

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO, FORMULADAS A PROPOSITO DE LOS ARTICULOS 1351 Y 1352 DEL NUEVO CODIGO CIVIL DEL PERU *

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA
Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

1. El Código peruano de 1936 no definía el contrato. En cambio, en el Código promulgado en 1984, cuyo primer aniversario se conmemora por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, mediante el Congreso de Derecho Civil al cual tengo el honor de someter la presente ponencia, el libro VIII comienza así: "El contrato es el *acuerdo* de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (art. 1351).

En conformidad al artículo siguiente del nuevo Código Civil, salvo las excepciones establecidas por las leyes, el contrato se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes contratantes: *solus consensus obligat*.

De este modo, el Código Civil peruano del año pasado acoge la concepción voluntarista, adhiriendo a la postura tradicional en cuanto a la esencia del contrato¹. Ello sin

* Ponencia presentada en el Congreso sobre el Código Civil peruano de 1984, organizado por la Universidad de Lima, celebrado en agosto de 1985 en Lima, Perú. Se deja constancia que este trabajo fue antes publicado por la *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Nº 106, agosto 1985, págs. 465 a 491.

¹ Desde otro punto de vista, muy conocido, la definición del art. 1351 implica aceptar la perspectiva amplia del contrato, según la cual las voces "contrato" y "convención" son sinónimas. Esta

perjuicio de que en otros planos específicos el nuevo Código admita y perfeccione algunos de los más modernos planteamientos del derecho comparado en materia contractual. En este último sentido destaco, a vía de ejemplos, las nuevas normas concernientes al contrato por adhesión y a las condiciones generales de la contratación (arts. 1390 a 1401), al igual que las reglas legales que se establecen en materia de lesión². Respecto a la interpretación contractual, materia de vital importancia, pues de la interpretación dependen los efectos que el contrato discutido en definitiva ha de producir, queda la impresión de que el nuevo Código podría abrir rumbos en el derecho comparado, relativamente a lo que denominaría la superación de los sistemas legales de papel, caracterizados por la fijación de normas sobre la interpretación, que no se compadecen con la realidad jurisprudencial³.

misma postura se admite en varios códigos civiles del siglo xx. Por ejemplo en el B.G.B. de 1900 y en el Código italiano de 1942. Según la otra perspectiva del contrato, la restringida, la convención es el género (acuerdo de voluntades que crea, regula, modifica, transfiere o extingue derechos y obligaciones) y el contrato sólo una de las varias especies (acuerdo destinado exclusivamente a crear derechos y obligaciones).

- ² Los nuevos arts. 1447 a 1456 regulan la lesión, ahora susceptible de afectar a casi todos los contratos. No resultaba sencillo comprender el tono tan restrictivo del anterior Código Civil peruano (art. 1439) frente a esta institución, en circunstancias que en él se condenaban el abuso del derecho y el enriquecimiento indebido a expensas de otro (art. II del título preliminar y art. 1149).
- ³ *Prima facie*, los nuevos arts. 168 y 1361-2, que legislan sobre el sistema interpretativo de los contratos, consagrarían un régimen general bastante original. Nada se dice sobre la búsqueda de la intención de las partes, lo que revelaría el ánimo de distanciarse del llamado sistema subjetivo. Claro que todo depende del contenido concreto que los jueces insuflen al estándar de la buena fe, concepto válvula, eminentemente flexible, que en los hechos podría o no conducir a la implantación de un sistema objetivo de interpretación contractual. Por otro lado, la determinación del alcance del contrato discutido, en función de lo que en él se

Mucho se ha escrito, y con singular pasión, sobre el esplendor y sobre la decadencia del dogma de la autonomía de la voluntad. Y sobre el auge y el deterioro de los principios de la libertad contractual; del consensualismo; de la fuerza obligatoria; del efecto relativo; y de la interpretación subjetiva de los contratos, todos ellos inspirados en aquel dogma, en una u otra medida. En definitiva, a mi entender, quienes se abanderizan unilateralmente con la autonomía de la voluntad, al igual que sus enconados detractores, todos han fracasado. Pues, en definitiva, en la contratación se presencia, a un mismo tiempo, la vigencia y la derogación del voluntarismo jurídico. Lo que también vale para la noción del contrato, que, por lo mismo, es multifacética y carente de uniformidad.

Dejando aquí de lado los contratos por adhesión y los contratos dirigidos, en cuyos casos, por razones de sobra conocidas, resulta discutible o al menos insuficiente concebir al contrato exclusivamente como un acuerdo de voluntades, en el vasto universo configurado por el resto de los contratos observamos situaciones muy dispares.

A veces el contrato aparece como tosco utensilio, que sirve para canalizar jurídicamente las necesidades más simples o rudimentarias de intercambio. Múltiples contratos son negocios menores, de trámite rapidísimo, puramente manuales, en los que ni siquiera media la conciencia de estar contratando. El contrato se presenta, entonces, como un instrumento despersonalizado, apto para el constante flujo de bienes y servicios indispensables para la vida coti-

haya expresado, evocaría la interpretación literal, que no corresponde a lo que se conoce ni como sistema subjetivo, ni como sistema objetivo. Pero es muy difícil juzgar desde afuera, sin conocer las realidades del derecho peruano. Menos recordando que el § 133 del BGB quiso adherir a la *Willenstheorie*, pero cuando surgió la *Erklärungstheorie*, cambió su alcance, instaurándose en Alemania un régimen objetivo y realista de interpretación contractual.

diana en una civilización de consumo como la nuestra. No pocas convenciones se celebran por medio de máquinas automáticas. El acuerdo de voluntades, si existe, pasa inadvertido⁴.

En otras ocasiones, en cambio, el contrato aparece como una fina herramienta, que permite a las partes satisfacer necesidades mucho más complejas. En los campos de la computación, de la transferencia de tecnologías, de las exploraciones y explotaciones mineras, y en varios otros, generalmente el contrato se celebra luego de arduos tratos preliminares que al final se cierran en una armonización de las posturas e intereses divergentes de las partes. Lo mismo ocurre, en cualquier campo, cuando de por medio existen ingentes sumas de dinero comprometidas... En la actualidad, los regímenes de patentes en el ámbito de la propiedad industrial tienden a ser soslayados, en especial para evitar los riesgos de imitaciones por la competencia, y a ser reemplazados por contratos de *know-how*. Otras figuras contractuales novísimas, como el *engeneering*, demuestran

⁴ "Las realidades de la producción masiva y de la economía de consumo han minado, en años recientes, las bases teóricas de buena parte del derecho tradicional de la contratación. Hoy por hoy, un consumidor activo concluye veintenas de contratos semanales *sin consentir*, en un sentido real, en los términos de los mismos que le vienen impuestos. En razón de que los términos contractuales son impuestos más bien que acordados, tales contratos son casi siempre injustos. Los tribunales, aprisionados entre su deseo de hacer justicia y su adherencia a una doctrina contractual ampliamente obsoleta, tienen todavía que desarrollar la vía fundada y predecible para salir de este dilema". Comité de Redacción de la "Harvard Law Review". A guisa de exordio al artículo de W. David Slawson, *Standard form contracts and democratic control of lawmaking power*, vol. 84, n° 3, enero 1971, págs. 529 y ss. Slawson sostiene al comenzar: "La contratación todavía imaginada como típica por tribunales y profesores de derecho, en la cual ambas partes participan eligiendo el lenguaje del completo negocio, no tiene mucho más que importancia histórica".

también la subsistencia del contrato concebido como genuino acuerdo de voluntades.

La *paradoja del contrato contemporáneo* es, entonces, *el simultáneo auge y deterioro del voluntarismo*. Todo depende de la relación contractual específica que se analice. Allí radica, por lo demás, la dramática dificultad que existe para formular una teoría general del contrato.

Frente a esta paradójica incoherencia, ser y no ser el contrato un acuerdo de voluntades, en la presente comunicación, que someto al ilustrado examen de los distinguidos colegas congresistas, me ocuparé de la cara menos conocida de la moneda, es decir, del análisis del contrato en cuanto no es un acuerdo puramente consensual y, a veces, ni siquiera es un acuerdo. Comenzaré con algunas reflexiones generales sobre el concepto o noción del contrato hasta el apareamiento del voluntarismo (I). Para examinar, enseguida, el tema particular del contrato forzoso o impuesto (II).

I. APROXIMACION HISTORICA AL CONCEPTO DEL CONTRATO

2. Uno de los hechos más fundamentales desde que el hombre está en el mundo, la *escritura*, desde su invención se emplea en el terreno contractual. Ya en el tercer milenio antes de Jesucristo, la escritura cuneiforme de los sumerios, en Mesopotamia, encuentra expresión jurídica en contratos de compraventa de fincas y de esclavos. El Código de Hammurabi, que se conserva imponente en el Museo del Louvre, es palpable testimonio de lo anterior.

El concepto hoy tradicional del contrato, al cual se está tan habituado que parece algo natural y muy claro, es sin embargo un concepto *reciente*. Antes que los juristas se encontraran con el concepto *voluntarista* del contrato, largos siglos transcurrieron durante los cuales el contrato fue otras

cosas, que los historiadores del derecho han procurado y siguen intentando clarificar.

Descubrir los secretos del contrato a través de la historia es una meta que sólo puede lograrse fragmentariamente. En el contrato primitivo participa la magia. En la *damnatio* el acreedor anticipadamente empuja al deudor hacia los dioses infernales, para el caso que no le cumpla la obligación⁵.

En el contrato primitivo la mentalidad de las partes recién alcanza un estadio prelógico. A diferencia de lo que ahora frecuentemente acontece, en el sentido de que el contrato permite a las personas prever y organizar su futuro, los etnólogos concluyen que en las sociedades más antiguas la incapacidad de abstracción de los individuos les impedía disociar el presente del futuro⁶.

En sus manifestaciones más antiguas, el contrato carece de la connotación económica que hoy lo distingue, pues, antes que un vínculo de interés, es una alianza total y mística de los contratantes, una relación análoga al parentesco, un radical cambio de estado. A vía de ejemplo se puede citar el *potlatch* de las tribus indias del Canadá: festín acompañado de danzas, durante el cual el anfitrión hace regalos a los huéspedes, creando de este modo en los donatarios el deber de retribuir, al menos en igual medida. De ahí un aforismo, según el cual el contrato de donación es la manifestación arcaica del cambio o trueque.

Por lo demás, el contrato frecuentemente ha sido, como en la actualidad, una globalidad complejísima, en la cual

⁵ Cfr. François Terré, *Sur la sociologie juridique du contrat*, en "Archives de Philosophie du Droit", t. 13, Sirey, París, 1968, en especial p. 76.

⁶ Cfr. Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 2ª ed., L.G.D.J., París, 1971, ps. 64 y 205. Nuestras referencias se remiten a esta edición francesa. Existe, sin embargo, versión castellana: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*, traducción de Luis Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974.

no sólo se distinguen los diversos momentos que configuran el íter contractual, sino que en él se aprecia una serie de inferencias psicológicas, sociológicas, emotivas, lúdicas, que dificultan en extremo la completa percepción de este fenómeno multifacético que es el contrato. Así, para muchos, contratar es incluso un placer. Aunque en el pasado no se haya viajado de un país a otro, simplemente a fin de divertirse, ¿quién podría asegurar que un cierto hedonismo de la contratación fue ajeno a la antigüedad? Al menos, según expresa uno de los más ilustres juristas contemporáneos, "*contratar es un juego y un regocijo de todos los tiempos*"⁷.

De manera que quien se interese por aproximarse a la esencia del contrato, si bien bastante puede avanzar conociendo los avatares históricos de esta figura, mal podría pretender que el pasado le suministre todas las respuestas que echa de menos.

3. Hay quienes opinan que para fijar el concepto del contrato es inútil recurrir al derecho romano, ya que éste no nos ha transmitido ninguna verdadera definición del contrato⁸. La circunstancia de que el derecho romano represente el momento cumbre del quehacer jurídico a lo largo de los siglos, nos obliga, sin embargo, a inquirir en él los perfiles de cualquiera institución clásica del derecho privado que deseemos entender. No es excusa para evitar esta búsqueda, el que los juristas romanos clásicos no hayan propiamente desarrollado una teoría sistemática de lo que hoy llamamos contrato, pues de lo que se trata es de aproximarse al funcionamiento de las figuras que servían para las transacciones, y no de investigar "teorías", las que fueron ajenas, y no sólo en el terreno contractual, al derecho romano prejustiniano.

⁷ Jean CARBONNIER, ob. cit., en nota anterior, p. 123.

⁸ V. gr., Juan OSSORIO Y MORALES, *Notas para una teoría general del contrato*, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, t. 49, p. 1072.

En el derecho romano, durante los doce siglos que van desde la fundación de Roma hasta la compilación de Justiniano, una de las ideas centrales en materia de contratos es que "*nudum pactum obligationem non parit*": el pacto desnudo o sin formas no genera obligaciones. Los contratos, al menos durante la época histórica correspondiente al derecho romano clásico, fueron *siempre* rigurosamente formales.

En la clasificación de los contratos de Gayo⁹, junto a las tres categorías de contratos solemnes, *verbis, litteris y re*, aparece, al lado, una cuarta categoría de contratos llamados *consensuales*. Empero, la romanística contemporánea, cuyo signo distintivo es el afán por rescatar del derecho posclásico y de las interpolaciones medievales de los glosadores el genuino derecho romano clásico, ha demostrado la inexactitud de la clasificación de Gayo y, en particular, de la supuesta diferencia específica del grupo de los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). El mérito de esclarecer el concepto romano del contrato es principalmente de un contemporáneo: del profesor español Alvaro D'Ors. Sobre la base de un texto de Labeón, recogido por Ulpiano y recopilado en el Digesto, 50, 16, 19, se puede afirmar que la esencia del contrato romano reside en la *bilateralidad de los efectos* ("*ultra citroque obligari*"): Lo que da el ser al contrato es la existencia de obligaciones recíprocas¹⁰.

⁹ Clasificación con fines didácticos, que sólo tuvo eco a partir del derecho romano posclásico, varios siglos después de formulada por su autor.

¹⁰ *Répliques Panormitanas II. El contractus según Labeón*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos", Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 17 y s. En el texto citado del Digesto se lee: "contrato es la *obligación recíproca*, que los griegos llaman *synallagma*, como la compraventa, la locación-conducción, la sociedad".

Etimológicamente, "*contractus*" significa *lo contraído*, es decir una relación jurídica bilateral ya formada, con independencia del acto de formación o de nacimiento de ella. Por eso, para los romanos, acorde a esta genuina concepción que tuvieron de los contratos, y a pesar de la ausencia radical de acuerdo de voluntades, fueron contratos las relaciones bilaterales a que da lugar la tutela, la gestión de negocios ajenos y la comunidad.

Si la *emptio-venditio*, si la *locatio-conductio*, si el mandato y la sociedad fueron también contratos (los cuatro que Gayo calificó como consensuales), es precisamente porque engendraban obligaciones para las dos partes vinculadas. "Con la referencia al consenso no entendía la jurisprudencia poner el acento o hacer hincapié sobre el elemento subjetivo... sino que sobre la bilateralidad objetiva del efecto obligatorio, o sea sobre el nexa sinalagmático entre las diversas obligaciones... Es claro que las obligaciones correlativas no tienen entonces su fundamento en el consentimiento, sino que en la estructura objetiva de la relación..."¹¹.

Inspirándose en Wiehweg y en Perelman (los padres de la Nueva Retórica), Michel Villey postula que el método de los juriconsultos romanos no revistió una forma científica y que ni siquiera fue lógicamente coherente en los raciocinios. El arte del razonamiento romano, *siendo sumamente refinado*, nada tiene que ver con un tratado de lógica formal. El método romano fue cuasi-dialéctico, basado en ciertos lugares comunes o tópicos, que sirven de punto de partida al raciocinio. Dichos lugares comunes o premisas del razonamiento son precarios, a veces contradictorios o al menos divergentes. El saber jurídico es problemático; el derecho es una disciplina de lo opinable, incapaz

¹¹ Guido ASRUTI, *Contratto. Diritto intermedio*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1961, t. IX, pp. 759 a 784.

de conducir a la perfección científica, sólo a resultados inciertos. El derecho romano no estaba conformado por reglas categóricas y armónicas entre sí. Al contrario, los textos clásicos son con frecuencia contradictorios. Tales textos carecían de la autoridad casi absoluta que hoy atribuimos a los artículos de los códigos, pues sólo servían de comienzo, de punto de partida o *topoi* al discurso jurídico. El *ius civile* no es un edificio terminado, definido, preciso. El Digesto justiniano sólo representa una compilación o catálogo de opiniones frágiles. Dado que el método es dialéctico, es normal que haya sido así. El derecho romano carece de una forma acabada, de una existencia actual petrificada; principalmente *existe en potencia: es una búsqueda; es un arte* ¹².

En el antiguo derecho, el consentimiento no es base de las obligaciones contractuales. Estas nacen automáticamente al cumplirse las ritualidades externas. La ninguna importancia de la voluntad subjetiva en la primitiva contratación romana se manifiesta, por ejemplo, en un régimen de interpretación puramente literal y en el desconocimiento del contrato entre ausentes. Como dice Ihering: "En Roma la fuerza y el culto de *la palabra* dominan todas las relaciones de la vida pública y privada... para el antiguo romano la palabra es una fuerza mística y poderosa que liga y desliga. En el antiguo derecho la palabra ejerce doble imperio. Primero, porque la validez de los actos jurídicos depende del empleo de palabras o fórmulas consagradas. Segundo, porque estos actos jurídicos habían de expresarse *exactamente*, puesto que la interpretación literal no considera como querido más que lo que ha sido dicho en forma expresa y directa". En la interpretación gramatical, a diferencia de la interpretación lógica, no se rebasa las palabras ni

¹² *Modes classiques d'interprétation du droit*, en "Archives de Philosophie du Droit", París, 1972, pp. 71 y ss.

se cuida la verdadera intención de quien habló, sólo interesa lo que literalmente se dijo¹³.

Existen dos concepciones de lo que fue el contrato en el derecho romano clásico, una amplia y otra restringida. Según la *concepción amplia*, los contratos fueron relativamente numerosos, aunque todos típicos y rigurosamente formales. La forma o vestimenta contractual más frecuente quedaba configurada por las palabras sacramentales características de la *stipulatio*. La pregunta y la respuesta, siempre forzosamente tenían que formularse con idénticos vocablos. La gracia de la *stipulatio*, contrato *verbis*, radica en que al mismo tiempo la figura es rígida y es flexible. Rígida, por lo antes dicho: sólo unas determinadas palabras, y no otras, dan lugar a la atadura o ligazón jurídica. Flexible, pues la *stipulatio* admite, a través de una pregunta y de una respuesta estereotipadas, cualquier contenido que no encaje en los demás contratos o que carezca de otra tutela jurídica especial.

Fuera de los contratos *verbis*, existieron contratos reales, en los cuales la entrega o *datio* del objeto es el acto externo que permite que exista contrato y obligación restitutoria. Contratos *literales*, escasamente practicados a diferencia de los restantes, y, en fin, los cuatro contratos *consensuales* que ya se han señalado.

En cambio, según la *concepción restringida* únicamente fueron contratos aquellos cuya nota distintiva es la bilateralidad o reciprocidad de los efectos; o sea, aquellos en que ambas partes quedan obligadas. Afirma el profesor Francesco Messineo: "el término *contractus* tenía en el derecho romano clásico un significado completamente diverso al actual. El contrato no indicaba un acuerdo, sino que el vínculo obligatorio en sí, considerado como hecho objetivo. La fi-

¹³ Rudolf VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*. Abreviatura o trozos selectos por Fernando Vela, Revista de Occidente, 2ª ed., Madrid, 1962, en especial, nos. 49 y 57.

gura correspondiente al contrato de hoy, en la que se da relevancia al elemento subjetivo, sólo aparece en la época posclásica”¹⁴.

La concepción restringida, o del contrato como “*ultra citroque obligari*”, ha sido muy bien resumida por Francisco Samper, decano de la Facultad de Derecho de Santander. Según él nos explica: “La bilateralidad es la nota característica de los *contratos*, pero no se trata de una *bilateralidad genética*, como la que puede haber en un acto para cuya formalización se requiere el mutuo acuerdo o consentimiento, sino que es una *bilateralidad funcional*, por cuanto del acto, consentido o no, surgen obligaciones recíprocas, vinculadas entre sí por razón de mutua causalidad. El fundamento vinculante para las partes es la propia reciprocidad. La relación causal de las dos obligaciones determina que entre ambas haya una interdependencia recíproca, en el sentido de que cada obligante no podrá exigir sin haber cumplido o satisfecho su propia deuda”¹⁵.

Connotados autores expresan que ni siquiera en la época posclásica el derecho romano conoció contratos nacidos del simple acuerdo de las voluntades de ambas partes. Es el caso, por ejemplo, de Guido Astuti, profesor de la Universidad de Roma, para quien jamás en derecho romano hubo una elaboración del *consensus* como elemento común de todos los contratos o al menos de los cuatro llamados consensuales, y que, en su conjunto, el sistema de Justiniano no se separa del sistema clásico, en el cual los contratos se caracterizan por la tipicidad de determinadas figuras concretas, individualizadas objetivamente¹⁶.

Otro célebre jurista italiano, Gino Gorla, explica cómo en el derecho posclásico, y sobre todo en el justiniano, se

¹⁴ *Il contratto in genere*, vol. XXI, t. 1, del *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 7.

¹⁵ *Derecho romano*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1ª ed., 1975, nº 204.

¹⁶ Ob. cit. en nota 11.

llegó a conceder una acción contractual, la *actio praescriptis verbis*, para cualquier promesa o convención sinalagmática, o sea, para los llamados contratos innominados. Pero sólo se concedía esta acción cuando una de las partes hubiera ya realizado su prestación; es decir, cuando a cambio de la promesa que pretendía hacer valer en juicio hubiera dado o hecho algo. A esta prestación ya realizada, se la llamaba *causa data*. Hasta el momento de realizarse dicha entrega por una de las partes, ambas promesas eran revocables; en otros términos, desde el punto de vista jurídico, el contrato, como vínculo, no estaba todavía formado. La prestación o *causa data* era, pues, otro *elemento formal de nacimiento del contrato*. Por este camino se llega al reconocimiento jurídico de los contratos bilaterales no típicos, o sea, de los llamados *contratos innominados* en sus cuatro categorías: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas¹⁷.

Como señalaba el profesor Rouhette, hace veinte años, buscar la *communis opinio* de los romanistas contemporáneos en torno del contrato, sería tarea en vano. Ha quedado atrás la época en que los pandectistas trazaban una figura neta del contrato. Hoy la romanística está hecha trizas y es incierta y atormentada: del contrato romano nos llega el reflejo en un espejo trizado. A diferencia de los pandectistas que, sin pretender reconstruir la verdad histórica, usaban utilitariamente los textos romanos, para sus propósitos, los romanistas laboran desinteresadamente, animados por el amor de la investigación histórica. Como los textos clásicos son numerosos y dispares, el *contractus* ofrece un perfil múltiple. Así, por ejemplo, Riccobono, Pernice y Biondi admiten que en Roma, en alguna medida, el contrato fue acuerdo de voluntades. En cambio, Bonfante —lo mismo que D'Ors y muchos otros hoy— concibe el contrato

¹⁷ *El contrato*, traducción al español por Ferrandis VILELLA, t. 1, Bosch, Barcelona, 1959, en especial pp. 44 a 100.

romano únicamente como relación constituida... En resumen, en el derecho romano clásico, los jurisperitos entendían el contrato como acto obligatorio, sin sentir la necesidad de definirlo con precisión. Esto no es una deficiencia, sino que la consecuencia de no querer fijar en una fórmula rígida una realidad que la sobrepasaría. La actividad de los jurisperitos no es ni puramente práctica, ni puramente especulativa; ni puro hecho, ni pura abstracción. La casuística se alimentaba de nociones, categorías, comparaciones, a veces rudimentarias o implícitas. El mérito de los jurisperitos fue "dejar lugar junto al punto de vista normativo, al punto de vista dogmático, sin subordinar el primero al segundo, ni deducir de la noción una teoría; el mérito fue conocer *el* contrato, pero tratar únicamente de los contratos"¹⁸.

4. Muchos autores dicen que, al amparo de diversas influencias, ya en la Edad Media el contrato aparece conceptualmente consolidado como el acuerdo de las voluntades individuales y autónomas de las partes. El cristianismo habría influido en esta "espiritualización" del contrato, consistente en la valorización preeminente o exclusiva de la voluntad subjetiva de los contratantes. La rapidez con que se celebran y ejecutan las transacciones comerciales en la práctica habría también contribuido al decantamiento de la nueva concepción del contrato como mero acuerdo de voluntades, desprovisto de formas o exigencias diversas al consentimiento de las partes. Por otro lado, la secular idea de la fidelidad contractual o *fides*, integrante del patrimonio o civilización jurídica europea, habría sido enfatizada por los pueblos germánicos a fin de establecer el consensualismo puro.

La investigación histórica de algunos destacados juristas

¹⁸ Georges ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, tesis doctoral, París, 1965, p. 300.

contemporáneos demuestra la inexactitud de los planteamientos anteriores.

A la luz de los estudios de Astuti, los cuales se apoyan en una vastísima bibliografía¹⁹, resulta que la tesis de la espiritualización del contrato por la influencia del cristianismo es equivocada, pues ni las fuentes bíblicas, ni las evangélicas, ni la patrística le proporcionan fundamentos probatorios. Antes que una influencia del derecho canónico sobre la teoría jurídica del contrato, aquél acepta las concepciones dominantes entre los prácticos.

Las vicisitudes de la praxis contractual, durante toda la edad romano-barbárica, no ofrecen testimonio en los cuales apoyar una nueva concepción del contrato o una valoración distinta del elemento consensual. Lo único claro que se filtra de las dificultades que encuentra la investigación histórica en el medievo es la importancia central que asume el formulismo de la escrituración de los contratos. A lo largo de la Edad Media, el único fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos se halla en la circunstancia de haberse cumplido una forma ritual, o de haberse entregado materialmente una cosa (lo que también es una formalidad). La civilística sigue ligada al sistema justiniano y las pocas innovaciones en tema de contratos impiden afirmar la instauración del consensualismo. Al contrario, aumenta entonces la importancia del principio *nudum pactum obligationem non parit*, el cual es categóricamente afirmado por Bartolo.

Paralelamente a Astuti, las pesquisas de Gorla confirman que el ceremonial del cumplimiento de las formas es el elemento sensible en el cual se apoya el carácter vinculante de los contratos²⁰. Fuera de la hipótesis de los con-

¹⁹ Cfr. ob. cit. en nota 11. Además: *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, en "Annali di Storia del Diritto", 1957.

²⁰ Ob. cit. en nota 17.

tratos solemnes, únicamente tenían fuerza obligatoria los contratos que representan un cambio; cambio ya cumplido por una de las partes al momento en que nace la obligación para la otra. Es decir, que para que un contratante quedare obligado era indispensable que el cocontratante ya hubiese realizado su prestación. Esta última, la prestación cumplida, la *causa data*, adquiría así el valor de elemento constitutivo o generador del contrato. La prestación cumplida a veces tenía un mero valor simbólico, como la entrega de “un guante, un sombrero, una capa, lo cual se explica no solamente porque la idea de la *equivalencia* de las prestaciones no juega en una mentalidad formalista, sino también porque existía la idea de que una prestación cualquiera bastaba para dar forma al contrato y para que no hubiera dudas sobre la intención de concluirlo con valor jurídico”.

La contratación de los pueblos germánicos fue todavía más formalista que la romana. Sintetizando la exposición del maestro de la Universidad de Viena Hanz Planitz, sobre los contratos en el derecho privado germánico²¹, es claro que durante casi toda la Edad Media los contratos no se perfeccionaban por el solo consentimiento de las partes.

El contrato formal se manifiesta en dos especies: la promesa de fidelidad y la *wadiatio*. El primero tuvo empleo entre los germanos del norte, los sajones y los francos. El segundo es el contrato preferido entre los bávaros, longobardos, alammanos y frisones. El voto de fidelidad se celebraba “con los dedos y con la lengua”: el contrato quedaba perfecto cuando junto con pronunciarse ciertas palabras solemnes, se levantaba uno o dos dedos de la mano derecha, que también se había mantenido en alto durante la cere-

²¹ *Principios de derecho privado germánico*, traducción de la 3ª ed. alemana, Bosch, Barcelona, 1957, en especial pp. 206 a 215, sobre los contratos en general, y pp. 234 a 265, sobre contratos en particular.

monia. O bien ambos contratantes ponían en contacto las palmas de sus manos, al bajarlas. El voto de fidelidad es una promesa solemne, emitida jurando que se va a cumplir fielmente la deuda. Su quebrantamiento producía la responsabilidad jurídico-penal del deudor infractor. La *wadiatio* consistía en la entrega de una vara o ramita de madera (fetiche cuyo uso primitivamente simbolizaba la casa del deudor) al momento del pronunciamiento de las palabras solemnes. Después se admitió la entrega de otros símbolos representativos de la personalidad del deudor, como armas o vestidos. El incumplimiento de la promesa celebrada de este modo, al igual que en el caso del voto de fidelidad, engendraba la responsabilidad del deudor.

La manera más antigua de contratar fue el contrato real, en el cual la fuerza vinculante o efecto obligatorio deriva precisamente de la entrega y recepción de la cosa. La prestación cumplida en el acto del nacimiento del contrato genera la obligación del deudor de cumplir otra prestación, de inmediato o más tarde. *La preprestación crea la contraprestación inmediata* (caso de la compraventa al contado) o *la contraprestación futura* (caso de la compraventa al crédito). El efecto jurídico de la aceptación de la preprestación es la responsabilidad penal del receptor, si no cumple su contraprestación.

A partir del siglo XIII, los pueblos germanos admiten el contrato sin palabras sacramentales rígidas, en que el *ritual* consiste ahora en el apretón de manos entre las partes o *palmata*. Para la transferencia de los inmuebles, la celebración del contrato llevaba además aparejada la ceremonia del “dinero de Dios”, o sea, su entrega en favor de la iglesia o en favor de los pobres; o bien la “compra del vino”, consumido por los contratantes y los testigos.

Mención aparte merece el derecho español, el primero en admitir en el mundo que el solo consentimiento o el simple acuerdo de voluntades de las partes contratantes tenga fuerza obligatoria, al menos como regla general.

Al parecer el consensualismo contractual no tuvo su origen directo ni en la tradición romana, ni en la germánica, surgiendo consuetudinariamente en la propia España. Fue consagrado oficialmente en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, en la ley única del título XVI, que dispuso: "sea valedera la obligación o el contrato que fuesen fechos en cualquier manera, que parezca que alguno se quiso obligar a hacer contrato con él". La norma del año 1348 tuvo como antecedente no sólo las costumbres castellanas. Aunque restringidos y contradictorios, diversos textos legales *forales* habían venido anticipando el consensualismo. En calidad de privilegio para los infanzones, el Fuero de Navarra establecía la no obligatoriedad de las meras promesas, mientras que únicamente los villanos quedaban vinculados por el solo consentimiento.

La norma del Ordenamiento de Alcalá, que consagró el consensualismo contractual en España mucho antes que en el resto de Europa, pasó dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567 y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805. Dada esta antigua tradición, no es raro que el Código Civil español de 1889 se pronunciara enfáticamente en *favor del principio consensual* (en particular en los arts. 1254, 1258 y 1278), a pesar de que el paradigma de la época, el Código Napoleón, carece de una disposición que recoja legalmente el consensualismo, el cual, según los autores, sólo habría sido acogido por preterición en este último Código.

5. La nueva concepción del contrato como pacto desnudo o simple acuerdo de voluntades desprovisto de formas, excepción hecha de España, recién tiene sus primeros antecedentes confiables en los siglos XVI y XVII.

Traduzco libremente, a continuación, a Michel Villey, filósofo del derecho, profesor de la Universidad de París II. "La victoria del voluntarismo es un fenómeno moderno, no anterior al siglo XVI... La doctrina clásica de los maestros del derecho romano y medieval no es la del volunta-

rismo, sino que reposa en la convicción de que un orden racional existe. La doctrina dominante en la antigüedad, reproducida por Santo Tomás, considera que el derecho esencialmente es dado por la naturaleza: a la filosofía, a la ciencia y a la razón incumben el papel de descubrirlo (no de crearlo) . . . La doctrina clásica de la antigüedad greco-romana y del medievo es una doctrina dualista, para la cual el derecho es a la vez producto de la razón y de la voluntad. Pero la voluntad sólo tiene un rol subsidiario y subordinado, sin que entonces aparezca en primer plano; sin que exista el voluntarismo”.

“Hay un momento esencial en la historia del derecho: es el de la escolástica tardía de Duns Scott y de Guillermo d’Occam. De este movimiento intelectual data el origen del sistema jurídico moderno. Scott y Occam rebajan la razón y proclaman la preeminencia de la voluntad; su aptitud a dirigir la vida humana en mejores condiciones que la razón. Atacan el derecho natural clásico de Aristóteles y de Santo Tomás, pues ni la soberanía del jefe de Estado, ni el derecho de propiedad nos serían impuestos por el derecho natural y por la razón. Antes bien, se trataría de creaciones históricas arbitrarias. Scott y Occam nos representan a los individuos aislados, solos, asociándose más tarde y creando las instituciones jurídicas por su propia voluntad: mediante una voluntad autónoma, que ni siquiera depende de la inteligencia. En esta ruptura con el derecho natural de Aristóteles ya percibimos enteramente el voluntarismo. Rota la creencia en el derecho natural, sólo existe el derecho positivo. Si el individuo es libre (en su supuesto estado primitivo de soledad), sólo puede obligarlo su consentimiento. En lo sucesivo, pues, el único origen de las reglas de derecho es el acuerdo de diversas voluntades. Esta nueva filosofía tuvo un éxito prodigioso. Hobbes, Pufendorf, Locke, Thomasius, sobre esa base replantearon la teoría del derecho”.

“Paralelamente podemos seguir el progreso de la idea contractual, partiendo de la regla general que una filosofía

no logra impregnar el espíritu de los juristas y el derecho, sino siglos después de su incubación, con gran retardo. En verdad, únicamente en el siglo XIX la ciencia jurídica ha integrado el voluntarismo. La obra de nuevos filósofos individualistas (como Rousseau, Kant y Fichte) contribuyó a este resultado. Las fórmulas de Rousseau recargan las doctrinas constitucionales. De Kant se toma la expresión *autonomía de la voluntad*. En Kant y Fichte se apoyan los promotores alemanes de la teoría de la voluntad: triunfo final del voluntarismo, que rápidamente se expande por el canal de las universidades alemanas, entonces en la cúspide de su prestigio”.

“Hay que medir la sorprendente fecundidad del principio voluntarista. En primer lugar, en el *derecho público* se concibe al Estado no como algo connatural al hombre, sino como el producto de un contrato. La convención crea el Estado y la sociedad. Es el contrato social, en su plenitud ya en el sistema de Hobbes... A través de Grocio, Pufendorf, y pronto también de Rousseau, quienes interpretan a su manera *la voluntad de los contratantes*, primera fuente del derecho público, *el voluntarismo queda como el alma de nuestras constituciones*. La ley es la expresión de la voluntad general... La costumbre recibirá su explicación en el consentimiento popular. No hay más derecho natural clásico. El derecho positivo es la huella de la voluntad popular, de la voluntad nacional. En el *derecho privado*, la teoría general de los contratos conoce un gran auge. Se encuentra la base del contrato en la voluntad concordante de las partes. Se define el acto jurídico como manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos. La esencia del contrato es el consentimiento y reina la libertad contractual. El juez para fijar el contenido de una convención la interpretará según la intención de las partes. La sucesión intestada se explica como la intención que habría tenido el difunto; y el régimen legal matrimonial como la interpretación legislativa de la presunta voluntad de los cónyuges.

Allí donde no hay contrato, torturando al derecho romano se descubre pretendidos cuasicontratos. Hasta el matrimonio se pretende someterlo por entero a la intención de los contratantes, llegando Kant a analizarlo como una venta recíproca . . . *El fin de todas estas construcciones es que las reglas jurídicas conduzcan siempre a la voluntad*"²².

Pienso, luego existo, afirma Descartes. *Quiero, luego me obligo*, dirán los juristas voluntaristas²³.

Haya aparecido un poco antes o un poco después, la noción voluntarista del contrato, que lo vislumbra como acuerdo desnudo de voluntades, es una proclamación muchas veces desmentida por la práctica contemporánea. Así lo deja intuir el vasto sistema actual de formalidades que deben vestir a las convenciones, entre las que se destacan las solemnidades objetivas o *ad solemnitatem*, las formalidades *ad probationem*, las formalidades habilitantes y las de publicidad.

²² *Essor et décadence du volontarisme juridique*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1957, pp. 87 a 92. Cfr., del mismo Michel VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, en estos "Archives", 1968. En las pp. 3 y 4 de esta última publicación leemos: "Nuestra teoría del contrato es un regalo que nos hicieron, a nosotros juristas, un cierto grupo de filósofos de la Europa moderna.

Toda ciencia del derecho es hija de alguna filosofía. La historia demuestra la dependencia de nuestras definiciones técnicas respecto a grandes sistemas generales de filosofía. La desgracia es que en materia contractual debemos nuestra actual ciencia jurídica a pensadores ignorantes del derecho". Otros trabajos suyos en la misma corriente son: *Le raisonnement juridique dans l'histoire: droit romain et moyen-âge*, en ARSP, Wiesbaden, Alemania Federal; *Contre l'humanisme juridique*, en "Archives de Philosophie du Droit", 1968, pp. 199 y s.; *Modes classiques d'interprétation du droit* y *Nos philosophes en face du droit*, estos dos últimos en "Archives de Philosophie du Droit", 1972, pp. 71 y s. y 285 y s.

²³ Cfr. el artículo de Supervielle, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, julio-septiembre, 1952, pp. 570 y 571.

II. EL CONTRATO FORZOSO O IMPUESTO ²⁴

6. Después de la monografía sobre el tema escrita en 1920 por el profesor Nipperdey²⁵, preclaros juristas de nuestro tiempo han examinado la contratación coactiva, sin aprensión ni prejuicio. Destacan entre ellos Antonio Hernández-Gil y Karl Larenz²⁶.

Se denomina contrato forzoso aquel que el legislador obliga a celebrar o da por celebrado. No integran, de consiguiente, la materia de la contratación forzosa, ni el

²⁴ Para tratar este tema me he basado especialmente en mi trabajo del mismo nombre, publicado en la "Revista de Derecho Privado", Madrid, España, número correspondiente a junio de 1975, pp. 491 a 510, y en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Santiago de Chile, t. 75, 1978, primera parte, pp. 17 y s. En él se proporciona abundante bibliografía especializada. Naturalmente que he actualizado dicho trabajo, en vistas del encuentro académico que organiza la Universidad de Lima, y he prescindido aquí de buena parte de los tópicos en él desarrollados. Pido excusas a los congresistas por las múltiples referencias a textos legales chilenos, pero sólo a través de ellas quedo en situación de demostrar que el contrato forzoso es una realidad, al menos en mi país.

²⁵ *Kontrahierungszwang und Biktierter Vertrag* es, al parecer, el primer estudio publicado sobre el contrato forzoso.

²⁶ HERNÁNDEZ-GIL se refiere al contrato impuesto en su *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1ª ed., 1960; 2ª ed., 1983, en especial nos. 79 y 92. LARENZ en *Derecho de obligaciones*, traducción del alemán, Madrid, 1958, t. 1, pp. 67 y s., lo mismo que en su obra *Schuldrecht*, I, pp. 32 y s. Ambos autores tienen en común el haber ascendido de sus cátedras de Derecho Civil y de sus múltiples publicaciones en este ámbito, a las mayores alturas de la ciencia general, siendo notables sus obras sobre metodología (HERNÁNDEZ-GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, ts. 1 y 2, Madrid, 1971; t. 3, 1973; LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción del alemán, Ariel, Barcelona, 1966). Justo es también destacar, respecto al derecho francés, la figura del profesor Paul DURAND, cuyo trabajo sobre contratación coactiva es clásico: *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, en "Revista Trimestral de Derecho Civil", París, 1944, pp. 73 y s.

contrato definitivo que hay que concluir como efecto de un contrato preparatorio libremente acordado (contrato de promesa, por ejemplo), ni el contrato necesario, provocado por circunstancias excepcionales de hecho (depósito necesario).

Entre otras clasificaciones y categorías de contratos forzosos, acaso resulte de interés mi distinción entre contratos forzosos ortodoxos y contratos forzosos heterodoxos.

El *contrato forzoso ortodoxo* se forma en dos etapas: interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico. La segunda etapa conserva, pues, la fisonomía de los contratos ordinarios: la formación del consentimiento sigue implicando negociaciones o, cuanto menos, intercambio de voluntades entre las partes. La autonomía contractual subsiste en cierta medida.

El *contrato forzoso heterodoxo*, en cambio, se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual. La fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato de *un solo golpe*; no hay que distinguir etapas, ya que el contrato no precisa intercambio de voluntades. Tanto el vínculo jurídico como las partes y el contenido negocial vienen determinados heterónomamente por un acto único del poder público.

7. Los casos de *contratos forzosos ortodoxos* son abundantes. Ya el Código Civil de Bello, promulgado en 1855, contempló ciertas hipótesis. Así, la caución de conservación y restitución de la cosa fructuaria que *debe* rendir el usufructuario (775, C. C.); o la caución que *deben* rendir, en su caso, los tutores y curadores para el discernimiento de la guarda (374, C. C.)²⁷. En el Código Civil del Perú,

²⁷ Otros casos de contratos forzosos en el Código Civil chileno: el art. 854, relativo a la medianería, permite exigirle al vecino la

de 1984, destaco el art. 1988, relativo a la contratación de seguros *obligatorios* de responsabilidad.

Las leyes especiales han multiplicado en Chile la exigencia de un contrato como *requisito previo* para que opere una situación jurídica dada. Así, es preciso rendir caución para asumir los cargos de gerente o consejero de una cooperativa (art. 46 de la Ley de Cooperativas). Como también para celebrar un contrato de operación de yacimientos de hidrocarburos (art. 5, n° 12, del decreto-ley 1089). Los corredores de la Bolsa y los agentes de valores *deben* constituir garantías previamente al desempeño de sus cargos, para asegurar el cabal cumplimiento de sus obligaciones como intermediarios, por un monto inicial no inferior a cuatro mil unidades de fomento (art. 30 de la ley 18.045), actualmente unos sesenta mil dólares.

En el ámbito de los *seguros*, es frecuente la exigencia legal de contratar. Ejs.: el art. 13 de la ley 17.308, al igual que el DFL 151, de Hacienda, del año 1981, exigen a todo dueño o conductor de vehículos motorizados tomar un seguro de responsabilidad civil contra riesgos de muerte o lesiones en accidentes del tránsito. El art. 62 de la ley 6071 exige asegurar los edificios divididos por pisos o departamentos contra el riesgo de incendio. El art. 1 del decreto-ley 1092 exige que todo el personal de las FF.AA. y Carabineros de Chile contrate un seguro de vida. El art. 62 de la ley 18.302 exige seguros para cubrir los riesgos del uso pacífico de la energía atómica²⁸.

venta del cincuenta por ciento de los derechos cuotativos en la cerca o pared divisoria; el art. 669, inc. 1, relativo a la adquisición de muebles a inmuebles, por edificación o plantación en terreno ajeno, autoriza al dueño del suelo para exigir al edificador o plantador que le compre el terreno, en el cual se realizaron las accesiones sin su conocimiento.

²⁸ ¡Seguros o cauciones por el equivalente en pesos chilenos a 75 millones de dólares!

El decreto-ley 637, de 1974, impone a las administradoras de recursos de terceros para la adquisición de vehículos motorizados la celebración de diversos contratos forzosos ortodoxos. Así, *deben* garantizar su normal funcionamiento constituyendo cauciones en favor de los asociados, que han de ser calificadas y aceptadas por la Administración. *Deben*, además, celebrar contratos (destinados a asegurar el suministro de los asociados) con los productores de vehículos o con los distribuidores autorizados. Estos contratos forzosos deben concluirse antes de la promoción de los planes y la formación de los grupos por las administradoras (art. 2º, nº 2).

La ley 17.729, de 1972, sobre indígenas y tierras indígenas, en el art. 14, incs. 6 y 8, establece varias especies de contratos forzosos ortodoxos: el comunero a quien se reconozcan derechos en una comunidad indígena y tenga en otra derecho a tierras, *deberá* enajenar aquéllos o éste a otro comunero o al Instituto de Desarrollo Indígena, el que *deberá* adquirirlos. Si el comprador lo solicita, este Instituto *deberá* concederle un préstamo para el pago de la cuota de contado en la compra del terreno.

Entre los contratos *forzosos ortodoxos* los hay también de *carácter implícito*. La ley se circunscribe a imponer una determinada obligación o conducta, pero para llevarla a cabo se hace indispensable celebrar algún contrato. Por ejemplo, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su art. 148, autoriza a que, mediante decreto alcaldicio, se ordenen ciertas demoliciones. Por lo general, éstas requerirán que el afectado contrate la realización de las obras pertinentes. Pueden también mencionarse como contratos forzosos implícitos, los contratos procesales de compromiso y de compromisario, en los casos en que las leyes ordenan que determinados asuntos se resuelvan por árbitros. Dada la orden en este sentido, las partes, de común acuerdo o, en subsidio, por medio del Juzgado Ordinario, deberán nombrar al árbitro, celebrándose un contrato de

compromiso. Después es de rigor el contrato de compromisario, por el cual el árbitro acepta y se obliga a desempeñar las funciones jurisdiccionales inherentes al cargo ante los litigantes, quienes se obligan, salvo pacto expreso en contrario, a retribuir su labor mediante el pago de un honorario.

Algunas normas del Código Civil chileno sirven de antecedente a contratos forzosos *implícitos*. La ley establece las llamadas servidumbres legales. Reunidas las condiciones prefijadas por el legislador, v.gr. en el art. 847 del Código respecto a la servidumbre de tránsito, surge *ipso iure* el derecho real de servidumbre activa en beneficio del predio dominante. Sin embargo, para que la servidumbre legal se traduzca en un poder jurídico, y no teórico, los sujetos concernidos deberán celebrar un contrato traslativo que, aunque la ley no lo mencione, reviste carácter forzoso. En caso de resistencia del titular del predio sirviente a concluirlo, se recurrirá al juez competente a fin de que reconozca y declare la servidumbre legal.

Otra situación, particularmente interesante, de contratación forzosa implícita tiene lugar tratándose del *mandato sin representación*. Como es sabido, la representación no es de la esencia del mandato, pudiendo el mandatario ocultar su carácter al tercero con quien contrata, siendo, por tanto, factible que él contrate a nombre propio. En este evento, como lo señala el art. 2151 del Código Civil chileno, el mandatario no obliga al mandante respecto de terceros. Los efectos del acto jurídico celebrado entre mandatario y tercero, se radican en el patrimonio del mandatario, como si el mandato no existiese, pero el apoderado *deberá* después transferirlos a su mandante, mediante un contrato posterior que, aunque soslayado por el Código Civil, es un contrato forzoso. Así lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia chilena.

Para no recargar la casuística del contrato forzoso ortodoxo con casos demasiado heterogéneos, baste aquí aña-

dir que son muy frecuentes las hipótesis de esta figura o categoría contractual en la *legislación bancaria reciente*. El art. 55, inc. 2, de la Ley General de Bancos, en virtud de lo dispuesto en el art. 1, letra o, del decreto-ley 3345, de 1980, impone, para los casos de liquidación o quiebra de instituciones bancarias, la obligación de transferir o ceder sus créditos hipotecarios a otras instituciones financieras, públicas o privadas. La misma ley, en sus arts. 83, n° 15 y 84, n° 3, en virtud de las reformas introducidas por el art. 1, letras f y h, de la ley 18.022, de 1981, obliga a los bancos nacionales a enajenar las acciones de bancos extranjeros; y en general a enajenar cualesquiera acciones y derechos que adquirieren por dación en pago. La ley 18.041, de 1985, sobre normalización de los bancos y financieras, conocida como la ley del *capitalismo popular*, comienza disponiendo que la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) *adquirirá* del Banco Central de Chile, en el plazo de tres años, los créditos que este organismo tenga en contra de las empresas bancarias y sociedades financieras que estén sometidas a administración provisional. El art. 4-1 de la ley 18.041 contempla otro caso de contrato forzoso ortodoxo: "La Corporación de Fomento de la Producción *deberá* enajenar las acciones de cada una de las instituciones financieras a que se refiere el art. 1º, adquiridas en conformidad a esta ley, en un plazo máximo de cinco años, en parcialidades anuales no inferiores al 20%". Un último ejemplo: la ley 18.412, publicada el 14 de mayo de 1985, dispone en su art. 4º que el Banco del Estado de Chile *adquirirá* de las instituciones financieras en actual liquidación forzosa²⁹ sus carteras de mutuos hipotecarios, haciéndose cargo el Fisco de los créditos que resultaren incobrables.

²⁹ V.gr., Banco Unido de Fomento, Banco de Fomento de Valparaíso, Banco de Fomento de Bío-Bío, BHC, Finansur, Financiera de Capitales.

8. En materia de *contratos forzosos heterodoxos*, aquí sólo mencionaremos algunos casos tomados de la legislación chilena más reciente. En el ámbito de las quiebras y de la enajenación de los bienes del fallido como una sola unidad económica, a fin de evitar que las empresas en falencia se desintegren, por la liquidación atomizada de los activos, tanto el art. 10 del decreto-ley 1509, de 1976, cuanto el art. 129 de la ley 18.175, nueva ley de quiebra de 1982, establecen que, por el solo ministerio de la ley, los inmuebles enajenados se entienden constituidos en hipoteca, y los muebles en prenda especial sin desplazamiento, para garantizar las obligaciones del adquirente, como el pago de los saldos insolutos del precio de compra de la unidad económica. Se trata, pues, de contratos de hipoteca³⁰ o de prenda que se perfeccionan *ipso iure*, sin intercambio alguno de voluntades.

El art. 71 del Código Tributario dispone: "Cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto de las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido que afecten al vendedor o cedente...". Una persona, el adquirente, pasa a tener el carácter de fiador del vendedor o cedente, sin que medie consentimiento alguno.

La ley 18.401, publicada en el "Diario Oficial" del 26 de enero de 1985, destinada al saneamiento de los bancos actualmente intervenidos, que ha comenzado a operar mediante suculentos aumentos de capital en el Banco de Santiago y en el Banco de Chile, contempla varios casos de contratos forzosos heterodoxos. El art. 4-2 se refiere a la transferencia automática, sin intercambio de voluntades, de las acciones que hubiese adquirido CORFO, en beneficio

³⁰ Hay otras hipótesis de contratos forzosos heterodoxos de hipoteca. El caso más característico es el contemplado en el art. 662 del Código de Procedimiento Civil.

de los accionistas que hayan suscrito acciones preferidas, correspondientes al aumento de capital. El art. 4-7 y el art. 5º, en su penúltimo inciso, contemplan contratos de prenda de las nuevas acciones, en favor de CORFO o del Banco emisor de ellas, que se perfeccionan "por el solo ministerio de la ley".

Cúmpleme preguntar a los colegas peruanos si son también contratos forzosos heterodoxos las hipotecas legales referidas en los arts. 1118 y siguientes del Código Civil del año 1984.

9. Aunque todavía tímidamente, la jurisprudencia chilena ha reconocido expresamente la existencia de los contratos forzosos. Menciono, a vía de ejemplos tres fallos.

Por sentencia del 1º de junio de 1976, en los autos rol 44.590, la Corte de Apelaciones de Valparaíso declaró: "10º) Que de acuerdo a la conclusión anterior, la renta que está obligada a pagar la sociedad demandada, desde que expiró el contrato de arriendo con el anterior dueño, hasta la restitución de la propiedad en virtud del fallo del presente juicio, tiene como fuente la ley, no tratándose de una renta convenida entre los actores y la parte demandada, sino que de una obligación impuesta por la ley dentro de un típico *caso de contrato forzoso*".

Por sentencia del 27 de diciembre de 1976, en los autos rol 45.654, la Corte de Valparaíso declaró: "6º) Entre los seguros existe también el seguro proveniente del contrato forzoso denominado ortodoxo y del contrato forzoso heterodoxo. El primero es aquel en que la ley exige la constitución de una garantía, como requisito previo para que opere una determinada situación jurídica, o sea que el contrato siendo impuesto conserva pese a ello la fisonomía de un contrato ordinario. En cambio, el contrato forzoso heterodoxo se caracteriza por la total pérdida de la autonomía de las partes, al menos en la etapa del nacimiento del contrato, de modo que los contratantes quedan vinculados por el solo efecto de la disposición. Aplicando estos conceptos

en nuestra ley, tenemos como ejemplo de contrato forzoso ortodoxo, en la materia que nos interesa, el art. 62 de la ley 6.071, que obliga al propietario del edificio a asegurarlo contra riesgo de incendio. Como contrato forzoso heterodoxo se puede mencionar el seguro agrícola contra riesgo de la actividad agropecuaria, que existe cada vez que se solicite a una institución nacional un crédito, quedando con este seguro vinculado el agricultor con el Instituto de Seguros del Estado, presentando la solicitud a dicho Instituto el organismo crediticio, sin que sea parte en el aludido contrato forzoso”.

Por sentencia del 8 de julio de 1982, que acogió el recurso de queja rol 922, interpuesto por la Empresa Nacional del Petróleo en contra de los ministros de la Corte de Punta Arenas que incurrieron en falta o abuso, la Corte Suprema expresamente calificó como *contrato forzoso* la situación contemplada en el art. 49 del decreto-ley 2.758, del año 1979, sobre negociación colectiva. En virtud del inciso 2 de esta norma legal, si las partes negociadoras no hubieran llegado a nuevo acuerdo a la fecha de expiración del contrato colectivo de trabajo, “la Comisión Negociadora podrá exigir al empleador, quien no podrá negarse, la suscripción de un nuevo contrato colectivo en las condiciones establecidas en el inciso tercero del art. 26”. En los considerandos 4º y 6º, nuestro máximo tribunal señala que estamos, en este caso, en presencia de un *contrato colectivo impuesto forzosamente al empleador*, y, en consecuencia, *sin su consentimiento*.

10. Siendo consecuente con su marcada hostilidad frente a la figura del contrato impuesto, el profesor español don Luiz Diez-Picazo concluye su estudio del mismo propugnando “la inadmisibilidad del concepto del contrato forzoso y la necesidad de su abandono por la ciencia del derecho”³¹. Mi conclusión es la opuesta, ya que se funda

³¹ *Los llamados contratos forzosos*, en “Anuario de Derecho Civil”, enero-marzo, 1956, pp. 85 a 118.

en el afán de vincular al derecho con la realidad. Y el contrato forzoso, creemos haberlo demostrado, es una realidad sin discusión. Existe en la ley y también en la práctica. Pero ¿es propiamente un contrato?

El problema surge especialmente a propósito del contrato forzoso heterodoxo, por la circunstancia que la voluntad pierde toda autonomía, siendo la relación jurídica íntegramente heterónoma. En el contrato forzoso ortodoxo, en cambio, a pesar de que éste es el resultado de una obligación legal, subsiste en parte la autonomía negocial, existiendo el acuerdo de voluntades que ha caracterizado tradicionalmente al contrato como fuente de derechos y obligaciones.

Las dificultades que genera el contrato forzoso, en particular el heterodoxo, en cuanto a su carácter contractual, pueden superarse recurriendo a la *distinción* entre el contrato como *acto de constitución de la relación jurídica* y el contrato como *relación jurídica constituida*.

En efecto, la voz "*contractus*" etimológicamente designa lo contraído, o sea, la relación jurídica. Tal fue la esencia del contrato en el derecho romano clásico. En éste, a pesar de la ausencia de un concepto genérico del contrato, las diversas figuras contractuales específicas ponen de manifiesto que lo típicamente contractual no es el acto generador de la relación jurídica, sino la relación ya constituida. Sólo a partir del siglo xvii, bajo el influjo de la llamada escuela racionalista del derecho natural, el contrato pasa a ser concebido como un consenso o acuerdo de voluntades. Esta segunda manera de ser del contrato, con el auge del voluntarismo jurídico, ha opacado la primitiva, al punto que todavía no pocos estudiantes, cuando escuchan hablar del contrato, sólo evocan una de las fuentes de las obligaciones. Olvidan, sin embargo, toda la técnica de la obligación contractual constituida, que en poco depende del

acuerdo de voluntades, por cuanto es independiente de él³².

El contrato es, pues, tanto el *acto de constitución* cuanto la *relación constituida*. Aquél y ésta son unidades diversas. Hay que separar el acto de contratar del contrato mismo (el acto voluntario genético y la situación objetiva resultante), de la misma manera como se diferencia el proceso de elaboración de un producto del producto ya elaborado.

Si bien normalmente existe relación causal entre ambas, siendo la relación jurídica la consecuencia del acto de constitución, es un error, hoy por hoy, pretender que el acto de constitución sólo pueda consistir en un acuerdo de voluntades. Para ilustrarlo, se impone recurrir a la heurística clasificación de las fuentes de las obligaciones formuladas por don Antonio Hernández-Gil.

A la luz de dicha clasificación, las fuentes de las obligaciones son tres: a) *La voluntad con la cooperación de las normas legales*. En este grupo la relación jurídica es expresión de la autonomía de la voluntad implementada por la reglamentación legal heterónoma. La norma protege, completa o encauza a la voluntad con el fin de lograr, en obra de colaboración, determinados efectos³³. Figuran en este lugar los contratos nominados o típicos; los contratos innominados o atípicos y la promesa unilateral; b) *Las normas*

³² Hans Kelsen (*Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 346 y 347), al tratar del contrato como eslabón de la estructura piramidal del orden jurídico, señala que hay que distinguir claramente el contrato como hecho creador de derecho y las normas contractuales; el procedimiento o acto convencional y el orden convencional resultante. Cfr., del mismo autor; *La théorie juridique de la convention*, en "Archives de Philosophie du Droit", Sirey, Paris, 1940, pp. 33 y s.

³³ La clasificación del profesor HERNÁNDEZ-GIL, y en particular su primer grupo de fuentes de las obligaciones, es un definitivo mentís a quienes consideran que la autonomía y la heteronomía son siempre criterios antagónicos.

legales a partir de un presupuesto de voluntad, grupo en que no hay cooperación de la norma con la voluntad, como acontecía en el precedente. Aquí el ordenamiento impone la relación jurídica desde el momento que los individuos observan una conducta voluntaria. Se incluyen en este grupo los contratos dirigidos; los actos ilícitos que engendran responsabilidad y la gestión de negocios ajenos; c) *Las normas legales con prescindencia de un presupuesto de voluntad*. Ahora el ordenamiento jurídico impone obligaciones, al margen de la voluntad, sobre la base de un estado de hecho o de una situación cuyos efectos se trata de corregir. Integran este último grupo la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa; el enriquecimiento sin causa y los contratos impuestos o forzosos³⁴. Habría que agregar las obligaciones legales en sentido estricto.

Aplicando en forma parcial la clasificación precedente sólo al *contrato, como acto constitutivo de la relación jurídica*, resulta que un contrato puede quedar configurado: a) *Por la voluntad con la cooperación de las normas legales*. Caso de los contratos nominados e innominados en que existe real acuerdo de voluntades; de los contratos por adhesión (que pueden existir con ocasión de una convención única, en que el acuerdo suele ser artificial); y de los contratos estandarizados (que dan la idea de múltiples convenciones similares entre el oferente y los consumidores, en que el acuerdo de voluntades, tratándose de negocios jurídicos menores, de trámite rápido, suele pasar inadvertido); b) *Por la norma legal con la cooperación de la voluntad*. Caso de los contratos dirigidos en que, sobre la base de un acuerdo de voluntades, el legislador fija imperativamente el contenido de la convención y de los contratos forzosos ortodoxos en que, cumpliéndose el mandato

³⁴ Mayores detalles sobre esta señera clasificación de las fuentes de las obligaciones, a mi entender insuperable, en HERNÁNDEZ-GIL, ob cit., en nota 26, capítulo XIV, pp. 242 y s.

legal que impone la obligación de contratar, tiene ulteriormente lugar el acuerdo de voluntades; c) *Por la norma legal sin la intervención de la voluntad*. Caso de los contratos forzosos heterodoxos, en que el legislador constituye la relación jurídica contractual en todas sus facetas.

En resumen, el contrato forzoso es contrato. Conclusión a la que se llega tanto inspirándose en la clasificación de Hernández-Gil, quien admite que la sola ley, al margen de la voluntad, genere contratos; cuanto acogiendo la distinción entre contrato como acto de constitución y como relación constituida.

Pero, *¿por qué el legislador, en los casos de contratación forzosa, prefiere el mecanismo de la obligación contractual al de la obligación puramente legal?*

11. Muchas veces el legislador prefiere situar una relación jurídica en el marco contractual, en lugar del marco de las obligaciones puramente legales. Esta hipótesis no es exclusiva de la contratación forzosa. Se da también en casos de contratos voluntarios o discutidos. Un ejemplo sobresaliente lo encontramos en el decreto-ley 600, del 13 de julio de 1974, que fijó el Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile. En el decreto-ley 600 y en sus posteriores modificaciones se fija el régimen aplicable al inversionista foráneo, aportante de divisas, bienes de capital, tecnología y servicios, confiriéndosele una serie de franquicias. Pues bien, en lugar de emplearse el mecanismo de las normas legales para fijar las prerrogativas del capitalista extranjero, como ha acontecido en el pasado (D.F.L. 258, de 1960), la autoridad prefirió ahora el mecanismo contractual. Así, el ingreso de las inversiones al país sólo se perfecciona mediante la suscripción de un contrato solemne entre el capitalista y el Comité de Inversiones Extranjeras. El mismo contrato fija, en cada caso, el régimen cambiario, de remesas al exterior, de tributación, etc.³⁵. Esta manera de

³⁵ Otros ejemplos de situaciones para las cuales el legislador ha preferido mecanismos contractuales, en lugar de obligaciones de-

proceder se justifica plenamente por las ventajas prácticas que resultan de la *flexibilidad* que tiene el contrato, y no la ley, como asimismo por *razones psicológicas*: en la gran mayoría de los casos, los deudores de obligaciones contractuales las cumplen oportunamente, lo que no ocurre con las obligaciones legales.

Es indudable que existen obligaciones que nacen de la sola disposición de la ley. El Código chileno menciona las obligaciones que existen entre padres e hijos de familia y la obligación alimenticia. Sin embargo, como lo ha puesto de relieve Georges Ripert, la obligación estrictamente legal se reduce, en el terreno del derecho privado patrimonial, a una mera declaración de principios. Ni siquiera los códigos le consagran algún capítulo para normar su comportamiento. Fuera de las relaciones familiares cuesta bastante encontrar ejemplos de obligaciones legales. Y si los autores citan la obligación de pagar impuestos al Fisco, el vínculo jurídico a que aluden cae de lleno en el derecho público. La relación constituida, *de carácter legal*, ofrece serias dificultades. A diferencia del contrato que involucra un gran poder de precisión tanto respecto a las partes cuanto al objeto, la ley, disponiendo un mandato, prohibición o permisón genérica y abstracta, encuentra tropiezos para conseguir determinar al acreedor o el objeto. Ciertamente, en la obligación alimenticia existe un acreedor bien preciso, pero no ocurriría fácilmente lo mismo, desde su nacimiento, con otras obligaciones si fuesen simplemente legales; v.gr.: la obligación de vender de los comerciantes; la obligación de todo conductor de un vehículo motorizado de asegurarse contra los riesgos que puede ocasionar a las personas, etc., serían casos de obligaciones legales en que la determinación del acreedor, si bien posible, podría generar tropiezos o

rivadas íntegramente de la ley, los proporcionan en Chile los campos de la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos (decretos-leyes 1089 y 1820), y de la operación de materiales atómicos naturales (decreto-ley 1557).

arbitrariedades. En cuanto al objeto de las mismas obligaciones, la ley sólo puede colocar reglas generales o, de recurrirse a la vía reglamentaria, es menester revisar periódicamente la obra de detalles; en cambio, el contrato se presta de modo natural para las especificaciones que cada caso particular requiere. Las razones que preceden explican, al menos en parte, por qué el legislador ha preferido, en lugar de imponer una relación jurídica puramente legal, recurrir al mecanismo indirecto de los contratos forzosos ortodoxos, hermanando así la ley con el contrato³⁶. No se trata de un rodeo inútil, que implique duplicidad de actuaciones (del legislador y de los contratantes que después convienen en virtud de la obligación que aquél les impone) y retardo en la obtención de la finalidad pretendida. Tampoco se trata de un caprichoso proceder del legislador, usando o abusando del tremendo poderío de que dispone para elaborar el derecho formal. Antes bien, fuera de las razones que preceden, sólo aplicables al contrato forzoso ortodoxo, existen otras que juegan por igual tratándose de éste o del contrato forzoso heterodoxo.

Las reglas técnicas del contrato, en cuanto relación jurídica ya constituida, son de las más afinadas que existen en todo el derecho. Desde luego, el derecho romano nos ha legado un ingente conjunto de reglas que permanecen a pesar del trascurso de los siglos. A lo que se añaden aportaciones de los códigos y de la jurisprudencia recientes. Ya se trate de los mecanismos de la responsabilidad por incumplimiento (incluidas las teorías de la mora, de la relación causal, de la reprochabilidad, del daño directo o indirecto, patrimonial o moral); de los principios de la fuerza obligatoria o del efecto relativo; de las reglas sobre interpretación contractual; de los efectos particulares a los contratos sinalagmáticos: resolución por inexecución, teoría de los

³⁶ Cfr. el libro de Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, N° 17.

riesgos y excepción de contrato no cumplido, etc., hay todo un acervo que constituye una herramienta valiosísima para la realización efectiva del derecho. Así las cosas, y en la ausencia de una elaboración refinada en materia de obligaciones legales, aparece inteligente y útil que el legislador someta determinadas relaciones jurídicas —las generadas por los contratos forzosos— a la técnica contractual. Esta manera de proceder no puede explicarse recurriendo sólo a un supuesto sentimiento legislativo de simetría o continuidad y a un propósito de economía de esfuerzos que ahorra la tarea de hacer lo nuevo, sometiendo las relaciones jurídicas forzosas al viejo molde contractual. Tampoco en base al arcano desprestigio de la ley.

La riqueza del derecho de los contratos justifica por sí sola que ante la opción de conferir a determinadas obligaciones carácter legal o carácter contractual, el legislador a veces escoja la última alternativa, empleándose, entonces, el instrumento del contrato forzoso, ortodoxo o heterodoxo.