Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 201
AÑO LXV
ENERO-JUNIO 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION Y SISTEMA DE DERECHO PRIVADO

HERNAN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

1. MUERTE Y RESURRECCION DEL CONTRATO

La historia parece inagotable fuente de sorpresas y paradojas. Los últimos cambios del mundo actual se han desarrollado frente a los ojos atónitos de cientistas políticos y sociólogos.

Los juristas no han quedado exentos de estas inesperadas jugadas del tiempo. Hasta hace unos cuantos años se impugnaba seriamente el sistema de derecho privado basado en el "sacrosanto" principio de la autonomía de la voluntad, y cuya expresión más acabada la encontrábamos en la teoría del negocio jurídico, teoría que fuera elaborada por la doctrina pandectística y que pasara luego a nuestro Código Civil, a través de Savigny.

La idea de un Estado que debe asumir funciones directas como promotor y gestor del bienestar colectivo llevaba necesariamente a la publificación de las estructuras jurídicas privadas. La economía concebida en términos colectivistas o corporativistas dejaba un estrecho lugar a la voluntad creadora de los particulares. El Estado se hace cargo de la mayor parte de las empresas, y por otro lado interviene en la contratación privada, imponiendo regulaciones o estipulaciones, fijando precios de bienes y servicios, determinando aranceles o derechos de importación, etc. La ley impone el contenido de las cláusulas esenciales de ciertos contratos, a los que la doctrina dará el nombre de "dirigidos" (así, los contratos de trabajo y de arrendamiento de inmuebles).

En este contexto, juristas destacados comenzaron una crítica metodológica contra la noción del acto jurídico, y la vigencia real del principio de la autonomía de la voluntad. Se sostuvo que el auténtico factor que había permitido el alumbramiento del negocio jurídico en la doctrina científica había sido el esquema capitalista vigente en la época de la pandectística. El sistema económico liberal habría exigido la creación de un instrumento jurídico apropiado para hacer triunfar los intereses de la clase dominante, encontrándolo en la figura del negocio jurídico que, reafirmando las cadenas de los explotados, los engañaba con una apariencia de libertad. Dicha motivación sería la que explicaría la función y el significado del acto jurídico y el contrato hasta nuestros días, puesto que subsistiría, en sus líneas fundamentales, el mismo esquema liberal de relaciones económicas. El negocio jurídico, en suma, no sería más que un engaño a través del cual la

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

prepotencia burguesa ilusiona al proletariado, haciéndole creer que puede ser "parte en iguales condiciones" de una contratación "libre": en verdad pura fantasía, rechazable por un jurista preocupado por la defensa de los más débiles y los marginados. Es la línea argumental que contra el negocio jurídico exhibe una de las más eximias figuras de la dogmática jurídico-privada italiana: el profesor de la Universidad de Bolonia, Francesco Galgano, quien se aprontaba a pronosticar *il tramonto* de la categoría negocial[1] .

En concordancia con estas ideas, en el ámbito anglosajón se llega a proclamar la "muerte del contrato" como consecuencia de la caída de las concepciones liberales del *laiseez-faire* y de la transición del individualismo "to the welfare state and beyond"[2] .

Pero en espacio de tiempo muy breve, la perspectiva del panorama social, económico y jurídico parece haber sufrido transformaciones sustanciales. Se habla desde los más diversos sectores ideológicos de reforzar la libertad económica, de proteger la iniciativa privada, de Estado subsidiario, de privatizaciones, de eficiencia... Y a la par, en el plano jurídico, florecen los contratos, y no sólo los tradicionales sino nuevas formas de acuerdos negociales que se originan en la creatividad de los particulares para proveer a la satisfacción de intereses múltiples y variadísimos.

Estaría tentado a decir que el contrato ha resucitado. Pero la verdad, dudo que alguna vez haya estado muerto.

2. AUGE DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATACION PATRIMONIAL

La expansión de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, como fundamento para la recepción en el ordenamiento jurídico de formas novedosas de contratación, es bastante más amplia de lo que, a primera vista, podría parecer.

Cierto es que muchas de las nuevas formas de contratación parecen provenir del sector mercantil, cuestión que no es novedad, pues desde siempre los comerciantes han sido más rápidos en la búsqueda de nuevas formas de expresión de los intereses pecuniarios que permiten la circulación de la riqueza (recuérdese que la letra de cambio así como otros títulos de crédito se deben a la creatividad de quienes se dedicaban a los intercambios mercantiles[3]). A ello debe sumarse el hecho de que la complejidad de las relaciones sociales y la apertura de los mercados, han determinado la realización de la producción e intercambio de bienes y de servicios a través de entidades o complejos colectivos que aúnan los esfuerzos individuales de muchas personas. El surgimiento de las empresas y de la mentalidad empresarial, dispuesta a maximizar los niveles de eficiencia a través de la división del trabajo y la cooperación económica y financiera, constituye uno de los factores determinantes en el proceso de surgimiento de nuevas formas contractuales.

[1]Según Galgano, Francesco: "Il problema del negozio giuridico", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 454, al caducar los falsos principios en los que se inspiraba el esquema liberal debe también caer el concepto engendrado por ellos: "La categoría del negocio jurídico está... destinada al ocaso. Ella declina conjuntamente con el mito, que había constituido su razón inspiradora, de la unidad del sujeto jurídico, conjuntamente con la ilusión de una igualdad formal del Derecho" (ob. cit., p. 463).

[2]Cfr. Gilmore, *The death of Contract*, Columbus, 1974, citado por Ferri, Giovanni B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli edit., 3ª edic., 1990, p. 28, nt. 15.

[3]Cfr. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Imp. Aguirre, Madrid, 1982, t. I, pp. 764 y ss.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En efecto, muchos acuerdos negociales vienen a desempeñar la función de acoger las múltiples formas de colaboración empresarial que exige el desarrollo económico nacional e internacional. Los contratos de suministro o aprovisionamiento (con mucha incidencia en el campo de los servicios eléctricos, de agua potable y alcantarillado, y de telecomunicaciones)[4], y los acuerdos de *joint venture*[5] son ejemplos de estas figuras contractuales en las que se expresa la relación empresarial. En Chile, la exportación de fruta ha dado lugar a específicos acuerdos de colaboración entre productores y agencias de distribución y comercialización, haciendo nacer pactos que Fueyo ha denominado como contratos de "unión empresarial temporal con motivo de la comercialización internacional de fruta chilena"[6].

Una modalidad singular de asociación de empresas surge en torno al uso de marcas, patentes industriales, y modalidades de procederes técnico-comerciales. Se comienza hablar así de contratos de transferencia tecnológica, y aparecen nuevas formas contractuales como los contratos de licencia o *royalty*, por los que se conviene que el titular de un privilegio industrial amparado por la legislación (marcas comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales), cede a otra persona su uso y/o goce temporal a cambio de una retribución (*royalty*), y los convenios de *know how*, por los cuales se permite el traspaso y utilización de conocimientos tecnológicos no protegidos por la legislación de propiedad industrial[7]. Cuando se trata de procedimientos sobre modos de comercialización y de promoción de un producto, se habla de contratos de *merchandising*[8]. Los contratos de *engineering* posibilitan desde la elaboración de estudios técnicos para la instalación de una usina o maquinaria (*consulting engineering*), hasta la construcción y entrega de un establecimiento industrial (*engineering*)[9].

Operaciones complejas de asociación empresarial son los contratos de concesión o de distribución, llamados más comúnmente contratos de *franchising*. En estos convenios también se incluye la transferencia de tecnología, pero además se concede la utilización de marcas y de estilos de publicidad. Han tenido mucho éxito para la expansión de empresas multinacionales que asocian a empresarios locales para la distribución interna de productos ya consagrados internacionalmente (Coca-Cola, Benetton, Mc Donald)[10].

[4]El contrato de suministro también puede utilizarse para proveer a las necesidades del público consumidor. Sobre este contrato puede verse a Puelma Accorsi, Alvaro, *Contratación comercial moderna*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 87 y ss. y también a Ferri, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, 8ª edic., Roma, 1990, pp. 817 y ss. El contrato de suministro está tipificado por los códigos civiles de Italia (art. 1559) y de Perú (art. 1604).

[5]El *joint venture* consiste en la asociación de dos o más empresas para llevar a cabo un proyecto común de gran envergadura, pero manteniendo su autonomía. Sobre este contrato véase a Fueyo, Fernando, *Los contratos de colaboración empresaria y una modalidad complementaria de contratos de dominación*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 24 y ss.

[6]Fueyo, F., ob. cit., p. 72. Según Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 52-54, este contrato podría ser calificado como mera comisión, encubierta o simulada en una compraventa.

[7]Sobre los contratos de licencia y de *know how*, véase a Puelma, Accorsi, A., ob. cit., pp. 115 y ss.

[8]El *merchandising* tiene por objeto la transferencia de conocimientos técnicos relativos a organización comercial. Cfr. Puelma Accorsi, A., ob. cit., p. 123.

[9]Sobre este contrato véase a Sandoval López, Ricardo, "Operación de engineering", en *Revista de Derecho* (U. Católica de la Stma. Concepción), vol. I, Nº 1, pp. 83 y ss., y a La Cruz, José Luis, y otros, *Derecho de obligaciones*, vol. II "Teoría General del Contrato", Bosch, 2ª edic., reimp., Barcelona, 1990, § 80, pp. 267-268

[10]Sobre las operaciones de *franchising*, puede consultarse la obra de Bussani, Mario y Cendon, Paolo, I contratti nuovi, Giuffrè edit., Milano, 1989, pp. 405 y ss.; y también a Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 73.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La interrelación comercial y la colaboración empresarial no conoce fronteras, y de allí que el Derecho Internacional Privado vea un reforzamiento del principio de la autonomía de la voluntad como factor determinante para fijar la ley aplicable a un contrato internacional[11].

En el ámbito interno, en la medida en que el Estado liberaliza algunos sectores en los que antes se reservaba una exclusividad de gestión, se da pie para que se abran nuevos espacios para la contratación privada. Por ejemplo, en Chile han aparecido contratos de prestación de servicios educacionales (respecto de instituciones de enseñanza privada, sea básica, media o superior); contratos de salud (concluidos con instituciones de salud previsional) y contratos para gestión de fondos destinados a la seguridad social (acordados mediante la afiliación de los imponentes a una empresa Administradora de Fondos de Pensiones).

Figuras contractuales no tradicionales surgen, asimismo, como formas de obtener o hacer más ágil el financiamiento y el crédito. El contrato de *leasing*, en sus diversas modalidades (operacional, inmobiliario, financiero, *lease back*), se presenta como un instrumento comercial cada vez más utilizado para permitir la utilización y adquisición de bienes (desde maquinarias hasta viviendas), dando lugar incluso a la formación de empresas dedicadas al rubro[12]. El contrato de apertura de línea de crédito permite la flexibilización y la expansión de los créditos no sólo a las instituciones bancarias o financieras sino a otro tipo de empresas (grandes almacenes)[13]. Las operaciones derivadas de la utilización de tarjetas de crédito posibilitan el acceso a un financiamiento crediticio extraordinariamente expedito[14]. El contrato de *factoring* que comienza a ser utilizado, representa una opción para anticipar el cobro de créditos; por este convenio un empresario cede sus propios créditos comerciales a un operador especializado (*el factor*), que se compromete, a cambio de una comisión, a proporcionar servicios como el cobro, la gestión, la contabilización y a veces la anticipación y garantía del importe de los créditos cedidos[15].

Nuevas formas de negociación jurídica surgen también de modalidades no tradicionales de propiedad o de derechos reales. A la propiedad horizontal, se ha venido a sumar la multipropiedad como especie de comunidad prodiviso (para permitir, por ejemplo, el uso de estacionamientos de vehículos), y la propiedad con uso alternativo, que con novelesco nombre se ha dado en llamar "tiempo compartido", y que es una figura empleada normalmente para el uso de residencias con fines turísticos[16]. El surgimiento de

[11]León Steffens, Avelino, "El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional", en *Contratos*, coordinación E. Barros, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pp. 95 y ss.

[12]Sobre el *leasing*, véase la obra de Ortúzar Solar, Antonio, *El contrato de leasing*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1990. También puede consultarse a Bussani, Mario y Cendon, Paolo, ob. cit., pp. 23 y ss.; y a Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 99 y ss.

[13]Sobre la operación comercial de apertura de crédito, puede verse a Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 139 y ss.

[14]Cfr. Sandoval López, Ricardo, *Tarjeta de crédito bancario*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

[15]Sobre el contrato de *factoring*, existe la obra nacional de Marre Velasco, Agustín, *El contrato de factoring*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995. En doctrina extranjera, puede verse a Ferrigno, Lucia, "*Factoring*" en Revista *Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 1988, Nº 3, pp. 957 y ss.; y también a Bussani, Mario y Cendon, Paolo, ob. cit., pp. 246 y ss.

[16]Otras posibilidades de aplicación se encuentran en la comercialización de yates, equipos, sistemas y programas informáticos, diseños industriales y marcas, estudios jurídicos y contables. Véase a Papaño, J.; Kipper, C.; Dillon, G. y Causse, J., *Derechos reales*, Depalma, B. Aires, 1990, t. II, pp. 116 y ss. Entre nosotros, puede

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cementerios privados ha determinado, por su parte, la creación de nuevas modalidades de relación con el suelo, y actos jurídicos novedosos para facilitar su uso[17]. Las competencias deportivas y, en particular el fútbol, dan lugar a nuevas modalidades propietarias, y generan contratos de venta de derechos (pase) relativos a servicios de futbolistas.

La suerte y el azar son especialmente atractivos en los tiempos modernos, en los que se quiere ganar lo máximo con el mínimo de esfuerzo. No parece extraño que el ámbito de los negocios aleatorios también se expanda, y proliferen los contratos de apuestas o pronósticos deportivos, y otras modalidades de juegos vinculados a la suerte. Son frecuentes también los contratos aleatorios relativos a concursos, o como con cierta sorna los califica el tratado de Lacruz, "contratos aleatorios de premio al concursante a cambio de exhibición y eventual ridículo concluidos en las emisiones radiofónicas o televisivas"[18]. Las operaciones a futuro, si bien con fines de mayor seriedad y envergadura económica, descansan también en el alias del mercado[19].

El mundo del espectáculo, de la creación artística y de la publicidad da lugar a muy variadas formas de contratación. Por ejemplo, surge la figura del *sponsorship,* que consiste en el patrocinio de un espectáculo o manifestación culturales o artísticos a cambio de que el nombre del producto o empresa sea asociado al del evento. Otra operación más sofisticada en este campo es la llamada *product placement,* o contrato de publicidad oculta, por el cual el productor de un espectáculo cinematográfico o televisivo ofrece, a cambio de una contribución económica, colocar en escena el producto que se busca promocionar, de manera que sea identificable para los espectadores[20].

Curioso resulta observar que el reflorecimiento contractual hace resurgir figuras negociales que tienen rancio abolengo, y que, no obstante estar reguladas por normas más que seculares, hasta hace poco tiempo se las consideraba prácticamente obsoletas. Destaca en este sentido el contrato de renta vitalicia, restaurado hoy como forma de pactar el retiro de fondos previsionales. La venta con pacto de retroventa, parece adquirir nueva vigencia a raíz de la aplicación de la modalidad del *lease back*, y además por su utilización con fines de garantía. El mismo contrato de arrendamiento de predios urbanos y rurales deja ya de ser un contrato totalmente dirigido, y recobran vigencia práctica la mayor parte de las normas tradicionales contenidas en el Código Civil.

Por otro lado, es posible observar que contratos, que desde antiguo eran ya calificados de innominados se convierten en negocios frecuentemente utilizados. Mención especial en este sentido debe hacerse de los contratos de mediación o corretaje, hoy practicados no sólo en lo referido a las ventas inmobiliarias sino también a los seguros y a los valores bursátiles[21]. Pueden señalarse también los contratos de hospedaje (cada vez

consultarse el estudio de Wahl Silva, Jorge, "'Tiempo compartido'. ¿De la copropiedad a la multipropiedad?", en *Revista Chilena de Derecho*, 23, 1996, pp. 127 y ss., y el libro de Waissbluth Weinstein, Verónica, *La multipropiedad*, ConoSur, Santiago, 1997.

[17]Sobre derechos y actos jurídicos relativos a cementerios, véase a Papaño, J.; Kipper, C.; Dillon, G. y Causse, J., ob. cit., t. II, pp. 123 y ss.

[18]La Cruz, José Luis, y otros, ob. cit., § 79, pp. 244-245, nt. 1.

[19]Véase Puelma Accorsi, A., ob. cit., p. 26. En particular, existe un estudio de varias figuras contractuales de carácter financiero como la opción y el futuro en la obra de Engler Palma, María Cecilia, *Mecanismos jurídicos de administración de riesgos,* ConoSur, 1997.

[20]Sobre esta figura puede verse el estudio de Manzani, Luigi, "Product placement: la publicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisi", en Revista *Contratto e impresa*, Ceddam, Padova, 1988, Nº 3, pp. 904 y ss.

[21]Sobre el corretaje, véase a Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 55 y ss.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

más empleados por la expansión de las empresas hoteleras)[22] y de transporte ferroviario en vagón dormitorio o "coche-cama"[23].

Muchos de estos tipos de contratación requieren a veces de estudios, proposiciones, negociaciones previas a la conclusión del negocio definitivo. Por ello el campo de las tratativas o negociaciones previas a un contrato dan lugar a otras formas contractuales. De esta manera, los contratos preliminares, preparatorios o precontratos, surgen como una categoría negocial original[24]. Entre ellos el contrato de opción ha venido a sumarse al contrato, ya regulado legalmente, de promesa de celebrar un contrato[25].

De más está decir que la sencilla exposición que acabo de hacer no pretende ser exhaustiva. Quisiera, sí, que fuera lo suficientemente ilustrativa para mostrar la rica variedad de contenidos y formas en las que se está recurriendo a la figura del negocio jurídico —y en especial a la del contrato— a fin de satisfacer las crecientes exigencias que plantea la sociedad moderna, en materias económicas y patrimoniales.

3. CONTRACTUALIZACION DEL DERECHO PRIVADO EXTRAPATRIMONIAL

El fenómeno expansivo de la contratación moderna no se circunscribe al derecho patrimonial y al tráfico económico o mercantil. Diríase que, de alguna forma, repercute también en zonas del Derecho privado que parecían fuera de su alcance, como el derecho de las personas y el derecho familiar.

Es posible observar que el Derecho de familia, hasta ayer visualizado como compuesto de normas que eran calificadas de orden público, hoy parece irse progresivamente "contractualizando" al destacarse la protección de la satisfacción de los intereses individuales de los componentes del grupo familiar, a veces con prescindencia de los intereses comunitarios. La aceptación legal del divorcio, concebido ahora como salida a los casos de ruptura objetiva de la convivencia, no parece ser otra cosa que la aplicación a la esfera matrimonial del principio de la autonomía de la voluntad, y el matrimonio disoluble se asemeja —al menos en los textos jurídicos— a un mero contrato patrimonial, revocable por la voluntad de los contratantes[26].

La recepción de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar abre alternativas de elección también en cuanto a los regímenes matrimoniales. La Ley 19.335, de 23 de septiembre de 1994, amplió la posibilidad de los contrayentes o cónyuges para optar entre diversos regímenes matrimoniales, al incorporar y regular como sistema alternativo el régimen de participación en los gananciales[27].

[22]Sobre el contrato de hospedaje puede verse a Ferri, G., ob. cit., p. 856, quien sostiene que se trata de un contrato único y atípico.

[23]Cfr. López Santamaría, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 99.

[24]Sobre la figura del contrato preliminar puede consultarse a Fueyo, Fernando, *Derecho civil*, Universo, Santiago, 1964, t. V, vol. II, pp. 15 y ss. y la obra de Murillo, María Luisa, *Forma y nulidad del precontrato*, Eunsa, Pamplona, 1993.

[25]Sobre el contrato de promesa y el de opción, puede verse a Puelma Accorsi A., ob. cit., pp. 16 y ss. y pp. 29 y ss.

[26]Véase nuestro trabajo "Las causales de divorcio en el derecho comparado", en *Cuadernos de Extensión*, Universidad de los Andes, Nº 2, 1992, pp. 5 a 48.

[27]Aunque, por otro lado, al establecer el estatuto de los bienes familiares (cfr. arts. 141 y ss. CC), como imperativo, irrenunciable y aplicable cualquiera sea el régimen económico que rija, la ley también ha conservado en buena parte los principios de orden público que caracterizan al derecho matrimonial.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las relaciones de filiación no quedan al margen de este proceso. Ya se habla de que no es la sangre la que constituye una persona en padre o madre de otra, sino su "voluntad" de asumir la paternidad o maternidad[28]. Con ello se da valor de "vínculo parental" al acto jurídico por el cual el marido consiente en que su mujer sea inseminada artificialmente con semen proveniente de un tercero ajeno a la pareja. Por otro lado, se admiten nuevas formas del acto de disposición a título gratuito: aparecen las llamadas "donaciones" de semen, de óvulos e incluso de embriones congelados. Asimismo, se da vida a un nuevo contrato de prestación de servicios: aquel que consiste en que una mujer se compromete a gestar un hijo para otra [29].

La reciente reforma del régimen de la filiación contenido en la Ley Nº 19.585, de 26 de octubre de 1998, no ha permanecido enteramente ajena a estas tendencias de negocialización de la relación parental. Por de pronto, admite que las técnicas de reproducción asistida den lugar a una relación filial por el hecho de haberse "sometido" a las técnicas (art. 182 del Código Civil), lo que no puede entenderse sino como una manifestación de voluntad anticipada de asumir la parentalidad y de renunciar a las acciones de impugnación que de otra forma correspondería ejercer. Y más allá del campo de la reproducción humana tecnológica, la misma ley consiente que tanto el cuidado personal como la patria potestad sean atribuidas, en primer lugar, a través de acuerdos solemnes entre los padres (cfr. nuevos arts. 225 y 244 del Código Civil).

Tratándose de derechos personales, la contratación también vive un auge. Se suscriben contratos para otorgar a un medio de comunicación social el derecho exclusivo para publicitar aspectos de la vida privada de una personalidad de interés público[30]. Se contempla la donación o promesa de donación de órganos para efectos de trasplantes (entre nosotros, por la Ley Nº 19.451, de 10 de abril de 1996), y en algunas legislaciones se acepta el testamento biológico, por el cual el testador puede autorizar anticipadamente que se ponga término a su vida si es víctima de una enfermedad terminal.

Otras formas de propiedad sobre partes del cuerpo humano traen aparejados los descubrimientos científicos. Los tribunales norteamericanos han reconocido incluso el derecho de un particular a participar en las utilidades de la venta de productos farmacéuticos elaborados sobre la base de una experimentación que utilizó una línea celular descubierta con motivo de la observación de tejidos suyos enfermos[31].

[28]Cfr. Díaz de Guijarro, Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", *JA*, 1965-III-22, sec. doctrina, citado por Soto Lamadrid, Miguel Angel, *Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 68-69.

[29]Cfr. Clavería Gonsálbez, Luis, "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana", en II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Trivium, Madrid, 1988, pp. 231 y ss. Sobre estas técnicas véase nuestro trabajo "Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 3, pp. 439 y ss.

[30]Los autores se esfuerzan para destacar que, si bien el derecho a la privacidad es inalienable, sería posible disponer de la exclusividad de su goce. Así piensa Ferri, Giovanni B., "Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale", en *Persona e formalismo giuridico*, Maggioli, Remini, 1987, pp. 337 y ss.

[31]La Corte de Apelaciones del Estado de California por sentencia de 31 de julio de 1988, ha declarado que el paciente que, en el curso de un tratamiento de una leucemia aguda, sufrió la remoción quirúrgica de la médula y le han sido aspirados otros tejidos, tiene acción contra quien, sin su consentimiento, ha derivado de sus células una línea de productos objeto de patente, de gran valor comercial. La sentencia puede leerse traducida al italiano en *Il Foro Italiano*, 1989, IV, 417 y ss.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. LA TEORIA DEL PENDULO

Muchas veces los fenómenos sociales son descritos con la conocida "teoría del péndulo" que postula que de un extremo sólo puede pasarse al extremo directamente contrario. ¿No estará sucediendo algo similar en materia de autonomía de la voluntad y de libertad contractual?

Me parece que alguno de los ejemplos que hemos dado sobre la contratación aplicada en el campo *ius familiar*, como también algunos excesos que se observan en la aplicación de contratos sobre derechos patrimoniales, pueden justificar inquietudes en este sentido.

Se ha comprobado que la proliferación de nuevas formas de contratación, puede ser utilizada, sea para vulnerar normas imperativas o prohibitivas de orden público (por ejemplo, se duda sobre si en el *leasing* financiero o también en el *lease back* no se eluden normas sobre interés máximo convencional[32]); o para disfrazar negocios simulados en perjuicio de terceros; o bien para amparar un fraude a la ley. La figura del *lease back*, en el que se vende un bien mueble o raíz, permaneciendo el vendedor como arrendatario del bien y con opción de recomprarlo, puede ocultar un contrato de mutuo con garantía prendaria o hipotecaria en los que se transgrede la prohibición de la *lex comissoria* (arts. 2397 y 2424 del Código Civil)[33].

Muchos de estos contratos pueden tender a afectar la libre competencia, o a favorecer prácticas comerciales desleales. Son problemas que surgen frecuentemente en relación con los contratos de transferencias tecnológicas, y principalmente en los contratos de distribución o de *franchising*[34].

Por otra parte, la estandarización de los contratos aplicables a consumidores masivos (concluidos por adhesión del cliente) conduce al peligro de la aplicación de cláusulas abusivas, por las cuales una parte obtiene una ventaja exclusiva que entraña un desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocos[35].

Frente a estos eventuales abusos, debe reafirmarse que también en el campo jurídico, y particularmente en el contractual, la libertad no puede ser un valor consagrado *per se*, sino siempre para un bien mayor. En definitiva, el Derecho debe servir a la persona, respetando su autonomía, pero también preservándola de los ataques que ella misma recibe por quienes exacerban el ejercicio del actuar libre. La libertad sin sentido, sin referencia valórica, puede ser la peor de las tiranías.

Pienso que el rescate y la defensa que se ha hecho de la autonomía de la voluntad como principio rector del sistema de derecho privado, y la revalorización del negocio jurídico y del contrato como figuras idóneas para regular la circulación de la riqueza y la prestación de bienes y servicios, no puede hacer olvidar que ellas deben

[32]Cfr. Puelma Accorsi, A., ob. cit., p. 104.

[33]Los tribunales italianos han enfrentado la cuestión: véase el análisis jurisprudencial que realiza sobre esta modalidad de *leasing*, la obra de Bussani, Mario y Cendon, Paolo, ob. cit., pp. 137 y ss. Puelma Accorsi, A., ob. cit., p. 109, piensa que en el *lease back* hay una simulación de una operación de crédito, con garantía de la cosa vendida, por lo que cualquiera de las partes o un tercero podría hacer valer el pacto real.

[34]Cfr. Puelma Accorsi, A., ob. cit., pp. 81 y ss.

[35]Cfr. Bambach Salvatore, María Victoria, "Las cláusulas abusivas", en *Contratos*, coordinación E. Barros, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 57.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

enmarcarse en un sistema, esto es, en un conjunto orgánico y coherente de criterios, normas y principios, que permitan que en las relaciones privadas cada uno reciba lo suyo, esto es, lo justo. Si se pierde este referente, es fácil que la autonomía de la voluntad se convierta en un instrumento de extorsión y de opresión, incluso más perjudicial que la consagrada por sistemas políticos y económicos hoy repudiados.

5. ¿COMO ENFRENTAR LOS DESAFIOS DE LAS NUEVAS MODALIDADES CONTRACTUALES?

El expediente más invocado en Chile para solucionar todo tipo de problemas es el de legislar. Cada vez que nos encontramos con un problema o un desafío pensamos en una nueva ley. No es de extrañar —e incluso ya hay algunas iniciativas que lo demuestran— que se oigan voces que es necesario dictar una ley sobre el *leasing*, o perfeccionar la existente sobre donación de órganos.

No pretendo señalar que esto no sea lo adecuado en algunos casos, pero valdría la pena detenerse a pensar al menos en interrogantes como las siguientes:

—¿Se seguirán añadiendo leyes a los apéndices de los Códigos Civiles, Comercio, Minas, etc., con el peligro de caer en lo que en Italia se ha llamado la época de la descodificación en el sentido de que el Código estaría perdiendo su misión de referente y de factor organizante del material jurídico disperso?[36]. Hay que meditar si no sería mejor tratar de incluir en los mismos Códigos estos contratos o construir figuras legales omnicomprensivas en los cuales puedan caber varios de ellos. La Ley 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, es un buen ejemplo de cómo una ley puede dar normas generales aplicables a una serie de negocios o contratos diversos pero con características y finalidades comunes.

—¿Efectivamente estas nuevas formas de contratación, sobre todo las que se refieren a aspectos mercantiles, necesitan de una tipificación legal, si ya tienen una caracterización comercial y social bastante clara?

—¿Facilitaría una tipificación legal la aplicación de estos contratos o los haría perder fuerza y capacidad adaptativa?

—¿No convendrá esperar que muchas de estas nuevas formas contractuales se decanten suficientemente, para proceder más tarde a una formulación legal con pretensiones de mayor estabilidad?

Muchos de estos contratos, si bien no cuentan con un tipo legal, sí tienen, y muy definido a veces, lo que Jordano Barea ha llamado un "tipo social", compuesto justamente por las reglas derivadas de las costumbres, los usos, la jurisprudencia y la misma doctrina científica[37]. De allí que no siempre sea imprescindible, y ni siquiera recomendable, el tratar de encorsetar estas nuevas figuras en esquemas legales necesariamente abstractos y alejados de la realidad. En relación con el *leasing*, Antonio Ortúzar Solar plantea que "la práctica ha demostrado a lo largo de once años de presencia del *leasing* en Chile que no se requiere una normativa jurídica especial como ha sucedido en algunos países, pues la flexibilidad y la amplitud que encierra el contrato de arrendamiento han permitido cobijar en él las operaciones de *leasing* que se han realizado"[38].

[36]Cfr. Irti, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, 2ª edic., 1986.
[37]Citado por Lacruz, José Luis, y otros, ob. cit., p. 251.
[38]Ortúzar Solar, A., ob. cit., p. 33.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pareciera que sería más conveniente legislar solamente en relación con aquellos aspectos en los que los nuevos contratos planteen problemas complejos de difícil solución por la vía jurisprudencial o de las costumbres comerciales, por ejemplo, en materias arancelarias o tributarias. También puede propiciarse una regulación legal cuando se trate de contratos aplicables a un determinado sector de la actividad jurídica o económica; en este sentido en el Código de Minería se observa la consagración de la promesa unilateral (art. 169), y la Ley Nº 19.281, de 1993, modificada por la Ley Nº 19.401, de 1995, regula una forma de *leasing* inmobiliario, como sistema de subsidio a la adquisición de viviendas, mediante contratos de arrendamiento con promesas de compraventa.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que muchos de los esfuerzos en pro de la tipificación legal pueden ser inútiles, si no se considera que la aplicación internacional de los nuevos contratos desvía los empeños de regulación más bien a la esfera internacional, y es allí donde podría contribuirse al establecimiento de normativas idóneas. Ejemplos de estas regulaciones contractuales internacionales son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). La compilación de usos comerciales internacionales, sobre todo en lo que se refiere al transporte aéreo y marítimo, es una tarea que se encuentra en actual realización[39].

6. SOLUCIONES SIN LEY

¿Y mientras tanto?, podemos preguntarnos: ¿qué hacemos mientras se dicten las leyes, o se establecen normas puntuales o reglas internacionales? Aquí es donde aparece con toda su crudeza la terrible equivocación que se comete cuando se identifica lo jurídico con lo legal, y se reduce el Derecho a la ley. Cuando se comprende que el Derecho como sistema es un conjunto mucho más rico y variado, y que las leyes solamente son uno de sus muchos exponentes, las soluciones a los problemas son posibles e incluso pueden resultar más eficaces que las derivadas de textos legales dictados con prisas e improvisaciones. Claro que para esta sutil labor de extraer soluciones justas sin ley expresa se necesitan juristas y jueces prudentes, con sólida formación y fina sensibilidad, que sepan deducir del sistema jurídico criterios adecuados que mantengan la seguridad jurídica y hagan prevalecer la justicia.

No es tarea fácil, pero tampoco imposible.

En esa labor, hay más de un instrumento que puede ser considerado para afrontar los desafíos de los nuevos contratos y que correctamente utilizados podrían ayudar al establecimiento de soluciones razonables.

De esta forma, si se trata de interpretar el contrato atípico frente a situaciones de hecho no contempladas, debieran tenerse en cuenta los siguientes elementos:

1º. Por de pronto, debe recordarse que jamás el Código Civil, como tampoco el de Comercio han pretendido contener una regulación completa y exhaustiva de todos los contratos posibles. Sólo se regulan, como es conocido, aquellos que la historia jurídica

[39]Cfr. León Steffens, Avelino, *op. cit.*, pp. 96-97.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

desde los romanos ha consagrado como los tipos fundamentales de la contratación privada. Por lo demás, según el art. 1545 del Código Civil, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes", y el juez para interpretar deberá contemplar en primer lugar la intención de los contratantes más que lo literal de las palabras, por lo que se aplicarán perfectamente las reglas de interpretación contractual, contenidas en los arts. 1560 y ss. del Código Civil.

2º. Si la intención de los contratantes no es determinante, el juez debiera intentar calificar el contrato en alguno de los tipos contractuales reglados. Es de notar que muchos de estos contratos atípicos pueden ser concebidos como combinaciones de contratos típicos; así, por ejemplo, el contrato de hospedaje puede ser calificado como un contrato de arrendamiento unido a uno de depósito[40]; el mismo contrato de *leasing* puede ser entendido como un arrendamiento de cosa con un contrato de promesa unilateral de compraventa[41], etc. La Corte Suprema ha señalado que sólo pueden ser considerados innominados los contratos que no puedan ser ubicados en algunas de las regulaciones contractuales establecidas por la ley[42].

3º. En todo caso, si no puede recurrirse a un tipo legal, puede utilizarse el tipo social, es decir el que los usos, las costumbres sociales, la jurisprudencia o la doctrina científica han elaborado para un contrato innominado. Cabe recordar que en materia comercial esa libertad está también consagrada y que incluso la ley deja su imperio habitual para dejar paso a la costumbre que, probada legalmente, puede suplir el silencio de la ley (arts. 4º y 5º C. Com.). No puede despreciarse el valor de las costumbres internacionales en esta materia, recogidas a veces en proyectos de convención o documentos de unificación de términos.

4º. Por último, cabe recurrir a la analogía, buscando los tipos contractuales más cercanos a la figura analizada[43], y también a la equidad contractual manifestada en las normas generales del ordenamiento y especialmente en los principios de carácter constitucional.

Para decidir sobre la nulidad o validez de los contratos, y sobre todo para impedir que a través de los contratos atípicos se acojan fraudes a la ley o desequilibrios y abusos manifiestos, deben tenerse en cuenta otras consideraciones; a saber:

1º. Se hace necesario destacar la importancia de las disposiciones del Código Civil que regulan los "actos o declaraciones de voluntad", complementada por las disposiciones de los arts. 96 y ss. del Código de Comercio, y los requisitos que se establecen para que una persona pueda resultar legalmente obligada respecto a otra. En particular, es menester subrayar que el contrato atípico debe tener una causa, pues sin ella no podría producir obligaciones (cfr. art. 1467 CC). Igual importancia debe otorgarse a la determinación de la licitud de la causa y también del objeto. Piénsese que en una sentencia

[40] López Santa María, J., ob. cit., p. 99.

[41] Según Ortúzar Solar, A., ob. cit., p. 33, el contrato de leasing es fundamentalmente un contrato de arrendamiento. Así, lo concibe también el sistema del llamado leasing habitacional inaugurado por la Ley Nº 19.281, de 1993.

[42] C. Sup. 31 de septiembre de 1907, *RDJ* t. VII, sec. 1ª, p. 5; y 28 de diciembre de 1921, t. XXI, sec. 1ª, p. 39.

[43] Aunque se ha fallado que tratándose de un contrato innominado no deben aplicarse las disposiciones propias de otros contratos típicos, sino más bien las reglas generales de los actos y declaraciones de voluntad (C. Sup. 28 de diciembre de 1921, t. XXI, sec. 1ª, p. 39).

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reciente la Corte de Casación francesa ha declarado nulo un contrato de arrendamiento de úteros por adolecer de objeto ilícito y causa ilícita al versar sobre el estado de las personas. Por otra parte, en Chile se ha sostenido que un medio para impugnar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión lo constituiría la imposibilidad jurídica del objeto (cfr. art. 1460.3 CC)[44].

2º. En relación con lo anterior, el concepto de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, debería ser destacado a la hora de juzgar la validez de contratos que en apariencia inocuos pueden entrar a burlar principios generales del ordenamiento. Por ejemplo, los que se refieren a los límites del interés del dinero, o de los que prohíben el pacto comisorio en negocios de garantía, como la prenda y la hipoteca.

3º. Para evitar abusos derivados de posiciones predominantes, de cláusulas abusivas, de "letras chicas" de contratos, o de contratos-formularios, habría que tener en cuenta tanto el error sustancial (art. 1453 CC), como también el principio de buena fe que según el art. 1546 CC debe regir la ejecución de todos los contratos, no sólo de los nominados.

4º. La prevención de los atentados contra la libre competencia y de los abusos a que pueden dar lugar las prácticas monopólicas, debiera ser conseguida a través de la legislación antimonopolios, y los tribunales especiales consagrados en ella.

Un conveniente sistema de protección al consumidor debería conducir, asimismo, a evitar y sancionar las injusticias cometidas en contra de aquellos contratantes que asumen una posición más débil en el tráfico comercial. La Ley Nº 19.496, de 1997, establece una regulación de las exigencias que deben cumplirse en los contratos de adhesión que quedan sujetos al ámbito de aplicación de dicha normativa (cfr. arts. 16 y 17).

7. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO AL SERVICIO DE LA PERSONA

La libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad deben redimensionarse desde la consideración de los valores en los que se funda todo el sistema jurídico, incluido el Derecho privado, y por sobre todo desde la perspectiva que ofrece el redescubrimiento de la idea de que el Derecho ha de estar al servicio de la persona humana, de su dignidad y de sus derechos esenciales.

Parece urgente una relectura de nuestro Código Civil, a la luz de las disposiciones constitucionales que hablan de persona humana, de familia, de grupos intermedios, de realización material y espiritual, de derechos esenciales que emanan de la naturáleza humana (arts. 1º y 5º Const.). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el principio de la autonomía de la voluntad debe quedar acogido al marco constitucional que configuran especialmente la libertad para desarrollar actividades económicas y para adquirir toda clase de bienes, corporales e incorporales, pero también sujeto a los límites que el mismo texto constitucional les impone, entre ellos la moral y el orden público (art. 19 nº 21 y 23 Const.).

La igualdad formal de los sujetos del derecho utilizada como axioma apriorístico por la concepción liberal del contrato, debe abrir paso a la igualdad social,

[44]Bambach Salvatore, M. V., *op. cit.*, p. 61.

Artículo: Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Hernán Corral Talciani

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que la Constitución garantiza al consagrar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos para participar en la vida ciudadana (art. 1º Const.).

Una mayor compenetración entre Derecho Civil y Mercantil, unido a su consideración en el marco contextual y sustantivo de la Carta Fundamental, harán posible una comprensión más profunda del sentido de la reglamentación privada de intereses, incluyendo el mecanismo contractual que la expresa, en un sistema jurídico atento a la protección de la persona y de su desarrollo no sólo ni preponderantemente económico, sino social, cultural y espiritual (arts. 1º y 19, nº 10 Const.).

Una visión personalista del Derecho civil ha de contribuir notablemente a esta tarea. "El personalismo propio del Derecho civil —ha escrito Martínez de Aguirre— debe desempeñar una función positiva, de intervención sobre las instituciones patrimoniales, para reconducirlas al lugar que les corresponde, a fin de evitar su crecimiento desmesurado y, sobre todo, la imposición de una lógica puramente patrimonial sobre la personalista"[45].

Con una reflexión profunda y ponderada acerca de conceptos como los indicados —pienso—, los juristas y los jueces podrán salir airosos en su misión de responder a los nuevos requerimientos que les están siendo planteados —y lo serán con mayor intensidad en el futuro próximo—, por la renovada vigencia del principio de la autonomía de la voluntad y la creatividad contractual.

Depurados en el crisol del razonamiento doctrinario y judicial, esos mismos criterios podrán luego servir para establecer fórmulas legales que recojan algunas de estas nuevas formas de contratos, y así evitar que su planteamiento legislativo aparezca en pugna con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

Como sostiene Martínez de Aguirre, "el problema (...) es de equilibrio entre lo individual y lo social; equilibrio que se logrará correctamente a partir de la acentuación del principio de personalidad, por ser características de la persona humana tanto la dimensión individual como la social"[46].

En suma, felicitémonos por el triunfo de la libertad contractual, pero preocupémonos de trabajar ahora para hacerla compatible con la justicia y la solidaridad.

[45]Martínez de Aguirre, Carlos, *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 152-153.
[46]Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, ob. cit., pp. 140-141.