

## **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD O AUTONOMÍA PRIVADA EN EL CÓDIGO CIVIL**

**Marco Antonio Sepúlveda Larroucau\***

### **- ASPECTOS GENERALES**

El principio general de la autonomía de la voluntad, indiscutiblemente, es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa nuestro Código Civil. Sin duda que en ello incidió de manera muy significativa la época de su dictación y una de sus fuentes: el Código Civil francés. A este respecto Víctor Vial del Río comenta que “los conceptos de libertad y voluntad en que coinciden los filósofos y juristas del siglo XVIII dan nacimiento al denominado principio de la autonomía de la voluntad, piedra angular del Derecho Civil y como tal reconocido por el Código Napoleón y por todos los que como el nuestro lo toman de modelo, y que se caracteriza por crear un sistema de derecho privado fundado en la libertad de los particulares que coloca como centro del mismo al acto jurídico”<sup>1</sup>.

“La expresión autonomía privada, como destaca Federico de Castro Bravo, se forma etimológicamente por las palabras “nomos”, es decir, ley y “autos”, que significa propio o mismo. En este sentido, la autonomía privada sería la facultad de dictar leyes propias o de sujetarse uno mismo a un estatuto vinculante. Pero el origen etimológico de este principio da una idea incorrecta de su actual alcance. Así, para una parte importante de la doctrina, lo que realmente define a este principio es “un poder individual de autodeterminación”<sup>2</sup>.

---

\* Abogado, socio de Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda. - Abogados, profesor de Derecho Civil de las universidades Central de Chile y Gabriela Mistral, y master en economía y gestión (MEGA) para abogados de la Universidad Gabriela Mistral.

<sup>1</sup> Vial del Río, Víctor; Teoría general del acto jurídico; Editorial Jurídica de Chile; reimpresión del mes de marzo de 2006; 5ª edición; página 56.

<sup>2</sup> Citado por Barcia Lehmann, Rodrigo; La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile; en Temas de contratos; Cuadernos de análisis jurídicos. Colección de Derecho Privado III; Ediciones Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho; Santiago – Chile; 2006; página 162.

Para Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón “existe autonomía cuando el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. La libertad encierra un poder hacer (ámbito de lo lícito), pero sin que el derecho reconozca por ello valor jurídico a tales actos. En la autonomía hay además un poder de gobierno sobre la esfera jurídica. Es decir, el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo”<sup>3</sup>.

Dicho en términos simples, este principio consiste en que, salvo prohibición expresa (o, además, cumpliéndose con ciertos requisitos en aquellos casos que la ley los establece), los sujetos son libres para generar, modificar, transferir, transmitir y extinguir derechos y obligaciones. De ello resulta el conocido aforismo de que “en Derecho Privado se puede hacer todo aquello que no está prohibido”, encontrándose una aplicación clara de estas ideas en el artículo 12, según el cual “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”<sup>4</sup>.

La faceta anterior es aquella que puede denominarse “subjetiva”; sin embargo, tal como se ha explicado, el principio también tiene una faceta “objetiva” (normativa), es decir, como creador de estatutos jurídicos particulares y vinculantes.

Desde otra perspectiva, también, se puede observar que el principio de la autonomía privada posee un aspecto “formal”, que dice relación con la libertad para manifestar la voluntad como se estime pertinente y otro de “fondo”, consistente en la libertad para establecer el contenido de los actos jurídicos.

En cuanto a las expresiones “autonomía de la voluntad” y “autonomía privada”, hay muchos autores que las utilizan indistintamente; sin embargo, según Rodrigo Barcia Lehmann, en el Derecho Comparado prevalece la expresión autonomía privada producto del “influjo de la teoría alemana del negocio jurídico” (concepto de negocio jurídico como haz normativo)<sup>5</sup>. Se sostiene que es un concepto más comprensivo. Además, se hace notar que cuando se habla de autonomía de la voluntad no deja de incurrirse en un equívoco, ya que “el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo – función de la voluntad – sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que

---

<sup>3</sup> Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Editorial Tecnos S.A.; Madrid – España; 1986; 2ª reimpression de la 5ª edición; volumen I; página 375.

<sup>4</sup> La redacción definitiva de este artículo es la que le dio el Proyecto Inédito. Véase su antecedente en cit. 53.

<sup>5</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo; ob. cit. 2; página 164.

ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es necesario el despliegue de las demás potencias del individuo”<sup>6</sup>.

Entre nosotros prevalece el concepto de autonomía de la voluntad, producto de la influencia francesa y de los principios de nuestra codificación.

## - LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

La autonomía de la voluntad cumple un rol muy importante dentro del Derecho Patrimonial y, muy particularmente, en el campo de la contratación (el contrato, según Trabuchi, es el instrumento característico de la colaboración voluntaria y la base de nuestra vida de relaciones en el campo económico, del cual pueden surgir vínculos obligatorios de todo género y del más variado contenido<sup>7</sup>), tal como lo corrobora, por ejemplo, el artículo 1560: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras” (el artículo 1156 del Código Civil francés dispone que “en las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de los contratantes, antes que atenderse al sentido literal de las palabras”).

Es ampliamente sabido que para la doctrina clásica la voluntad, de alguna manera, es causa eficiente de todo el Derecho<sup>8</sup>. “Es lógico, por tanto, que la teoría tradicional haya prescrito que, en la interpretación de los contratos, el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones de quienes las concluyeron”<sup>9</sup>. Como observa Jorge López Santa María, “el artículo 1560, más que una regla de interpretación, sirve de principio rector a las reglas que le siguen en el Código. Su papel es superior al de una regla de interpretación, pues consagra en Chile, por sí solo, el sistema

---

<sup>6</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 3; volumen I; página 375.

<sup>7</sup> Citado por Pescio V., Victorio; De las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho Civil chileno y comparado; Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso; Valparaíso – Chile; 1961; página 15.

<sup>8</sup> Jorge López Santa María explica que, conforme al enfoque tradicional, “el principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce”. (López Santa María, Jorge; Los contratos. Parte general; Editorial Jurídica de Chile; 1998; 2ª edición; tomo I; página 233). Nos parece que la definición de ley que da el artículo 1º obedece a esta doctrina de filosofía jurídica: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite”.

<sup>9</sup> López Santa María, Jorge; ob. cit. 8; tomo II; página 416.

subjetivo tradicional de interpretación de los contratos, cuyo rasgo fundamental consiste en la búsqueda de la voluntad interna de las partes”<sup>10</sup>.

Mauricio Tapia Rodríguez y José Valdivia Olivares explican que “el concepto actual de contrato no tiene origen en el derecho romano. La atribución de efectos obligatorios al simple acuerdo de voluntades es propia de la modernidad, nace de la moral cristiana de los canonistas, que condenó la violación de la palabra empeñada, de los principios de la escolástica tardía y de la escuela del derecho natural racionalista, especialmente aquella proveniente de Grocio, quien buscando una justificación en la razón natural “llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes”<sup>11</sup>. Esta voluntad, incluso, es apta para crear contratos atípicos o innominados o de prescindir de muchas normas legales que han sido establecidas de manera supletoria.

## **I.- REGLAMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS (O CONVENCIONES)**

En nuestro Código Civil la inmensa mayoría de los artículos de su Libro Cuarto, denominado “De las obligaciones en general y de los contratos”, están destinados a reglamentar las obligaciones derivadas del contrato; reglamentación que Victorio Pescio V. considera desordenada: “debe observarse que el Código incurrió en un verdadero desorden, pues, frecuentemente mezcla las reglas relativas a las obligaciones con las propias de los contratos. El Tit. XII del Libro IV lo comprueba al primer golpe de vista; el Tit. XIII relativo a las reglas de interpretación de los contratos, está situado entre el Tit. Del efecto de las obligaciones y el Tit. De los modos de extinguirse las obligaciones”<sup>12</sup>.

El Libro Cuarto comienza en el artículo 1437 que, al señalar las fuentes de las obligaciones<sup>13</sup>, dispone que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ...”.

---

<sup>10</sup> López Santa María, Jorge; ob. cit. 8; tomo II; página 437.

<sup>11</sup> Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel; Contrato por adhesión. Ley N° 19.496; Editorial Jurídica de Chile; 2002; 1ª edición; páginas 15 y 16.

<sup>12</sup> Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 16.

<sup>13</sup> Conforme a la concepción tradicional, recogida por nuestro Código Civil (artículos 1437 y 2284), las fuentes de las obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley. René Abeliuk Manasevich señala que “la enumeración que efectúa el Código es evidentemente taxativa, y por ello se ha fallado que en nuestra legislación no existen otras fuentes de las obligaciones que las enumeradas, de manera que cualquiera figura jurídica que las genere hay que encuadrarla forzosamente en alguna de dichas categorías” (Abeliuk Manasevich, René; Las obligaciones; Editorial Jurídica de Chile; 2005; 4ª edición; tomo I; página 47).

Se dice que el artículo 1437<sup>14</sup> es una versión mejorada del artículo 1370 del Código Civil francés<sup>15</sup>; sin embargo, parece más el antecedente inmediato del artículo 2284<sup>16,17</sup>.

El artículo 1437, al igual que el artículo 1438, hace sinónimos los términos “convención” y “contrato”, lo que ha sido tradicionalmente criticado por nuestra doctrina, señalándose que entre ellos lo que hay es una relación de género a especie. Sin embargo, si se estudia el punto con mayor detenimiento, parece ser que esta crítica que, también, se repite en la cátedra de Derecho Civil, es injusta, ya que don Andrés Bello habría utilizado la expresión “contrato”, consciente y sistemáticamente, en su sentido lato.

Así lo confirma Pescio V., para quien la conocida frase “todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato”, “en estricto rigor, se trata de una muletilla que, en la práctica y llevada a la exageración, puede conducir a verdaderas aberraciones”<sup>18</sup>. Luego, el mismo autor cita a Baudry Lacantinerie y a Beaudant: “Baudry Lacantinerie recuerda que Domat y Pothier estimaban que las

---

La clasificación tradicional ha sido criticada de falsa, oscura, inútil y artificial (véase Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; páginas 21 a 32). En nuestro país Arturo Alessandri Rodríguez estima justas las críticas que se han formulado, coincidiendo con Planiol y Baudry Lacantinerie en que las únicas fuentes de obligaciones son el contrato y la ley (Alessandri Rodríguez, Arturo; Teoría de las obligaciones; Editorial Jurídica Ediar – ConoSur Ltda.; Chile; impresión de julio de 1988; páginas 11 a 14).

<sup>14</sup> Artículo 1437: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

<sup>15</sup> Artículo 1370 del Código Civil francés: “Ciertas obligaciones se constituyen sin que intervenga convención alguna, ni de parte del obligado ni de parte de aquel en cuyo favor se obligó. Otras nacen de un hecho personal del obligado. Las que nacen de un hecho personal del deudor provienen o de los cuasicontratos o de los delitos o de los cuasidelitos”. Según la generalidad de los comentaristas, esta clasificación “habría sido inspirada por Domat, Pothier, etc., siendo de notar, como lo advierte Pacchione, que el legislador francés agregó a la clasificación tradicional cuatripartita de sus inspiradores, un quinto término: la ley” (Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 9). “Savatier, concordando con Planiol, le niega rotundamente toda filiación romana y afirma, sin demostrarlo, que el origen de la clasificación se remonta al siglo XVIII”. A este respecto, Pescio V. comenta que “la documentación que prueba lo contrario es abrumadora. En efecto, la inmensa mayoría de los escritores sostiene que el origen de la clasificación cuatripartita radica en las Institutas de Justiniano” (Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 10).

<sup>16</sup> Artículo 2284: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos”.

<sup>17</sup> Así lo considera Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 9.

<sup>18</sup> Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 108.

expresiones convención y contrato no son sinónimas y el Art. 1101 del Código francés<sup>19</sup> corresponde a esa diferenciación que, sin embargo, carece por completo de interés teórico o práctico. Beaudant, por su parte, hace notar que si los redactores del Código quisieron consagrar en el Art. 1101 la tradición impuesta por Pothier, no fueron, empero, fieles a la distinción entre convención y contrato. Beaudant pregunta por qué el Código llama convencionales a las obligaciones nacidas del contrato; en rigor debieron denominarlas contractuales en el supuesto que las convenciones generadoras de obligaciones deben tomar el nombre de contratos; el Art. 1108, que enumera los requisitos necesarios a la validez de las convenciones, habla del consentimiento de la parte que se obliga; de esta suerte, una convención de que resulta una obligación puede, legalmente, llamarse convención. Por último, el Título IV se denomina “De los compromisos que se forman sin convención” y esas palabras implican que la convención, como tal, puede crear obligaciones”<sup>20</sup>.

Pescio V. concluye formulando una crítica a los comentaristas chilenos por no haber reparado en que don Andrés Bello utilizó, “deliberada y sistemáticamente, ambos vocablos como sinónimos: del otro modo, el Art. 2284 resultaría incoherente; el precepto del Art. 1587, al formular la regla de que el pago de la obligación creada debe hacerse en el lugar designado por la convención, sería ininteligible, como lo serían numerosos preceptos más del Código, especialmente, los del Título II del Libro Cuarto, que se valen de la expresión declaración de voluntad y que si hacen un distingio, digno de ser considerado; lo hacen entre acto y contrato, comprendiendo este último vocablo los negocios jurídicos bilaterales que el Código ha denominado, indistintamente, convención o contrato”<sup>21</sup>.

La crítica que se hace a los artículos 1437 y 1438, tampoco es compartida por el profesor de Derecho Civil de la Universidad Gabriela Mistral, don Patricio Carvajal R., quien afirma que es “un problema relativo a la evolución de las fuentes de las obligaciones. Y se aprecia mejor a través de la distribución geográfica de las materias en el Code y en nuestro Código Civil, incluidos los proyectos”. “A partir de estas comparaciones resulta claro que nuestro Código, siguiendo el francés, utiliza el concepto de “convención” como criterio de clasificación de las distintas fuentes de las obligaciones; por un lado se encuentra el “contrato”, designado a estos efectos como “convención”, y del otro los cuasicontratos,

---

<sup>19</sup> Artículo 1101 del Código Civil francés: “El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo”.

<sup>20</sup> Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 110.

<sup>21</sup> Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; página 111. Agrega que, “según la explicación de Barassi, el erróneo distingio a que nos estamos refiriendo tiene su origen en la asimilación que se produjo en el Derecho francés prenapoleónico, entre los conceptos de contrato y obligación: únicamente se concebían contratos que producían obligaciones; si no había obligación no había contrato” (Pescio V., Victorio; ob. cit. 7; páginas 111 y 112).

delitos, cuasidelitos y la ley, bajo la común consideración de que se trata de fuentes “no contractuales” o, lo mismo para estos efectos, “no convencionales”. Es decir, en materia de designación de las fuentes de las obligaciones “convención” funciona como concepto delimitador, adoptando la acepción más restringida de “contrato”. “En suma, tal como ocurre con otros términos jurídicos, el valor de la palabra “convención” depende del contexto en que se utilice: por una parte, nuestro Código, como el francés, hace uso de la excepción equivalente a “contrato” cuando se contrapone a las fuentes “no convencionales” de las obligaciones; y, por otra, cuando se contrapone a “contrato” significa, según una acepción más moderna que la anterior, “acto jurídico bilateral”. Juzgar el contenido de los arts. 1437 y 1438 como un “error” o una “confusión”, bajo la sola perspectiva de una doctrina desarrollada, especialmente en el ámbito de la legislación, con posterioridad, pareciera constituir un anacronismo”<sup>22</sup>.

Revisando los distintos proyectos de Código Civil, se puede observar lo siguiente:

1.- Proyecto de Código Civil de 1845 “De los contratos y obligaciones convencionales”. El artículo 1° de su Título I “Definiciones”, disponía lo siguiente: “Contrato es una convención por la cual una parte (que puede ser una o muchas personas) se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

2.- Proyecto de Código Civil de 1847, “Libro de los contratos y obligaciones convencionales”. El artículo 1° de su Título I “Definiciones”, prescribía lo siguiente: “Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

3.- Proyecto de 1853. En el artículo 1615 del Título I “Definiciones”, del Libro Cuarto “De los contratos y obligaciones convencionales”, se da la siguiente definición: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Como se puede apreciar, aquí aparece por primera vez la sinonimia entre contrato y convención.

4.- Proyecto Inédito. Su artículo 1615 a. (Título I “Definiciones”) reproduce el artículo 1615 del Proyecto de 1853, pero el Libro Cuarto pasa a llamarse “De las obligaciones en general y de los contratos”.

---

<sup>22</sup> Carvajal R., Patricio Ignacio; Contrato y convención. Las fuentes de las obligaciones en el Código Civil; La Semana Jurídica N° 290; LexisNexis; Santiago – Chile; semana del 29 de mayo al 4 de junio de 2006; páginas 8 y 9.

Asimismo, en este proyecto aparece el antecedente inmediato del actual artículo 1437. Su artículo 1615 señalaba lo siguiente: “Las obligaciones nacen o de la ley, o de los actos y declaraciones voluntarios del hombre, como el testamento, la donación, un contrato, la aceptación de una herencia o legado”.

## **II.- APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO A LOS CONTRATOS**

Otra demostración evidente del grado influencia que ejerce en los contratos el principio de la autonomía de la voluntad, es que se entienden incorporadas a ellos las leyes vigentes al tiempo de su celebración. En general, es un punto de encuentro de las distintas teorías que intentan explicar el principio general de la irretroactividad de la ley el aceptar que los contratos continúen rigiéndose por las leyes bajo cuyo imperio se celebraron, al menos respecto de aquellos contratos que su contenido queda entregado a la voluntad de las partes.

Nuestra Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes no hace excepción a lo anterior, pues, así lo reconoce expresamente en su artículo 22 inciso 1º: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1º. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y
- 2º. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

A este respecto resulta ilustrativo lo señalado en el Mensaje del Presidente de la República, en relación con el citado artículo: “El que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan además el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda esté a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contrariar hasta un punto muy peligroso la confianza en las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso del desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración”<sup>23</sup>.

Luis Claro Solar explica que “estas ideas fueron aceptadas de lleno por el Congreso, y la Comisión de la Cámara de Diputados quiso hacer aún más comprensiva esta regla del artículo 22,



extendiéndola a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos y propuso sustituirlo por el siguiente: “La validez de un acto o contrato y los derechos u obligaciones que de ellos resulten, se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar”.

Al discutirse el artículo 22 del proyecto ocurrió algo curioso e inexplicable. El señor don José Miguel Barriga, miembro de la Comisión, pidió que se leyera la parte del informe en que se proponía la modificación que indicamos y la Cámara aprobó la redacción que la Comisión proponía; pero en la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado no incluyó esta modificación y el artículo se consideró aprobado y se promulgó en la forma que tenía en el proyecto”<sup>24</sup>.

### III.- PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN

A excepción de la buena fe, los demás principios que informan la contratación en nuestro Código, según habitualmente se enseña en la cátedra de Derecho Civil, emanan del principio general de la autonomía de la voluntad: el consensualismo contractual, la libertad contractual (en sus dos facetas: libertad de conclusión y libertad de configuración interna), la fuerza obligatoria de los contratos (ley del contrato) y el efecto relativo de los mismos (las cosas hechas por unos, no perjudican ni aprovechan a los demás); principios que en su concepción pura, a través del tiempo, tanto en Chile como en el extranjero, han ido sufriendo algún grado de deterioro, especialmente por razones de protección a los contratantes y a los terceros, y en general, como consecuencia de una corriente que algunos denominan “moralizadora del Derecho”<sup>25</sup>, la que ha atenuado en diversos aspectos la autonomía de la voluntad en pos de buscar soluciones más equitativas.

Los contratos formales (formalidades propiamente tales, habilitantes, por vía de prueba y por vía de publicidad) y los reales son excepciones al consensualismo contractual y, los contratos de adhesión y los dirigidos constituyen limitaciones a la libertad de configuración interna; no a la de conclusión, ya que

---

<sup>23</sup> Claro Solar, Luis; Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado; Editorial Jurídica de Chile; 1978; volumen I; tomo I; páginas 80 y 81.

<sup>24</sup> Claro Solar, Luis; ob. cit. 23; volumen I; tomo I; página 81.

<sup>25</sup> René Abeliuk Manasevich, refiriéndose a la espiritualización y moralización del Derecho de las Obligaciones, señala que “ésta es una tendencia que desde Roma a nuestros días no se ha detenido, sino que antes por el contrario se ha acentuado; son numerosas las instituciones que han alcanzado su pleno desarrollo, y algunas su total aceptación, ... como ser la teoría del abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa, la ampliación de la responsabilidad extracontractual, la imprevisión, la lesión, la causa ilícita, etc., todas las cuales tienden a moralizar

en ambos casos las partes son libres para contratar o no. Tratándose de los contratos forzosos o impuestos, la libertad de conclusión desaparece. Incluso, como agrega López Santa María, “en los casos de contratos forzosos heterodoxos, en verdad se produce un quiebre total de la libertad contractual”<sup>26</sup>.

Tanto la lesión enorme como la teoría de la imprevisión son excepciones a la ley del contrato. Sin embargo, cabe observar que la lesión, según la opinión mayoritaria entre nosotros, en base a un criterio objetivo, sólo tiene cabida en aquellos pocos casos en que el Código Civil la contempla en forma expresa, es decir, no es una institución de aplicación general. Quien fuera uno de los primeros profesores de la Universidad Gabriela Mistral, don Carlos Ducci Claro, pensaba distinto, ya que para él se trataba de un “error en la magnitud de las prestaciones”<sup>27</sup>.

En el caso de la teoría de la imprevisión, que tiene expresa acogida en diversos códigos civiles extranjeros, tales como el argentino, italiano y peruano, se presentan serias dudas en cuanto a si tiene cabida o no en nuestro Código; incluso, dentro de los autores que se pronuncian por la afirmativa, las argumentaciones son variadas<sup>28</sup>.

En lo que sí parece existir acuerdo es en que los contratos colectivos y la estipulación a favor de otro, en la medida que se acepte la “teoría de la adquisición directa del derecho”<sup>29</sup>, son excepciones al efecto relativo de los contratos. Fuera del Código Civil, nos parece que también constituye una excepción la responsabilidad, por regla general solidaria, que la Ley N° 20.123, publicada en el Diario Oficial de 16 de octubre de 2006 (agrega un nuevo título VII, denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo de empresas de servicios transitorios”, al Libro I del Código del Trabajo), impone al empresario que contrata o subcontrata obras o servicios. En efecto, la denominada “empresa principal” es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas o subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral.

---

el Derecho y a la búsqueda de soluciones de mayor equidad” (Abeliuk Manasevich, René; ob. cit. 13; tomo I; página 28). También se puede agregar la noción francesa de la obligación natural.

<sup>26</sup> López Santa María, Jorge; ob. cit. 8; tomo I; página 263.

<sup>27</sup> Ducci Claro, Carlos; Derecho Civil. Parte general; Editorial Jurídica de Chile; reimpresión de julio de 2005; 4ª edición; páginas 263 a 269.

<sup>28</sup> Véase “Proyecto de ley sobre revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente”, en Temas de Derecho; publicación del Departamento de Derecho, Área de Investigación Jurídica; Universidad Gabriela Mistral; Santiago-Chile; páginas 17 a 57 y cit. 46.

#### IV.- CRÍTICAS A LA DOCTRINA CLÁSICA

La exaltación de la autonomía de la voluntad, según comentan Díez-Picazo y Gullón, “lleva como consecuencia ineludible la exaltación de la idea de contrato, y tiene lugar en una época caracterizada por el desenvolvimiento del comercio y la industria y la multiplicación de intercambios, en la que florece la economía liberal del “laissez faire laissez passer”<sup>30</sup>.

Vial del Río señala que las críticas a la tesis del liberalismo clásico “han encontrado eco en la doctrina moderna, la cual, sin dejar de reconocer el rol importante de la voluntad individual, la considera como un instrumento del bien común, como un medio al servicio del Derecho. Este nuevo concepto de la voluntad permite justificar la intervención del legislador en aquellos casos en que la voluntad individual no se conforma con el bien común o con los principios de justicia considerados esenciales”<sup>31</sup>. Ello ha justificado que desde hace tiempo se venga advirtiendo una tendencia a la pluralidad de regulaciones en el Derecho Privado.

Por su parte, Barcia Lehmann, refiriéndose al Derecho de los Contratos, afirma que “nuestra doctrina se aferra a la denominada teoría clásica o tradicionalista, es en ella en la que se cimienta la teoría del contrato, la cual obedece al racionalismo jurídico, pero también es una reacción frente al antiguo régimen absolutista. Sin embargo, en la aplicación que se hace de la doctrina conservadora o clásica se ha dejado totalmente de lado, el que la regulación que instauraron los códigos decimonónicos fue la propia de una sociedad agraria y convulsionada, que daría origen a la industrialización. Este aspecto debe considerarse al momento de abordar la discusión, cada día más fuerte entre nosotros, de si es necesario recodificar o actualizar el Código Civil chileno. En la medida que la dogmática civil sea capaz de aplicar, reinterpretar, conforme a las nuevas o ya no tan nuevas tendencias, el Derecho de los Contratos, la supervivencia de las normas de nuestro Código Civil está garantizada. De no ser de esta forma, estaremos condenados a seguir los pasos que ya han dado el Derecho brasileño, peruano y está comenzando a dar el argentino”<sup>32</sup>.

Más allá de lo que ha sido la evolución del Derecho en esta materia y de las opiniones e importantes aportes de la doctrina moderna, nos parece que lo más relevante es que la autonomía de la voluntad por ningún motivo ha perdido su importancia fundamental o se encuentra en un proceso de

---

<sup>29</sup> Así lo hemos explicado en nuestra obra *Temas de Derecho Inmobiliario*; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2006; 1ª edición; páginas 136 a 143.

<sup>30</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 3; 1985; 2ª reimpresión de la 4ª edición; volumen II; página 33.

<sup>31</sup> Vial del Río, Víctor; ob. cit. 1; página 61.

franco deterioro, ya que como afirma Ducci Claro “siempre ha tenido límites, precisamente porque el Derecho es un freno natural a la libertad individual en garantía a la libertad de todos. Estos límites no significan el desaparecimiento de la libertad”<sup>33</sup>.

Además, en lo que respecta a nuestro Código Civil en general y a su reglamentación de los contratos en particular, se quiera o no y más allá de cualquier interpretación que se pretenda realizar, resulta indudable que el principio en estudio cumple un rol esencial. En este sentido, más adelante, nos referiremos, a modo de ejemplo, a otras normas del Código Civil que recogen el principio de la autonomía de la voluntad.

Finalmente, tampoco resulta poco frecuente observar que, tanto la moderna doctrina nacional como la extranjera, en muchas ocasiones, no duda en echar mano al principio de la autonomía de la voluntad como argumento para fundamentar diversos razonamientos jurídicos.

#### - **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS REALES.**

Tradicionalmente, cuando en los textos de nuestros autores se hace el paralelo entre los derechos personales y los derechos reales, se señala que los primeros son ilimitados y los segundos, en cambio, limitados; diferencia que deriva, precisamente, del rol que se atribuye en una y otra materia a la autonomía de la voluntad.

En efecto, los derechos personales, tal como lo establece su definición del artículo 578, tienen su origen en la ley o en un hecho voluntario, lo que hace posible su creación en un número ilimitado. Además, el propio contenido del derecho personal lleva a la misma conclusión, por cuanto se hace imposible llegar a establecer de antemano un número determinado de prestaciones; las actuaciones y abstenciones en que pueden llegar a consistir son variadas e infinitas.

No acontece lo mismo en el caso de los derechos reales, ya que, conforme a la opinión predominante en nuestra doctrina y según habitualmente se repite en la cátedra de Derecho Civil, requieren de un texto legal expreso, es decir, hay reserva legal. Sólo la ley puede crearlos y regular las facultades que confieren a su titular. Esta tendencia doctrinaria se conoce como “numerus clausus” y se basa en razones de claridad y seguridad en el tráfico jurídico, lo que se traduce en la necesidad de que los derechos reales se encuentren bien determinados y definidos, a fin de permitir un adecuado conocimiento de los mismos. Esta determinación y definición, además, se estima fundamental por el

---

<sup>32</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo; ob. cit. 2; páginas 159 y 160.

carácter absoluto de los derechos reales, es decir, por su proyección “erga omnes”, a diferencia de la relatividad de los derechos personales. También, se fundamenta en que “el carácter de orden público que tienen las normas sobre organización de la propiedad, en esta materia impide que se convengan variadas vinculaciones que enterrarían la circulación de los bienes, conduciendo a un trastorno del régimen económico”<sup>34</sup>.

En cambio, los partidarios del “numerus apertus” se basan, principalmente, en la autonomía de la voluntad y en la posibilidad de adecuarse de mejor manera a las necesidades de los negocios<sup>35</sup>. En este sentido, Antonio Gordillo Cañas, analizando lo que acontece en el Derecho español, señala que “ya el sistema del título y el modo, “haciendo dormir al derecho real en su cuna de obligaciones” (expresión de Nuñez Lagos), permite la irradiación del principio de la autonomía de la voluntad a la configuración de éstos. Esto es algo obvio: la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, pueden ser objeto del contrato (cfr. art. 1280. 1º CC<sup>36</sup>), y como una manifestación de la libertad contractual explicaba De La Serna la amplísima posibilidad de configuración de los derechos reales, tan claramente reconocida en la Ley Hipotecaria. Pero es que, sobre todo, el ordenamiento español no ha sucumbido al atractivo de ese sacrificio de los fines a los medios que en otros sistemas ha llevado a la instauración del numerus clausus”<sup>37</sup>.

Daniel Peñailillo Arévalo explica que “los códigos frecuentemente omiten un formal pronunciamiento sobre el dilema, circunstancia que favorece la discusión. Actualmente, en la doctrina y en las legislaciones (con interpretación doctrinaria donde los textos lo permiten) parece prevalecer la decisión del número cerrado”<sup>38</sup>.

En el caso de los derechos reales otro fenómeno que se debe destacar es que, con el tiempo y siendo muchas y diversas las funciones o utilidades que prestan las cosas, se han ido conformando distintos estatutos legales para distintas categorías de bienes, “que van debilitando la noción unitaria de

---

<sup>33</sup> Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 27; página 25.

<sup>34</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel; Los bienes. La propiedad y otros derechos reales; Editorial Jurídica de Chile; 2007; 1ª edición; páginas 33 y 34. Directa relación con las vinculaciones que podrían enterrar la libre circulación de los bienes es el problema de la denominada “cláusula de no enajenar”. A este respecto se puede consultar nuestro trabajo sobre “La cláusula de no enajenar”; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinación de Gabriel de Reina Tartière); Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 2008; páginas 203 a 213.

<sup>35</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel; ob. cit. 34; página 33.

<sup>36</sup> Artículo 1280 del Código Civil español: “Deberán constar en documento público: 1º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles”.

<sup>37</sup> Gordillo Cañas, Antonio; Bases del Derecho de Cosas: sistema español; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinación de Gabriel de Reina Tartière); Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 2008; páginas 30 y 31.

propiedad, atomizándola. Y por este camino han ido apareciendo las llamadas “formas de propiedad”<sup>39</sup>. Esta regulación específica no sólo se ha traducido en el surgimiento de estatutos particulares para determinadas formas de propiedad, rigiendo las normas comunes de manera supletoria, sino en el establecimiento de limitaciones a la propiedad privada.

#### - LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA.

En el Derecho de Familia la autonomía de la voluntad se encuentra, definitivamente, más disminuida; hay una clara preeminencia de normas imperativas, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Patrimonial propiamente tal, donde la mayoría de sus normas son permisivas. Por regla general, sus normas son de orden público, es decir, es la ley la que confiere la facultad, impone la obligación y determina sus efectos. El Derecho de Familia presenta una serie de características que le son propias y que, fundamentalmente, son consecuencia de su gran contenido ético y de los intereses sociales directamente involucrados en él.

Ello, en gran medida, explica porque: a) la principal fuente de obligaciones (deberes) dentro del Derecho de Familia es la ley; b) la activa intervención del Estado, no como parte de las relaciones jurídicas, sino como garante o tutor de ellas; c) el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsiste aunque esta pierda su fuerza, pero sus efectos quedan regulados por la ley posterior (artículo 3° de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de la Leyes); d) los actos de familia, normalmente, no admiten modalidades ni pueden dejarse sin efecto por la sola voluntad de las partes; y e) los derechos de familia, por lo general, son irrenunciables.

En todo caso, lo anterior tampoco significa que la autonomía de la voluntad no tenga influencia en el Derecho de Familia. Basta pensar, por ejemplo, en el matrimonio en que, a pesar de que su estatuto se encuentra fijado en términos imperativos por el legislador, es fundamental el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes (artículos 2 inciso 1°, 4 y 8 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil); o en la facultad de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal para renunciar a sus gananciales (artículos 1719 inciso 1°, 1782 inciso 1° y 150 inciso 7° del Código Civil); o en la protección, a partir de la Ley N° 19.585, de la autonomía progresiva del menor (interés superior del menor) o en las convenciones

---

<sup>38</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel; ob. cit. 34; página 34.

<sup>39</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel; ob. cit. 34; página 86.

probatorias en los juicios de familia (artículo 30 de la Ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004<sup>40</sup>).

## - LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SUCESORIO.

El artículo 1069, para los efectos de interpretar las disposiciones testamentarias, hace prevalecer la voluntad del testador, claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. En su inciso 2° se agrega: “Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido”.

Reiteradamente se ha fallado que el artículo 1069 “opera cuando las disposiciones testamentarias se presentan oscuras, confusas o ambiguas; pero cuando están concebidas en términos claros y precisos y nada mueve a dudar de su sentido, no se aplica. También se ha fallado que la voluntad del testador prevalece sobre cualquier regla o disposición legal de interpretación”<sup>41</sup>

En todo caso, tal como lo insinúa el inciso 1° de la norma citada, en nuestro país la libertad para testar es restringida (se sabe que don Andrés Bello, inspirado en el Derecho Anglosajón, era partidario de la libertad absoluta para testar, pero estimó que las costumbres de la época no lo hacían viable<sup>42</sup>), ya que el testador se encuentra en la obligación de respetar las denominadas “asignaciones forzosas” que, según el artículo 1167, “son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Ellas son, según la misma

---

<sup>40</sup> Artículo 30 de la Ley N° 19.968: “Durante la audiencia preparatoria, las partes podrán solicitar, en conjunto, al juez de familia que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en la audiencia de juicio. El juez de familia podrá formular proposiciones a las partes sobre la materia, teniendo para ello a la vista las argumentaciones de hecho contenidas en la demanda y en la contestación. El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención”.

<sup>41</sup> Ramos Pazos, René; Sucesión por causa de muerte; Editorial Jurídica de Chile; 2008; 1ª edición; páginas 65 y 66.

<sup>42</sup> “Los derechos del Common Law mantienen en general, una amplísima libertad de testar. No existe en el Derecho inglés alguna institución parecida a la legítima o a la reserva, sancionada por la obligación de disponer de parte de los bienes a favor de ciertas personas”. “No obstante, la evolución de los años recientes indica que en esos países se ha estimado necesario también limitar la libertad de testar. Es así como la llamada “The Inheritance Family Provision Act” de 1938, enmendada en 1952 ..., establece para Inglaterra y Gales la obligación para el testador de contener en su testamento una provisión de bienes razonables y destinada a la mantención del beneficiario (cónyuge sobreviviente, hija no casada e incapaz de mantenerse a sí misma por razón de incapacidad física o mental; hijo menor; hijo incapaz de mantenerse a sí mismo por razón mental o física)”; (Dominguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; Derecho Sucesorio; Editorial Jurídica de Chile; 1990; 1ª edición; tomo I; páginas 17 y 18).

norma citada, los alimentos que se deben por ley a ciertas personas<sup>43</sup>; las legítimas (según el inciso 1º del artículo 1182, son legitimarios: los hijos, personalmente o representados; los ascendientes; y el cónyuge sobreviviente); y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

Contrariamente a lo que ha sido la tendencia mundial, a través de sucesivas reformas sucesorias, el legislador ha ido limitando cada vez más la libertad de testar en nuestro país (bajo ciertos supuestos, queda reducida a la cuarta parte de los bienes del causante, es decir, a la cuarta de libre disposición), especialmente vía el aumento de los asignatarios de cuarta de mejoras<sup>44</sup>. A ello se debe sumar la hiperprotección que la Ley N° 19.585 ha otorgado al cónyuge sobreviviente: fuera de eliminarse la porción conyugal e incorporársele como heredero abintestato y legitimario, se le aseguró una porción no inferior a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, según el caso (artículos 988 incisos 2º y 3º, y 1183), se le mejoró su participación en el segundo orden sucesorio (artículo 989) y se le otorgó un derecho de preferencia para adjudicarse, con cargo a sus derechos hereditarios, la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece (artículos 1337 regla 10ª y 1318 inciso 2º).

Lo anteriormente expuesto constituye una demostración evidente de que en nuestro país el Derecho Sucesorio es una proyección económica del Derecho de Familia; su reglamentación tiene por fundamento la defensa de la familia, la solidaridad familiar.

Finalmente, a modo de ejemplo, señalemos que otra aplicación importante de la autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio la encontramos en los artículos 1226 y siguientes que, al reglamentar la aceptación y repudiación de las asignaciones hereditarias, reconocen el principio general de que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad.

---

<sup>43</sup> En estricto rigor los alimentos forzosos no son una asignación forzosa, por cuanto constituyen una baja general de la herencia que se deduce del acervo ilíquido (artículo 959 n° 4).

<sup>44</sup> La Ley N° 10.271 (Diario Oficial de 2 de abril de 1952) agregó como asignatarios de cuarta de mejoras a los hijos naturales y a su descendencia legítima (a partir de la Ley N° 19.585 no existe la clasificación entre hijos legítimos e ilegítimos), la Ley N° 18.802 (Diario Oficial de 9 de junio de 1989) al cónyuge sobreviviente y la Ley N° 19.585 (Diario Oficial de 26 de octubre de 1998) a los ascendientes.



## - OTRAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL QUE RECOGEN EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Fuera de las normas citadas, hay muchas otras que ponen de manifiesto el rol fundamental que el Código Civil atribuye al principio de la autonomía de la voluntad; así, por ejemplo:

A) El artículo 728 que, además de permitir la cancelación de la posesión inscrita por decreto judicial, la permite por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

B) El artículo 1445 que exige, entre los requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, que se consienta en él y que el consentimiento no adolezca de vicio. Y conforme al artículo 1451, “los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

C) El artículo 1545 que prescribe que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes<sup>45</sup>, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (ley del contrato); norma que se basa en el principio romano “pacta sunt servanda”, es decir, lo pactado obliga.

En términos similares, el artículo 1134 del Código Civil francés dispone lo siguiente: “Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes lo hayan efectuado.

Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley.

Deberán ser ejecutados de buena fe”.

Quienes sostienen que la teoría de la imprevisión no tiene acogida en nuestro Código Civil, precisamente, señalan que ella choca irremediabilmente con lo prescrito en el artículo 1545, no pudiendo quedar comprendida dentro de la expresión “causas legales”. También parece chocar con lo dispuesto en el artículo 1569 inciso 1º: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes”. Y en su inciso 2º, a mayor abundamiento, se agrega: “El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Lo pactado no sólo debe ser respetado por los contratantes, sino también por los tres poderes del Estado. Así lo confirma el artículo 19 n° 24 de la Constitución, que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

<sup>46</sup> El artículo 1546 (ejecución de buena fe de los contratos) es uno de los principales argumentos de texto que dan quienes afirman que la teoría de la imprevisión podría tener cabida en nuestro Código Civil. También se suelen citar los artículos 1558 inciso 1º (perjuicios) y 1560 (interpretación de los contratos), y se han mencionado los artículos 1469 (actos que la ley declara inválidos), 2003 regla 2ª (contrato de construcción), 2180 (contrato de comodato), 2227 (contrato de depósito) y 2348 (contrato de fianza) como casos particulares de aplicación de tal

Interpretándose a contrario sensu este último inciso, las partes contratantes, también, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir que se extinga una obligación pagando el deudor con una cosa distinta a la debida, la que puede ser de igual, mayor o menor valor (es lo que se denomina “dación en pago”). El artículo 2382, ubicado en la fianza, faculta al acreedor para aceptar voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago. Actualmente, el artículo 1792-22, a propósito del crédito de participación en los gananciales, reconoce expresamente la posibilidad de convenir daciones en pago.

D) Los artículos 1547 inciso 4° y 1558 inciso 4°, que permiten estipular cláusulas modificatorias de la responsabilidad civil. Por ejemplo, una aplicación de esta facultad la encontramos en el artículo 2512: “El mandatario puede por un pacto especial tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos de cobro. Constitúyese entonces principal deudor con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor”.

E) El artículo 1567 inciso 1° que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1545, se refiere al modo de extinguir las obligaciones, mediante un acuerdo de voluntades, denominado “resciliación”, “mutuo consentimiento” o “mutuo disenso”.

Una doctrina que parece ser mayoritaria estima que para que haya resciliación debe haber una obligación total o parcialmente pendiente. Es decir, si las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, dejan sin efecto un contrato que ya estuviere cumplido, no cabría hablar de resciliación. En este sentido René Ramos Pazos señala que “las partes para lograr lo que pretenden (dejar sin efecto el contrato anterior) tendrían que celebrar un nuevo contrato igual al primero, pero en sentido contrario”<sup>47</sup>.

Pablo Rodríguez Grez piensa distinto, ya que es de la opinión de que pueden resciliarse las obligaciones pendientes y las cumplidas. En el primer caso, el mutuo disenso opera extinguiendo obligaciones y, en el segundo opera retroactivamente restableciendo a las partes al mismo estado en que se hallaban antes del cumplimiento. Para ello se funda “en que conforme al “principio de la autonomía privada” las partes pueden soberanamente deshacer jurídicamente lo hecho, dejando sin efecto los actos que han ejecutado y restableciendo su situación anterior”<sup>48</sup>. Agrega que “el propósito del autor del Código Civil parece haber apuntado a asimilar la resciliación y la nulidad, de lo cual se sigue que la primera

---

teoría. En cambio, se señalan los artículos 1983 inciso 1° (contrato de arrendamiento) y 2003 regla 1ª (contrato de construcción) como casos que la rechazan expresamente.

<sup>47</sup> Ramos Pazos, René; De las obligaciones; Editorial Jurídica de Chile; 1999; 1ª edición; páginas 322 y 323. También cita la opinión a favor de Albadalejo y la opinión en contrario de María Naudon dell’Oro.

<sup>48</sup> Rodríguez Grez, Pablo; Extinción convencional de las obligaciones; volumen I; Editorial Jurídica de Chile; 2006; 1ª edición; página 114.

funciona y tiene efectos similares a la segunda. Si así fuere, no cabe duda que el mutuo disenso o “anulación convencional”, como suele llamarla la doctrina, alcanza tanto a las obligaciones pendientes como cumplidas”<sup>49</sup>.

Cualquiera sea la tesis que se adopte, nos parece que en caso alguno se pueden afectar los derechos de terceros. Asimismo, cabe advertir que esta discusión, tratándose de inmuebles, tiene directa relación con lo dispuesto en el ya citado artículo 728.

F) El artículo 1863, según el cual “las partes pueden hacer redhibitorios los vicios que naturalmente no lo son”. Además, el artículo 1866 permite ampliar o restringir convencionalmente el plazo de prescripción de la acción redhibitoria.

G) El artículo 2268 que, a propósito de la renta vitalicia, prescribe lo siguiente: “Es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la pensión y el precio”.

H) El artículo 2489 que, luego de que la Ley N° 20.190 (Diario Oficial de 5 de junio de 2007) le agregara cinco nuevos incisos, regula la figura de la subordinación de créditos.

“Al margen de toda regulación, y bajo el amparo de la autonomía de la voluntad, desde antes de la dictación de la Ley N° 20.190 no son raros en nuestro medio los convenios de subordinación de deudas, los que generalmente son exigidos por las instituciones bancarias como requisito para otorgar financiamientos, cuando la empresa deudora registra créditos con sus socios o accionistas”<sup>50</sup>.

Rodrigo Winter Igualt entiende “la subordinación como una renuncia que hacen los acreedores subordinados del derecho a exigir el cobro de sus créditos mientras los acreedores antepuestos no se hayan cobrado”<sup>51</sup>.

#### **- LÍMITES GENERALES AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.**

En cuanto a las limitaciones a la autonomía privada, el mismo Código Civil se ha encargado de indicarlas en diversos artículos<sup>52</sup>. En el Proyecto de Código Civil de 1853, incluso, había una norma, el

---

<sup>49</sup> Rodríguez Grez, Pablo; ob. cit. 48; volumen I; página 115.

<sup>50</sup> Winter Igualt, Rodrigo; La Semana Jurídica N° 347; LexisNexis; Santiago-Chile; semana del 2 al 8 de julio de 2007; página 6.

<sup>51</sup> Winter Igualt, Rodrigo; ob. cit. 50; página 6.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo:

Artículo 12: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

artículo 15<sup>53</sup> (antecedente del actual artículo 12), que se encargaba de señalar expresamente todas las limitaciones que a continuación pasamos a indicar:

---

Artículo 548 inciso 1°: “Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formadas por ellas mismas, serán sometidas a la aprobación del Presidente de la República, que se la concederá si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres”.

Artículo 582 inciso 1°: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

Artículo 880 inciso 1°: “Cada cual podrá sujetar su propio predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no dañe con ellas el orden público, ni se contravenga a las leyes”.

Artículo 1093 inciso 1°: “Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición”.

Artículo 1126: “Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiere ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”.

Artículo 1461 inciso 3°: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Artículo 1466: “Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa; y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”.

Artículo 1467 inciso 2°: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley; o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Artículo 1475 inciso 2°: “Es físicamente imposible la (condición) que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público”.

Artículo 1661 inciso 1°: “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de terceros”.

Artículo 1717: “Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes”.

Artículo 1723 inciso 2°: “El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges”.

Artículo 1810: “Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley”.

<sup>53</sup> “Art. 15: Los individuos no pueden estipular cosas contrarias a las buenas costumbres, ni a las leyes que reglan la organización política y judicial de Chile, ni a las prohibiciones de las leyes.

Pero podrán renunciar cualquier derecho que les confieran las leyes, siempre que mire solamente a su interés o conveniencia individual y que no esté prohibida su renuncia.

No puede renunciarse ningún derecho establecido a favor de las buenas costumbres o del orden público”

Este artículo tiene las siguientes notas de don Andrés Bello: “C.F. 6; C.L. 11”. C.F. es la abreviación utilizada para “Código Civil francés” y C.L. para “Código de la Luisiana” (Obras completas de don Andrés Bello; tomo 4°; Proyecto de Código Civil; 2° tomo; Editorial Nascimento; Santiago – Chile; 1932; página 25).

## A) La ley.

Ducci Claro explica que la limitación legal “se presenta en dos aspectos: uno es que el acto voluntario no puede transgredir la ley; el otro, que dicho acto no puede hacer dejación de aquellos derechos que la ley declara irrenunciables”<sup>54,55</sup>.

---

<sup>54</sup> Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 27; página 26.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo:

Artículo 149: “Es nula cualquier disposición que contravenga las disposiciones de este párrafo (De los bienes familiares)”.

Artículo 150 inciso 2°: “La mujer casada, que desempeñe algún empleo, o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos se obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario; pero si fuere menos de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar bienes raíces”.

Artículo 153: “La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes”.

Artículo 195 inciso 2°: “El derecho a reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”.

Artículo 334: “El derecho a pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”.

Artículo 1001: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.

Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita”.

Artículo 1465: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”.

Artículo 1469: “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad”.

Artículo 1615: “Esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá implorarla no obstante cualquier estipulación en contrario”.

Artículo 1792-20 inciso 2°: “Se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales”.

Artículo 1892: “Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación; y si por parte del vendedor se expresare la intención de donar el exceso, se tendrá esta cláusula como no escrita”.

Artículo 2029: “Todo censo, aún estipulado con la calidad de perpetuo, es redimible”.

Artículo 2397: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.

Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”.

Artículo 2415: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario”.

Artículo 2494 inciso 1°: “La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida”.

En el tráfico contractual contemporáneo es usual que los acuerdos sólo recaigan en aspectos esenciales de ciertos contratos, de forma tal que sus efectos en gran medida están determinados por la ley y la buena fe. “Es el caso, por ejemplo de los contratos que se convienen mediante un mero comportamiento social típico, como subir a un microbús o comprar en el supermercado; o que están sujetos a condiciones generales de contratación, propuestas por la parte que hace una oferta contractual general y estandarizada. A ello se agregó cíclicamente durante el siglo pasado una tendencia a la regulación administrativa del contrato”<sup>56</sup>.

Asimismo, tal como ya se dijo, desde hace tiempo se viene advirtiendo una tendencia a la pluralidad de regulaciones en el Derecho Privado, lo que ha afectado los principios que influyeron en la codificación y en especial, al de la autonomía de la voluntad. Ello se aprecia con particular nitidez en el ámbito contractual, ya que, tanto en Chile como en el extranjero, se ha venido dictando diversa legislación especial que “desdibuja la teoría general del contrato”<sup>57</sup>, al menos, en su concepción tradicional. Así, por ejemplo, se puede citar la Ley sobre protección de los derechos del consumidor (Ley N° 19.496, publicada en el Diario Oficial de 7 de marzo de 1997) y la legislación sobre libre competencia (D.F.L. N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211, de 1973; y la Ley N° 19.911 publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

Lo mismo ha sucedido en el ámbito de los derechos reales con el surgimiento de las denominadas “formas de propiedad”.

## B) El orden público.

“Tradicional en nuestra doctrina es la definición que proviene de la jurisprudencia: el orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad”<sup>58</sup>.

Ducci Claro comenta que “el orden público nunca ha sido objeto de una definición precisa: se ha hablado “del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad”, pero sin duda tiene un concepto mucho más exacto y significa lo que está conforme a ese espíritu general de la legislación a que se

---

<sup>56</sup> Barros Bourie, Enrique; Tratado de la responsabilidad extracontractual; Editorial Jurídica de Chile; 2006; 1ª edición; páginas 20 y 21. El tema de las condiciones generales se encuentra muy vinculado al surgimiento del fenómeno de la contratación en masa que, a su vez, es consecuencia de la producción en masa.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, lo hace presente Rodrigo Barcia Lehmann (Barcia Lehmann, Rodrigo; ob. cit. 2; páginas 160 y 161), quien cita a Mauricio Tapia Rodríguez.

<sup>58</sup> Vial del Río, Víctor; ob. cit. 1; página 60.

refiere el art. 24 del Código Civil. Desde este punto de vista, engloba los principios generales que resultan de la moderna legislación económica”<sup>59</sup>.

#### C) Las buenas costumbres.

“En general, llámase buenas costumbres los comportamientos habituales y comunes de los miembros de una sociedad que se ajustan a la moral imperante en ésta”<sup>60</sup>. “Corresponden a aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un momento dado como normas básicas de convivencia social. No se trata de usos cuya observancia esté penada por la ley, porque entonces nos encontramos en presencia de una infracción legal. Constituye un concepto difícil de precisar y que cambia de una sociedad a otra y en una misma sociedad con el transcurso del tiempo”<sup>61</sup>.

El concepto de buenas costumbres, por ejemplo, ha pasado a tener gran importancia en la reciente legislación que regula la competencia desleal (Ley N° 20.169 publicada en el Diario Oficial de 16 de febrero de 2007), según se aprecia en la definición general contenida en su artículo 3°: “En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”. A continuación, en su artículo 4°, se señalan de manera no taxativa una serie de actos de competencia desleal, consistentes en actos de confusión, engaño, denigración, publicidad comparativa, inducción al incumplimiento de contratos y abuso de acciones judiciales.

#### D) Los derechos de terceros.

Se trata de la protección de los derechos legítimos de los terceros. “Generalmente la legitimidad o ilegitimidad de los derechos de un tercero depende de si está o no de buena fe, lo que corresponde a si ignora o sabe la situación antijurídica que puede desenvolverse en su contra”<sup>62</sup>.

El principio general de la buena fe es otro de los grandes principios que informa a nuestro Código Civil. La autonomía de la voluntad y la buena fe, conjuntamente con los demás principios que le sirven de

---

<sup>59</sup> Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 27; página 27.

<sup>60</sup> Vodanovic H., Antonio; Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.; Ediar Conosur Ltda.; Santiago - Chile; 1990; 5ª edición; tomo I; página 55.

<sup>61</sup> Ducci Claro; Carlos; ob. cit. 27; página 27.

<sup>62</sup> Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 27; página 28.

fundamento se complementan e, incluso, en muchas ocasiones, unos respecto de otros, constituyen una limitación o atenuación a su aplicación desmesurada<sup>63</sup>.

En lo que respecta a la buena fe, al menos, conforme al tenor literal de algunas de las disposiciones del Código Civil, es factible que se puedan suscitar dudas en torno al tratamiento integral que recibe. Así por ejemplo, no se ha utilizado idéntico criterio en todas las normas jurídicas que se refieren a los terceros adquirentes<sup>64</sup>, no distinguiéndose siempre entre terceros de buena y mala fe, y

---

<sup>63</sup> Véase “Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno” en Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio – Orrego Acuña, Juan Andrés; en Estudios de Derecho Civil; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Universidad Central de Chile; 2007; 1ª edición; página 75 y siguientes.

<sup>64</sup> Por ejemplo:

Artículo 94 regla 4ª: “En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: 4ª. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos”.

Artículo 976: “La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe”.

Artículo 1268 inciso 1º: “El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas reivindicables, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por ellos”.

Artículo 1384: “Las enajenaciones de bienes del difunto por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas o censos”.

Artículo 1432: “La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes:

1º. Cuando en escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición;

2º. Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario;

3º. Cuando se ha procedido a enajenar bienes donados o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción.

El donante que no hiciere uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de enajenación”.

Artículo 1490: “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”.

Artículo 1491: “Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”.

Artículo 1689: “La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”.

Artículo 1893: “Perdida la cosa en poder del comprador no habrá derecho por una ni por otra parte para la rescisión del contrato.

Lo mismo será si el comprador hubiere enajenado la cosa; salvo que la haya vendido por más de lo que había pagado por ella; pues en tal caso podrá el primer vendedor reclamar este exceso, pero sólo hasta concurrencia del justo valor de la cosa, con deducción de una décima parte”.

Artículo 1895: “El comprador que se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituido en ella”.



adquirentes a título oneroso y gratuito. Incluso, tratándose de bienes sujetos a registro, no siempre se ha exigido de manera expresa que el derecho que se puede hacer valer contra un tercero requiera de inscripción previa. En síntesis, ello ha llevado a nuestra doctrina a preguntarse si la denominada “teoría de la apariencia” tiene o no general aplicación en el Código Civil<sup>65</sup>.

## - EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONSTITUYE DERECHO

Los principios generales, no obstante no estar en su gran mayoría consagrados expresamente en textos positivos, constituyen Derecho en el sentido que tienen valor normativo, toda vez que proporcionan pautas generales de conducta jurídicamente lícitas.

José Puig Brutau, siguiendo a García Valdecasas y a Esser, señala que “los principios sólo se transforman en Derecho positivo cuando han podido incorporarse a una institución por un acto del poder legislativo o en virtud de una decisión jurisprudencial. Son verdades existentes en potencia que no son fuente formal del Derecho hasta su positividad en ley o sentencia. Fuentes del Derecho lo son las

---

Artículo 1962: “Estarán obligados a respetar el arriendo:

1°. Todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador por un título lucrativo;

2°. Todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios;

3°. Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria.

El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura”.

Artículo 2173: “En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Quedará asimismo obligado al mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante”.

Artículo 2468: “En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1ª. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2ª. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3ª. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”.

fuerzas que llevan a efecto esta positivación. Los principios no son Derecho positivo hasta que por haber informado a la correspondiente fuente del Derecho (ley, costumbre o jurisprudencia) han producido determinado resultado. Los principios generales informan al legislador y en lo que éste no ha formulado con carácter general, informan al juez para que dicte la sentencia en conformidad con un ordenamiento general que el legislador no ha formulado”<sup>66</sup>.

## - BIBLIOGRAFÍA

### I.- OBRAS CONSULTADAS

- Abeliuk Manasevich, René; Las obligaciones; Editorial Jurídica de Chile; 2005; 4ª edición; tomo I.
- Alessandri Rodríguez, Arturo; Teoría de las obligaciones; Editorial Jurídica Ediar – ConoSur Ltda.; Chile; impresión de julio de 1988.
- Barros Bourie, Enrique; Tratado de la responsabilidad extracontractual; Editorial Jurídica de Chile; 2006; 1ª edición.
- Claro Solar, Luis; Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado; Editorial Jurídica de Chile; 1978; volumen I; tomo I.
- Ducci Claro, Carlos; Derecho Civil. Parte general; Editorial Jurídica de Chile; reimpresión de julio de 2005; 4ª edición.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Editorial Tecnos S.A.; Madrid – España; 1986; 2ª reimpresión de la 5ª edición; volumen I y 1985; 2ª reimpresión de la 4ª edición; volumen II.
- Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; Derecho Sucesorio; Editorial Jurídica de Chile; 1990; 1ª edición; tomo I
- López Santa María, Jorge; Los contratos. Parte general; Editorial Jurídica de Chile; 1998; 2ª edición; tomo I.
- Obras completas de don Andrés Bello; tomo 4º; Proyecto de Código Civil; 2º tomo; Editorial Nascimento; Santiago – Chile; 1932.

---

<sup>66</sup> Véase “La protección a la apariencia en el Derecho Civil”; Peñailillo Arévalo, Daniel; en Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio; Fundación Fernando Fueyo; Editorial Jurídica de Chile; 2002; 1ª edición; página 389 y siguientes.

- Peñailillo Arévalo, Daniel; Los bienes. La propiedad y otros derechos reales; Editorial Jurídica de Chile; 2007; 1ª edición
- Pescio V., Victorio; De las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho Civil chileno y comparado; Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso; Valparaíso – Chile; 1961.
- Puig Brutau, José; Compendio de Derecho Civil; BOSC, Casa Editorial S.A.; Barcelona – España; 1987; 1ª edición; volumen I.
- Ramos Pazos, René; De las obligaciones; Editorial Jurídica de Chile; 1999; 1ª edición.
- Ramos Pazos, René; Sucesión por causa de muerte; Editorial Jurídica de Chile; 2008; 1ª edición.
- Rodríguez Grez, Pablo; Extinción convencional de las obligaciones; volumen I; Editorial Jurídica de Chile; 2006; 1ª edición.
- Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; Temas de Derecho Inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2006; 1ª edición.
- Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio – Orrego Acuña, Juan Andrés; Estudios de Derecho Civil; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Universidad Central de Chile; 2007; 1ª edición.
- Tapia Rodríguez, Mauricio y Valdivia Olivares, José Miguel; Contrato por adhesión. Ley N° 19.496; Editorial Jurídica de Chile; 2002; 1ª edición.
- Vial del Río, Víctor; Teoría general del acto jurídico; Editorial Jurídica de Chile; reimpresión del mes de marzo de 2006; 5ª edición.
- Vodanovic H., Antonio; Derecho Civil. Parte preliminar y parte general. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.; Ediar Conosur Ltda.; Santiago - Chile; 1990; 5ª edición; tomo I.

## **II.- ARTÍCULOS EN LIBROS, REVISTAS Y PERIÓDICOS**

- Barcia Lehmann, Rodrigo; La autonomía privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile; en Temas de contratos; Cuadernos de análisis jurídicos; 2006. Colección de Derecho Privado III; Ediciones Universidad Diego Portales; Escuela de Derecho; Santiago – Chile.

---

<sup>66</sup> Puig Brutau, José; Compendio de Derecho Civil; BOSC, Casa Editorial S.A.; Barcelona – España; 1987; 1ª

- Carvajal R., Patricio; Contrato y convención. Las fuentes de las obligaciones en el Código Civil; La Semana Jurídica N° 290; LexisNexis; Santiago – Chile; semana del 29 de mayo al 4 de junio de 2006.
- Gordillo Cañas, Antonio; en Bases del Derecho de Cosas: sistema español; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinación de Gabriel de Reina Tartière); Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 2008.
- Peñailillo Arévalo, Daniel; La protección de la apariencia en el Derecho Civil; en Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Segunda parte; Fundación Fernando Fueyo; Editorial Jurídica de Chile; 2002; 1ª edición.
- Proyecto de ley sobre revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente, en Temas de Derecho; publicación del Departamento de Derecho, Área de Investigación Jurídica; Universidad Gabriela Mistral; Santiago-Chile.
- Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; La cláusula de no enajenar; en Derechos reales. Principios, elementos y tendencias (coordinación de Gabriel de Reina Tartière); Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 2008.
- Winter Igualt, Rodrigo; La Semana Jurídica N° 347; LexisNexis; Santiago-Chile; semana del 2 al 8 de julio de 2007.