede.

**9.2 Vía consecucional:** se extingue la obligación principal y, como consecuencia, la hipoteca. Esto tiene como excepción la reserva de la hipoteca en la novación (regulada entre los **Arts. 1642 y 1644 CC**).

**10. Purga de la hipoteca:** según el **Art. 2428 CC**, el acreedor carece derecho de persecución contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez. En consecuencia, la hipoteca se purga cuando la finca se vende en las condiciones que señala este precepto, complementado por el **Art. 492 CPC**.

### 10.1 Presupuestos:

**10.1.1 Finca con hipoteca.**

**10.1.2 Uno de los acreedores saca la finca a remate.**

**10.1.3 El precio de la finca no alcanza para pagar a todos los acreedores.**

### 10.2 Requisitos:

**10.2.1 Venta en pública subasta ordenada por el juez:** debe tratarse de una venta forzada como consecuencia de un litigio.

**10.2.2 Citación personal a los acreedores hipotecarios:** requiere notificación personal conforme al CPC. Esta citación tiene por objeto que los acreedores adopten las medidas que juzguen adecuadas para que la finca se realice en el mejor precio posible y el producto alcance para satisfacer los créditos. Si no se citan, subsisten las hipotecas de los acreedores.

**10.2.3 Transcurso del término de emplazamiento:** entre la citación y la subasta debe haber transcurrido el término de emplazamiento, ya que solo así se logra su objetivo.

Si **no se cumplen estos requisitos**, el adquirente puede ser perseguido por los acreedores hipotecarios cuya hipoteca subsiste. El adquirente se subroga en los derechos del acreedor hipotecario (**Art. 1610 N°2 CC**).

**10.3 Reforma Art. 492 CPC:** los acreedores preferentes al actor tienen la facultad de optar entre **pagarse sus créditos con el producto** de la subasta o **conservar su derecho de hipoteca**. Si no dicen nada, se entenderá que optan por pagarse sobre el precio de la subasta.

**Tiene tres requisitos.**

**10.3.1 Solo procede para acreedores de grado preferentes.**

**10.3.2 Se debe perseguir la finca contra el deudor personal que lo posea.** No tiene la opción si se persigue en contra de un tercer poseedor.



10.3.3 **El crédito no tiene que ser exigible** (no debe estar devengado). Si es exigible, solo pueden pagarse con el producto del remate.

11. **Cancelación de la hipoteca:** existen tres causales (**Art. 2434 inc. final CC**).

11.1 **Extinción de la obligación principal:** el acreedor hipotecario está obligado a cancelar la hipoteca. Tiene varios requisitos.

11.1.1 **Escritura pública.**

11.1.2 **Inscripción al margen de la inscripción hipotecaria.**

11.1.3 **Procedimiento judicial en caso que el acreedor se niegue** (juicio sumario).

11.1.4 **Puede solicitarse por todos los interesados la cancelación de la hipoteca.**

11.2 **Renuncia que hace el acreedor:** debe constar por escritura pública y anotarse al margen.

11.3 **Resolución judicial.**