



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO A LA VENTAJA INJUSTA: EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL LIBRE CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Alumno: Gonzalo Winkler Cornejo

Tutora: Dra. Gemma Rubio Gimeno

Máster en Estudios Jurídicos Avanzados

Curso 2018 – 2019

Resumen

El consentimiento es un elemento esencial del contrato, de forma tal que, si no existe o está viciado, éste no nace a la vida del Derecho o bien lo hace defectuosamente. Este requisito se manifiesta en el querer celebrar el contrato con todos sus contornos. Por este motivo, creemos que es más que una aceptación del contrato. El consentimiento supone que el sujeto fue libre para celebrar el contrato, lo que implica que conscientemente sabía lo hacía, que conoció todos los pormenores relativos al contrato y que no fue constreñido a convenirlo. En este trabajo de investigación se analiza la existencia de un principio de protección al libre consentimiento que nos permita dejar sin efecto aquellos contratos donde el consentimiento concurrió sin ser libre. Este principio permite sortear los inconvenientes que tienen los ordenamientos jurídicos que carecen del instituto de la ventaja injusta, que conlleva justamente una afectación a la libertad de contratación.

Palabras clave: libertad, consentimiento, vicios del consentimiento, ventaja injusta, nulidad, indemnización de perjuicios.

Abstract

Consent is an essential element of the contract, in such a way that, if it does not exist or is vitiated, it is not born into the life of the Law or does it defectively. This requirement is expressed in wanting to conclude the contract all its contours. For this reason, we believe it is more than an acceptance of the contract. The consent implies that the subject was free to enter into the contract, which implies that he consciously knew what he was doing, that he knew all the details related to the contract and that he was not constrained to agree to it. This research paper analyzes the existence of a principle of protection of free consent that allows us to void those contracts where the consent went without being free. This principle makes it possible to overcome the inconveniences of legal systems that lack the institute of unfair advantage, which entails precisely an affectation to the freedom of contract.

Keywords: freedom, consent, vice of consent, unfair advantage, nullity, compensation for damages.

Contenido

Introducción.....	7
Capítulo I: La libertad como presupuesto del consentimiento contractual.....	11
1. Justificación del tema.....	11
2. Libertad normativa y libertad práctica.....	12
3. La autonomía de la voluntad como aplicación de la libertad en el ámbito privado.....	15
4. La autonomía privada como libertad contractual.....	19
5. La buena fe como límite a la libertad contractual.....	21
5.1. Breve repaso de los principios generales del Derecho.....	24
5.2. La buena fe objetiva y subjetiva	25
5.3. Contenido de las limitaciones que impone la buena fe objetiva	30
Capítulo II: Protección legal del consentimiento.....	35
1. Disonancia entre la libertad material y formal.....	35
2. De los vicios del consentimiento	38
2.1. El error	39
2.2. La fuerza, violencia y la intimidación.....	42
2.3. El dolo.....	46
3. La lesión	49
4. Las cláusulas abusivas	54
5. Los vicios de la voluntad, la lesión y las cláusulas abusivas como protección del consentimiento	56
Capítulo III: La ventaja injusta.....	59
1. Planteamiento inicial.....	59
2. La ventaja injusta como afectación a la libertad contractual	60
3. Incorporación legal de la ventaja injusta	61
4. Las alternativas de reglamentación	62
4.1. El problema de su denominación	62
4.2. La ventaja injusta y su relación con los vicios del consentimiento	63
4.3. Requisitos de configuración.....	65
4.4. La naturaleza y finalidad del contrato como requisito de la ventaja injusta.....	72
4.5. Sanción de la ventaja injusta	73
Capítulo IV: Principio de protección del libre consentimiento y su relación con la ventaja injusta	77
1. Contexto en que se desenvuelve el principio	77

2. Fundamento del principio	80
3. Principio de protección del libre consentimiento y la ventaja injusta	89
4. La ventaja injusta no regulada en el ordenamiento jurídico chileno y español y su relación con la buena fe objetiva.....	90
5. Sanciones aplicables en casos de ventaja injusta.....	92
Conclusiones	99
Bibliografía	103

Introducción

En la actualidad cada vez es más frecuente la celebración de una multiplicidad de contratos, de distinta índole y para diferentes fines, máxime en un mundo hiperconectado como el nuestro, caracterizado por una globalización que no solo ha traspasado las fronteras territoriales de los Estados, sino que, además, ha hecho surgir nuevas necesidades que no pueden ser cubiertas individualmente, motivo por el cual contratamos más para satisfacer las tradicionales y las nuevas necesidades que tenemos. Si bien esta afirmación podría hacer suponer que lo común son los contratos, creemos que lo habitual sigue siendo que las personas no se encuentran vinculadas por uno. La razón es simple: lo usual es que las personas no se encuentren sometidas a otro. Con el contrato, por mucho que impere un individualismo y una libertad superlativas, al estar vinculadas por este negocio jurídico, ceden libertad, y se someten a su contraparte en lo que al cumplimiento de su respectiva obligación se refiere, de tal suerte que no pueden sustraerse de cumplir con su deber, salvo que medie el pago o una causal de su exoneración, el que, en todo caso, es establecida por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de lo que se ha indicado es la regla que, conforme a un criterio de normalidad, nos dice que quien alegue la existencia de un contrato, debe probarlo.

Por consiguiente, el contrato es una excepción, de tal suerte que, para celebrarlo, se requieren determinados requisitos, dentro de los cuales ostenta una posición preponderante la voluntad o el consentimiento, que, a grandes rasgos, implica el querer vincularse con otro a través de él, aceptándolo con todo su contenido y efectos. Empero, el consentimiento es más que aceptar el contrato. Pensemos en un incapaz, es decir, en aquel que carece de una capacidad natural para entender lo que está realizando: éste no tiene una capacidad de discernimiento, esto es, la facultad de distinguir lo bueno y lo malo. Este sujeto perfectamente puede aceptar un contrato, pero en atención a la ausencia de esta capacidad, el legislador (tanto en Chile como en España) le niegan valor a los contratos que celebran, ya que entiende que el consentimiento va más allá del simple hecho de asentirlo. De esta manera, se estima que no tiene consentimiento. El consentimiento requiere entonces una capacidad de discernimiento, pero requiere, además, que no exista a su respecto una presión de circunstancias internas o externas que lo compelan a celebrar un contrato. Por eso en este trabajo hablamos de un consentimiento libre.

Los vicios del consentimiento (error, fuerza/violencia, intimidación y el dolo), la regulación legal de las cláusulas abusivas en materia de Derecho de consumidor, las normas relativas a la incapacidad para contratar y la reglamentación de la ventaja injusta, serían ejemplos o casos que demuestran que el legislador español y chileno recogen esta manera de comprender el consentimiento, en tanto elemento esencial del contrato. Sin embargo, hay que hacer una prevención: en el Derecho chileno y español no se regula la ventaja injusta, a diferencia del Derecho civil catalán donde sí está reglamentado.

Con la tipificación de la ventaja injusta se viene a resolver determinados inconvenientes provocados por ciertas situaciones que no encajaba dentro de los tradicionales vicios de la voluntad, pero que significan una afectación al consentimiento (y a la buena fe objetiva) de manera tal que, por no estar reguladas, o no tenían solución o bien trababan de encuadrarse dentro de los clásicos vicios del consentimiento, con la incertidumbre que ocasionan las construcciones doctrinarias, en el sentido de que no siempre son aceptados por los tribunales de justicia, que es finalmente la última *ratio* cuando existe una controversia de relevancia jurídica.

En atención a la omisión de una regulación de la ventaja injusta en los ordenamientos jurídicos antes referidos, es que efectuamos este trabajo final de máster, ya que creemos que, sentando las bases de una teoría de protección del libre consentimiento, podemos sortear el inconveniente que significa la ausencia de una regulación legal de la ventaja injusta. Sin embargo, no queremos pecar de ambiciosos. Esta solución es solo provisional, mientras no exista una regulación legal, ya que estimamos que es ésta última la solución más idónea.

Para llevar a cabo esta tarea dividimos el trabajo en cuatro partes. La primera de ellas se refiere a al consentimiento y el por qué consideramos que este debe ser libre, de manera que cuando los códigos civiles español y chileno exigen a este elemento sin predicarle su libertad, en el fondo están suponiendo este valor y de la manera de cómo lo explicamos en el trabajo. Nos pareció útil indicar el sentido, alcance y regulación legal de la libertad contractual, ya que estimamos que debe establecerse los límites dentro de los cuales el consentimiento puede moverse en el terreno de los contratos. Finalizamos este capítulo con la buena fe objetiva, ya que, al ser un criterio moralizador del contrato, que establece deberes para los contratantes,

con su ayuda podemos, en conjunto con el libre consentimiento, fijar los contornos respecto de la aplicación de la ventaja injusta en los ordenamientos jurídicos chileno y español.

El capítulo segundo se reservó para tratar ciertos mecanismos legales que el legislador dispuso para proteger el consentimiento. En ella incluimos a los vicios del consentimiento y la regulación de las cláusulas abusivas en el Derecho de consumo. Este tratamiento es solo ejemplar, ya que nos parece que existen más normas, referidas a otros institutos, que tienden a proteger el consentimiento, pero que, por la extensión propia de un trabajo de estas características, no podemos abordar. También consideramos como un mecanismo de protección de la voluntad a la lesión. Sin embargo, en la parte que corresponde a su tratamiento hacemos la prevención y explicación de por qué la incluimos. Reconocemos que su finalidad inmediata no es protegerlo, pero estimamos que mediatamente se logra dicho cometido.

El capítulo tercero trata sobre la ventaja injusta. En ella, sin perjuicio de señalar los ordenamientos jurídicos que la regulan y los mecanismos de *soft law* que la consideran, no nos propusimos analizarla conforme a dichas fuentes, sino más bien conforme a la construcción que la doctrina ha hecho sobre ella.

En el capítulo cuarto y final efectuamos nuestra teoría sobre la aplicación de la ventaja injusta en los ordenamientos jurídicos chileno y español. Sin embargo, no se encontrará en él un tratamiento exhaustivo. Por el contrario, dicha empresa quedará pendiente para un trabajo futuro y de mayor envergadura. Por lo pronto, a partir del principio de protección del consentimiento y de la buena objetiva, nos dimos la tarea de fundar la aplicación de los casos de ventaja injusta a pesar del silencio legal, añadiéndose los eventuales remedios que pueden darse para el caso de hacer aplicable este instituto.

Capítulo I: La libertad como presupuesto del consentimiento contractual

1. Justificación del tema

No parece del todo oportuno referirnos a la libertad, pero con la siguiente prevención: por los fines de este trabajo no abordaremos las discusiones que sobre él rezuman en la filosofía y en la filosofía del Derecho, sino más bien nos referiremos a ella circunscribiéndola a un determinado campo, cual es, el Derecho contractual, y más específicamente, desde la perspectiva del consentimiento en tanto condición necesaria del contrato. ¿Por qué? podrán preguntarse: porque el consentimiento participa del carácter de la libertad.

Para ser más claros, no es que filosofaremos sobre si en verdad el hombre es libre o no (lo que, en todo caso, lo damos por supuesto, al menos en esencia), ni qué abarca, hasta el punto de tratar de agotar la discusión, o, mejor dicho, aportar a la trama. El objetivo es otro (y más humilde, en verdad), apuntaremos a un mínimo que creemos que está presente en la libertad, respecto de lo cual podremos convenir y que nos servirá para nuestro trabajo de investigación, esto, porque si la libertad supone lo que diremos luego, entonces el consentimiento también participará de tales características, de tal suerte que, si no concurren, no podemos hablar de un consentimiento en materia contractual, con las consecuencias que devienen por la falta de este requisito esencial del contrato. En esto radica la importancia de tratar ese mínimo que implica la libertad.

Conforme a lo que venimos señalando, diremos entonces que el hombre es por esencia un ser libre, lo que para algunos supone que la persona humana tiene conciencia sobre lo que es bueno y malo¹. Negar esta aseveración merece tacharse de irracional o ilógica. Esta afirmación -nos parece- pertenece a ese ámbito de verdades que se califican como axiomas, en términos tales que concurren en él las adjetivaciones de obvias, ecuménicas y atemporales. Lo que acabamos de expresar es una verdad que no merece contradicción, a pesar de que, desde un punto de vista histórico, reconozcamos que este valor no siempre les fue reconocidos a todos, y aun cuando advirtamos también que en la actualidad persistan determinadas situaciones que nos conducen a reconocer que ella no está presente del todo, ya sea por causas externas o internas que la limiten.

¹ Corral Talciani, Hernán: Curso de Derecho civil. Parte general. Legalpublishing Chile. Santiago, 2018. P. 3.

La libertad, por consiguiente, le es connatural al hombre. Su desconocimiento en el pasado fue una consecuencia -usando una expresión de Immanuel Kant respecto del hombre antes de la Ilustración- “de su minoría de edad”, en tanto le impidió descubrir su dignidad en conjunto con sus implicaciones². Incluso en la actualidad, al menos desde la teoría, no existe un modelo de organización humana, tanto en su faceta política, económica, social y jurídica que niegue dicho valor, sin perjuicio de que su amplitud o restricción funde de mejor manera una determinada doctrina o sistema político-jurídico³.

2. Libertad normativa y libertad práctica

Al concluir el párrafo que precede dijimos que la libertad forma parte de la dignidad del hombre. Empero, nada mencionamos sobre lo que entendemos por libertad. Para comprender esta sentencia, nos parece oportuno distinguir la libertad desde dos dimensiones, una normativa, o si se quiere formal, y otra práctica, o si se prefiere, material.

Cuando hablamos de la libertad normativa, nos estamos refiriendo a su positivación, es decir, a su reconocimiento formal por el Derecho en cuanto valor intrínseco del hombre. Hay quien llama a esta perspectiva como libertad deóntica⁴, pero cualquiera sea la denominación, la libertad, desde este punto de vista formal, significa su proclamación o positivación como un valor esencial de un ordenamiento jurídico determinado. Esta consagración legal alcanza su

² Kant, Immanuel: “Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración? Editorial Taurus. Madrid, 2012. P.7.

³ No obstante, y como apunta Mauricio Rengifo, la libertad ha sido fuente fecunda de numerosas discusiones filosóficas a lo largo de la historia -las que aún persisten- que se refieren básicamente a si es efectivo que el hombre es libre. Dice el autor que “*En el siglo XX, pese al rechazo de las cuestiones metafísicas, el problema de la libertad sigue siendo objeto de numerosos debates. Nadie pensaría en probar la existencia de Dios o en suministrar pruebas de una supuesta inmortalidad del alma. Sin embargo, con la libertad la cuestión es diferente. La idea de libertad sigue suscitando incontables polémicas. Es probable que esta preocupación tenga sus raíces en la estrecha conexión que el tema guarda con las cuestiones morales. Con el desarrollo de la psicología experimental, y, en especial, con la neurociencia, los filósofos contemporáneos se preguntan si todavía puede hablarse seriamente de libertad o si se trata de un concepto propio de la psicología popular, una pieza de museo más, junto a otros conceptos de la historia de la ciencia como el éter, el flogismo, el calórico o los espíritus animales. En efecto, si toda conducta está determinada por el funcionamiento del cerebro y el sistema nervioso, ¿cómo continuar hablando de libertad?* Rengifo Gardeazábal, Mauricio: “Vicios del consentimiento. El ejercicio de la libertad en contextos desfavorables”. En Papayannis, Diego M. y Pereira Fredes, Esteban (eds.): “Filosofía del Derecho privado”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2018. P. 121.

⁴ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P. 122.

punto más alto cuando es reconocida por la carta fundamental⁵, sin perjuicio de estar recogida con distintas manifestaciones en el resto del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la libertad puede ser también analizada desde un punto de vista práctico, y que se refiere al sentido en que debe ser tomado este valor, el cual se refiere tanto a la acción como a la voluntad humana. Que la acción es libre significa que cierto acto es realizado con intención de llevarlo a cabo, vale decir, deliberadamente. Para explicar qué es la voluntad libre, nos parece oportuno hacer la siguiente aclaración previa: La mente humana goza de dos elementos: el intelecto, que es la capacidad de pensar, razonar, calcular, etc.; y la voluntad, que es la capacidad de querer, de tener intenciones, propósitos, metas, planes, así como el poder de convertirlas en acciones. Por consiguiente, cuando decimos que la voluntad humana es libre, importa afirmar que es autónoma⁶, vale decir, que no está determinada por

⁵ Para el Derecho la libertad es un valor cuya existencia es anterior a él, pero que es menester consagrar, garantizar y proteger para asegurar su respeto. En la Constitución Política de la República de Chile (CPRC) se consagra la libertad en artículo 1º.1 que señala que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Puede leerse claramente su reconocimiento *ab ovo*, es decir, desde que se nace⁵. Luego, el inciso cuarto reza que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Finalmente, en el artículo 19º se establece un catálogo de derechos y garantías que implican un reconocimiento de determinadas libertades. Por su parte, la Constitución Española (CE) consagra, en su preámbulo, artículo 1., a la libertad como uno de los valores de carácter superior del ordenamiento jurídico español; en tanto que en el artículo 10 señala que *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Finalmente, el Capítulo Segundo, Sección 1º., artículos 15 y siguientes, se consagran tipos de libertades y otros derechos derivados de este valor fundamental.

⁶ Sin perjuicio de lo dicho por el autor citado al final del presente párrafo, y no obstante que la libertad contractual se entiende derivada de la autonomía de la voluntad, según se dirá más adelante, desde la filosofía, la libertad y la autonomía no son sinónimos. En efecto, como señala Silvina Álvarez, una primera aproximación a su diferenciación radica en el objeto sobre el que recae la una y la otra. La libertad se refiere a una modalidad de la acción, de manera tal que la persona actúa motivada por sus deseos. En cambio, la autonomía define una especial forma de actuación libre del sujeto. La autora luego sostiene que la libertad se refiere a los actos y la autonomía a las personas. Posteriormente añade: *“Podemos afirmar entonces que la autonomía solo es posible si la persona es capaz de tomar decisiones ponderadas y que la actuación que solo sigue el impulso o el reflejo de deseos no ponderados no estaría comprendida dentro de aquello que llamamos autónomo”*. Posteriormente agrega que *“El ejercicio de la libertad requiere de circunstancias externas -no interferencia-, pero también se completa con una disposición para la acción no condicionada. Es en este sentido una disposición personal. En la medida en que tal disposición aparezca mediada por el proceso de reflexión, ponderación y decisión, estaremos ante una acción libre especialmente calificada: la acción libre se habrá transformado en acción autónoma”*. Álvarez Medina, Silvina: “La autonomía

nada externo a sí misma, en tanto tiene la potestad de encauzar su derrotero. Decir que la voluntad es libre, supone entonces sostener la autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad para realizar las actuaciones que se desean⁷.

Por su parte, Máximo Pacheco, sin partir de precedente distinción, llega a una conclusión similar. Al respecto, señala que la persona humana está dotada de entendimiento, que es la capacidad de conocer las cosas de manera inmaterial, lo que le permite formarse una idea abstracta sobre la esencia de las cosas. Además, tiene voluntad, que significa la potencia, en tanto movida por el intelecto (el hombre es libre porque es inteligente), en virtud de la cual el ser humano se inclina sobre los bienes que necesita para su perfección, rechazando las que le son perjudiciales. Luego, señala que la responsabilidad supone libertad, de manera tal que el hombre responde solo de lo que puede escoger o rechazar libremente. El hombre es inmanentemente libre, aunque no siempre actúe como tal⁸.

De lo expresado por los autores, claramente se advierte una diferencia entre el intelecto (o entendimiento, como lo llama Máximo Pacheco) y la voluntad. El primero nos sirve para cogitar, razonar, reflexionar, etc., mientras que la voluntad es el poder de realizar, de llevar a la práctica lo resuelto o querido. Si se quiere usar una metáfora, la voluntad es el motor de lo que el intelecto decide, es lo que lo mueve o pone en marcha, mientras que su predicamento de ser libre supone decir que la voluntad en cuanto motor no tiene ataduras, vicios o desperfectos que le impidan ponerse en marcha.

de las personas. Una capacidad relacional”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2018. P. 30.

⁷ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. Pp. 124-125. Dice además el autor: “*La autonomía de la voluntad es la que permite a los seres humanos controlar sus apetitos y deseos. Se dice que la mayoría de los animales sigue mecánicamente sus deseos. Si tiene hambre o sed y tienen la oportunidad de saciar sus apetitos, sencillamente actuarán en consecuencia. No sucede lo mismo con los seres humanos. La voluntad humana puede desatender hasta cierto punto los apetitos y deseos para guiarse tan solo por intenciones o propósitos. Naturalmente, la autonomía de la voluntad no es absoluta. Hay deseos y apetitos tan intensos que pueden vencer hasta la voluntad más firme. El hambre, la sed, el deseo sexual, el cansancio pueden doblegar la voluntad hasta hacerla desaparecer. Nada hay de asombroso en ello. También el intelecto puede fallar ante el cansancio o la falta de atención, produciendo cálculos erróneos e inferencias inválidas. La autonomía de la voluntad es, en ese sentido, relativa. Se requieren ciertas condiciones para que funcione*”.

⁸ Pacheco Gómez, Máximo: “Teoría del Derecho”. Editorial Jurídica de Chile. Quinta Edición. Santiago, 2004. Pp. 21-44.

3. La autonomía de la voluntad como aplicación de la libertad en el ámbito privado

Como referimos antes, la libertad desde un punto de vista formal significa su reconocimiento por el Derecho. Sin perjuicio de lo dicho, el contenido de dicha libertad se corresponde con lo que antes dijimos sobre la libertad práctica. No obstante esta distinción, ambas realidades constituyen las caras de una misma moneda, de tal suerte que no podemos entenderlas por separados. Por mucho que prediquemos la libertad del hombre, lo cierto es que no es algo que pueda ejercerse indiscriminadamente. Por consiguiente, el Derecho le pone coto a dicha libertad cuando fija los ámbitos en que ésta puede desenvolverse. Pero ya dentro de aquel específico ámbito de aplicación, la libertad se manifiesta de la guisa como la entendimos en términos prácticos.

Así las cosas, en el Derecho privado la libertad se materializa en el principio de la autonomía de la voluntad, llamado también la autonomía privada⁹, que se erige como la base desde la cual se edifica esta rama del Derecho. Constituye un principio general sobre el cual descansa gran parte de las instituciones que conforman esa parcela del Derecho, en tanto se apoyan en él para su funcionamiento o actúan, precisamente, mediante o a partir de su limitación. Ella constituye la piedra angular del Derecho contractual¹⁰.

Hay quien define a la autonomía de la voluntad como *“la doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la*

⁹ A los efectos de este trabajo ambas expresiones se utilizan como sinónimas e indistintamente, sin perjuicio de que la doctrina las distingue. Así, Hernán Corral señala que *“Durante mucho tiempo la autonomía privada fue conocida como autonomía de la voluntad, porque se entendía que el factor principal para crear estas normas o reglas era la voluntad libre y espontánea de las personas. Posteriormente, se ha puesto en duda este dogma de la “voluntad”, y por ello se ha preferido la denominación más comprensiva de “autonomía privada”* (Curso de Derecho civil. Parte general. Legalpublishing Chile. Santiago, 2018. P. 495). En igual sentido Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *“la autonomía es un poder de la persona como realidad eminente. Conviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de “autonomía de la voluntad”, no deja de incurrirse en algún equivoco. Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo -función de la voluntad- sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar es preciso el despliegue de las demás potencias”*. Díez-Picazo, Luis, Gullón Antonio: *“Sistema de Derecho civil”*. Editorial Tecnos. 12ª Edición. Madrid, 2012, Volumen I. P. 367.

¹⁰ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P. 125.

vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que le contrato produce”¹¹. La definición anotada circunscribe dicho valor al ámbito contractual, lo que demuestra su importancia en esta disciplina jurídica. No obstante, merece que la tachemos de restringida, por cuanto ella juega un rol más activo en el Derecho. Por esta razón nos parece más aceptada la definición que se anotará a continuación: *“es la capacidad que tienen las personas, en cuanto individuos que operan en el Derecho privado, para “autonormarse”, es decir, para crear normas o reglas vinculantes por sí mismas y sin la intervención de un poder público o estatal”*¹².

En la autonomía privada el acento está puesto en el poder de dictarnos nuestra propia “ley” para efecto de regular nuestros intereses¹³, lo que abarca todos los aspectos de la persona, tanto en sus relaciones sociales, es decir, para con otros, como en ese ámbito o parcela netamente privada. De esta manera, hay quienes advierten dos facetas de la autonomía privada. La primera, más restringida y que podemos denominar autonomía de la voluntad, consiste en el poder de la voluntad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. El segundo extremo, que se refiere al ejercicio de los derechos subjetivos o autonomía dominical, es el poder de la voluntad para el uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos¹⁴.

Como corolario, la dimensión más relevante de la autonomía privada está en la libertad del hombre para reglar sus relaciones privadas de la manera que mejor se adapte a sus intereses. Por consiguiente, dicho principio es la capacidad -en tanto potencia- y la facultad -en cuanto poder- que tiene un sujeto de derecho para dictar las normas que reglaran sus relaciones en el ámbito privado. Este principio implica no solo una libertad para hacer algo (o no hacerlo), sino que también una autonomía para dictarse sus propias normas¹⁵.

El Derecho español y chileno no contienen una norma que expresamente mencione a la autonomía privada, a diferencia del art. 111-6 del Código Civil de Cataluña (CCCat) que

¹¹ López Santa María, Jorge: “Los contratos. Parte general. Abeledo Perrot, Legalpublishing. 5ª edición actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, 2010. P. 191.

¹² Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 206.

¹³ Díez-Picazo y Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 367.

¹⁴ De Castro y Bravo, Federico: “El negocio jurídico”. Civitas Ediciones S.A., Madrid. Reimpresión 2016. Pp, 11-13.

¹⁵ Díez-Picazo y Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 367.

explícitamente se refiera a ella¹⁶. Sin embargo, en el ámbito constitucional chileno, el principio de la autonomía de la voluntad se deduce de los artículos 1.1¹⁷, 1.4¹⁸, 19.7¹⁹, 19.21²⁰, 19.23²¹ y 19.24²². En el Código Civil chileno (CCCh.), por su parte, dicho

¹⁶ El artículo 111-6 del CCCCat, referida a la “Libertad civil”, prescribe que *“Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su imperatividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos”*. Carlos Gómez, al analizar esta norma, señala que ella descansa en la tradición jurídica catalana. Además, si bien esta disposición tiene una aplicación preferente en materia contractual, su campo de acción es más amplia, ya que trasciende a todo el Derecho civil catalán. De esta suerte -dice el autor- no solo se limita a la autonomía de voluntad de las partes del contrato, sino que, a toda declaración de voluntad con contenido jurídico, produzca o no efectos directos respecto de terceros. Lo anterior -añade- se ve reforzado por el preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Gómez Lliure, Carlos: “Article 111-6. Llibertat civil”. En Lamarca i Marquès, Albert y Vaquer Aloy, Antoni (Editors): “Comentari al Llibre Primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i Caducitat”. Editorial Atelier. Barcelona, 2012. Pp. 208-2010.

¹⁷ *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*.

¹⁸ *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

¹⁹ *“La constitución asegura a todas las personas: ...7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual...”*

²⁰ *“La Constitución asegura a todas las personas: ...21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen...”*

²¹ *La constitución asegura a todas las personas: ...23º.- (1) La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. (2) Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.*

²² *La Constitución asegura a todas las personas: ...24º.- (1) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (2) Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. (3) Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales...”*

principio está presente, entre otras normas, en los artículos 1545²³, 578²⁴, 880²⁵ y 1437²⁶⁻²⁷. Se ha dicho también que, dentro del CCCh. el principio está incardinado en los artículos 12²⁸, 1444²⁹, 1546³⁰, 1560³¹ y 1567³²⁻³³. Fuera el Código de Bello encontramos otra manifestación del principio en comentario en el artículo 22 de la Ley sobre Efectos Retroactivos de las Leyes³⁴⁻³⁵.

En el ordenamiento jurídico español la autonomía privada descansa en la libertad consagrada en el artículo 1 y 9.2. de la CE. Al respecto, María Parra sostiene que la autonomía de la

²³ *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

²⁴ *“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.*

²⁵ (1) *“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes. (2) Las servidumbres de esta especie pueden también adquirirse por sentencia de juez en los casos previstos por las leyes”.*

²⁶ *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como 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 y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.*

²⁷ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 496.

²⁸ *“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”.*

²⁹ *“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.*

³⁰ *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*

³¹ *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.*

³² *“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula”.*

³³ Abeliuk Manasevich, René: “Las obligaciones”. Editorial Legalpublishing Chile. Sexta Edición. Santiago. 2014. Tomo I. P. 144.

³⁴ (1) *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vijentes al tiempo de su celebracion. (2) Exceptuarse de esta disposicion: 1.º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; i 2.º Las que señalan penas para el caso de infraccion de lo estipulado en ellos; pues esta será castigada con arreglo a la lei bajo la cual se hubiere cometido”*

³⁵ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 496.

voluntad, si bien no está expresamente consagrada, es un valor constitucional que dimana de la libertad, que implica el poder para regular los propios intereses, en tanto permite crear una normativa privada para tal efecto; libertad que surge de la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 de la CE, de manera que se eleva como fundamento del orden político y de la paz social.

Añade que, además de lo anterior, existen otras disposiciones constitucionales que rescatan y protegen parcelas de autonomía, como es la asociación, la fundación (arts. 22 y 34), la libertad de empresa (art. 38), la propiedad privada (art. 33)³⁶. La autora añade que este principio descansa también en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Respecto al Derecho interno -prosigue- se desprende del artículo 1255 del Código civil español (CCE), además de estar contenido en algunos Derechos forales revitalizados por los Derechos autonómicos, como ocurre con el principio de libertad civil consagrado en el Derecho civil catalán y a que antes hicimos referencia³⁷.

4. La autonomía privada como libertad contractual

Si la libertad en el Derecho privado toma el nombre, sentido y alcance que antes dimos de la autonomía privada, ésta, en el ámbito contractual, se manifiesta, entre otros principios³⁸, en el de la libertad contractual. Como explica Mauricio Rengifo, la autonomía de la voluntad fue recogida por el Derecho contractual, conformando una pieza fundamental del engranaje que implica esta disciplina del Derecho. Así, cuando se exige un consentimiento libre como requisito de todo contrato se está ordenando la concurrencia de la libertad contractual entendida en términos prácticos y no normativos³⁹, de manera que el consentimiento sea el producto del concurso de dos voluntades libres, en tanto método de regulación de sus relaciones jurídicas⁴⁰.

³⁶ Parra Lucán, María Ángeles: “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016. P. 30.

³⁷ Parra Lucán, María Ángeles: Ob. Cit. Pp. 11 y 12.

³⁸ Estos otros principios, según Jorge López, son el consensualismo, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo de éste. López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 192.

³⁹ Véase supra I.1.1.

⁴⁰ Andrés Santos, Francisco Javier: “Los límites a la autonomía privada en la perspectiva histórico-comparatista”. En Parra Lucán, María Ángeles (Coord.): “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016. P.63.

La libertad contractual comporta una libertad de conclusión, conforme al cual las partes son libres para contratar o no, y de elegir a su contratante; además, implica una libertad de configuración interna, según la cual las partes pueden dotar al contrato del contenido que mejor les parezca⁴¹. En igual sentido se pronuncia Mauricio Rengifo, quien señala que la libertad contractual se inserta en lo que él denomina libertad deóntica⁴², manifestándose, concretamente, como un derecho a contratar, proscribiéndose al mismo tiempo, toda perturbación que la obstaculice⁴³. Este derecho se desmiembra en la libertad de conclusión, que consiste en decidir si se celebra o no un determinado contrato; en la libertad de selección que significa poder elegir a la contraparte; en la libertad de configuración, que permite llenar del contenido del contrato según mejor merezca; y la libertad de negociación, mediante la cual se puede intercambiar información, comparar alternativas, discutir las condiciones del contrato, etc.⁴⁴.

Ergo, si bien en la libertad contractual en cuanto derecho, se manifiesta en cada una de las libertades anotadas en el párrafo anterior, lo cierto es que en términos prácticos la libertad se asienta en el consentimiento, por eso Mauricio Rengifo se refiere a una libertad práctica, que concurre cuando lo hacen las voluntades necesarias para celebrar el contrato. En el fondo, la libertad contractual en términos prácticos para que se materialice necesita que las partes consientan, es decir, que manifiesten su voluntad libre sobre el contrato que celebran y su contenido.

Ahora bien, adentrándonos en la regulación legal de la libertad contractual, lo primero que es menester advertir es que es tratada, al menos legislativamente, de manera dispar en el

⁴¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 213.

⁴² Supra I.1.1.

⁴³ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P. 122-123.

⁴⁴ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P. 123. En esta misma página el autor resume lo que se acaba de decir: *“Está claro que la libertad contractual como concepto deóntico hace referencia a un derecho. Cuando la norma afirma que “está protegida la libertad contractual”, tal cosa quiere decir aproximadamente que en “en un determinado sistema jurídico está permitido decidir si se contrata, con quién se contrata y en qué términos”, y al mismo tiempo, que “se prohíbe a terceros interferir con esta libertad”. Nadie puede restringir la libertad haciendo obligatorias ciertas transacciones (como por ejemplo, expropiar un bien sin indemnización para entregárselo a un tercero, contratar con ciertas personas) o prohibiendo otras (v.gr., prohibir que en el provenir se realicen transacciones de este tipo). Pero como no hay derechos absolutos, la libertad contractual tiene sus límites en factores internos como el orden público, la moral social, la organización de los servicios públicos, etcétera”*.

Derecho civil español y chileno, en tanto que, en este último ordenamiento no está consagrada expresamente, a diferencia de la realidad jurídica española. En efecto, como indica Jorge López “*El principio de la libertad contractual, a diferencia de nuestro país (se refiere a Chile. El paréntesis es nuestro), en que ninguna norma lo consagra directa y formalmente, se encuentra establecido en numerosas legislaciones...*”⁴⁵, dentro de las cuales cita el CCE. En este cuerpo legal la libertad contractual está dispuesta en el artículo 1255⁴⁶. La claridad de la norma es palmaria: los contratantes son libres para celebrar los convenios que mejor les parezca, teniendo solo como límites la ley, la moral y el orden público⁴⁷. Sin perjuicio de que en el Derecho chileno no se contemple una disposición expresa que prescriba la libertad contractual, lo cierto es que ella se desprende de numerosas normas legales, siendo alguna de ellas, aquellas mencionadas como manifestación legislativa de la autonomía privada.

5. La buena fe como límite a la libertad contractual

La autonomía privada, en general, y la libertad contractual, en particular, no son absolutas, lo que equivale a decir que no procede su uso indiscriminado y sin restricciones. Su ejercicio exige tener en cuenta otras consideraciones, ya que el reconocimiento absoluto de tal valor supondría reconocer el arbitrio individual sin límites (y agregamos que empíricamente significaría que se propendería a la instauración de imposiciones del más fuerte en perjuicio del débil). La autonomía privada conviene reconocerla en el ordenamiento jurídico, pero el orden social exige limitarla. No obstante, debe buscarse el equilibrio, ya que no debe consagrarse en términos tales de signifique un poder absoluto ni imponerle condiciones que se traduzcan en un desconocimiento de dicha autonomía⁴⁸. No es baladí recordar que en tanto la libertad contractual es una manifestación de la autonomía privada, toda limitación de ésta supone entonces la limitación de aquella.

⁴⁵ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 213.

⁴⁶ Dicho artículo prescribe que “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*”.

⁴⁷ No obstante la norma española anotada, recordemos que el CCCat contempla en el artículo 111-6 el principio de libertad civil, que si bien es más amplio, sirve de fundamento de la libertad contractual.

⁴⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 370.

Como mencionamos, las restricciones a la autonomía privada no pueden significar en la práctica un impedimento a su ejercicio para todo respecto y circunstancia. Por ello, las limitaciones que el legislador imponga no deben ser arbitrarias, máxime su carácter constitucional. En el caso de restringirlas, debe respetarse algunos principios también constitucionales. En atención a esto, es que su restricción no puede ser discriminatoria, en el sentido de negar la autonomía privada a ciertas personas sin existir una justificación para ello. Otro tanto sucede con la protección de la salud que prohíbe la contratación a quienes no cumplan ciertas condiciones de carácter sanitarias. También se ha mencionado que las limitaciones a la autonomía de la voluntad deben respetar otras libertades como la de empresa, el de asociación, entre otros. En todo caso, las restricciones deben ocurrir siempre que exista abusos de la parte fuerte del contrato, con respecto a la parte débil, como ocurre en las relaciones de empleador y trabajador, adultos y menores, empresario y consumidor, etc., por cuanto se considera que existe un desequilibrio en el poder negociador, lo que redundaría en la desigualdad prestacional, de manera que gran parte de los límites a la autonomía de la voluntad vienen dadas para proteger a determinadas personas⁴⁹⁻⁵⁰.

⁴⁹ Parra Lucán, María Ángeles: Ob. Cit. P. 32.

⁵⁰ No se abordarán los límites de la libertad contractual, por cuanto excede los objetivos de este trabajo. Empero, podemos señalar que en el Derecho civil español los límites a la autonomía privada no están consagradas explícitamente en texto legal alguno, compartiéndose con el Derecho chileno, dicha omisión. No obstante, las limitaciones a la libertad contractual sí están consagradas en el CCE, estableciéndose aquellas en la misma norma que consagra el principio señalado, cual es, el artículo 1255 del cuerpo legal mencionado. Conforme a dicha disposición, ellas son la ley, la moral y el orden público. En este sentido, Oliva Blázquez, indica que la moral y las buenas costumbres tienen a desaparecer en los textos armonizadores de *soft law*, como limitaciones a la libertad contractual. Al respecto dice: *“Igualmente, resulta apropiado tomar en consideración el hecho de que los textos armonizadores del moderno soft law europeo parecen apostar por la desaparición de ambos conceptos (se refiere a la moral y las buenas costumbres. El paréntesis es nuestro). Efectivamente, el artículo 15:101 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL), y el artículo II-7:301 del borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), emplean la noción de ‘principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea’, aclarándose en los comentarios oficiales que la finalidad de este neologismo es la de eliminar términos como immorality, public policy, ordre public y bonos mores. La nueva terminología ha de tomarse con prudencia y en sus justos términos, pues no podemos olvidar que se trata de textos con vocación armonizadora en el seno europeo que, consiguientemente, pretenden esquivar los obstáculos terminológicos que se opongan a la consecución de tal fin. No obstante, habrá que estar atentos al devenir de este criterio omnicompreensivo y pretendidamente neutral”*. Oliva Blázquez, Francisco: “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”. En Parra Lucán, María Ángeles (Coord.): “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016. Pp. 298-299.

Una limitación a este principio es la buena fe, pese a que a que no es frecuente abordarla directamente como tal⁵¹. Pero ¿cómo funciona en tanto límite? Para resolver esta pregunta es menester previamente repasar los principios generales del Derechos, ya que la buena fe, al ser uno de ellos, cumple sus mismas funciones⁵².

En el Derecho civil chileno no existe una norma que expresamente se refiera, como dijimos, a libertad contractual, menos a sus limitaciones. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que doctrinariamente se llegue a ellos, los que se corresponden con los consagrados en el CCE. Véase Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. Pp. 498-500 y Abeliuk Manasevich, René: Ob. Cit. P.145.

⁵¹ Parra Lucán, María Ángeles: Ob. Cit. P. 50.

⁵² No existe una sola opinión acerca de lo que son los principios generales del Derecho, lo que obedece a las diferentes concepciones que sobre ellos existen: Alcalde Rodríguez, Enrique: “Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2016. P. 39. En este sentido, Cristián Boetsch señala que existen, a lo largo del tiempo y en los distintos lugares, variadas concepciones sobre lo que debe entenderse por principios generales del Derecho: Así, según una concepción romanista, los principios son ciertas máximas o principios de justicia propios del Derecho Romano, que se denominan reglas de Derecho. La concepción iusnaturalista entiende que los principios generales del Derecho son determinadas directrices anteriores y superiores al ordenamiento jurídico positivo, de manera tal que dan vida e informan a la totalidad del ordenamiento jurídico. Estos principios corresponden a los primeros principios del Derecho natural o Ley Natural. El Derecho natural se compone de una serie de principios de justicia que, por ser evidentes, todos deben estar en posición de conocer y practicar. La Ley Natural, por su parte, es la formulación intelectual que el hombre hace de su propia ley natural, compuesta por los principios primarios, que son verdades universales e inmutables que emanan de la naturaleza humana sin necesidad de elaboración intelectual, en tanto son evidentes. De estos principios, mediando un razonamiento sencillo que todos son capaces de realizar, surgen los principios secundarios dentro de los cuales se encuentran los principios generales del Derecho. Por ser expresión de la Ley Natural, los principios jurídicos tienen fuerza obligatoria universal y permanente, y por ende son fuente o norma de Derecho, sea que tengan o no una consagración positiva, y así porque su fuerza emana precisamente de la Ley Natural, la cual es superior a la ley positiva. Entendidos así, los principios generales del Derecho se nos presentan como manifestaciones de los valores esenciales del hombre, y que éste percibe como método de la deducción, que poseen una existencia anterior al Derecho y que sobrepasan a los diversos ordenamientos jurídicos concretos, por tener un carácter atemporal y universal. La doctrina positivista considera que los principios generales del Derecho son fuente supletoria de la ley, teniendo aplicación en tanto tengan consagración positiva. Ergo, los principios no son atemporales y universales, sino que particulares de cada ordenamiento jurídico. Mediante el método de la inducción, previo análisis de un determinado ordenamiento jurídico positivo podrá establecerse un principio en particular. Por su parte, la doctrina culturista del Derecho señala que los primeros principios se extraen de lo que una comunidad determinada estima como valioso. Estos valores, preexistentes a la ley positiva, son el fundamento de todo el Derecho, siendo valores jurídico-ético de la comunidad, y propios de cada cultura. No obstante las posiciones antes referidas, lo cierto es que, cualquiera sea el significado que quieran atribuírsele –lo que no es indiferente, en todo caso-, los principios generales del Derecho resultan ser de capital importancia, ya que constituyen la piedra angular del ordenamiento jurídico, permiten entrelazar las distintas figuras jurídicas de manera de hacerlo un todo orgánico y lógico. Boetsch Gillet, Cristián: “La buena fe contractual”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2011. P. 14 y sgts.

5.1. Breve repaso de los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho, independiente de su concepción (según la tesis que se adopte), son ideas, directrices y lineamientos abstractos y generales, adoptados por una comunidad determinada, que constituyen la base de toda organización jurídica, y que sirven de fuente de las normas jurídicas, la integran, suplen o informan. Por lo dicho, coincidimos con Cristián Boetsch cuando señala que los principios generales del Derecho “*son ciertas ideas normativas de orden general, anteriores al ordenamiento positivo, y que son recogidos por el mismo para las más diversas materias... podemos señalar que los principios constituyen la base sobre la cual descansa la organización jurídica*”⁵³. Conforme a esto, los principios -se dice- constituyen el soporte primario y estructural del ordenamiento jurídico (principalidad). Además, destacan en cuanto a su generalidad, esto implica que los principios trascienden de un concreto precepto y organizan y dotan de espíritu a muchas normas (generalidad). Finalmente, ellos no son meros criterios morales o de buenas intenciones, sino que son un concepto técnico (juridicidad)⁵⁴.

Nuevamente, siguiendo a Cristián Boetsch⁵⁵, los principios generales del Derecho cumplen una triple función: informan, integran e interpretan: Que los principios cumplen una función informadora significa que ellos inspiran a las normas jurídicas, de manera tal que ellas deben dictarse conforme a ellos. Por lo dicho, el autor citado señala que los principios generales del Derecho son precisamente los que le dan la sistematicidad y unidad al ordenamiento jurídico, pues son el único instrumento que tiene la suficiente generalidad y principalidad para informar a todo el ordenamiento jurídico. Por lo demás, aparecen como el único instrumento con la capacidad de darle una cabal coherencia a todo un ordenamiento.

A su vez, que los principios realizan una función integradora, implica que, frente a la imposibilidad de abarcar con la norma jurídica positiva todos los aspectos de la vida jurídica (lagunas legales), los principios generales del Derecho se revelan como el método para colmar el silencio de la ley positiva. Por *ello son una real fuente directa de derechos y obligaciones*.

⁵³ Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. P. 22.

⁵⁴ Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario y otros: “Deontología, principios jurídicos básicos e igualdad”. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid. 208. P. 333.

⁵⁵ Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. P. 28 y sgts.

Finalmente, los principios cumplen una función interpretativa, por cuanto sirven para fijar el sentido y alcance de las normas legales, añadiendo el autor referido en cuanto a que esta tercera función de cumplen los principios juegan un rol fundamental en la interpretación de la norma jurídica, especialmente las de naturaleza legal y contractual⁵⁶.

5.2. La buena fe objetiva y subjetiva

La buena fe, como se mencionó, es un principio general del Derecho⁵⁷ que en términos generales significa conducirse de manera recta y leal tanto en nuestras acciones como en las abstenciones. Se le ha calificado de ser el más importante al que se hayan sometidas las partes, siendo el alma de todo contrato⁵⁸. Por ello, Jorge López señala que *“mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión “buena fe” designa a una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. Proyectada al terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde”*.

Como adelantamos con lo expuesto por el autor previamente citado, la buena fe puede clasificarse en subjetiva y objetiva. La primera es *“la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error”*. Un ejemplo de esta buena fe en el Derecho civil chileno está representado por la hipótesis contenidas en los arts. 706.1° del Código Civil y 1013 del

⁵⁶ Boetsch Gillet, Cristián: Ob. Cit. p. 30.

⁵⁷ Luis Díez-Picazo sostiene que debe distinguirse la buena fe a secas de la buena fe en tanto principio general del Derecho. El primero es un concepto técnico-jurídico que se inserta en algunas normas jurídicas para formar parte del supuesto de hecho normativo. Señala como ejemplo, el artículo 69 del CCE, que prescribe que la buena fe con que se contrae el matrimonio produce efectos civiles, aunque sea declarado posteriormente nulo. En cambio, el principio general de la buena fe engendra una norma jurídica completa, que se eleva a la categoría o rango de un principio general del Derecho. Todos los miembros de la sociedad deben comportarse de buena fe en sus relaciones recíprocas, esto es, lea. Lo anterior, tanto en la fase previa a la constitución de dichas relaciones como en las ya constituidas. Asu vez, este comportamiento debe encaminarse tanto a los derechos como deberes, en tanto los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones cumplirse de igual manera. Díez-Picazo, Luis: “Prologo”. Prologo. En Wieacker, Franz: “El principio general de la buena fe”. Ediciones Olejnik. Santiago. 2019. Pp. 12 y 13.

⁵⁸ Ordoqui Castilla, Gustavo: “Buena fe en los contratos”. Editorial Reus, S.A. Madrid. 2011. P. 31.

mismo cuerpo legal⁵⁹. En España constituye una manifestación de esta buena fe, el artículo 433 y el art. 1950 del CCE⁶⁰. Por consiguiente, la buena fe subjetiva viene a ser una justificación del error, para así evitar las consecuencias molestas que puede ocasionar la aplicación estricta de una norma, debido a que el Derecho ampara la convicción de regularidad⁶¹. En este caso, entonces, existe un desconocimiento de la realidad, ya que el sujeto cree estar en una determinada situación jurídica o ignora que se haya ante cierta ilicitud o ante una incorrecta situación⁶².

La buena fe objetiva se inserta en la confianza mutua que debe cimentar las relaciones jurídicas privadas. En tal sentido se manifiesta Ordoqui Castilla, cuando opina que *“La buena fe es el atributo que esperamos en aquel en quien confiamos... exigencias de la realidad se imponen de tal forma en que el derecho contractual que en gran cantidad de casos el consentimiento se ha debilitado como sustento de la relación contractual, pasando a ser la “confianza en el otro” lo que determina la contratación. Es en atención a ello que la buena fe pasa ocupar (sic) hoy en la relación contractual una función vital”*⁶³.

El contrato aun descansa en el consentimiento, pero la buena fe juega un papel preponderante en él, que comporta, como se indicó, una conducta moral a la que deben ceñirse los contratantes, consistente en relacionarse en términos probo y leal, de tal suerte que el juez, pese a la letra del contrato, y amparado en este principio, puede decidir algo que no estuvo contemplado, por cuanto la buena fe le impone límites que pueden conllevar el surgimiento de obligaciones que vayan más allá de lo expresamente pactado por las partes. La buena fe encamina hacia el fin perseguido por los contratantes, conforme al marco obligacional y según el orden jurídico. La buena fe permite encauzar hacia la conducta debida, determinar

⁵⁹ La primera de las normas mencionadas señala que *“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos., exentos de fraude y de todo otro vicio”*. La segunda disposición reza que *“Si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo”*.

⁶⁰ Ambas normas disponen, respectivamente que (1) *“Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. (2) Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”*. *“La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”*.

⁶¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 340.

⁶² Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario y otros: Ob. Cit. P. 332.

⁶³ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. P. 31.

si existió un cumplimiento satisfactorio, etc. En fin, es un estándar que permite establecer deberes de conducta y limitar el ejercicio de derechos⁶⁴⁻⁶⁵.

En idéntico sentido se pronuncia Alberto Lyon, quien entiende que, dado que el contrato es una ordenación racional de la voluntad para la obtención del fin previsto por las partes, la buena fe sirve para lograr dicho cometido, para lo cual se sirve no solo de la interpretación de las palabras y compromisos, sino que también al establecer todo lo indispensable para obtener los resultados, como asimismo, limitar lo que las partes expresaron, siempre que sea superfluo o que perturbe el fin propuesto. De esta manera -dice el autor- la buena fe aclara y da rumbo a los compromisos asumidos y los corrige mediante el establecimiento de nuevas obligaciones⁶⁶.

Por consiguiente, la buena fe objetiva “*impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato*”. La buena fe objetiva es un estándar, esto es, un criterio flexible y variable empíricamente en cuanto a su contenido, contrario a una solución rígida, que debe llenar el sentenciador conforme a su prudencia y sabiduría. Sin embargo, en ningún caso da lugar a un arbitrio por parte del juez, ya que es una unidad con significado básico e inamovible que el juez no puede obviar⁶⁷. En este sentido, la buena fe se manifiesta como un límite a la autonomía de la voluntad, en tanto se configura como un principio moralizador del contrato, de manera tal que contravenirla, por mucho que haya existido un consentimiento formado entre los contratantes, se generarán determinadas consecuencias que dependerán del caso concreto. En el plano contractual la buena fe objetiva se refiere a la moral del deber, en cuya virtud se persigue que cada ciudadano cumpla las exigencias que plantea la sociedad, de manera de excluir la mala fe y el abuso⁶⁸

⁶⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. Pp, 54-55.

⁶⁵ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 345.

⁶⁶ Lyon Puelma, Alberto: “Integración, interpretación y cumplimiento del contrato”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2017. P. 40.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. Pp, 345-346.

Cabe indicar que la jurisprudencia española y chilena también coinciden con esta manera de concebir la buena fe objetiva. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español (TS), en sentencia (S) de 26 de junio de 2019 (ATS 7194/2019 - ECLI: ES:TS:2019:7194A), fundamento segundo, señala que la buena fe implica deberes de comportamiento honesto y leal en los tratos. Esta doctrina jurisprudencial coincide con otras sentencias que emanan del mismo tribunal, y que dan cuenta del comportamiento leal y honesto de los contratantes en sus relaciones contractuales⁶⁹.

La Corte Suprema de Chile (CS), mediante sentencia que data del 13 de diciembre de 2018, en autos 45515-2017, sostiene que en la fase precontractual *“cada parte espera de la otra que se comporte conforme a la buena fe, de manera que la oferta de contratar y la*

⁶⁹ Por ejemplo, en sentencia 37/2003 de 30 enero RJ\2003\2024 el TS se pronunció sobre la correcta interpretación del artículo 1258 del CCE, sentencia que se remite a otras que la precedieron y que plantean el sentido y alcance de la norma referida. Según dicho tribunal, la buena fe a que se refiere la norma señalada es de carácter objetiva, y consiste en un “comportamiento honrado, justo, leal” ([sentencia de 12 de julio de 2002 \[RJ 2002, 6047\]](#), [26 de octubre de 1995 \[RJ 1995, 8349\]](#), [6 de marzo de 1999 \[RJ 1999, 1854\]](#), [30 de junio \[RJ 2000, 6747\]](#) y [25 de julio de 2000 \[RJ 2000, 6196\]](#)). Además, sostiene que la buena fe *“opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato”* ([sentencia de 22 de septiembre de 1997 \[RJ 1997, 6858\]](#)). Añade que ella *“supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena”* ([sentencias de 16 de noviembre de 1979 \[RJ 1979, 3850\]](#), [29 de febrero \[RJ 2000, 812\]](#) y [2 de octubre de 2000 \[RJ 2000, 8131\]](#)); Agrega que importa el *“cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida”* ([sentencias de 26 de enero de 1980 \[RJ 1980, 167\]](#), [21 de septiembre de 1987 \[RJ 1987, 6186\]](#) y 20 de febrero de 2000. En el ámbito contractual, el TS indica que la buena fe *“integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos”* ([sentencia de 26 de octubre de 1995 \[RJ 1995, 8349\]](#)). Finalmente el TS recuerda la [sentencia de 16 de noviembre de 1979 \[RJ 1979, 3850\]](#) que señala que *“en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando más determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza”*. El énfasis que le TS pone en la buena fe es en la protección de la confianza creada en la contraparte, lo cual impone entonces a que deben observarse conductas que vayan en no defraudar la confianza, de manera que se proscriba toda conducta contraria a ella.

negociación contractual conlleva los deberes de cooperación y lealtad, ello implica que en este tipo de responsabilidad civil deben estar presentes los siguientes elementos: a) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) la producción de un daño en el patrimonio de una de las partes; y c) la relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante". Luego, añade que "En iguales términos el profesor Marcelo Barrientos Zamorano afirma que "La buena fe en la etapa in contrahendo requiere hablar claro, evitar hacer afirmaciones inexactas o guardar silencio sobre ciertas informaciones que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato". Considera el autor que "La confianza creada, apreciable objetivamente, y su infracción intencional por uno de los tratantes, que origina un daño patrimonial, supone desprestigiar la buena fe"”⁷⁰.

Igual doctrina jurisprudencial se advierte en la sentencia dictada por la CS, de 13 de marzo de 2017, recaída en los autos 38.683-2017, cuando señala que la buena fe implica un comportamiento leal y recíproco entre las partes contratantes⁷¹.

Finalmente, es dable indicar que en el Derecho civil chileno no existe una norma que expresamente consagre a la buena fe como un principio general del Derecho. Sin perjuicio de ello, se ha mencionado que está presente no solo en el ámbito contractual, sino que en todo el ordenamiento jurídico mencionado. Además, y no obstante la referida ausencia de texto expreso, existen numerosas disposiciones diseminadas en el CCCh. que recogen el referido principio, dentro de las cuales cabe destacar el artículo 1546, que, si bien parece aplicable solo a la ejecución del contrato, se entiende que rige a todo el *iter contractual*⁷². En consecuencia, todas las características que hemos indicado sobre la buena fe rige plenamente en el Derecho chileno, máxime en el Derecho contractual, de tal suerte que se erige claramente como una limitación a la libertad contractual de los contratantes.

⁷⁰ www.microjuris.cl. MJCH_MJJ58243 | ROL:45515-17, MJJ58243

⁷¹ www.microjuris.cl. MJCH_MJJ224730 | ROL:10368-17, MJJ224730

⁷² Momberg Uribe, Rodrigo: “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviviente”. Página 56 y siguientes. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003

En el Derecho civil español existen diversas disposiciones diseminadas en el CCE, que ordenan ceñirse a la buena fe. Para los efectos que nos interesa, esto es, dentro del ámbito contractual, son de capital importancia los arts. 7 y 1258 del CCE. Al igual que el caso chileno, la buena fe, una vez celebrado legalmente el contrato, se erige como una limitación, en tanto puede ampliar o restringir los efectos del contrato, y rige plenamente en todas las fases o etapas contractuales.

5.3. Contenido de las limitaciones que impone la buena fe objetiva

Las limitaciones de la buena fe a la libertad contractual se manifiestan de muchas maneras, las que van desde el reconocimiento implícito de ciertas obligaciones que no han sido consideradas por los contratantes, pero que se entienden formar parte él en atención a sus tesis⁷³. Otra aplicación consiste en interpretar el contrato conforme a este principio. En el fondo, la buena fe impone determinadas conductas que varían, entre otros aspectos, según el estadio en que nos encontremos del *iter* contractual, es decir, según nos hallemos en la etapa preliminar del contrato, en el momento de su conclusión, en el estadio de su cumplimiento, en las relaciones poscontractuales o en la interpretación del contrato⁷⁴.

La buena fe llena de más contenido al contrato, sobrepasando la voluntad de las partes, ya que con ella se crean obligaciones que pasan a integrarlo⁷⁵, lo cual funda, por ejemplo, la responsabilidad precontractual, por cuanto existió un divorcio con las exigencias del deber

⁷³ Díez-Picazo, Luis: “Prologo”. Prologo. Ob. Cit. P. 16.

⁷⁴ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. P. 31.

⁷⁵ Según Franz Wieacker cuando el juez aplica la buena fe, en cualquiera de sus funciones, puede actuar en cumplimiento del ordenamiento jurídico, de manera que su sentencia contribuye a la realización del proyecto jurídico planificado previamente por el legislador. Por ejemplo, para lograr la concreción legal del Derecho de obligaciones, de la buena fe nacen las obligaciones que por la naturaleza del contrato pasan a regir a las partes, aunque estas no lo hayan pactado. Por otro lado, el juez puede actuar con mayor libertad, en cuyo caso exige a las partes que en ejercicio o defensa de sus derechos se comporten justamente. Para lustrar esta situación, el autor menciona a la *exceptio doli*, y como expresión de ella, al principio *venire contra factum proprium*. Finalmente, el juez puede aplicar la buena fe en contra de la ley, dando origen a un nuevo derecho judicial, que traspasa el proyecto legislativo, así como también del respeto del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes. Menciona como ejemplo, el reajuste de la contraprestación a causa de un cambio total sobrevenido de las circunstancias económicas, independientemente se construyan como casos de inexigibilidad, de imposibilidad económica o de desaparición de la base del negocio. Wieacker, Franz: “El principio general de la buena fe”. Ediciones Olejnik. Santiago. 2019. Pp. 36 y sgts.

de conducta que nacen de la buena fe⁷⁶. Así, la función integradora de la buena fe funda ciertos deberes de información típicos, en tanto están expresamente señalados en la norma, *verbi gratia*, la información que deriva de los vicios ocultos de la cosa; y otras que podríamos denominar atípicos, ya que están implícitos en el ordenamiento jurídico⁷⁷. En cuanto a los segundos, conviene añadir que, si bien es cierto que existen tácitamente, tampoco debe extremarse en el sentido de decir que están presente en toda negociación, ya que no existe un deber general de informar. Dependerá de las circunstancias concretas de los tratos preliminares para poder establecer que existe un deber precontractual de información atípico. En este contexto, se dice que este deber de informar aparece, según los casos, en materia de error y dolo⁷⁸.

Sin embargo, la buena fe no tiene por objeto eliminar la autonomía del contrato, sino más bien viene a protegerla y encausarla conforme a su naturaleza y según su marco jurídico, permitiendo flexibilizarlo y adaptarlo conforme a la realidad precisa, en aras de una distribución de riesgos, derechos y obligaciones equitativas. Por esta razón es que se ha referido que la buena fe tutela la autonomía privada, sobre todo respecto de la parte débil del contrato, de manera que contribuye al equilibrio del contrato frente a las inequidades que puedan presentarse. En este contexto es que sobre la sobre de la buena fe estriban las obligaciones de informar, los criterios de abusividad de ciertas cláusulas, la protección en la formación del consentimiento con conocimiento de causa⁷⁹. De esta suerte, el contrato es una realidad tridimensional, por cuanto abarca un aspecto socioeconómico, de valores y normas que interactúan recíprocamente, y que permite el logro de valores⁸⁰.

⁷⁶ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. Pp. 35-57.

⁷⁷ De la Maza Gazmuri, Iñigo: “Los límites del deber precontractual de información”. Editorial Aranzadi, SA. Navarra, 2010. P. 67.

⁷⁸ Para un estudio profundo sobre este tema, véase De la Maza Gazmuri, Iñigo: Ob. Cit. Pp, 177 y siguientes. En la misma línea, María Paz García y Marta Otero sostienen que de la buena fe emanan deberes que son propios de la fase precontractual, cuyo incumplimiento podría acarrear una responsabilidad civil. Dentro de dichos deberes destacan el deber de protección física y psíquica, el deber de información, y, como manifestación del deber de comportarse correcta y lealmente, el de actuar seria y de forma consecuente. Para un estudio completo sobre esto, véase: García Rubio, María Paz y Otero Crespo, Marta: “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”. Artículo consultado el 10 de julio de 2019 en la página web http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf

⁷⁹ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. P. 57.

⁸⁰ *Ibidem*.

La buena fe no tiene un contenido único predeterminado, concreto, aplicable siempre de igual manera. Ella es indeterminada, o si se quiere, abierta⁸¹, de tal suerte que el comportamiento positivo o negativo que emane de ella dependerá del caso concreto, requiriéndose al efecto un margen de libertad y flexibilidad en su aplicación⁸². Como la buena fe cumple una función integradora, ella no impone un deber general de conducta (como lo sería aquel de naturaleza aquiliana que dice “*Alterum non laedere*”), sino que el deber dependerá de las determinadas circunstancias contractuales como para poder establecerse cierto deber de corrección y lealtad. En este escenario, la conducta que eventualmente pueda imponer la buena fe, no está establecida en la ley ni fue prevista por las partes, pero se deriva del tipo contractual objetivamente considerado. En esta tarea de la buena fe en tanto integra en contrato, puede hacerlo de dos maneras: actuando supletoriamente, lo que significa que complementa a la convención, o puede imponerse a lo acordado por las partes, en cuyo caso se dice que funciona imperativamente⁸³. En igual sentido se pronuncia Alberto Lyon cuando señala que la buena fe como principio que sirve para integrar el contrato no significa que estos obligan

⁸¹ Franz Wieacker pone de manifiesto la controversia que existe respecto de las normas abiertas, que él denomina “clausulas generales”. La buena fe es una cláusula general que en el Código Civil alemán (BGB) se ubica en el parágrafo 242. Dice el autor que respecto de estas cláusulas existen alabanzas y censuras. El autor sostiene que para algunos estas cláusulas permiten una depuración de la ética contractual y que sirven para paliar las crisis económicas. Añade que ellas se miran como “válvulas de escape” para las exigencias ético-sociales, y incluso más, se les trata como una adaptación de la estructura normativa a las exigencias sociales. Otros -sostiene- la juzgan porque temen un debilitamiento del Derecho al propender a una laxa y demagógica equidad, además de que pueden significar una apertura a la arbitrariedad y el sometimiento a los intereses política y a la presión política. Luego, pone el acento en que tanto quienes están en contra y a favor de estas cláusulas lo hacen desde la perspectiva positivista, que en nada aportan para conocer el verdadero valor de su función, ya que la apelación a las cláusulas generales entraña una aspiración a la justicia del caso concreto y una inclinación a limitar la igualdad ante el Derecho, contraposición que no se puede solucionar desde este extremo. Una visión positivista reduce el problema a considerar a las cláusulas abiertas como una norma jurídica positiva más, con la particularidad de que son indeterminadas y reenvían a preceptos o criterios sociales no positivados, sino metajurídicos. Por consiguiente, la aplicación del Derecho consiste en un acto cognoscitivo de subsunción del supuesto de hecho en el juicio hipotético que se encuentra contenido en la norma. Empero, el autor sostiene que no es cierto que exista una ética incontrovertible, general y universal. Es decir, puede existir una ética social que establezca directrices de la conducta social, pero no en términos de validez general que permita la subsunción a la usanza del positivismo. Es el juez quien debe darle contenido a la cláusula general conforme al *hic et nunc* concreto. Wieacker, Franz: Ob. Cit. Pp. 23-30.

⁸² Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario y otros: Ob. Cit. P. 333.

⁸³ Ordoqui Castilla, Gustavo: Ob. Cit. Pp. 104-106.

a todo lo que pueda devenir de la buena fe, sino que más bien la buena fe exige, en atención a la naturaleza de la obligación, ciertos deberes que dependerán del caso concreto⁸⁴⁻⁸⁵.

A lo largo de este capítulo vimos cómo se manifiesta la libertad en el ámbito del Derecho: éste le reserva determinados ámbitos de acción, por cuanto ella no supone actuar o abstenerse de hacerlo en términos absolutos y arbitrarios. El Derecho, en tanto regulador de las relaciones humanas, permite un amplio espacio para actuar, de manera que el hombre tiene un mayor rango de acción libre, y, en otros, reduce el ámbito de actuación, de tal suerte que el valor en comento resulta más reducido. También vimos que en el Derecho privado, concretamente en el Derecho contractual, la libertad supone que las partes regulen sus intereses mediante el contrato, manifestándose dicha libertad en las distintas modalidades mencionadas⁸⁶. Ahora bien ¿cómo se relaciona, con lo que llevamos dicho, la libertad que antes intitulamos como práctica? De la siguiente manera: Una vez identificado el ámbito de acción de la libertad, podemos reconocer la existencia de la libertad en un determinado acto si, y solo si, en él la persona actuó porque así lo quiso, con conciencia y teniendo en cuenta todos los pormenores del acto que realizó, sin mediar una fuerza externa que la constriña. Si identificamos que existió libertad, existió también consentimiento, que como indicamos es la reunión de voluntades libres. Si no existió esta libertad en términos materiales, no existió consentimiento y por ende, no existió contrato, o en su defecto, éste es nulo.

Luego, analizamos someramente la buena fe, y como aquella calificada de objetiva, constituye una limitación a la libertad contractual, ya que exige una conducta probo y leal de los contratantes. ¿Cómo se relaciona esta parte del capítulo con la libertad en términos prácticos? Nos parece que la solución descansa en lo que sigue: más allá de la imposición de deberes por parte de la buena fe objetiva, que actúa como factor moralizante del contrato, para el evento de entender que el consentimiento existe sin atender a la voluntad libre a que nos hemos referido, la buena fe nos ordena a no perseverar en un contrato, o a restarle efectos, o a tratar de revertir las consecuencias perniciosas de un acto que no fue libremente querido.

⁸⁴ Lyon Puelma, Alberto: Ob. Cit. P. 39.

⁸⁵ En este sentido se ha referido que los deberes específicos e indeterminados emanan de la honradez y lealtad que debe existir en las relaciones jurídicas según la ética social. Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario y otros: Ob. Cit. P.333.

⁸⁶ Ver supra I.4.

Ahora bien, ¿cuál es la razón para la defender todo lo que hemos señalado? O, dicho de otra manera, ¿cuál es la utilidad de todo lo que venimos sosteniendo? Pues bien, todo esto nos sirve para sortear el inconveniente que no existir una regulación expresa de diversas situaciones que, sin llegar a constituir un vicio de la voluntad, constituyen una afectación a la libertad práctica contractual y una vulneración de la buena fe. Y me refiero específicamente a las diversas circunstancias que configuran los casos de ventaja injusta a que nos referiremos en el III capítulo. En efecto, como señala Miguel Martín-Casals, fuera de los contratos en que intervienen partes que por sí detentan una situación desventajada, como ocurren con los consumidores, lo normal es que los hombres tienen la capacidad para regular sus intereses de manera racional. Por consiguiente, en situaciones habituales de mercado, las partes de un contrato oneroso tratarán de obtener el máximo provecho, configurándose el contrato como una conjugación satisfactoria de los intereses contrapuestos de los contratantes. Sin embargo, existen situaciones que, sin llegar a constituir alguno de los vicios de la voluntad, perturban el proceso negociador en atención a la situación desfavorable en que se encuentra uno de ellos, quien consciente o no, lo llevan a tomar decisiones inusuales que lo perjudican⁸⁷.

⁸⁷ Martín-Casals, Miquel: “Avantatge injust i lesió en més de la meitat: una duplicitat necessària i convenient? En Serrano de Nicolás, Ángel (coord.): “Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña”. Marcial Pons. Madrid. 2018. Pp. 257-258.

Capítulo II: Protección legal del consentimiento

1. Disonancia entre la libertad material y formal

En los apartados precedentes nos aproximamos someramente al principio de la autonomía privada. Este principio, no obstante lo que se dijo sobre su falta de manifestación expresa en los códigos civiles de España y Chile, sin lugar a dudas, inspiró a los códigos civiles decimonónicos (como el español y el chileno), como asimismo, a los códigos dictados durante el transcurso del siglo XX y los que van del XXI⁸⁸. Tal y como referimos, la autonomía de la voluntad está presente en diversas disposiciones diseminadas en el ordenamiento jurídico, no escapando a tal aseveración, los códigos civiles español y chileno, concretándose en el ámbito contractual en el llamado principio de libertad contractual.

También mencionamos que la libertad contractual en términos prácticos se manifiesta en el consentimiento, de tal suerte que, si predicamos que la voluntad es libre, el consentimiento también lo es. Así las cosas, normalmente cuando dos sujetos de derecho contratan, se dice que lo hicieron en virtud de su autonomía privada, conforme a su libertad contractual, o lo que es lo mismo en términos empíricos, porque consintieron en el contrato. En estas condiciones, se indica, el contrato debe desplegar todos sus efectos porque así lo han querido las partes, quienes son iguales y libres, al menos formalmente. Entre estos efectos figura el de la intangibilidad del contrato, que significa que ninguna de ellas puede modificarlo unilateralmente, a menos que concurren las voluntades de todas las partes intervinientes, de tal suerte que el contrato es obligatorio para las partes quienes deben por tanto cumplirlo. Esto se traduce en el conocido principio *pacta sunt servanda*⁸⁹. En tanto los códigos consagran esta libertad formal, se asume que concurre también aquella de carácter material, es decir, se presume, sin perjuicio de que la realidad nos revela que ello no es siempre así.

En este contexto, la pregunta que se abre camino es: Si los códigos civiles consagran la libertad contractual como principio general, sea explícita o implícitamente, ¿qué ocurre si en

⁸⁸ Un ejemplo claro es su inclusión como principio general en el CCCat. Otros ejemplos de consagración de la libertad contractual, en tanto manifestación de la autonomía privada, es el art. 19 del Código Suizo de las obligaciones, el art. 405 del Código civil portugués, el art. 1322 del Código civil italiano y el art. 1354 del Código civil peruano.

⁸⁹ Accatino, Daniela: “La teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”. Artículo consultado el 3 de agosto de 2019 desde la página web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100003

la realidad de los hechos ello no es así, es decir, ¿qué ocurre si una de las partes no fue libre materialmente al tiempo de contratar? ¿Debe el Derecho amparar dicho vínculo jurídico, y, por lo tanto, proteger todos sus efectos porque al menos formalmente ambos contratantes son libres (e iguales) y por ende consintieron? ¿o debe procederse a mecanismos tendientes a corregir esta falta de libertad?

La preocupación por una voluntad⁹⁰ libre y espontánea en la celebración de los negocios jurídicos no es nueva. Para no pecar en querer parecer novedosos, conviene mencionar lo que Lúdia Arnau sostiene. Ella indica que, para asegurar la voluntad libre, además del mecanismo de la anulabilidad por vicios de la voluntad o consentimiento, existen otros instrumentos que tutelan dicha tesitura, que se resumen en mecanismos que se anticipan al vicio, de manera que actúan ante el solo riesgo de aquel; y aquellos otros que aseguran un consentimiento “*con conocimientos de causa*”. Añade que el escenario idóneo para la operatividad de estos segundos mecanismos es el conocimiento de todo aquello que legalmente es menester conocer para consentir, y el de una voluntad que ha podido formarse también adecuadamente en el tiempo.

De esta forma, frente a un riesgo de captación de la voluntad, esto es, ante el riesgo de ser compelido a actuar jurídicamente en cierto sentido, con lo cual peligraría la libertad considerada por la norma, se abre camino como solución los expedientes prenegociales, que, como su nombre indica, se anticipan al negocio, mediante una norma prohibitiva o no. Ejemplo de estos instrumentos son las incapacidades relativas para suceder y en régimen sucesorio de las condiciones captatorias. Otra alternativa son los expedientes postnegociales, que, al igual que en el caso anterior, actúan frente a un riesgo de captación de la voluntad, con la diferencia de que la reacción es *ex post* a la declaración. Son ejemplos de esta situación,

⁹⁰ Las expresiones “voluntad” o “consentimiento” no son sinónimos, ni para los efectos de este trabajo las usaré indistintamente. El uso de una u otra expresión responde a la naturaleza del negocio jurídico de que se trate. La voluntad siempre concurre en los negocios jurídicos bilaterales, como en el contrato, pero para que dicho negocio nazca a la vida del Derecho es menester la concurrencia de todas las voluntades necesarias para el logro de dicho cometido, cuyas concurrencias forman el consentimiento. En cambio, el consentimiento no concurre en los negocios jurídicos unilaterales. En este tipo de negocios solo es necesario la concurrencia de la voluntad de quien ejecuta el acto, para que este nazca a la vida jurídica, como ocurre con el testamento.

la facultad de desistimiento reconocida al consumidor en el ámbito de la contratación fuera del establecimiento mercantil y la anulación del contrato por explotación injusta.

En cuanto a los medios para asegurar un consentimiento “*con conocimiento de causa*”, que tienden a una formación de él de manera deliberada -y podemos agregar, sana-, en tanto se asegura el conocimiento de todos los aspectos implicados del negocio, pueden ser también *ex ante* y *ex post* a la declaración de voluntad. Una primera manifestación de estos mecanismos son las informaciones previas, que, en sede contractual, se impone a la contraparte, como deber precontractual de información. Otra manifestación es la perfección del contrato de forma pautada, que exige agotarse el periodo de reflexión sin haber desistido ni revocado el consentimiento ya prestado. Ahora bien, tras la perfección, el desistimiento forma parte de este tipo de mecanismos, como asimismo la existencia de las cláusulas abusivas⁹¹.

Al legislador le interesa que el consentimiento que las personas prestan al tiempo de ejecutar un acto o celebrar un contrato sea libre, espontáneo, exento de toda perturbación o embarazo. De esta forma, y afinando lo expuesto por la autora referida, me parecen que las soluciones legales que tienden a garantizar la libertad de la voluntad van desde aquellas que importan una asunción de que ciertos negocios celebrados en determinadas circunstancias carecen de la voluntad o consentimiento libre, es decir, adopta una solución *a priori*, sin posibilidad a detenerse si en el caso concreto ellos acontecieron de esta guisa o no, como por ejemplo, ciertas incapacidades para suceder⁹². Otro ejemplo es el establecimiento de cláusulas

⁹¹ Arnau Raventós, Lúdia: “Formación de la voluntad: riesgos de captación y “decisión con conocimiento de causa””. En Heras Hernández, María del Mar (Coord.): “Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa”. Editorial Aranzadi, SA. Navarra. 2015. Pp. 427 y sgts.

⁹² Un ejemplo de esta situación en el ordenamiento jurídico chileno es el artículo 965 del CCCh. que reza (1) “*Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. (2) Pero esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento*”.

En el CCCat. se contempla una norma similar en el artículo 412-5 que prescribe que “1. Son inhábiles para suceder: a) El notario que autoriza el instrumento sucesorio, su cónyuge, la persona con quien convive en pareja estable y los parientes del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad. b) Los testimonios, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del instrumento sucesorio, así como la persona que escribe el testamento cerrado a

abusivas. En este caso aun cuando en la práctica estemos frente a un consumidor con poder de negociación, si eventualmente en su contrato de consumo se establece una cláusula abusiva, no se entrará a discutir si empíricamente lo es o no, la solución legal será la que indique el ordenamiento jurídico determinado, porque se entiende que dicha cláusula bajo todo respecto y circunstancia es abusiva. En los demás casos la ley configura el supuesto de hecho de ausencia de consentimiento o con vicios al mismo, a la cual se le ligará, como consecuencia, un remedio tendiente a corregir la injusticia, porque el que no exista voluntad o consentimiento o, defectos de una u otro, ciertamente es una iniquidad que debe enmendarse. Mas en este caso, y a diferencia del anterior, el juez no da por sentado la ausencia de voluntad o el vicio de esta. Deberán ser las partes, cuando estemos frente a un contrato, las que deberán probar una u otra tesitura.

Las interrogantes que antes nos formulamos guardan relación con la presencia o existencia de una regla o principio general que nos conduzca a sostener que, si en la práctica, por mucho que exista una libertad contractual formal, una de las partes no fue libre para contratar, ya que no existió consentimiento o este fue defectuoso o viciado, el Derecho debe corregir dicha injusticia. Antes de exponer la existencia o no de un principio general, creemos que es del todo atinente referirnos a las soluciones que expresamente ha dispuesto el legislador cuando no concurre el consentimiento libre y espontáneo.

2. De los vicios del consentimiento

Los vicios del consentimiento constituyen una protección legal frente a la inexistencia de una libertad plena al tiempo de celebrar el contrato.

Como se sabe, el consentimiento es un elemento del contrato, es decir, las partes deben querer el contrato que celebran. Este requisito se exige no solo en cuanto a su concurrencia, en tanto requisito o elemento de existencia o esencial, sino que también debe concurrir libre de vicio,

ruego del testador. c) El religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a que aquel pertenece. d) El tutor, antes de la aprobación de las cuentas definitivas de la tutela, salvo que sea ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del causante. 2. Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio. 3. La inhabilidad sucesoria no impide ser nombrado árbitro, albacea particular o contador partidor”.

en tanto requisito de validez. El CCE recoge expresamente el requisito del consentimiento en el art. 1261⁹³. Igual exigencia está contenida en el Código de Bello, en el artículo 1445⁹⁴.

Como se indicó antes, la exigencia de un consentimiento exento de vicios es también una condición positivada. El CCE no lo dice expresamente, pero señala en el art. 1265 los vicios de que puede adolecer, con lo cual llegamos a la misma conclusión⁹⁵. El CCCh. menciona expresamente el requisito de ausencia de vicio en el artículo 1445 N° 2, cuando tras señalar que es menester el consentimiento para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, añade que éste “*no adolezca de vicio*”. Luego, el artículo 1451 indica los vicios de que se puede adolecer el consentimiento⁹⁶. Como se ve, tanto en Chile como en España los vicios que pueden afectar a la voluntad resultan ser taxativos, no pudiendo extenderse a otros, sin perjuicios de lo que la doctrina y la jurisprudencia determinen para dotarlos de contenido.

La sanción cuando concurren estos vicios de la voluntad es la ineficacia del negocio jurídico en general y del contrato en particular. No se abordarán las sanciones específicas de cada una, sino solo dejar establecido que su concurrencia permite inhibir de eficacia al contrato.

2.1. El error

Según la definición autorizada de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, el error es “*una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera. Éste es el llamado tradicionalmente error-vicio o error propio*”⁹⁷. En Chile, Corral señala que este vicio es “*la falsa percepción de la realidad. En la persona del que yerra se da una disconformidad entre*

⁹³ “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes...”

⁹⁴ “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: ...2º Que consienta en dicho acto o declaración...”

⁹⁵ “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

⁹⁶ “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

⁹⁷ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Décima edición. Madrid, Reimpresión, 2015, Volumen II, tomo 1. P. 46.

su representación intelectual y la verdad de las cosas. Se piensa que algo es de una manera, cuando realmente es otra”⁹⁸.

Aunando ambas definiciones, y sin perjuicio de su causa (lo que no es indiferente para el Derecho) el énfasis de este vicio está puesto en la disconformidad entre lo que una persona cree respecto de una cosa, una persona o un hecho y lo que ellas son en realidad⁹⁹.

Precisamente porque lo que se piensa de algo o de alguien no se compadece con la realidad, es por lo que se opta por restarle eficacia al contrato cuando se yerra. No obstante, no cualquier error vicia el consentimiento. Este debe recaer sobre algunos aspectos específicamente prescritos por la ley, ya que, se dice, uno debe hacerse cargo de sus errores y no perjudicar a los demás. De esta manera, el error como vicio del consentimiento es una excepción. Hernán Corral señala, por consiguiente, los requisitos necesarios para que el error vicie el consentimiento, a saber: Es necesario el reconocimiento legal, es decir, que la ley expresamente prescriba al error como un vicio de la voluntad. En segundo lugar, el error debe ser excusable, regla que emana del principio general de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza. Que el error sea excusable significa que solo viciará el consentimiento si cualquier persona, en las mismas condiciones, habría incurrido en el mismo yerro, usando mediana diligencia. Como se ve, de alguna medida el error, como vicio de la voluntad, depende del grado de diligencia con que debe obrarse, que difiere según las circunstancias contractuales. Por último, se requiere que el error sea determinante, en tanto de no haber concurrido, no se habría celebrado o ejecutado el negocio. En cambio, si el error influye, pero no es determinante, no procede la invalidez del contrato¹⁰⁰.

⁹⁸ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 541.

⁹⁹ El error es distinto de la ignorancia. El primero comporta que una persona sabe algo, pero lo conoce mal, ya que su conocimiento no se compadece con la realidad. En la ignorancia, en cambio, el sujeto nada sabe. Sin perjuicio de la diferencia teórica, se sostiene que ambas se contienen mutuamente. Hernán Corral señala que *“A nuestro juicio, no tiene mucha utilidad hacer la distinción entre ignorancia y error, porque, dado que no es posible una ignorancia total y completa sobre todo, siempre que hay ignorancia de algo hay también un error sobre ese algo, y a la inversa cada vez que se yerra es porque algo es ignorado parcialmente. Por ejemplo, si el contrato con un joven de 16 años pero que representa 20, estoy errando sobre edad (tengo una falsa percepción sobre esa realidad), pero también padezco de ignorancia sobre la fecha de su nacimiento.* Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. Pp. 541-542.

¹⁰⁰ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 542.

En igual sentido se inclinan Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, quienes indican que el error a tener en consideración es aquel que no sea imputable a quien lo padece, es decir, el error invalidante debe ser excusable. Además, tienen otra exigencia: *“pero un error inexcusable debe poseer trascendencia anulatoria del negocio cuando, dadas sus circunstancias, fue reconocido o pudo serlo por la otra parte empleando una diligencia normal. Lo contrario llevaría a la solución inocua de que es lícito aprovecharse del error sufrido por otro*¹⁰¹. Manuel Albaladejo sostiene también lo que se ha venido diciendo, es decir, señala que el error ha de ser esencial o determinante, en tanto sin su concurrencia no se hubiese emitido la declaración de voluntad. Reitera la exigencia de que el error inexcusable no vicia el consentimiento, añadiendo que la inexcusabilidad se configura cuando de haberse actuado razonablemente se podría haber evitado incurrir en error, lo que conlleva entonces de que éste es consecuencia de la culpa de quien lo padece¹⁰².

En Chile, el error está regulado en los artículos 1452¹⁰³ y siguientes del CCCh. En España está regulado en el artículo 1266¹⁰⁴ del CCE.

¹⁰¹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 47.

¹⁰² Albaladejo, Manuel: “Derecho Civil. Introducción y Parte General. Edisofer, S.L. Madrid. Decimoquinta Edición. Madrid, 2013. P. 433.

¹⁰³ **Art. 1452.** *“El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”*. **Art. 1453.** *“El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”*. **Art. 1454.** (1) *“El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. (2) El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”*. **Art. 1455.** (1) *“El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. (2) Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”*.

¹⁰⁴ Art. 1266. (1) *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. (2) El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. (3) El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”*.

2.2. La fuerza, violencia y la intimidación

En Chile la fuerza constituye uno de los vicios del consentimiento, en tanto que en España lo son la intimidación y la violencia.

Se ha definido la fuerza como *“toda coacción, presión o amenaza que se dirige a una persona con el fin de que consciente en la celebración de un acto o negocio jurídico”*¹⁰⁵. En el ordenamiento jurídico chileno se distingue entre fuerza absoluta y relativa, en tanto la primera elimina completamente la voluntad de la persona sobre quien se ejerce; mientras que la segunda no implica una anulación total de la voluntad, pero sí la limita, por cuanto se siente constreñida a celebrar el acto jurídico a fin de evitar el mal con el que se le amenaza.

Otra clasificación distingue entre fuerza física y moral. La primera implica un uso directo de la fuerza sobre la persona contra la cual se dirige, como sería el golpear a una persona a fin de impelerla a celebrar un negocio. La fuerza moral consiste en amenazas de un daño propio o ajeno. Se señala que la importancia de la clasificación radica en que, en caso de concurrir una fuerza absoluta, no estaríamos ante la fuerza como vicio del consentimiento, sino que lisa y llanamente, hay inexistencia de voluntad. La fuerza se contempla en los arts. 1451, 1456¹⁰⁶, y 1457¹⁰⁷. De las normas transcritas se han elaborado las condiciones necesarias para que en Chile la fuerza vicie el consentimiento, a saber: que sea grave, injusta y determinante.

El requisito de la gravedad de la fuerza atiende al poder que tiene sobre la voluntad de una persona, teniendo en consideración su situación particular. Esta exigencia está contenida en el artículo 1456 del CCCh. cuando establece que la fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo y condición. A renglón seguido, la norma establece una presunción simplemente legal de cuándo nos encontramos con una fuerza de tales características, a saber: cuando es

¹⁰⁵ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 554 y sgts.

¹⁰⁶ (1) *“La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. (2) “El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.*

¹⁰⁷ *“Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por aquella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.*

capaz de infundir a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. Si se alega una fuerza en virtud de una amenaza a un mal respecto de otras personas distintas de las mencionadas, deberá probarse la gravedad. Es decir, siempre deberá probarse la fuerza, pero no su gravedad, la que se presume, si se está frente a las circunstancias que la norma refiere. Si estamos fuera de dicho supuesto de hecho, la gravedad también tendrá que probarse¹⁰⁸.

No existe fuerza, según la primera de las normas transcritas, en el caso de temor reverencial, esto es, no hay fuerza cuando se tiene miedo de disgustar a las personas respecto de quienes exista una dependencia, como en el caso de un hijo frente a su padre o madre. La fuerza debe ser injusta, vale decir, contraria al Derecho, de manera tal que no existe fuerza frente a la amenaza de un acreedor de demandar judicialmente el cobro de su crédito. Empero, se ha dicho que la amenaza de una demanda para impeler a celebrar un acto jurídico que no guarda relación con el derecho, si es un caso de fuerza injusta. La fuerza debe ser determinante, es decir, que sin ella el afectado no hubiese celebrado el contrato.

Por otro lado, según el artículo 1457 del CCCh., la fuerza no necesariamente debe provenir de la parte de se aprovecha de ella, sino que también puede provenir de un tercero, caso en el cual, puede suceder que la contraparte de la víctima de la fuerza no tenga injerencia alguna en ella. No obstante esta situación, la fuerza igualmente vicia el consentimiento.

Se discute si existe fuerza en los casos de estado de necesidad, como si una de las partes se aprovecha del estado de necesidad del otro para celebrar un negocio jurídico. Se ha señalado que, pese a que en el Derecho comparado se regula esta situación, en Chile la fuerza debe provenir de otro, aunque no sea una de las partes, de manera que no existe fuerza en casos de estado de necesidad, en tanto vicio del consentimiento. En todo caso, hay quienes señalan que interpretando ampliamente el artículo 1457 del CCCh. cabría admitir esta posición, ya que esta norma no impide que la fuerza emane de una persona, sino que dice que no es menester que provenga de la contraparte, además de que lo que en verdad vicia el consentimiento es el temor que es capaz de padecer la persona afectada.

¹⁰⁸ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 555.

Como se dijo antes, en España se regulan la violencia y la intimidación como vicios de la voluntad, que están recogidos en los artículos 1267 y 1268¹⁰⁹ del CCE.

Por su parte, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón señalan que la violencia puede ser absoluta, lo que supone el uso de una fuerza bruta y material que impide la voluntad. Lo anterior es distinto a la coacción psíquica que en verdad no sustituye la voluntad, mas coadyuva a que no se preste libremente¹¹⁰. Sin perjuicio de lo dicho, los autores apuntan luego que les parece dudoso que la primera situación pueda ser calificada de vicio de la voluntad, ya que les parece que más que un vicio, en la práctica lo que falta es precisamente la voluntad¹¹¹.

En cuanto a la intimidación o fuerza moral (*vis compulsiva*, ya que se ejerce sobre el ánimo), según Manuel Albaladejo importa que un sujeto amenaza injustamente a otro, quien intimidado por el mal que sufrirá si no consiente, declara su voluntad en el sentido deseado por el que amenaza. Se dice que existe una voluntad, pero ésta está coaccionada, la intimidación es determinante, ya que, si bien se contrata en conciencia, no se es absolutamente libre para realizarlo¹¹².

¹⁰⁹ Ambas normas prescriben, respectivamente, que “*hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato*”. Por su parte, el artículo 1268 reza que “*La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato*”.

¹¹⁰ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 50.

¹¹¹ Por su parte de Castro y Bravo sostiene que en virtud de la redacción del artículo 1267.1 “*por sí solas, llevarían a pensar que se está definiendo la “vis absoluta” o “vis ablativa”, la que privando del todo excluyendo la voluntad, hace que falte también la declaración de voluntad. A esta conclusión se opone el que la violencia es considerada en el artículo 1.267, no con efecto de privar del consentimiento, sino con el propio de un vicio de la voluntad; ya que el Código estima que el consentimiento prestado por la violencia, da lugar a un contrato en el que concurre el consentimiento de los contratantes, aunque eso sí, adolece de un vicio que permite invalidarlo (arts. 1.300, 1.301). Es necesario, por tanto, concluir que el Código se refiere a la “vis impulsiva”, que vicia, pero que no excluye la voluntad (“voluntas coacta, sed tamen voluntas”) ... Sin embargo, el autor referido expresa que “Tendiendo en cuenta estos antecedentes, no parece ya injustificada la pretensión del Código de considerar la violencia como vicio especial de la voluntad. No tendrá interés práctico distinguirla, cuando con la violencia física se origine una intimidación jurídicamente apreciable; importará en los supuestos de falta de libertad, en las que no se aprecien o prueben los requisitos de la intimidación”*. De Castro y Bravo, Federico: Ob. Cit. P, 134-135.

¹¹² Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 414.

Luego, el autor mencionado, procede a analizar los factores que intervienen en este vicio del consentimiento, a saber:

a) Debe concurrir un mal, que ha de ser inminente y grave y recaer sobre la persona o bienes del intimidado o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Debe ser inminente, es decir, próximo a ocurrir si no se consiente. Debe ser grave, en el sentido de que debe ser un mal importante o de entidad, añadiendo que al parecer, ese mal debe ser mayor que el mal que importa la declaración de voluntad. Ese mal debe recaer sobre la persona o bienes del intimidado o de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Empero, es de la opinión que puede recaer sobre la persona o bienes de otras de las personas que no indica la norma, siempre que intimide al sujeto de quien se quiere cierta declaración. Dicho mal puede emanar de quien se aprovecha de la declaración como de una tercera persona.

b) La amenaza es también una exigencia copulativa para así obtener una declaración de voluntad. Se ha señalado que, en el evento de existir un peligro para el sujeto, y que el otro puede evitar, si no lo hace sino a condición de que declare su voluntad en un determinado sentido, existe también una intimidación. No existe amenaza cuando es el propio atemorizado quien, para evitar el mal que teme, celebra un negocio sin ser obligado por alguna persona.

La amenaza debe ser injusta, es decir antijurídica. En este sentido, siempre es injusto la amenaza de un mal injusto, pero también lo es la amenaza de un mal justo en sí, como por ejemplo amenazar con denunciar un delito si el autor no dona cierta suma. En suma, dice Manuel Albaladejo, para juzgar la justicia o inocuidad de una amenaza, debe atenderse al medio utilizado, al resultado perseguido y la relación entre ambos, ya que puede ocurrir que el Derecho considere injusta la utilización de uno para lograr el otro, no obstante ser ambos lícitos per se.

c) El temor debe ser racional y fundado, al menos aparentemente.

d) Debe existir una relación de causalidad entre la amenaza del mal y la declaración, a fin de evitar el mal con la emisión de voluntad. En fin, la amenaza debe ser determinante.

Finalmente, para determinar la concurrencia de la intimidación como vicio de la voluntad, deberá atenderse a la edad y a la condición de la persona. Esto constituye un criterio objetivo

relativo, ya que de esta forma se compara la situación concreta con lo que habría resultado si una persona media hubiese intervenido en el mismo caso práctico.

2.3. El dolo

El dolo constituye otro vicio del consentimiento, lo que se predica tanto en el Derecho civil español como en chileno. Sin perjuicio de lo anterior, también en ambos ordenamientos jurídicos interviene en otras instituciones no sólo en el Derecho civil, sino también del ordenamiento jurídico en general.

En el CCCh. el dolo aparece definido en el artículo 44 inciso final como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*. Hernán Corral explica que para que exista dolo es menester la existencia de una conciencia sobre el acto que voluntariamente se está realizando. Esta es la manera en que debe interpretarse la expresión “positiva” que emplea la definición anotada, es decir, en el sentido de una conducta, sea que se trate de una acción o una omisión querida. Por ello un dolo directo, indirecto o eventual están incardinados en el concepto. Por otra parte, la voz “injuria” está tomada en el sentido de injusto o contrario a Derecho, de manera tal que no debe restringirse a daño u ofensa. Ahora bien -continúa el autor- el dolo interviene, al menos en materia Civil, en tres ámbitos:

1.- Como elemento del delito civil en la responsabilidad aquiliana, de conformidad a los artículos 2284¹¹³, 2314¹¹⁴ y 2329¹¹⁵ del CCCh.

2.- Como agravante de la responsabilidad contractual.

¹¹³ *“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 ellas.*

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”.

¹¹⁴ *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.*

¹¹⁵ *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

Son especialmente obligados a esta reparación:

1º. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;

2º. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;

3º. El que, obligado a la construcción de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él”.

3.- Como vicio de la voluntad¹¹⁶.

El dolo como vicio del consentimiento no está definido en el CCCh., sin embargo, doctrinariamente se dice que es *“la conducta realizada por una persona para engañar a otra e inducirla, mediante ese engaño, a celebrar o ejecutar un acto o contrato”*. Cuando concurre el dolo -dice el autor- en verdad lo que acontece es un error de la persona que sufre el engaño. Empero, conviene establecer el dolo como un vicio separado del error, ya que, como se sabe, no todo error vicia el consentimiento, además de que debe ser excusable, juntamente con la concurrencia de otras condiciones. Al existir un dolo, se prescinde de las exigencias del error, debiéndose probar solo la celebración de contrato mediante dolo¹¹⁷. En igual sentido se manifiesta Manuel Albaladejo, quien indica que la conducta dolosa provoca un error en el otro contratante, para efecto de obtener una declaración de voluntad que sin él no se hubiese logrado¹¹⁸.

Varias son las clasificaciones que se predicán del dolo¹¹⁹, pero para los efectos de este trabajo, los que interesan son el dolo principal e incidental. El primero es aquel que ha sido determinante para manifestar la voluntad. En segundo, en cambio, no ha sido determinante para la celebración del contrato, pero de no haber mediado, la parte que lo sufrió lo hubiese celebrado en términos más favorables para él¹²⁰.

El artículo 1458 del CCCh. establece las condiciones necesarias del dolo para que concurra como vicio de la voluntad¹²¹. Por consiguiente, de la norma transcrita al pie, se desprende que para que el dolo vicie el consentimiento es menester que sea obra de una de las partes. Además, debe ser principal, esto es, determinante para celebrar el contrato. Si concurren los requisitos del dolo, la víctima de él puede demandar la nulidad relativa del contrato. En evento que no sea así, el dolo solo dará lugar a la indemnización de perjuicios en contra de

¹¹⁶ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. Pp. 560-561.

¹¹⁷ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 561.

¹¹⁸ Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 420.

¹¹⁹ Dolo bueno, dolo malo, dolo positivo, dolo negativo o reticencia dolosa, dolo pasado y dolo futuro.

¹²⁰ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 563.

¹²¹ (1) *“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. (2) En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”*.

quienes lo han fraguado o aprovechado de él. Esta acción, se ha dicho, subsiste también cuando el dolo es un vicio del consentimiento¹²².

El art. 1269 CCE se refiere al dolo¹²³. Al igual que en el caso chileno, la norma española habla de “palabras o maquinaciones insidiosas”, lo que induciría a pensar que solo se refiere a actos positivos. Empero, ello no es así, de manera tal que se incluyen las omisiones. En efecto, como indican Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, “*Este dolo omisivo también es relevante porque la buena fe impone el deber de informar de la veracidad de aquellas circunstancias que se sabe o debe saberse que inducen a la otra parte a contratar*”¹²⁴.

Respecto a su tratamiento en el ordenamiento jurídico español, la situación es similar a la realidad jurídica chilena. El dolo, de conformidad al artículo 1270 del CCE, para que de él devenga la ineficacia del contrato, es menester que sea grave y obra de una de las partes (la norma exige que no se comporten ambas en términos dolosos). El dolo incidental (entendido en los mismos términos que en el Derecho civil chileno) solo da lugar a la indemnización de perjuicios. Que sea grave, significa que sin él no se hubiese contratado, mientras que el incidental es aquel que no ha sido determinante para contratar, aun cuando se ha expuesto que es igualmente determinante en el sentido de que lo ha sido para celebrar el contrato en los términos hechos¹²⁵. El *dolus malus*, puede ser causante o incidental. Con el primero se obtiene la declaración de voluntad, de manera que sin su intervención no se hubiese obtenido, mientras que el dolo incidental no incide en la obtención de la declaración de voluntad, pero sin él, se hubiese logrado en otros términos y en condiciones más favorables para el que lo sufre. Cuando existe un dolo incidental no estamos en presencia de un dolo vicio del consentimiento, sino más bien frente a un hecho ilícito¹²⁶.

Ahora bien, sentada la base de qué dolo vicia el consentimiento, es menester precisas sus condiciones para configurarlo: Se precisa, primero que todo, de un comportamiento engañoso, que constituye el elemento objetivo, como ingrediente hay que añadir el ánimo de

¹²² Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. Pp, 564-565.

¹²³ “*Hay dolo, cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”.

¹²⁴ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 52.

¹²⁵ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: Ob. Cit. P. 52.

¹²⁶ Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 421.

engañar para obtener una declaración (*animus decipiendi*, o elemento subjetivo), se suma la producción del engaño o error, y, como antes mencionamos, que éste sea determinante para la declaración de voluntad.

En cuanto al primer requisito, es menester que sea grave, que es distinto de que sea determinante, en tanto debe tener la envergadura necesaria para inducir a declarar en cierto sentido. Tratándose de un contrato, y conforme al artículo 1269 del CCE, cuando el dolo emana de un tercero, en principio, no es impugnabile la conducta dolosa, sino sólo habrá lugar a la indemnización de perjuicios, y, eventualmente a impugnar la declaración si se configura el error como vicio del consentimiento. Si el comportamiento doloso del tercero es conocido y aprovechado por uno de los contratantes, puede constituir un dolo vicio por cuanto ese contratante actuó por omisión. Si el tercero sirve de instrumento de una de las partes para actuar dolosamente, se considera que quien actuó con dolo es el contratante, y el tercero el mero ejecutor del acto engañoso.

Respecto al elemento subjetivo, es necesario a la existencia de un *animus decipiendi*, que es el engaño para obtener una declaración. Esta condición no requiere un propósito de dañar, sin perjuicio de existir una conciencia de producir un daño al declarante y un rédito para quien engaña.

El otro requisito es el error del declarante inducido por el engaño. Respecto a este presupuesto, no es necesario que se configure un error en tanto vicio del consentimiento, pero sí debe ser excusable.

Finalmente, como última condición, es necesario que el error sea determinante, vale decir, que con él se haya inducido a celebrar un contrato, que, sin su intervención, no se hubiera celebrado¹²⁷.

3. La lesión

En el ordenamiento jurídico chileno la lesión no es considerada como un vicio de la voluntad, ya que a la luz del artículo 1451 del CCCh. solo lo son el error, la fuerza y el dolo. Ahora bien, esta figura no está definida en la ley, no obstante, la doctrina ha cumplido ese encargo. Así, se dice que es “*el perjuicio que sufre alguna de las partes de un acto jurídico oneroso*

¹²⁷ Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. Pp, 421-425.

cuando se produce un desequilibrio grave entre las prestaciones recíprocas". En este ordenamiento jurídico la lesión, por regla general, no anula el contrato¹²⁸, sino sólo cuando es enorme y está expresamente regulada como sanción. Está especialmente consagrada para el contrato de compraventa de bienes raíces, según el art. 1888 y siguientes del CCCh.¹²⁹⁻¹³⁰.

Las normas sobre lesión en el caso señalado se aplican también a la permuta de bienes raíces, según el artículo 1900¹³¹ del CCCh. Además, se consagra esta figura para la cláusula penal desproporcionada (art. 1544 del CCCh.¹³²), a los intereses excesivos en el mutuo (art. 2206 del CCCh.¹³³), en la anticresis (art. 2443 del CCCh.¹³⁴), en la partición de una comunidad

¹²⁸ Con respecto a la nulidad, conviene hacer la siguiente prevención: En Chile la nulidad puede ser de dos tipos: la nulidad absoluta y la nulidad relativa. De conformidad al artículo 1682 del CCCh., son nulos absolutamente los actos y contratos que contienen un objeto o causa ilícita, cuando se omitió algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. También se genera la nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. La norma mencionada concluye señalando que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. De lo anterior se desprende, entre otras cosas, que en Chile la nulidad relativa y la rescisión son lo mismos.

En cambio, en el ordenamiento jurídico español claramente se distingue la anulabilidad, la nulidad relativa y la rescisión; consecuencias toda que derivan de distintas causas que no corresponde tratar por los fines de este trabajo.

¹²⁹ *"El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme"*. Luego, el artículo 1889 señala que *"El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato"*.

¹³⁰ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 566.

¹³¹ *"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio"*.

¹³² *"Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él. (2) La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. (3) En el primero se podrá rebajar la pena en todo lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular. (4) En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme"*.

¹³³ *"El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente"*.

¹³⁴ *"Las partes podrán estipular que los frutos se compensen con los intereses, en su totalidad, o hasta concurrencia de valores. (2) Los intereses que estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo"*.

(art. 1348.2 del CCCh.¹³⁵) y en la aceptación de la asignación por causa de muerte (art. 1234 del CCCh.¹³⁶).

En cuanto a la sanción de la lesión, esta varía según el caso. En algunas ocasiones podrá pedirse la rescisión o nulidad relativa del contrato, como ocurre en la compraventa de bienes raíces, y en otras, el acto o contrato no es ineficaz, pero puede exigirse la reducción excesivamente onerosa. Ahora bien, salvo en el caso de la aceptación de la asignación por causa de muerte, cuando se permite dejar sin efecto el acto o contrato, la ley no prescribe que la desproporción de las prestaciones sea consecuencia de una voluntad limitada o restringida a algún error o coacción, de manera tal que basta la desproporción, incluso cuando la parte lesionada contrató en conciencia de la lesión¹³⁷.

En el derecho español la lesión está tratada a propósito de la rescisión, como forma de ineficacia de un negocio jurídico. En dicho ordenamiento tampoco es considerada un vicio del consentimiento. Si en el ordenamiento jurídico chileno la lesión tiene una aplicación restrictiva, en el español aún más. Las normas pertinentes son los arts. 1293 y 1294 del CCE.

En todo caso conviene dejar en claro lo siguiente: en España más que hablar de la lesión como figura establecida para combatir la desigualdad de las prestaciones, y habida consideración de la distinción entre rescisión y nulidad, es mejor hablar de rescisión como figura dispuesta por el legislador para declarar ineficaz un contrato que contiene una desproporción de las prestaciones de las partes, siendo la lesión un caso específico que conduce a la ineficacia del contrato. En efecto, como explica María Linacero, el CCE trata la lesión como consecuencia de varias situaciones, dentro de las cuales cabe distinguir la rescisión como consecuencia de la lesión y la acción revocatoria por fraude de acreedores¹³⁸.

¹³⁵ “La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota”.

¹³⁶ “La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. (2) Esta regla se extiende aún a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. (3) Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad”.

¹³⁷ Corral Talciani, Hernán: Ob. Cit. P. 567.

¹³⁸ Linacero de la Fuente, María: “Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. P. 34.

Sobre este t3pico, Luis D3ez-Picazo y Antonio Gull3n sostienen que la rescisi3n est3 establecida para reparar un perjuicio econ3mico que el contrato engendra a ciertas personas, haci3ndolo ineficaz. El contrato es v3lido, pero por motivo del perjuicio econ3mico, y en tanto no exista otro remedio jur3dico, la parte afectada tiene acci3n de rescisi3n. De esta manera, la mencionada acci3n es excepcional¹³⁹ y subsidiaria debido a los art3culos 1290 y 1294, ambos del CCE¹⁴⁰. Sin embargo, los autores mencionados ponen de manifiesto que, pese a la causa de la rescisi3n, cual es, el perjuicio econ3mico, el CCE impone dicha sanci3n para otros supuestos distintos, como son las situaciones contempladas en los art3culos 645, 1454, 1595, 1818, y otros, todos del CCE¹⁴¹. En igual sentido se pronuncia Mar3a Linacero, quien sostiene que *“como hemos anticipado, la rescisi3n por lesi3n no se agota en la regulaci3n ubicada dentro de la rescisi3n de los contratos (arts. 1290-1299), referida a las hip3tesis residuales de personas sujetas a tutela o ausentes. En dicho sentido, la rescisi3n por lesi3n prevista en el CC comprende, no obstante el tenor literal del art. 1293 CC, no solo los supuestos previstos en el art. 1291.1º y 2º, sino tambi3n otros casos de negocios jur3dicos v3lidos que pierden sobrevenidamente su eficacia por lesi3n (arts. 1074, 406, 1410, 1708 CC), supuestos a los que debe a3adirse la rescisi3n por otros motivos legales (arts. 1291.5º)”*¹⁴².

La rescisi3n descansa en el principio de equidad, y constituye el instrumento corrector de la desigualdad que el contrato puede ocasionar a una de las partes o a un tercero¹⁴³, lo cual es refrendado por De Castro y Bravo cuando se3ala que *“La rescisi3n es tambi3n, como la anulabilidad, una figura de ineficacia, en la que el ejercicio de la acci3n impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que, a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la existencia de 3ste, sino que se limita a ser un remedio “in extremis”, arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley, pero que se estima especialmente injusto. Cabe, por ello, decir que el negocio rescindible es: un negocio v3lidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para*

¹³⁹ Difiere de esta opini3n Linacero de la Fuente, Mar3a: Ob. Cit. P. 32.

¹⁴⁰ Diez-Picazo, Luis y Gull3n, Antonio: Ob. Cit. P. 103.

¹⁴¹ Diez-Picazo, Luis y Gull3n, Antonio: Ob. Cit. P. 105.

¹⁴² Linacero de la Fuente, Mar3a: Ob. Cit. P. 38.

¹⁴³ Linacero de la Fuente, Mar3a: Ob. Cit. P. 31.

el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado”¹⁴⁴.

Sin perjuicio de todo lo dicho, se ha indicado que los supuestos de rescisión contenidos en el art. 1291 del CCE. no son casos propiamente tales de rescisión por lesión. La esencia de la rescisión descansa en la *lex secunda*, que fue acogida en Cataluña y Navarra, que concedía dejar sin efecto una venta por lesión enorme, por razones de equidad, cuando el precio pagado era inferior a la mitad de su valor. De hecho, la regulación española se aparta de la tendencia del Derecho Contractual europeo, además de alejarse de los ordenamientos civiles comparados y, específicamente, de los de Cataluña y Navarra¹⁴⁵.

Por otra parte, la solución jurídica del Derecho civil catalán es distinta de la española e incluso del tratamiento que el ordenamiento jurídico chileno dispensa. Dicha figura se encuentra consagrada en los artículos 621-46¹⁴⁶ y siguientes del CCCat., y no es más que el corolario de toda una tradición sobre la materia, que ya estaba consagrada en los artículos 321 a 325 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña¹⁴⁷.

Respecto a las características de la lesión, conviene señalar que la regulación catalana es actualmente más amplia, por cuanto se extiende no solo a los bienes raíces, sino que también a los bienes muebles. Además, pueden sufrir lesión cualquiera de las partes contratantes y no solo uno de ellos (en este punto coincide con la norma chilena). Respecto a los negocios jurídicos que pueden dar lugar a la lesión, no se circunscriben a la compraventa; su uso se extiende a cualquier negocio oneroso, excluyéndose los negocios gratuitos y aleatorios. Por otro lado, para que se configure es menester, como indica la norma transcrita, que el valor de mercado de la prestación que recibe la parte perjudicada sea inferior a la mitad del valor de

¹⁴⁴ De Castro y Bravo, Federico: Ob. Cit. P. 520.

¹⁴⁵ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. Pp, 35-36.

¹⁴⁶ “1. El contrato de compraventa y los demás de carácter onerosos pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza. 2. En el caso a que se refiere el apartado 1, la otra parte puede oponer que el pretendido desequilibrio se justifica en el riesgo contractual propio de los contratos aleatorios o en la existencia de una causa gratuita. 3. En los supuestos de opción de compra, el desequilibrio a que se refiere el apartado 1 debe existir en el momento en que se pacta la opción”.

¹⁴⁷ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni y Bosch Capdevila, Esteve: “Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2018. P. 397.

mercado de la prestación que realiza. En cuanto al momento en que debe apreciarse dicha circunstancia, la lesión debe presentarse al tiempo de celebrarse el respectivo contrato.¹⁴⁸

4. Las cláusulas abusivas

No obstante la amplitud de la expresión “cláusulas abusivas”, por cuanto podría presentarse en todo contrato, cualquiera que sea su naturaleza y las partes que lo celebran, la expresión está reservada para una especial categoría contractual, donde intervienen también una determinada clase de partes, denominados contratos de consumo, que son aquellos celebrados por consumidores o usuarios, por una parte, y empresarios o profesionales, por el otro.

En verdad, podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que todo el ordenamiento jurídico protector del consumidor y del usuario constituye una reacción del Estado frente a la falta de libertad que ellos tienen cuando celebran un contrato de consumo con un empresario o profesional. La protección dispensada abarca varias y distintas medidas, que van desde la prohibición de ciertas cláusulas, hasta la imposición de otras.

Dentro de las primeras, podemos incluir la regulación de las cláusulas abusivas, que resultan de la preponderancia de una de las partes por sobre la otra, quien impone las estipulaciones contractuales, las que evidentemente le benefician, quedándole a la contraria la sola alternativa de rechazar o aceptar el contrato, jurídica y teóricamente hablando, ya que en los hechos, la fuerza de las cosas le constriñen a contratar¹⁴⁹. Las cláusulas abusivas son una manifestación de la deslealtad en los contratos, que afecta a los contratantes débiles,

¹⁴⁸ Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni y Bosch Capdevila, Esteve: Ob. Cit. Pp, 398-399.

¹⁴⁹ Las cláusulas abusivas guardan relación con los contratos tipo, con las condiciones generales de contratación y con los de adhesión. De esta guisa, las condiciones generales de la contratación, es decir, las cláusulas o disposiciones establecidas con antelación, de manera abstracta, para ser empleadas después en una serie ilimitada de contratos concretos, no siempre emanan de un contrato tipo. Los contratos tipos son una manera de realizar condiciones generales. Siendo el concepto de condiciones generales más amplio y sustantivo que el de acuerdos normativos o contratos tipo. Si la redacción anticipada deriva de la voluntad de una sola persona o predisponente, entonces, no hay contrato tipo ni contrato previo alguno. Cada contrato particular que se concluya calcando el cliché o modelo predispuesto por el oferente, será simplemente un contrato por adhesión. Si las condiciones generales son el resultado de un contrato tipo unilateral o cartel, los contratos ulteriores serán habitualmente contratos por adhesión. En cambio, si aquellas resultaron de la composición de intereses divergentes, el contrato tipo bilateral que las establece aparece como remedio que morigera la adhesión. López Santa María, Jorge: Ob. Cit. P. 156.

especialmente a los consumidores, aunque también puede menoscabar a determinados empresarios¹⁵⁰: Por ejemplo, en el transporte aéreo o marítimo, en virtud de los cuales las empresas de aerolíneas, armadores o navieros fijan el texto de los contratos que celebran con los empresarios exportadores o importadores, sin darles espacio para negociar las cláusulas contractuales. Otro tanto sucede con los aseguradores de las cargas¹⁵¹.

En el Derecho español, la regulación de las cláusulas abusivas se contiene principalmente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (RDL), a través de diversas normas diseminadas en dicho cuerpo normativo que establecen casos en que se entienden que existen cláusulas abusivas. Es menester tener presente, además, el art. 123-2 del Código de consumo de Cataluña.

En el Derecho chileno, las cláusulas abusivas están reglamentadas en la Ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de consumidores, específicamente en su artículo 16, el cual prevé, a la usanza del Derecho de consumo español (pero con menos desarrollo) un catálogo de cláusulas que son consideradas abusivas, además de establecer una causa genérica¹⁵².

¹⁵⁰ A este respecto, Vincenzo Roppo sostiene que, en la actualidad, el legislador europeo, a través de distintos instrumentos jurídicos, viene en otorgar protección a la parte débil del contrato, aun cuando éste no sea un consumidor. Dicha protección, hoy por hoy, se dispensa en términos generales a todo aquel que sea débil con respecto a otro, sea que se trate de otro empresario o, en términos generales, un cliente. Para un estudio más acabado véase: Roppo, Vincenzo: “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”. Artículo consultado el 29 de julio de 2019 desde la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3688567>

¹⁵¹ López Santa María, Jorge: Ob. Cit. Pp. 157-158.

¹⁵² Prescribe el referido artículo 16, que “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión, las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones, o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; f) Incluyan espacios en blanco, que no haya sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos

5. Los vicios de la voluntad, la lesión y las cláusulas abusivas como protección del consentimiento

¿Constituyen los vicios del consentimiento (error, fuerza/violencia, intimidación y dolo), la lesión y las cláusulas abusivas una manera de preservar el consentimiento libre y, por ende, la libertad contractual? Nos parece que la respuesta sí. Sin embargo, queremos matizar lo dicho, ya que, nos parece, que en la lesión la tutela es más bien indirecta.

Los vicios del consentimiento son circunstancias externas (como la fuerza, la intimidación, la violencia y el dolo), pero también pueden ser internas (como el error) que afectan la voluntad de una de las partes. Para algunos, tales alteraciones no eliminan la voluntad, pero interfieren en ella. Para otros, en cambio, no existe voluntad, ya que esta no es libre, en tanto no está totalmente exenta de perturbaciones¹⁵³. Sin perjuicio de la distinción anterior, lo cierto es que dichas patologías afectan a la voluntad y por ende a la libertad. Por esta razón es por lo que el legislador contempla la ineficacia del contrato cuando concurren, para efecto de preservar el consentimiento, ya que entiende que es el elemento preponderante de todo negocio jurídico, y, por consiguiente, debe prestarse correctamente, dispensándose mecanismos de corrección cuando ello no acaece. Ahora bien, esto es sin perjuicio de las exigencias que el legislador establezca para que estas tesituras entrañen un vicio de la voluntad.

En el caso de la lesión, el legislador prevé distintos mecanismos para corregir su concurrencia, es decir, cuando el negocio jurídico comporta una lesión para una de las partes.

causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a las exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recurrarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiere designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio del otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales. En todo contrato de adhesión que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recurrarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente.

¹⁵³ No es indiferente arribar a una u otra conclusión, lo que se verá en capítulo final de este trabajo. Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P, 126-130.

Pero su presencia en el ordenamiento jurídico se justifica por la injusticia que el contrato entraña para una de las partes, por cuanto las prestaciones de cada una de ellas resultan desproporcionadas, o, si se quiere, no son equivalentes, matemáticamente hablando. De esta manera, el legislador entiende que, por ejemplo, quien vende o compra en un valor inferior a lo que corresponde, conforme al criterio aritmético que prescribe, dicho contrato genera una injusticia que debe enmendarse. Sin embargo, bien miradas las cosas, nos parece que, con la lesión, indirectamente, también se está protegiendo la voluntad o consentimiento ya que, si bien en el contrato lesivo existe una voluntad, ésta no ha sido libre, en tanto las máximas de la experiencia nos enseñan que vender o comprar en la mitad del valor de la cosa o del precio es porque existió una presión de ciertas circunstancias que impiden detenerse a reflexionar sobre lo que se está haciendo. En el fondo, se contrata por la presión de ciertas circunstancias. Esto es lo normal cuando se vende o compra en estas condiciones.

Podrá decirse que uno es libre para vender y comprar en el valor y precio que se quiera. Y la respuesta es sí, puede hacerlo, pero si vendo una cosa en un precio inferior al del valor del mercado, consintiendo plenamente en dicha circunstancia, entonces no accionaré para restarle eficacia al contrato. Las máximas de la experiencia nos conducen a entender que solo cuando las circunstancias son apremiantes es que demandamos la ineficacia del contrato (u otro remedio dispensado por la ley, según el caso) que por lesión celebramos, lo cual es a consecuencia de presiones graves que nos compelen a contratar. De esta manera entonces, la lesión es una figura con la cual el legislador pretender preservar la correcta prestación de la voluntad. Por este razonamiento es que incluimos a la lesión como una manera de proteger el consentimiento, mas reconocemos que dicha tutela es más bien mediata, ya que el motivo directo por el cual existe esta figura descansa en la falta de reciprocidad de las prestaciones.

Las cláusulas abusivas son también una protección de la libertad práctica. El legislador entiende que en los contratos celebrados en determinados contextos y respecto de ciertas personas, como las convenciones entre consumidores y empresarios, las cláusulas del contrato de adhesión que impone el empresario, que implica una renuncia de importantes derechos como la que lo exime de responsabilidad y, por consiguiente reclamar perjuicios, son el resultado de que el consumidor no fue plenamente libre para aceptar su contenido y efectos, a pesar de que consintió, lo que revela la desigual fuerza contractual.

Como puede verse, podemos concluir sin lugar a equivocarnos que el espíritu general de la legislación, tanto de la chilena como de la española (incluyendo a Cataluña), está impregnada de un afán protector de la voluntad. Podría sostenerse que las instituciones descritas constituyen una excepción, lo que se demuestra por la ausencia de una regla general que abarque todas las circunstancias que proteja el consentimiento a todo respecto. A esto podemos responder que al tiempo de dictarse los códigos civiles chileno y español, a la usanza del primer periodo codificador, solo se contemplaron los casos más usuales que entrañaban una falta de consentimiento o voluntad viciada. Sin embargo, al exigirse el consentimiento como requisito de todo acto o negocio jurídico, se demuestra su preponderancia, de tal suerte que su omisión o falta de integridad ciertamente implica una imperfección del contrato que debe corregirse.

Capítulo III: La ventaja injusta

1. Planteamiento inicial

La ventaja injusta se incardina dentro de los remedios que dispensa el legislador para asegurar un consentimiento libre y espontáneo. Empero, por su extensión y peculiaridad, preferimos destinarle un capítulo propio. La razón para abordar este tema estriba en lo siguiente: la libertad contractual no es absoluta, por cuanto la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, y agregamos a la buena fe, se constituyen en sus limitaciones. Fuera de estos casos, rige plenamente la libertad contractual.

Ahora bien, dijimos también que el consentimiento debe ser pleno, libre de vicios y de condiciones externas graves que fuercen a prestarlo o a hacerlo defectuosamente. Vimos cómo el legislador protege este consentimiento cuando entiende que no es libre: los casos de vicios de la voluntad (error, la fuerza, el dolo), de la lesión (con la salvedad antes anotada¹⁵⁴) y la protección que dispensa frente a las cláusulas abusivas, son un claro ejemplo de lo expresado. En estas circunstancias el legislador establece determinadas sanciones que dependerán de la causal específica aplicable al caso concreto. La regla general, eso sí, es la ineficacia del contrato y dentro de esta la situación varía. No huelga decir que cuando no existe consentimiento el legislador también establece sanciones que van desde la inexistencia jurídica hasta la nulidad absoluta del contrato, ya que este es un requisito de existencia o elemento esencial de él.

La pregunta que surge es: ¿además de estos casos, puede haber otras causas que inhiban o limiten el consentimiento y que merezcan sanciones similares a las otras situaciones mencionadas? La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. Empero, lo que sucede es que los códigos civiles decimonónicos que mantienen su texto original no contienen reglas expresas que permita extender esas mismas sanciones a casos similares a los planteados. Al menos, a primera vista, por cuanto veremos a en el capítulo siguiente, y final de este trabajo, que sí es posible. La situación antes descrita difiere en los nuevos códigos civiles, incluidos aquellos que pertenecen al primer ciclo codificador pero que han sido reformados en tal sentido; y en los instrumentos europeos armonizadores, que sí contienen normas que establecen sanciones para cuando concurren otras circunstancias que inhiben o afectan al

¹⁵⁴ Ver supra II. 5.

consentimiento, constituyendo contextos distintos de las tesis antes mencionadas. A este respecto creemos que los casos que configuran la ventaja injusta son afectaciones a la libertad de contratación y, por consiguiente, al consentimiento.

Si se miran bien las cosas, podemos extraer que se decide sancionar los casos de ventaja injusta porque se entiende que existe una infracción a la buena fe objetiva, que consiste en no aprovecharse del cocontratante que sufre determinadas circunstancias que el legislador estima merecedor de protección. Como antes dijimos, también se protege el otorgamiento de un consentimiento libre, y, por ende, el ejercicio de la libertad contractual plena. Con motivo de todo lo expuesto, es que presta utilidad tratar, aunque sea someramente, la ventaja injusta.

Finalmente queremos hacer la siguiente prevención: En el estudio de la ventaja injusta se prescindirá del tratamiento particular de cada uno de los instrumentos jurídicos que contiene esta figura. La razón, es la extensión limitada de un trabajo como éste, que pretende ser una primera incursión en una investigación que exigirá de un ulterior mayor desarrollo. Por este motivo, cuando se analice la figura, se obviará la manera concreta en que ha sido regulada. Solo se atenderá a las distintas opciones que la doctrina advirtió que se usaron en los diferentes ordenamientos jurídicos e instrumentos de *soft law*, para luego emitir nuestra opinión sobre lo que creemos más adecuada para reglamentar a la ventaja injusta.

2. La ventaja injusta como afectación a la libertad contractual

Que la ventaja injusta es un atentado a la libertad de la voluntad no es una creación nuestra, pues la doctrina se ha manifestado en este sentido¹⁵⁵. Rosa Barceló asegura que la finalidad de la ventaja injusta es tender a la tutela de la integridad del consentimiento prestado sin una plena libertad de elección¹⁵⁶. Como se ve, según la autora mencionada, existe una afectación a la libertad de contratación, en el sentido de no haber podido prestarse el consentimiento con la suficiente autonomía, sino más bien impulsado por las circunstancias de que trata la ventaja injusta. En igual sentido se pronuncia Esther Gómez, quien sostiene que en los casos de ventaja injusta uno de los contratantes o no es enteramente libre o no es plenamente

¹⁵⁵ Así, Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. P. 90, quien sostiene además que constituye una vulneración de la buena fe objetiva, ya que infringe los límites éticos del contrato.

¹⁵⁶ Barceló Compte, Rosa: “La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dir.) “Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017. P. 278.

consciente¹⁵⁷. Y aún más, es de esta opinión también Miquel Martín-Casals, quien señala que todas las situaciones que conforman la ventaja injusta afectan gravemente la autonomía de la voluntad, y por ende, le impide adoptar una actuación económica racional en defensa de sus intereses¹⁵⁸. En suma, quien se encuentra en determinadas situaciones que se usan por la contraparte para obtener un beneficio excesivo en virtud del contrato, en la práctica no es libre, ni lo es tampoco su consentimiento.

3. Incorporación legal de la ventaja injusta

Sin perjuicio de lo dicho en el último párrafo del punto 1., es dable indicar, al menos, dónde se recoge la ventaja injusta¹⁵⁹, a saber: en el BGB su regulación está consagrada en el párrafo 138. También lo está en el art. 21 del Código de las obligaciones suizo. Se contiene en los arts. 1447-1448 del Código civil italiano. A partir de la reforma del *Code*, en el año 2006, se incluyó a la ventaja injusta en el art. 1143 del Código civil francés. En el continente americano, la ventaja injusta es incorporada en el art. 332 del Código Civil y Comercial de Argentina.

Además, fue recepcionada por los textos de Derecho contractual europeo, como el art. 4109 de los *Principles of European Contract Law* (PECL); art. 30.3 del Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Pavia); art. II.- 7:207 de los Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: Marco Común de Referencia (DCFR *Draft Common Frame of Reference* de 2009). Se añaden la Propuesta de modificación del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación o en el art. 527-9 de la Propuesta del Libro V publicada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Gómez Calle, Esther: “Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil”. Editorial Aranzadi, S.A.U. Navarra, 2018. P, 155.

¹⁵⁸ Martín-Casals, Miquel: Ob. Cit. Pp, 258-259.

¹⁵⁹ Por la extensión de este trabajo, no se abordarán los ordenamientos jurídicos que lo regulan ni tampoco los instrumentos armonizadores del Derecho contractual europeo que lo contemplan. El objetivo es menos ambicioso: simplemente mencionar y reflexionar sobre la mejor manera de reglamentarlo; y sin perjuicio de hacer referencia a algún instrumento jurídico en particular.

¹⁶⁰ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. Pp, 91-94.

Nosotros agregamos los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, cuyo art. 37 consagra esta figura, pero allí denominada como “excesiva desproporción”¹⁶¹⁻¹⁶².

4. Las alternativas de reglamentación

En este acápite se abordará las distintas alternativas con que se ha decidido regular la ventaja injusta, opciones que van desde su denominación, pasando por los requisitos necesarios para su configuración.

4.1. El problema de su denominación

La regulación de esta figura en los diversos ordenamientos jurídicos e instrumentos de *soft law* que la regulan, no es homogénea. El desigual tratamiento parte con su denominación, ya que en algunos casos se habla de “excesiva desproporción”, “beneficio excesivo”, “ventaja injusta”, “ventaja manifiestamente excesiva”, “explotación indebida” o “ventajismo”. En cuanto al uso de la expresión “excesiva desproporción” se dice que es más objetiva ya que se dirige a manifestar el desequilibrio que existe en cuanto al contenido del contrato. En cambio, hablar de injusto o excesivo de la ventaja o el beneficio, apunta a lo indebido que es, con lo cual se revela el componente subjetivo de la figura. Por eso, Gómez Calle es de la opinión -que compartimos- de llamarlo en términos que incluya el elemento subjetivo necesario para que se configure. Por consiguiente, sugiere denominarlo explotación injusta, ventajismo, o contratos abusivos o leoninos¹⁶³.

Como adelantamos, no podemos estar más que de acuerdo con la autora, ya que si bien esta figura comparte algunos rasgos con la lesión, lo cierto es que se diferencia de ella en que uno

¹⁶¹ Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos (PLDC). Dichos principios se extrajeron del trabajo consultado el 18 de mayo de 2019, desde la página web https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44

¹⁶² El artículo 37 dispone:” *Excesiva desproporción (1) Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad, si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe. (2) Para calificar lo excesivo de la ventaja deben tomarse en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia. Igualmente debe considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato. (3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe. (4) La parte contra quien se demanda la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.*

¹⁶³ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. P. 153-154.

de los requisitos que debe concurrir para estar en presencia de esta figura, es la obtención de una utilidad que se mira como indebida o inicua de parte de quien se aprovecha de algunas de las circunstancias de necesidad que afecta al contratante débil, motivo por el cual denominarla de una manera que exprese su injusticia nos parece más acertado que hacerlo según una simple diferencia aritmética. Por esta razón, sugerimos llamarla ventaja injusta, ilegítima o indebida, ya que, además de lo anterior, la determinación de su concurrencia en un caso concreto queda entregada al juez a quien se le encomienda la defensa de los valores primarios sobre que versa el ordenamiento jurídico, dándole mayor movilidad frente a una injusticia, al efecto de corregirla. Exigirle a la parte débil de un contrato una determinada cuantificación para su configuración puede dejar fuera de su ámbito de protección alguna situación tremendamente injusta pero que, por no guardar relación con el monto exigido, no se verá favorecida por la norma que la instituye.

4.2. La ventaja injusta y su relación con los vicios del consentimiento

Lo que se pretende con el título es responder a la siguiente interrogante: ¿Dónde regular la ventaja injusta? O si se quiere ¿debe regularse a propósito de qué? ¿Cuál es su marco teórico? Para dar respuesta a esta pregunta, es menester exponer las distintas opciones asumidas en los casos en que la han regulado. Así, se ha optado en regularla dentro de las normas que reglan la validez de los contratos o sus causas de ineficacia, seguidamente de los vicios del consentimiento. La otra opción se enmarcarla en los casos de contravención a las buenas costumbres o la moral.

Según Esther Gómez, en consideración a que la ventaja injusta significa una falta de libertad o de conocimiento, se aproxima a los tradicionales vicios de la voluntad, de tal suerte que le parece oportuno regularla al lado de ellas. Añade que en las hipótesis de ventaja injusta la parte débil no es plenamente libre o consciente, situación que se parece en caso de concurrencia de los vicios del consentimiento. Pero la similitud no descansa solo desde el punto de vista de la parte débil de contrato, sino que también del que se aprovecha. La autora indica que de su parte debe existir una actitud desleal para con la otra, lo que también se exige en los demás casos de los vicios de la voluntad. Empero, advierte una diferencia, que estriba en que en los casos de ventaja injusta la situación de debilidad del contratante puede deberse a situaciones que no fueron ocasionadas por su contraparte. Sin embargo, la

diferencia más notable es que en los vicios del consentimiento no se exige un resultado injusto o desequilibrado, aun cuando en la práctica pueda ocurrir. Lo anterior, se exige en la ventaja injusta, existiendo en este caso un déficit de justicia procedimental que se dirige al proceso de formación del contrato y en la justicia sustantiva que mira a la justicia o injusticia del contenido del contrato¹⁶⁴.

En contra de esta posición se destaca la opinión de Ginés Castellet, para quien la ventaja injusta no se compadece con los clásicos vicios del consentimiento. A su juicio cuando hablamos de ventaja injusta, no basta la influencia indebida para la formación del consentimiento, como para que se configure. Es menester también que esa influencia indebida conlleve un resultado que se representa por el desequilibrio contractual en forma de ventaja excesiva o manifiestamente injusta y en favor de una de las partes.

Reconoce que en la situación que se plantea existe un consentimiento imperfecto que deriva de la explotación desleal de una situación de inferioridad que afecta a una de las partes y que se resuelve en un grave perjuicio para esta última; pero la valoración del contenido contractual está incluida también. Lo anterior no acontece con los clásicos vicios de la voluntad, por cuanto ellos afectan la formación del consentimiento de tal suerte que se entiende que no existió la conciencia y libertad necesaria para una válida construcción de él, donde no importa el contenido del contrato; todo lo cual no ocurre con la ventaja injusta, donde el contenido del contrato debe ponderarse, ya que no solo se considera la inducción a contratar, aprovechándose de su situación, sino que además se requiere que lo induzca a contratar en condiciones injustas para la parte débil y favorables para quien se aprovecha. La autora indica que atender solo la situación desventajosa no es considerada por el ordenamiento jurídico para dispensarle protección, en tanto no se configuren algunos de los clásicos vicios. Lo anterior debe acompañarse con un resultado injusto para el influenciado, motivo por el cual se le ofrece auxilio y remedio a la parte débil. Por esta razón, la autora es

¹⁶⁴ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. P, 154-157. Si perjuicio de la inclinación de la autora, sostiene que igualmente es defendible el tratamiento de la ventaja injusta dentro de aquellos actos que atentan contra la moralidad o buenas costumbres.

de encuadrar a la ventaja injusta dentro de los actos que atenta contra la ley, las buenas costumbres o la moral¹⁶⁵.

A nuestro juicio, la ventaja injusta, a pesar de implicar una ausencia de libertad o un vicio de la voluntad, nos parece que encuadra más como un atentado a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, por cuanto un sujeto, si bien no necesariamente es el causante de la vulnerabilidad de su contraparte, se aprovecha de ella para obtener réditos desproporcionados, lo cual atenta sin lugar a dudas contra de la buena fe objetiva, que viene a ser hoy en día el elemento moralizados del contrato, que exige comportarse correcta y lealmente con su contraparte. De esta guisa, contravenir la buena fe significa vulnerar normas morales que ordenan comportante probamente con el cocontratante.

4.3. Requisitos de configuración

Se señala que son dos las condiciones que deben concurrir para estar frente a un supuesto de ventaja injusta, a saber: un elemento objetivo, representado por el desequilibrio sobresaliente entre las prestaciones de las partes; y otro elemento subjetivo, concretado por la situación de necesidad de una parte que la otra parte aprovecha¹⁶⁶. Estas condiciones deben darse necesariamente en el momento inicial de la convención, es decir, al tiempo de la conclusión o celebración del contrato¹⁶⁷.

No obstante que a continuación se abordarán distintas hipótesis que suelen ser consideradas para configurar los requisitos de la ventaja injusta, se ha señalado que, a pesar de enumeración de casos de ventaja injusta, esta es meramente ejemplificativa, ya que la razón de la norma no es otra que la protección de la libertad de decisión del perjudicado, de manera que puede extenderse esta figura jurídica, analógicamente, a otras situaciones no contempladas expresamente. En este sentido, es la jurisprudencia quien debe establecer el sentido y alcance de los preceptos legales que reglan la ventaja injusta¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ginés Castellet, Nuria: “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”. P, 12-14. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617>

¹⁶⁶ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. P. 90.

¹⁶⁷ Ginés Castellet, Núria: Ob. Cit. P. 16.

¹⁶⁸ Martín-Casals, Miquel: Ob. Cit. P. 259.

4.3.1. Elemento objetivo

El elemento objetivo de la ventaja injusta puede contemplarse siguiendo uno de los dos modelos que a continuación se indican: el primero, es hacer descansar la figura en el desequilibrio de las prestaciones, concurriendo además el elemento subjetivo. La otra opción es exigir este elemento subjetivo, además del objetivo concretado en la desproporción entre las prestaciones de las partes, pero objetivando esta desproporción en un perjuicio normativamente cuantificado. Esta es la opción preferida por María Linacero, para quien el motivo de su inclinación descansa en el justo equilibrio entre el principio de equidad, el principio de libertad y el de seguridad jurídica, sin perjuicio de que reconoce que esta última no es la opción seguida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos que la establecen¹⁶⁹.

En contra a esta opinión se pronuncia Rosa Barceló, para quien el requisito objetivo no debe ser cuantificado, sino que debería ser indeterminado. Su posición estriba en que para determinar el elemento objetivo es necesario sopesar los términos del contrato y su contexto. Por consiguiente, lo anterior impide valorar el desequilibrio injusto conforme a una regla rígida, similar a la lesión, de manera que se requiere contar con criterios flexibles y abiertos¹⁷⁰. De la misma opinión es Esther Gómez, cuando indica que dicha configuración puede dar lugar a resultados arbitrarios e injustos si se fija una cuantía mínima de la lesión ocasionada por la ventaja injusta. Agrega que debe preferirse expresiones que no solo consideren un desequilibrio económico, sino también otros criterios que signifiquen, en todo caso, la atribución de una ventaja injustificada¹⁷¹. En el fondo, lo que la autora refiere es que, además de la exigencia de inequidad procedimental del contrato, exista también una injusticia sustancial en el mismo.

Cuando se usan fórmulas abiertas como las propuestas por las autoras antes mencionadas, y siguiendo nuevamente a Gómez Calle, surge la pregunta sobre los criterios que hay que atender para precisar la excesiva injusticia de la ventaja. En este extremo, sostiene que debe tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso, como las condiciones normales del mercado para el contrato específico, el cotejo del beneficio obtenido en el contrato específico con los que obtendría un contrato en situaciones normales y entre partes con igual poder

¹⁶⁹ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. Pp. 99-101.

¹⁷⁰ Barceló Compte, Rosa: Ob. Cit. Pp. 276-277.

¹⁷¹ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. P. 175

negociador. En el caso de desequilibrios económicos, habrá que considerarse el valor objetivo de las prestaciones al tiempo del contrato. Debe también tenerse en cuenta el contrato en cuanto un todo, ya que la desproporción en el precio u otras estipulaciones puede verse compensada por otras estipulaciones del contrato que le sea favorables. En fin, enfatiza la autora en que debe prestarse atención a la naturaleza y finalidad del contrato, además de las circunstancias que lo rodean para poder determinar la injusticia de la ventaja obtenida.

Esta opción de no cuantificar la desproporción a diferencia de lo que ocurre en la lesión - según la autora antes mencionada- lo es sin perjuicio de que, ante la dificultad en concretar lo excesivo o desleal de la ventaja, pueda establecerse reglas que presuman su existencia cuando se presenta una desproporción de cierta entidad. Esto no se opone a lo que se viene diciendo, se asegura, ya que se admite prueba en contrario, además de que no impide la apreciación de la ventaja injusta por debajo del umbral del cincuenta por ciento¹⁷².

Por su parte, Ginés Castellet, sostiene que la cuantificación es preferible para establecer la ventaja excesiva si la prestación lo permite. Con esta opción, la autora no dice que un desequilibrio inferior no configure la ventaja injusta. Ella refiere que, si la inequidad entre las prestaciones es en una proporción igual o superior al cincuenta por ciento, la ventaja de la parte beneficiada es excesiva, sin perjuicio de probar las demás condiciones exigidas (subjetivas) para que se dé la ventaja injusta. La autora señala que lo que propone es que si la desproporción del caso es igual o mayor que el patrón *ultra dimidium* (cincuenta por ciento), se entiende que existe desproporción enorme, sin perjuicio que desproporciones inferiores merezcan protección, siempre que deba probarse con mayor énfasis el hecho de que estamos frente a un contrato enormemente desequilibrado. Lo anterior, tampoco quiere decir que establecida la desproporción enorme deba prescindirse de probar los demás elementos de la explotación injusta, ya que deben probarse en todo caso todos los elementos de la ventaja indebida¹⁷³.

Al respecto, nos parece acertada la opinión de la citada doctrina que estima que no es conveniente usar términos matemáticos para configurar el elemento objetivo. Esto que venimos diciendo, guarda relación con el nombre que a la figura en cuestión deba dársele.

¹⁷² Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 173-177.

¹⁷³ Ginés Castellet, Núria: Ob. Cit. Pp. 16-19.

En efecto, si estamos frente a una denominación como del tipo “ventaja injusta” o “ventaja indebida”, o “ventajismos”, o “ventaja manifiestamente injusta”, es porque el criterio objetivo no está sometido a un cálculo aritmético. Esta nos parece una buena línea a adoptar para asentarse por los textos legales. Nos parece que con este criterio es posible flexibilizar el instituto en casos injustos que merecen ser corregidos por los remedios de la ventaja injusta. Lo que se dice es sin perjuicio de establecer, según se ha señalado, presunciones de resultado injusto siempre que la prestación determinada así lo permita.

4.3.2. Elemento subjetivo

Respecto al elemento subjetivo compuesto por la situación de necesidad, Barceló añade que, a más de esto, dicho elemento se compone también del abuso o provecho que obtiene una de las partes, a expensas del estado de necesidad de la otra¹⁷⁴. En la misma línea se pronuncia Esther Gómez¹⁷⁵.

4.3.2.1. Estado de vulnerabilidad de una de las partes

Una de las condiciones que configura el elemento subjetivo de la ventaja injusta es la relación de vulnerabilidad de una de las partes, que no necesariamente debe ser provocada por la contraparte. Cuando se regula esta situación, se mencionan las causas en las cuales se entiende que existe una situación de vulnerabilidad, aun cuando no siempre sean las mismas en los distintos ordenamientos jurídicos e instrumentos de armonización que la contemplan. Esther Gómez parte de la distinción entre situaciones de falta de libertad, dentro de las cuales se encuadran varias circunstancias; y falta de conciencia, donde confluyen otras tesis.

Por su parte, Nuria Ginés señala que las hipótesis que configuran la minusvaloración de una de las partes es la disminuida capacidad crítica y volitiva que impide actuar adecuadamente conforme a sus intereses. Estas causas pueden ocurrir por la imposición de las circunstancias que lo obligan a contratar a pesar de saber que lo que está haciendo es perjudicial para sus intereses, como ocurre en los supuestos de dependencia o estado de necesidad. Otros supuestos descansan en la imposibilidad de la parte perjudicada de percibir adecuadamente

¹⁷⁴ Barceló Compte, Rosa: Ob. Cit. P. 278.

¹⁷⁵ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp.161-162.

la trascendencia del contrato que está celebrando, como ocurre en la relación de confianza, o cuando se trata de una persona imprevisora, ignorante o novel¹⁷⁶.

Pero regresemos a la clasificación planteada por Esther Gómez. Ella indica que en lo que respecta a la falta de libertad, entiende que en estos casos una persona es forzada a celebrar un contrato a sabiendas de que le resulta perjudicial. Dos son casos que se presentan, a saber: la existencia de una situación de necesidad y una relación de dependencia.

En una primera situación, el estado de necesidad puede ser económico o de otro tipo. La necesidad económica entendida como la falta de dinero para afrontar determinadas vicisitudes de la vida, es un factor que lleva muchas veces a las partes a celebrar contratos a sabiendas de lo inequidad, pero la necesidad los mueve a hacerlo a pesar de serle desventajoso. La autora señala que en algunos casos se exige dificultades económicas sin más; pero en otros se requiere que éstas sean extraordinarias. Además, a su juicio, respecto al estado de necesidad en términos generales, lo importante es que la parte beneficiada lo haya explotado, siendo indiferente si dicha necesidad es provocada por el propio afectado, es permanente o temporal e incluso si es imaginaria¹⁷⁷.

En la relación de dependencia, que supone un vínculo de subordinación, una de las partes que se encuentra en situación de inferioridad con respecto a otra, contrata con ella ya que teme sufrir represalias por si no lo hace. Dentro de esta hipótesis se encuadra la dependencia económica, como la que existe en el contrato de trabajo, pero surgen dudas con respecto a otros tipos de dependencia. Sin perjuicio de esto, la interfecta sostiene que el solo temor a desagradar a una persona que en una determinada relación tiene cierto grado de superioridad, no configura esta causal de ventaja injusta. Pero si a esto se le añade que es razonable esperar consecuencias perniciosas para el débil del contrato, la configuración de la ventaja injusta se habría producido¹⁷⁸.

En cuanto a la falta de consciencia, esta puede deberse a deficiencias personales o a una relación de confianza. En el primer caso, se agrupan la inexperiencia, la ignorancia, la imprevisión y la falta de habilidad negociadora. La imprevisión supone ausencia de una

¹⁷⁶ Ginés Castellet, Nuria: Ob. Cit. P. 23.

¹⁷⁷ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 163-164.

¹⁷⁸ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 164-167.

diligencia normal. La inexperiencia implica la falta de conocimientos que solo adquieren en la práctica, tanto en lo que respecta a todos los asuntos de la vida o al ámbito negocial. No se incluyen los conocimientos de una determinada ciencia o arte. La ignorancia conlleva no saber lo que se está haciendo, ya sea por una falta de comprensión significativa del acto o de sus consecuencias. Se excluyen en este caso, al igual que en la inexperiencia, la ausencia de conocimiento sobre tecnicismos legales o de aspectos técnicos de bienes o servicios, siempre que se tenga un normal conocimiento de las cosas, atendida la calidad de lego¹⁷⁹.

Con respecto a la relación de confianza, ésta causal se configura porque una de las partes se entrega a los designios de la otra para celebrar el contrato, previo abandono de todo juicio propios e independiente, entregándose de lleno al criterio ajeno. La autora que hemos venido siguiendo dice que *“La credulidad que acompaña a la confianza conduce, en fin a un debilitamiento del norma recelo que suele estar presente a la hora de contratar y a un cierto relajamiento a la hora de velar por los propios intereses y a un cierto relajamiento a la hora de velar por los propios intereses, porque se cree que el otro los salvaguarda. La confianza afecta, por tanto, no a la libertad de decidir, sino a la toma de una decisión consciente*¹⁸⁰.

Una clasificación distinta hace Ginés Castellet, quien distingue entre causales dadas por la relación previa entre las partes, situaciones de necesidad y, por último, deficiencias de carácter subjetivo o personal.

La primera situación comprende la dependencia y la relación de confianza entre las partes. En estas circunstancias, una de ellas actúa sin prever adecuadamente el vínculo contractual que se lleva a cabo, lo que es consecuencia de la subordinación o la confianza que subyace en la relación contractual, cualquiera sea la naturaleza de una y de la otra, lo cual afecta la diligencia normal que supone la contratación.

Las situaciones de necesidad comprenden tanto las económicas como aquellas que no lo son, como las que surgen de las exigencias de la vida, personales, familiares, morales, políticas, etc. Lo más frecuente será la primera de las necesidades mencionadas. Se expresa que es indiferente si la necesidad es física o jurídica, provocada por culpa o no, si es permanente o

¹⁷⁹ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 167-169.

¹⁸⁰ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. P. 169.

temporal o incluso imaginaria. A grandes rasgos, sostiene, la necesidad se expresa en que el contrato es un mal menor en comparación al mal que le significa el perjuicio que le amenaza.

Por último, las deficiencias de carácter personal o subjetivas se configuran por todos aquellos rasgos de la personalidad o de sus habilidades personales que implican una debilidad para contratar, ya que le impiden tener una conciencia plena del comportamiento que despliega y de sus efectos. Caen dentro de este ámbito la imprevisión del sujeto, su ignorancia, su falta de experiencia y la carencia de habilidad negociadora.

La autora expresa que éstas últimas causales de ventaja injusta son las que más óbices encuentran en la doctrina para su admisión, ya que no dejan de ser cualidades negativas que no pueden transferirse o repartirse con la contraparte, ya que es endógeno de la parte débil. Por ende, deben ser consideradas irrelevantes, salvo que configuren los clásicos vicios del consentimiento¹⁸¹.

4.3.2.2. Aprovechamiento de la vulnerabilidad

Este elemento subjetivo para que se configure es necesario además de la vulnerabilidad, que la contraparte se aproveche de ella para obtener la ventaja injusta. Ahora bien, el cómo se configura esta exigencia depende de varias circunstancias, y, en todo caso, de la opción legislativa que se quiera imponer. En algunos casos se exige conocimiento de la vulnerabilidad, esto es, se condiciona la ventaja injusta a la existencia de una mala fe por parte del aventajado. Se incluye dentro de esta exigencia la presunción de conocimiento bajo la clásica fórmula del “debiendo saber”.

Se dice que esta exigencia es la que le pone un dejo de certidumbre a la institución, ya que no basta con la situación de vulnerabilidad y la ventaja indebida, es menester que quien se aprovecha haya sabido o debido saber de la situación de su contraparte. No obstante, en ocasiones se admite presumir el conocimiento, lo que deriva de ciertos datos objetivos como sería el tipo de relación que existe entre las partes o cuando existe un excesivo desequilibrio entre las prestaciones de las partes en tanto es igual o superior al cincuenta por ciento. Todo

¹⁸¹ Ginés Castellet, Núria: Ob. Cit. Pp. 24-28.

lo anterior, sin perjuicio de que la parte destruya la presunción y que la otra pruebe los requisitos de la ventaja injusta en el evento de no configurar la respectiva presunción¹⁸².

En una dirección similar se manifiesta Ginés Castellet quien sostiene que es requisito *sine qua non* una conducta de la parte fuerte, cual es, el aprovechamiento injusto y con conocimiento actual o debido de la fragilidad de su contraparte lesionada. Empero, señala la autora, no se exige que la parte aventajada fuere consciente del exceso o injusticia grave de la ventaja, sino solo de su propia ventaja. Otra exigencia que no procede es que la debilidad haya sido ocasionada por la contraparte. Basta solo que haya conocido la fragilidad de la parte débil. Tampoco procede disponer como requisito, que el contrato haya emanado del aventajado. De manera que procede la ventaja injusta incluso en el caso de que sea la parte desfavorecida quien ofertó el contrato. La autora en comentario es de la opinión de establecer presunciones de explotación y cumplimiento de los demás requisitos cuando se acredita la desproporción. Señala que no sería necesario probar el defecto o disfunción de la libertad contractual, esto es, la explotación que ha debilitado el consentimiento, cuando existe un importante desequilibrio. En definitiva, la autora sostiene que la prueba de la desproporción de las prestaciones en más de la mitad hace presumir el objetivo o sustantivo y el doble subjetivo o procedimental. Además de todo lo anterior, propone como otra condición que la parte fuerte fuese consciente, o debiese serlo, de la desproporción, esto es, que la parte beneficiada sepa o debiese saber que se producía un desequilibrio importante en su favor, aun cuando no es necesario que sepa o debiese saber que es en más de mitad. Esta exigencia, si bien hace más difícil la viabilidad de la presunción en favor de la parte débil, estima conveniente proteger a la parte que obtiene un beneficio del contrato¹⁸³.

4.4. La naturaleza y finalidad del contrato como requisito de la ventaja injusta

El objetivo de esta parte del trabajo es analizar si es conveniente o no tener en cuenta la naturaleza o finalidad del contrato para efecto de determinar la procedencia de la ventaja injusta¹⁸⁴.

¹⁸² Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 170-173.

¹⁸³ Ginés Castellet, Núria: Ob. Cit. P, 28-32.

¹⁸⁴ Ginés Castellet sostiene que este requisito aparece en todos los textos que consagran la ventaja injusta, salvo el proyecto de Libro Sexto del CCCat (al tiempo de su trabajo este libro no había visto

¿Qué se entiende por naturaleza y finalidad del contrato? La doctrina señala que se hace referencia al carácter general del contrato en cuestión de tal suerte que, si estamos frente a un contrato que implica un alto riesgo para las partes, como los derivados financieros de alto riesgo, se concluye que no tiene cabida la ventaja injusta. Lo anterior tiene cabida cuando algunos textos en vez de hablar de naturaleza y finalidad del contrato se refieren a las circunstancias del contrato¹⁸⁵.

4.5. Sanción de la ventaja injusta

Los ordenamientos jurídicos e instrumentos armonizadores que recogen la ventaja injusta, contemplan varias consecuencias jurídicas cuando ésta concurre. En algunos casos la ventaja injusta deviene en alguna causal de ineficacia del contrato. En este contexto la sanción puede ser la nulidad relativa o anulabilidad, la nulidad absoluta o la rescisión. No obstante, como anota María Linacero, es difícil encuadrar la sanción de la ventaja injusta dentro de una precisa ineficacia. Su inclusión en alguna de ellas dependerá más bien del énfasis que se le dé a uno de los requisitos de la ventaja indebida¹⁸⁶.

Cuando se contempla la nulidad relativa como sanción es porque la ventaja injusta es establecida como un vicio del consentimiento, y puede referirse a todo el contrato o solo a algunas de sus cláusulas. En esta situación, la sanción solo la puede invocar quien consintió desde su estado de vulnerabilidad. Como estamos frente a la anulabilidad, esta es subsanable, en tanto puede convalidarse por confirmación o por el transcurso del tiempo. Si solo se afectan una o unas cláusulas particulares, se profiere la nulidad parcial, eligiéndose la nulidad total solo cuando resulte inviable mantener el resto del contrato o quede frustrada su causa o finalidad, conforme a los criterios de buena fe; o la cláusula hubiese sido determinante para una o ambas partes. Esta anulación, opera con efectos retroactivos¹⁸⁷⁻¹⁸⁸. Otros sancionan a la ventaja injusta con la nulidad absoluta, sobre todo, aquellos ordenamientos que la

la luz). Empero, su importancia varía según el texto que lo recoge. Ginés, Castellet, Nuria: Ob. Cit. P. 32.

¹⁸⁵ Ginés Castellet, Nuria: Ob. Cit. Pp. 32-34.

¹⁸⁶ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. P. 102.

¹⁸⁷ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 177-182.

¹⁸⁸ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. P. 101.

contemplan como una vulneración de la moral o de las buenas costumbres. En la misma línea, cuando se contempla la ventaja injusta como un caso de causa ilícita.

Por último, dentro de la ineficacia, se contempla como sanción la rescisión del contrato que, según Esther Gómez, estriba no solo en la lesión, sino que también cuando existe un contenido contractual injusto, que implica que la parte perjudicada se encuentre en una situación de vulnerabilidad al contratar y una actitud consciente de explotación de esa situación por parte del contratante aventajado¹⁸⁹. Esta parece ser la solución de María Linacero quien sostiene que los fundamentos de la rescisión son los mismos en que estriba la ventaja injusta, que implica la explotación de una de las partes respecto de la otra, aprovechándose de ello¹⁹⁰.

Otra solución adoptada en algunos casos es la adaptación o revisión del contrato para así hacer efectivo el principio de conservación. Las opciones en cuanto a su legitimación activa son diversas: Puede ser solicitado por ambas partes. Empero, lo frecuente será que quien tenga legitimación activa para demandar lo uno o lo otro será una de las partes, esto es, la parte perjudicada. Cuestión relacionada es quién revisa el contrato. Lo usual es que dicha tarea sea entregada al juez, sin perjuicio de que las partes puedan revisar el contrato a condición de que la parte débil haya salido de su posición de inferioridad, y por ende, pueda ejercer su libertad contractual en términos prácticos.

Cuando la revisión le queda entregada al juez, los criterios para que lleve a cabo esa tarea toman en cuenta la lealtad negocial y la buena fe de tal suerte de corregir el desproporcionado desequilibrio entre las partes, teniendo en consideración el modelo de conducta que impone la buena fe. Dicha reglamentación coincide con lo que usualmente resulte previsiblemente del negocio de que se trate. Así las cosas, lo razonable es que la revisión del contrato se haga conforme una pauta objetiva de un justo precio, si ello es posible atendiendo a la prestación según modelo de conducta contractual ceñido a la buena fe objetiva, a los estándares comerciales razonables y a los usos del tráfico jurídico¹⁹¹.

¹⁸⁹ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. P. 185.

¹⁹⁰ Linacero de la Fuente, María: Ob. Cit. P. 103.

¹⁹¹ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 188-193.

De esta opinión es Rosa Barceló, quien sostiene que en virtud del principio de preservación del contrato deben existir mecanismos alternativos a la resolución contractual que permitan combatir el desequilibrio de las prestaciones, como son la renegociación entre las partes y la revisión judicial, aun cuando reconoce que la renegociación no es el método preferido por los instrumentos contractuales europeos ni en los ordenamientos jurídicos europeos. Sin embargo, señala que este debe ser la primera respuesta frente a los casos de ventaja injusta, máxime si se aviene mejor con el principio *pacta sunt servanda*. A falta de regulación de la renegociación, en el caso de la revisión por el juez, éste no puede imponer este deber a las partes ni derivar consecuencias por su incumplimiento, sin perjuicio de ser contrario a la buena fe la conducta de aquella parte que se niega a readecuar el contrato y persiste en exigir la prestación en los términos de una ventaja injusta.

¿Cuándo acudir a la revisión o resolución del contrato por parte del juez? Cuando las partes, dentro de un término razonable, no arribaran a un acuerdo de readaptación. Añade que la adaptación judicial debe compadecerse con los deseos de las partes del contrato, quienes son, por ciertos, capaces de obrar, y siempre que sea posible. En caso contrario, el contrato debe resolverse. No obstante, estima que tampoco debe asumirse un esquema desorbitantemente paternalista de corrección y adaptación de los contratos, conforme a una tutela excesiva e impropia del derecho contractual, en aras de fomentar instrumentos a favor del contrato¹⁹².

Otra alternativa que se considera para sancionar a la venta injusta es la indemnización del daño causado, la que procederá bien cuando se anule el contrato o cuando ello no acontezca. Si el contrato se anula, la indemnización debe cubrir los gastos incurridos en tanto daño emergente y el lucro cesante. Si el contrato se mantiene por cuanto se saneo, la indemnización debe soportar las pérdidas irrogadas por la contraparte que abusó de la debilidad de la otra, correspondiendo la reparación por lo desproporcionado o desequilibrado de la prestación. Por último, si el contrato persiste por adaptación, la indemnización no abarca el desequilibrio contractual ya que fue corregido por la revisión. No obstante, si puede cubrir otro tipo de perjuicios como los derivados de los gastos incurridos¹⁹³.

¹⁹² Barceló Compte, Rosa: Ob. Cit. Pp.279-282.

¹⁹³ Gómez Calle, Esther: Ob. Cit. Pp. 194-197.

Capítulo IV: Principio de protección del libre consentimiento y su relación con la ventaja injusta

1. Contexto en que se desenvuelve el principio

No se puede dudar que la libertad contractual, y, por consiguiente, el consentimiento libremente prestado, continúa siendo la base sobre la cual se asienta el contrato. Más allá de las prevenciones, recaudos, reparos o críticas que puedan plantearse sobre este extremo, lo cierto es que el consentimiento continúa siendo la piedra angular sobre la cual descansa la contratación. Desde luego que esa libertad, ese consentimiento, no obstante, no puede ejercerse en términos absolutos, por cuanto su actividad está condicionada a lo que dispone la ley, la moral o las buenas costumbres, el orden público y la buena fe.

Conforme a un criterio de normalidad lo usual es entender y asumir que si se contrató es porque así se quiso. Si se convino con cierto contratante, es porque lo elegimos. Si el contenido del contrato es tal, es porque consentimos en que fuera de esa manera. Y si los efectos que produjo son unos determinados, es porque esa fue la finalidad que pretendimos con el contrato. Esto es lo normal o usual. Por lo tanto, asumimos que el consentimiento prestado fue libre, espontáneo, exento de toda perturbación o privación.

Proceder en sentido contrario provocaría una tremenda incertidumbre en el tráfico jurídico, lo que equivaldría, por ejemplo, a presumir la mala fe, todo lo cual redundaría en someter a los contratos al constante escrutinio. Es necesario otorgar certidumbre a los contratos que se celebran, lo que significa propender a la estabilidad del tráfico, al refuerzo de la libre circulación de las riquezas, y, por, sobre todo, a la estabilidad jurídica, lo que solo puede ocurrir presumiendo aquel rasgo que es connatural al hombre, cual es, su libertad. Él es libre, y, por ende, también lo fue para contratar en términos empíricos.

Esta manera de entender la mecánica del contrato conlleva entonces a sostener que, en cuanto a sus efectos, obliga a los contratantes a cumplir con lo que prometieron. Se es libre para contratar, junto a todo lo que ya sabemos que ello conlleva, pero no se es libre para salir del contrato sin previo cumplimiento de sus obligaciones o por dispensa de la contraparte. De esto resulta la intangibilidad del contrato, lo que significa que debe cumplirse conforme a lo estipulado. Además, éste solo produce un efecto relativo, lo cual implica que sus

consecuencias atañen solo a quienes concurren con su voluntad a celebrarlo, sin perjuicio de afectar a los terceros relativos, en ciertos casos.

Como la libertad es inmanente al ser humano, al Derecho solo le resta consagrarla y tutelarla. En materia contractual la consagración y tutela radica en declararla positivamente: Es lo que antes llamamos la libertad como concepto deóntico o normativo, o si se quiere, formal, lo que resulta en consagrar legalmente la libertad de negociación, de configuración, de conclusión y de elección. Esto significa que el Derecho se dedica a encauzar las materias contractuales en que incide la libertad en tanto valor, dándonos los espacios de aplicación y las limitaciones que se le imponen.

Sin perjuicio de todo lo señalado, la realidad nos demuestra que, si bien la dignidad del hombre importa su libertad, en la práctica eso no ocurre siempre así. En el ámbito contractual se representa el mismo dilema. Una persona no obstante contratar, puede haberlo hecho sin ser libre, ya sea total o parcialmente, lo que puede ser una consecuencia de haberle sido impuesto el contrato por alguien más fuerte que él, o movido por circunstancias tan poderosas que, sopesando las consecuencias de contratar o no, llegue al convencimiento de que no hacerlo resultará más perjudicado.

Pero no caigamos en confusiones. Una cosa es sostener esta especie de presunción de haber concurrido el consentimiento libre y espontáneo al tiempo de contratar, lo que obedece a un criterio de normalidad, ya que es usual que así ocurra, y otra situación muy distinta es reconocer que no siempre puede darse esa libertad en la práctica. ¿Qué hay que hacer en este último caso? ¿Darle eficacia al contrato porque lo importante, al final, no es el motivo que indujo a contratar, sino más bien si consintió o no, aunque en su fuero interno no haya querido realmente? O, ¿habrá que establecer mecanismos de corrección a la falta de libertad?

Nos parece que la posición que debemos tomar es la del punto medio. Se nos podrá achacar el ser acomodaticios, pero es en el equilibrio donde debe buscarse la mejor decisión. Tanto los que propugnan la protección de la libertad contractual aun en casos prácticos, como los detractores a declararlo ineficaz por causales como las que plantea la ventaja injusta, son acertados, si bien no del todo. Es cierto, debe presumirse que existió el consentimiento cuando se celebra un contrato, pero también debe darse lugar a remedios cuando el consentimiento no ha sido prestado libre y espontáneamente, obviamente fuera de los casos

de los tradicionales vicios de la voluntad; pero tampoco debe extremarse esta aseveración hasta tal punto de que cualquier causal pueda dar lugar a casos de ventaja injusta. Nos parece que incluso algunas de las que sí son aceptadas, como la inexperiencia, no deben ser admitidas.

En los tiempos que corren existe una profunda preocupación en asegurar que el consentimiento se preste sin embarazos que la perturben o inhiban. Esto equivale a decir que se otorgue con plena conciencia de lo que se está haciendo y sin presiones que compelen a celebrarlo. Obviamente no queremos parecer extremistas. Son muchas las situaciones en que contratamos movidos por fuerzas que nos obligan a hacerlo. En el fondo me refiero a otros casos, distintos de las formas tradicionales de proteger el consentimiento, que tienen una envergadura tal, o si se quiere, es tan grave la situación, que es advertible bajo todo respecto la ausencia de un libre consentimiento. Por esto, es necesaria una justicia procedimental en el contrato, en tanto la formación del consentimiento se logre con plena libertad. Ejemplo de estas situaciones son los clásicos vicios de la voluntad (otra cosa es la decisión legislativa de cuándo esos vicios tengan la relevancia para viciar el consentimiento) y las cláusulas abusivas en materia de Derecho de consumo.

Pero también el contrato debe propiciar una justicia sustantiva, es decir, que sea justo en cuanto a su contenido y efectos. Un ejemplo clásico es la lesión, donde el legislador presume (podríamos decir que es una presunción de Derecho que no admite prueba en contrario) la inequidad del contrato cuando se cumple con la desigualdad prestacional establecida por el legislador. Otras situaciones vacilan entre uno y otro tipo de justicia, e incluso la exigencia de ambas justicia es innegable, como ocurre en el contrato de trabajo, donde se asume que el trabajador en tanto parte débil del contrato no cuenta con la capacidad de negociación necesaria para asegurarse condiciones contractuales conmutativas, motivo por el cual el legislador interviene, en aras de la paz social y la equidad, para establecer cláusulas mínimas, que aseguren un contenido mínimo en favor del trabajador, como son las que regulan el sueldo mínimo, la jornada de trabajo, los feriados entre jornada, semanales y anuales, etc.

Otro caso que pretende asegurar una justicia procedimental y sustantiva es la figura de la ventaja injusta. Con ella se pretende que el consentimiento se preste libre de toda circunstancia externa e interna que injustamente constriña a contratar. Empero, ello no es

suficiente, es decir, no basta que el afectado por el contrato se encuentre en un estado de vulnerabilidad (y que su cocontratante sabiendo o debiendo saberlo, se aprovecha de ello), ya que es menester también que el contrato le sea injusto en cuanto a sus efectos. La tendencia actual es la de consagrar esta figura, lo que se ha extendido también a Latinoamérica, por cuanto ella fue recepcionada por el Código Civil y Comercial de Argentina, y adoptado en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Cosa distinta es decidir qué causales propias de la ventaja injusta serán consideradas legalmente para que tengan lugar los remedios de corrección que ella entraña, todo lo cual depende de la decisión legislativa de cada país, sin perjuicio de aunarse los criterios de los distintos ordenamientos jurídicos a consecuencia del proceso de globalización en que estamos insertos.

El ordenamiento jurídico que reúna todos estos instrumentos legales, sin lugar a duda podrá decirse que se preocupa de que la formación del consentimiento se realiza en términos sanos y desafecto de todo vicio que pueda afectar su integridad. Luego, la pregunta que surge es ¿Qué ocurre con los ordenamientos que no contienen todos estos instrumentos? ¿Podemos concluir que, en estos casos, igualmente debe propenderse a proteger el consentimiento libre y espontáneo cuando no existe la figura de la ventaja injusta? La respuesta es sí. A lo largo de este capítulo fundaremos esta respuesta.

Nos parece necesario señalar lo siguiente: por la extensión propia de un trabajo como éste, omitiremos pronunciarnos sobre la procedencia de cada una de las causales que configuran la ventaja injusta, en el sentido de que si pueden ser o no admitidos en el Derecho civil chileno y en el español. Es decir, nos abocaremos a determinar la procedencia del principio objeto de estudio y su significado, además de establecer las sanciones que el ordenamiento jurídico chileno y español dispondrían para el caso de contravención. En el fondo, el uso de la ventaja injusta nos permitirá ilustrar aquellos otros casos que pueden plantearse y que significan la ausencia de un consentimiento libre.

2. Fundamento del principio

Cuando el ordenamiento jurídico contiene normas que protegen el consentimiento casi a todo evento, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho civil catalán, no puede negarse la importancia dada a la libertad contractual en términos prácticos. Usualmente, en este derrotero hacia su protección, como hemos visto, se parte de una declaración constitucional

de la libertad en cuanto valor de la personalidad, a la que se unen prescripciones de libertad en ciertos ámbitos, seguida de la declaración que bien puede reducirse en términos generales – en el ámbito privado- en decir que se puede hacer todo lo que no esté prohibido. Luego se señalan reglas legales que el legislador considera necesarias para establecer o proteger la voluntad o consentimiento, por lo común de ciertos defectos. Posteriormente se reconocen parcelas de la realidad donde se asume que no existe igualdad entre las partes, lo que repercute en la libertad de contratación, de tal manera que el Estado interviene y dirige el contrato al establecer mínimos legales en aras de protección de la parte débil del contrato, lo que implica, además, proteger el consentimiento. Finalmente, se reconocen y positivizan otros ámbitos que originariamente no fueron considerados, donde igualmente pueden plantearse problemas de falta de libertad práctica, como ocurre con los supuestos de hecho de la ventaja injusta. Del total de normas al respecto, a nuestro juicio, puede concluirse la existencia de un principio general de protección del libre consentimiento.

El problema surge cuando existen legislaciones que no contienen todas las normas protectoras, y en los ámbitos señalados antes. No referimos básicamente a aquellos ordenamientos que carecen de normas sobre la ventaja injusta, como es el chileno y el español, donde, además, la lesión en cuanto causal de ineficacia del contrato, resulta de una aplicación restringidísima, como ocurre en los ordenamientos indicados. ¿Puede decirse que en estas legislaciones existe un principio general de protección al consentimiento libre que nos permita cubrir las hipótesis que plantea, por ejemplo, la ventaja injusta? Si se nos apura a dar una respuesta, nos aventuramos a responder que sí.

Podría argumentarse que se opone a lo anterior, la fuerza obligatoria o vinculante del contrato, recogido en el art. 1545 del CCCh. y en los arts. 1254 y 1258 del CCE. Este efecto expresa que el contrato es obligatorio para los contratantes, siempre que se celebre legalmente, y si concurrió el consentimiento (además de todos los otros requisitos), el contrato obliga, y no puede alguna de las partes desentenderse de él.

Coincidimos con esta posición. Si el contrato es legalmente celebrado, es “ley” para los contratantes. No podemos estar más que de acuerdo con dicha aseveración. Pero otra cosa es que asumamos que siempre que se dice que se acepta un contrato, estemos frente a un consentimiento, o al menos que concurrió libre y espontáneamente. Nos parece que este

argumento no parte del principio, sino más bien da por sentado algo que no siempre ocurre: que el consentimiento es siempre íntegro y sano. No tenemos problemas con esa presunción. Explicamos el porqué de nuestra conformidad. Pero presumir eso, sin dejar la opción para probar lo contrario resulta contraproducente, ya que atenta precisamente contra la libertad de contratación, además de que eleva al rango de una presunción de Derecho dicha circunstancia, el que, como sabemos, requiere texto legal explícito.

Dicho de otra manera: nos parece acertado que si se han cumplido con todas las exigencias legales para la celebración del contrato este sea obligatorio para las partes y sea una suerte de “ley” para ellas. Pero precisamente lo que venimos diciendo es que puede que el consentimiento no haya concurrido en los términos legales, es decir, libre y espontáneamente. En este caso entonces, el contrato no puede ser considerado una “ley” para las partes. Dicho todo esto, ¿de dónde podemos extraer que existe un principio general de protección del libre consentimiento?

Este principio de protección se revela o se descubre cuando atendemos todas las disciplinas jurídicas e instituciones del Derecho que significan una protección del consentimiento, lo que a su vez nos conduce a verificar que, en cada uno de esos casos, este requisito se presenta o es entendida por el legislador de la manera que hemos venido exponiendo: el consentimiento es mucho más que una simple aquiescencia o una aseveración. El consentimiento debe ser libre, en el sentido de que no sea prestado como consecuencia de circunstancias que lo constriñan. Debe existir una total conciencia sobre todos los elementos y factores que se ciernen sobre el contrato. Recordemos que el consentimiento, como requisito del contrato, está exigido en el art. 1261 del CCE. y en el art. 1445 del CCCh.

Esto que venimos diciendo acerca de que el consentimiento es mucho más que una aceptación del contrato, cuyo significado está tomado en el sentido indicado más arriba, se apoya, por ejemplo, en los vicios de la voluntad, por cuanto bien miradas las cosas, estos defectos son situaciones de ausencia de libertad del consentimiento, cuya concurrencia ponen en marcha todas las consecuencias que derivan de ellos.

En efecto, la autonomía de la voluntad puede verse afectada por causas externas, como la violencia o la intimidación, y por causas internas como en el caso del error. En este sentido, se ha señalado que, en tales casos, lo que existe es una voluntad viciada, defectuosa o

imperfecta, pero voluntad, al fin y al cabo. Por consiguiente, existe un debilitamiento de la autonomía de la voluntad antes ciertas perturbaciones, pero no su ausencia. Esta posición es contraria a la de aquellos que defienden la inexistencia de voluntad si esta no está totalmente exenta de perturbaciones externas o internas.¹⁹⁴.

¿Cuál es la respuesta correcta? El error, la fuerza/violencia, intimidación y el dolo, tradicionalmente han sido considerados como vicios del consentimiento, en cuyo caso se entiende que existe voluntad, pero viciada, defectuosa, incompleta o imperfecta. Esta aceptación como vicios no solo es recogida doctrinariamente, sino que fue positivizada en el art. 1451 del CCCh. y en el art. 1265 CCE. ¿Es correcto el razonamiento de considerarlos desperfectos de la voluntad? Analicemos cada uno de esos vicios

Ya vimos en su oportunidad que el error es la disconformidad entre la realidad o un aspecto de ella, y lo que un sujeto entiende por tal. Más allá de los errores que un determinado ordenamiento jurídico pueda considerar relevante como para elevarlo a la categoría de un vicio de la voluntad, lo que subyace en todo error es que el sujeto contrata, es decir, consiente en un contrato, pero yerra en algún elemento de él de una envergadura tal que merece anularlo. Como si compro un caballo de tiro o de carga pensando que era de carrera. O le dono algo a Juan porque me salvó la vida, pero en verdad quien me salvó fue Pedro.

Cuando existe fuerza, violencia o intimidación para compeler a celebrar un contrato, en verdad no se quiere celebrar contrato alguno. Sin embargo, se acepta convenir por cuanto se emplea una fuerza física sobre la persona o porque se le amenaza con producirle un mal grave a él, a sus bienes o a determinadas personas. En esta situación no se quiere celebrar el contrato, a diferencia del error en que sí se quiere, pero no ese específico en que se erró.

El dolo es el engaño para inducir a contratar o celebrar un negocio jurídico. En este caso se plantea la misma situación que en el error, ya que quien es víctima de dolo incurre en un error, de tal suerte que podríamos decir que quiere contratar, pero siempre que sea en las condiciones prometidas por el doloso, de manera que tal que, de no ser ciertas, no se hubiese contratado o se hubiese hecho en términos más favorables.

¹⁹⁴ Rengifo Gardeazábal, Mauricio: Ob. Cit. P, 126-127.

En los casos de error y dolo se quiere contratar. Pero ese deseo de contratar descansa sobre la base de lo considerado y no en atención a la realidad de las cosas. Esto se puede resumir diciendo lo siguiente: se quiere un contrato, pero no ese contrato en específico. En la fuerza, contrariamente a las dos situaciones precedentes, no se quiere contrato alguno, pero se celebra por su intermedio. Entonces, antes estas tres circunstancias ¿estamos frente a unos vicios del consentimiento o ante una ausencia de él? Aparentemente, en el caso de la fuerza, violencia o intimidación su carácter de vicio es sería más notable que en los dos anterior, ya que, en verdad, en estos no se quiere el contrato sino solo en atención a la consideración dada por el error en que se incurre, sea a consecuencia del dolo o sin él, mientras que en la fuerza jamás se quiere, no existe una representación de la realidad que al menos justifique que en otras circunstancias contrataría. Por consiguiente, miradas las cosas superficialmente, en los casos de error y dolo lo que no habría sería consentimiento, mientras que, en la fuerza, amenaza o intimidación, sí existiría.

Sin embargo, y ahora mirada profundamente las cosas, todos estos casos comparten el hecho de que su concurrencia significa la inexistencia de un consentimiento libre, lo que es consecuencia de que no existe una libertad práctica. En el caso del error y el dolo no lo hay porque en verdad no tenían consciencia de los verdaderos elementos del contrato, de manera que, si no existe un conocimiento real de todo aquello que es relevante para contratar, no existe una libertad de elección consciente, lo que repercute en la inexistencia de un consentimiento libre. En el caso de la fuerza, violencia o intimidación esta ausencia es aún más patente: si se quiere evitar el mal prometido la única manera de lograrlo es contratando, de tal suerte entonces que el sujeto que consintió no fue libre. Se nos dirá, como contrapartida, que aún en el caso de existir esta circunstancia, el sujeto es libre para contratar o no, aun cuando luego le sobrevenga el mal con el cual se le amenazó. Si bien este punto tiene algo de cierto, tiende a simplificar las cosas y no darle la importancia que merece.

En efecto, la cuestión debe mirarse no ya desde el punto de vista de si puede contratar o no, sino más bien de qué manera se sortea la amenaza prometida: ¿soy libre para evitar el mal de otra manera que no sea contratando? La respuesta es no. Y como la contestación es negativa, la única manera que tengo para obviar el mal es contratando, lo que implica que no fui libre para hacerlo. El razonamiento que se viene haciendo no es baladí, ya que, en estricto rigor,

cuando el consentimiento no es libre, la sanción por carecer cuando estamos frente a un contrato será la nulidad absoluta por faltar la voluntad. Empero, como se dijo se antes, los legisladores chileno y español optaron por calificarlos como vicios de la voluntad y por ende sancionarlo con la anulabilidad o nulidad relativa.

Otro argumento que refuerza esta manera de entender el consentimiento, esto, que debe ser libre, se desprende de las normas sobre incapacidad para celebrar negocios jurídicos. El fundamento último de las incapacidades, a nuestro juicio, radica en que el sujeto incapaz no es libre para contratar, por cuanto carece de la facultad para comprender o discernir lo que está haciendo. Por ende, el consentimiento es mucho más una simple aceptación del contrato. El consentimiento supone conciencia sobre el contrato que se está celebrando¹⁹⁵.

¹⁹⁵ En el ordenamiento jurídico chileno la capacidad se divide en capacidad de goce y de ejercicio, las que se corresponden con la capacidad jurídica y la capacidad obrar, respectivamente, del Derecho civil español. Sin perjuicio de esto, y si bien en ambos ordenamientos jurídicos la capacidad se presume, y por ende, la incapacidad constituye la excepción que debe probarse, en el Derecho civil chileno se establecen reglas de incapacidades, distinguiéndose entre incapacidades absolutas, relativas y especiales, las cuales están consagradas en el art. 1447 del Código de Bello, que reza: (1) *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. (2) Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. (3) Son también incapaces los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. Pero la incapacidad de las personas a que se refiere este inciso no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. (4) Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”*. De esta manera, si atendemos al Derecho civil chileno, si alguien se encuentra en alguna de las situaciones prevista en la disposición y logra probarse, el sujeto resulta ser incapaz. En cambio, en el Derecho civil español la situación resulta ser más simple. En efecto, conforme a Manuel Albaladejo, para celebrar un contrato se requiere: 1. Capacidad de obrar o legal, o, lo que es lo mismo, la capacidad abstracta reconocida por el Derecho. 2. Capacidad natural, esto es, las condiciones psíquicas para poder llevarlo a cabo el negocio, ya que puede ocurrir que, teniendo capacidad de obrar, por cualquier circunstancia una persona se halle carente de razón para entender lo que está haciendo. Albaladejo, Manuel: *“Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Edisofer, S.L. Duodécima Edición. Tomo II. Madrid, 2004. P. 155. Relacionado con la capacidad de obrar, el art. 1263 del CCE. dispone que “No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”*. Cabe destacar que en el CCCat. se contienen normas sobre capacidad, las que están contenidas en el artículo 211-3 y sgts. Todo lo dicho respecto de la capacidad e incapacidad, es sin perjuicio de la existencia de normas especiales que modifican las reglas antes anotadas, como aquellas que atañen al Derecho sucesorio y al Derecho matrimonial.

Podemos añadir que esta manera de entender el consentimiento se desprende también que aquellas disciplinas jurídicas que se erigieron para defender a la parte débil del contrato, como ocurre, por ejemplo, con el Derecho del trabajo y el Derecho de consumo. En dichas ramas del Derecho se entiende que el consentimiento del trabajador y del consumidor, respectivamente, no es considerado como una simple aceptación del contrato, ya que estando éstos en una posición desventajada con respecto a la parte fuerte de la convención, que impone las cláusulas, se entiende que no son plenamente libres, de tal suerte que se impone todo un contenido contractual mínimo tendiente a proteger sus consentimientos e intereses. Podrá replicarse que los estatutos mencionados son una excepción cuya aplicación es restringida para sus respectivos ámbitos de aplicación, de tal suerte que no puede extraerse regla general alguna aplicable a todos los casos. Si bien estamos de acuerdo con lo expresado, dicha aseveración debemos matizarla. En efecto, en estricto rigor no podría aplicarle el estatuto protector del trabajador o del consumidor a todo contratante débil que no tenga un estatuto especial que le sea propio. Sin embargo, lo dicho no se aplica al principio que subyace en estas disciplinas jurídicas que viene a confirmar el principio que defendemos, cual es, que el consentimiento es mucho más que una aceptación del contrato. Ella supone una libertad del sujeto que debe prestarlo.

Relacionado con la libertad en cuanto valor fundamental, las propias constituciones chilena y española la consagran y aseguran a todas las personas, la cual, por lo demás, funda el principio de la autonomía de la voluntad en general y a la libertad contractual en especial, tal y como referimos en el primer capítulo. La consagración de la libertad, sin embargo, va más allá de un reconocimiento formal, que no por eso deja de ser de suyo importante, por cuanto la libertad también debe manifestarse materialmente en todo contrato y en todo negocio jurídico¹⁹⁶, de manera tal que su concurrencia en la celebración de determinada convención

¹⁹⁶ Lo que hemos dicho se denomina teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, llamada por la doctrina alemana como *drittwirkung der grundrechte*. Por la extensión de este trabajo, sin perjuicio que se abordará cabalmente en otro de naturaleza más extensa, no se tratará en el presente trabajo. Al respecto, véase Oliva Blázquez, Francisco: “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”. En Parra Lucán, María Ángeles (Dr.): “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016. P. 340 y sgts.

es necesaria. Si el consentimiento no devino de un sujeto libre, entonces dicho consentimiento no es tal y debe atacarse el acto jurídico por falta de aquel requisito esencial.

A este respecto, bien podría reprochárse nos que estamos exigiendo una condición al consentimiento que la ley no prescribe. ¿Cuál es esa exigencia? Que el consentimiento sea libre¹⁹⁷. Sin embargo, aquella refutación sería absurda, ya que nos conduciría a distinguir entre un consentimiento a secas que bien puede no ser libre y, por otro lado, un consentimiento libre. En el fondo, atender esa eventual defensa sería sostener que en ciertos casos se requiere la libertad y en otros no. Esta distinción es sin lugar a duda absurda e ilógica, máxime si el CCCh. y el CCE, herederos del Código civil francés¹⁹⁸, descansan en el principio de la libertad del hombre. Cuando se exigió la voluntad o consentimiento como requisito de todo acto jurídico, sin predicarle expresamente el adjetivo de libre fue por razones obvias, ya que se entendía como parte integrante de tal exigencia¹⁹⁹. Pero más allá de esta razón histórica, es un hecho incontestable la libertad de la persona, cuyo reconocimiento principia con su inclusión, como valor esencial dentro de un ordenamiento

¹⁹⁷ En Chile, un ejemplo de necesidad legal de que el consentimiento sea libre, lo ordena explícitamente el artículo 4° de la Ley 19.947, “Que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil”, y que reza que *“La celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes sean legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley”*.

¹⁹⁸ Corral Talciani, Hernan: Ob. Cit. Pp. 206 y sgts. Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. Pp. 34 y sgts.

¹⁹⁹ Recordemos que el Código civil francés, del que es heredero en gran parte el CCCh. y el CCE, fue fruto de la Ilustración y de la Revolución francesa. Al respecto, Grossi sostiene que la Ilustración es consecuencia del iusnaturalismo, que propugna la confianza en la razón para conocer la naturaleza de las cosas, para establecerlas luego en principios y mandatos verdaderos e inteligibles, todo lo cual conforman un sistema, y reducirlos a un texto de fácil comprensión obedecible. De esta reducción de todo el conocimiento en un texto deviene la exigencia de la textualidad, entendida como cualidad benéfica. La regla, derivada de la razón y, por ende, de la naturaleza de las cosas, no es producto de la historia, que todo lo contamina y distorsiona, sino fruto del derecho natural terrestre. La creencia en un orden jurídico racional nos dirige a entender el mandato racional como universal, general y abstracto, sin injerencia de las particularidades. El autor mencionado prosigue con su análisis histórico: agrega que la abstracción de las figuras jurídicas importa consagrar una igualdad jurídica de los individuos y los bienes, como contrapartida a los vicios del antiguo régimen. En efecto, las igualdades en comento están *“afirmadas contra los sujetos y los bienes del Antiguo Régimen inmersos en la “facticidad” económica y social, y sobrecargados de herencias históricas, encuentras su calco correspondiente en la estática y originaria realidad, metahistórica, del derecho natural, donde el sujeto es más un modelo que un hombre de carne y hueso, y bien es un fragmento neutro y anónimo del cosmos*. Grossi, Paolo: “De la codificación a la globalización del Derecho”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona, 2010. Pp. 57 y sgts.

Herzog, Tamar: “Una Breve Historia Del Derecho Europeo”. Alianza Editorial. Madrid, 2019. P. 287 y sgts.

jurídico, en la Constitución, no estando exento de esta realidad el Derecho chileno y español²⁰⁰.

Conforme a todo lo expuesto, el principio de protección del consentimiento existe en los ordenamientos jurídicos español y chileno. De las distintas instituciones jurídicas antes mencionadas, advertimos que el consentimiento se entiende de la forma que hemos expresado, de forma tal que, cada vez que no concurre materialmente, el ordenamiento jurídico interviene y despliega todos los mecanismos legales tendientes a revertir o enmendar su ausencia. Sin perjuicio de lo expresado, surge a continuación la siguiente interrogante: ¿Qué ocurre con todos los demás casos de ausencia de consentimiento libre, como las situaciones de ventaja injusta, cuando estamos frente a ordenamientos que carecen de una regulación legal al respecto? En los casos en que podemos estimar que la concurrencia de determinadas situaciones que significan, en últimas, una falta de consentimiento libre ya que no se fue libre para contratar, en aplicación del principio referido, creemos que en verdad la sanción sería la nulidad absoluta por falta de consentimiento, en tanto dicha condición es una exigencia para el contrato, conforme a los artículos 1445 del CCCh. y 1262 del CCE.

Ahora bien, si una determinada situación significa o no una falta de voluntad libre es una cuestión de hecho que deberá ser determinada por el juez de la instancia. Si se quisiese dar más certeza al ordenamiento jurídico, obviamente la solución viable será la de establecer por vía legal, diversos supuestos de hechos que configuran la falta de voluntad libre con su consecuente sanción legal, como ocurre con aquellos ordenamientos jurídicos que contemplan la figura de la ventaja injusta.

²⁰⁰ Como explica Teodora Torres sobre el proceso de codificación: *“En segundo lugar, en el fondo del proceso codificador late un interés de la burguesía que como clase social había sustituido a la nobleza como clase dominante y contempla al Código como la consagración de la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles, lo que explica en gran medida el significado y la función de los nuevos códigos europeos y especialmente del Código Civil. En consecuencia, no es de extrañar que estos primeros Códigos sienten las bases de una nueva sociedad que se va a configurar de acuerdo con el triple principio de Igualdad, Libertad y Propiedad...”* Torres García, Teodora F.: “El estado de la cuestión en la recodificación del Derecho contractual español”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dir.) “Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017. P. 21.

3. Principio de protección del libre consentimiento y la ventaja injusta

Establecida la existencia de un principio de protección del libre consentimiento, además de su fundamentación, nos parece del todo atinente pronunciarnos sobre su relación con los casos de ventaja injusta.

Como bien sabemos, en aquellas realidades jurídicas que contemplan distintas hipótesis de hecho de ventajas injusta, no solo basta la concurrencia del elemento subjetivo consistente en la situación de vulnerabilidad de una de las partes del contrato. Es menester, además, que concorra un aprovechamiento por parte del cocontratante y que obtenga al final, una ventaja ilegítima. ¿En los ordenamientos jurídicos que carecen de una regulación al respecto debe también contemplarse estos elementos como para determinar la nulidad del contrato? Me parece que la respuesta dependerá de las circunstancias que se presenten.

En efecto, si estimamos que no existe un consentimiento libre con algunos de los supuestos de hecho de la ventaja injusta, lo que equivale a decir que en la práctica no existe consentimiento, en atención a que faltó una condición esencial del contrato, la nulidad absoluta en cuanto sanción está asegurada, sin que sea necesario la concurrencia de otros elementos para que se configure alguna sanción. Sin perjuicio de lo dicho, creemos que la buena fe objetiva, la que, como dijimos, se constituye en un factor moralizante del contrato, en tanto impone deberes que los contratantes deben observar para asegurar una ética contractual, los compele a comportarse leal y correctamente. De esta guisa, dicho criterio obliga a no ocasionar situaciones que impliquen para las partes situaciones de hechos constitutivos de ventaja injusta, a no aprovecharse de ellas (aun cuando no ocasionó dicha circunstancia) ni a impelerla a celebrar un contrato. Por consiguiente, creemos que mediante la aplicación de este principio general pueden integrarse las demás condiciones que los ordenamientos jurídicos que regulan la ventaja injusta exigen para su configuración.

¿Cuál es la utilidad de lo que se viene diciendo? Que si en un caso particular alguna de las situaciones de ventaja injusta constituye una falta de consentimiento libre, la sanción será la nulidad absoluta sin que importen las demás condiciones necesarias que deberían cumplirse en los ordenamientos jurídicos que contemplan esta figura jurídica. Empero, si en el caso particular se estima que existió un libre consentimiento, entonces la sanción no sería, sin más, la nulidad absoluta del contrato, ya que el consentimiento concurrió, de tal suerte que para

buscar una solución frente a casos de ventaja injusta en los ordenamientos jurídicos que no reglamentan, deberá acudir a la buena fe objetiva para configurar esta figura y llegar a alguno de los remedios que más adelante señalaremos frente a estos casos en las legislaciones que no la contemplan.

4. La ventaja injusta no regulada en el ordenamiento jurídico chileno y español y su relación con la buena fe objetiva

Relacionado con lo dicho en el apartado que antecede, en el sentido de que de la buena fe objetiva pueden derivarse las condiciones para configurar el instituto de la ventaja injusta, allí, donde no existe reglamentación legal, lo cierto es que todas las circunstancias que la constituyen, como vimos en el capítulo anterior, además de constituir una afectación al libre consentimiento, se presentan también como una infracción al principio general de buena fe.

Para arribar a lo antes señalado, analicemos la situación a partir del siguiente ejemplo: Supongamos que una de las partes se encuentra en algunas de las circunstancias que normalmente configuran la ventaja ilegítima. Supongamos que una de ella se encuentra en un estado de necesidad, como sería el extremo caso de estar próximo a ahogarse a consecuencia del naufragio del barco en que viajaba. En el momento en que se acaban sus fuerzas para mantenerse a flote, se acerca una persona en su bote y le ofrece salvarlo si le da una cantidad cuantiosa de dinero, o, si conociendo a la persona que está próxima a morir ahogado, le exige que le venda un terreno que siempre deseó de él, pero que, en otras circunstancias, no le estaría dispuesto a venderle. Obviamente a un precio irrisorio. Quien está a punto de morir, acepta el acuerdo, obviamente motivado por sus deseos de supervivencia. Concretado el acuerdo, es salvado.

Quien se encontraba *ad portas* de morir ahogado ¿estuvo afecto a un estado de necesidad? La respuesta es sí. ¿Su contraparte se aprovechó de dicha circunstancia, a sabiendas? La respuesta es sí. ¿Obtuvo una ventaja injusta? Otra vez la respuesta es sí. ¿Existió un consentimiento libre? No, porque si bien siempre pudo haber elegido morir ahogado, como antes referimos, la situación debe plantearse preguntándonos si es posible que el sujeto se librase de ahogarse de otra manera que no sea el existente en tiempo y lugar en que se encontraba. Obviamente la respuesta es que no había otra alternativa, de manera que no fue libre su consentimiento.

Pero si insistimos en que igualmente existe un consentimiento libre, podemos sostener que la buena fe objetiva protege las voluntades frente a situaciones de ventaja injusta. Veamos como arribamos a esta conclusión, no obstante que reconocemos que no es una protección directa sino más bien mediata. Para cumplir con esta labor, regresemos al ejemplo que utilizamos, para dar por sentadas ciertas afirmaciones que nos conducirán a la conclusión en comento: En primer lugar, por mucho que sostengamos que no existió un consentimiento libre, no podemos evitar reconocer que ambas partes aceptaron el contrato, de manera que nos pondremos en el hipotético caso de que existió un consentimiento. En segundo lugar, debemos también reconocer que dicho contrato no se habría celebrado si las partes no se hubiesen hallado en las circunstancias en que estaban inmersas.

No caben dudas que quien se encontraba próximo a morir ahogado se encontraba en una situación de vulnerabilidad. Es palmario que quien ofreció auxiliarlo a cambio de una contraprestación se aprovechó de la situación en que se encontraba. Es indudable que “el salvador” obtuvo una ventaja del contrato celebrado.

Si entendemos por la buena fe objetiva como un criterio ético que nos permite identificar lo bueno y lo malo, en tanto nos permite develar el comportamiento correcto que debieron desplegar las partes de un contrato, conforme a las circunstancias que rodea la convención, al realizar un ejercicio de abstracción consistente en reflexionar sobre lo que hubiese hecho una persona normal en estas circunstancias, arribaríamos a la conclusión de que habría actuado de otra manera, por lo pronto, lo hubiese salvado sin contraprestación alguna, de forma altruista²⁰¹. Al decir esto, entonces podemos apreciar cuál es el deber que, en estas circunstancias, nace de la buena fe objetiva: el deber de no aprovecharse de la situación de debilidad de la otra parte para obtener a su costa una ventaja ilegítima.

De esta guisa, al sostener lo que se viene diciendo en el ejemplo propuesto, quien salvó a su contratante a cambio de la contraprestación, evidentemente actuó contrariamente a lo

²⁰¹ Entendemos el concepto altruista de la manera como lo concibe Pereira Fredes, quien sostiene que el altruismo puede ser fuerte y moderado. El primero corresponde al del buen samaritano que implica sacrificarse por otros. El segundo obedece a la motivación del agente en cuanto a atender los intereses ajenos sin exigirse el autosacrificio. Pereira Fredes, Esteban: “Altruismo Y Derecho Contractual”. En Papayannis, Diego M y Pereira Fredes, Esteban (eds.): “Filosofía del derecho privado”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2018. P, 139-142.

ordenado por la buena fe objetiva, por cuanto se aprovechó a la situación de vulnerabilidad de que padecía, de tal suerte que el consentimiento prestado es insuficiente para la eficacia del contrato, de forma tal que, indirectamente, se le protege. Recordemos que a pesar de lo que consientan las partes, la buena fe objetiva se manifiesta en una limitación a la libertad contractual, de tal suerte que se asumiendo que toda la ventaja injusta es una vulneración a este principio, y no obstante que la buena fe es un criterio moral que permite atacar un contrato que se opone a la ética a pesar de ser querido por las partes, consentir un contrato celebrado en estas tesituras resulta ser inmoral y por ello, indirectamente se le protege.

5. Sanciones aplicables en casos de ventaja injusta

Las sanciones que se deriven de las hipótesis de ventaja injusta en los ordenamientos jurídicos que no la contemplan, serán diversos según se enfoquen como una vulneración del principio de protección del libre consentimiento o de la buena fe objetiva.

En el caso de que concebamos los casos de ventaja injusta como una vulneración del libre consentimiento, en virtud del principio de protección que venimos defendiendo, la sanción, como adelantamos previamente, sería la nulidad absoluta del contrato, por cuanto falta un requisito o elemento esencial de él, cual es, el consentimiento, de conformidad a los arts. 1445 en relación con los artículos 162 y siguientes, todos del CCCh.; y de los arts. 1261 en relación con el 1300 y siguientes, todos del CCE. Además, creemos que no hay inconveniente legal con demandar la indemnización de los perjuicios causados.

Si concebimos los casos de ventaja injusta como infracción al principio de buena fe objetiva, ¿cuál es su sanción para el evento de concurrir? Para resolver esta pregunta debe tenerse en cuenta que, en este caso, aquel deber derivado de la buena fe objetiva se sitúa al tiempo de concluir el contrato, de manera que no estamos hablando de obligaciones y deberes que nacen a consecuencia de él, sino que existen coetáneamente con su celebración o conclusión. De esta guisa, la resolución no es un remedio viable para declarar la ineficacia del contrato, ya que ella funciona precisamente por el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato.

Sin lugar a duda, el incumplimiento de la buena fe objetiva, en el caso concreto, es la indemnización de los perjuicios causados. El régimen indemnizatorio aplicable dependerá de determinar si este deber derivado de la buena fe objetiva es de tipo contractual o aquiliana. Nos parece que la solución correcta sería aplicar el régimen de responsabilidad contractual.

A pesar de la infracción de la buena fe, el contrato no perderá su vigor por el hecho de la infracción, y si consideramos que este deber que nace del principio es coetáneo a la conclusión del contrato, su inclusión en él resulta patente. No se trata de un deber que nazca a consecuencia del contrato, sino de uno que ordena cómo debe celebrarse, pero que en todo caso forma parte de él. Se trata de un deber que se desenvuelve en un contexto contractual y no, como se dijo antes, de una obligación nacida del contrato (por ello no procede la resolución). En consecuencia, su infracción generará el régimen de responsabilidad contractual.

¿Es posible otra sanción? No parece que en el Derecho civil español podría haber otra solución, la cual deriva del artículo 1255 del CCE. En efecto, si la buena fe objetiva es un criterio ético, resulta entonces que atenta contra la moral aquel contrato en cuya virtud una de las partes obtiene un provecho que es consecuencia de su aprovechamiento respecto de la situación de vulnerabilidad de su contraparte. De esta guisa, la sanción sería la nulidad absoluta del contrato²⁰². Esta solución no es posible emularla en el Derecho chileno, ya que como mencionamos antes, no existe una norma expresa que ponga coto a la libertad contractual, a la usanza del art. 1255 CCE.

No obstante las soluciones legales anotadas con antelación, creemos que sería viable configurar un deber de revisión, renegociación o adaptación del contrato por las partes. Obviamente la situación la circunscribimos a los casos en que las partes nada hayan dicho al respecto, por cuanto si ellas previeron la renegociación para ciertos casos, debe estarse a dicho pacto.

Por el contrario, lo que acá pretendemos dilucidar es si es posible obligar a los contratantes a renegociar para adaptar el contrato conforme a la equidad, en el entendido de lo que previsiblemente habrían convenido de no mediar la vulnerabilidad que afectaba a una ellas. Antes bien, es dable hacer otra prevención: la revisión o renegociación del contrato por las partes solo será viable cuando ambas quieran persistir en él, lo que nos parece que solo sucederá cuando la parte que se encontraba a merced de una situación de vulnerabilidad igualmente habría contratado, pero lo hubiese hecho en términos más beneficiosos. En efecto,

²⁰² Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 585.

si la parte que se encontraba frente a una vicisitud tal que de no haber existido no habría contratado, nos parece que imponer un deber de renegociar sería imponer un contrato que no se quiere, por la inexistencia de una voluntad en tal sentido y, por sobre todo, por ser contrario a las exigencias de la buena fe. Nos parece que en este extremo los intereses del que se aprovechó no deben ser considerados por cuanto es justamente su obrar doloso, entendida como el aprovechamiento a sabiendas de la vulnerabilidad de su contraparte, lo que motivó toda esta situación.

En el Derecho civil chileno, como indicamos en el Capítulo I.5., la buena fe, en el ámbito contractual, está consagrado especialmente en el art. 1546 del CCCh., norma que, a pesar de su tenor literal, se amplía en su interpretación, ya que se entiende que rige para todas las etapas del contrato, de manera tal que la buena fe debe estar presente en la etapa precontractual, al tiempo de la conclusión del contrato, durante su ejecución y en su fase posterior. En esta línea, Rodrigo Momberg, a propósito del deber de renegociación que puede derivar de la imprevisión contractual, llamada también excesiva onerosidad sobreviniente, defiende que el deber de renegociar podría descansar en el citado artículo 1546. El autor sostiene que, frente a estas circunstancias, nace un deber de cooperación mutua entre los partes contratantes, de tal suerte que no solo deben considerar su propio interés, sino que el del otro, con miras a lograr u obtener los beneficios recíprocos que derivan de la convención. De esta guisa, la parte que se niega a renegociar en el fondo lo que está haciendo es contravenir la buena fe que se manifiesta en este deber de mutua cooperación²⁰³.

Creemos que dicho argumento y conclusión es perfectamente replicable si este deber de renegociación nace, no a consecuencia de un caso de imprevisión, sino más bien por circunstancias como las que forman parte de la ventaja injusta, pero en la medida que ambas partes quieran persistir en el contrato, conforme explicamos previamente.

En virtud del artículo 1258 del CCE, a las mismas conclusiones a que arribamos para la realidad jurídica chilena, podemos replicarlas para sostener que en el Derecho español es posible que, en virtud de la buena fe, nazca para las partes el deber de renegociar, pero con

²⁰³ Momberg Uribe, Rodrigo: “La Revisión Del Contrato Por Las Partes: El Deber De Renegociación Como Efecto De La Excesiva Onerosidad Sobreviviente”. Página 57. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003

la prevención hecha antes. La autora Rosa Barceló sostiene que la buena fe exigiría a las partes conducirse en aras de obtener una readecuación del contrato y no en persistir en los términos literales de la prestación, aun cuando añade que dicha obligación es de medio y no de resultados²⁰⁴. No obstante, sostiene que en el ordenamiento jurídico español no se contempla una obligación de renegociación, de manera tal que el juez no puede imponerla ni sancionarla ante a su inobservancia²⁰⁵. En este punto no concordamos con la autora. Si es contrario a la buena fe no renegociar, según ella, y teniendo en cuenta lo que el TS ha dicho sobre el contenido de este principio general del Derecho, en tanto significa conducirse leal y correctamente para tutelar la confianza y el logro de los objetivos comunes, además de que ambas partes quieren perseverar en el contrato, dicho deber de renegociación podría desprenderse del art. 1258 del CCE y, por consiguiente, el juez podría a su vez imponerlo.

Creemos que, en el caso del Derecho chileno, la existencia de una disposición como la del art. 1545 del CCCh. que prescribe que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, no puede significar un impedimento a lo que venimos sosteniendo. En efecto, nada se opone a la ley del contrato la existencia de un deber de renegociación, máxime si este deber nace de la buena fe, que, por expreso mandato del artículo 1546 del cuerpo legal señalado, pueden derivar obligaciones fuera del pacto expreso de las partes, de forma tal que esta obligación de renegociación permanece al amparo de la ley del contrato. Igual argumento puede replicarse en el Derecho civil español: de los art. 1254 y siguientes, y en especial, del art. 1278, se desprende que el contrato es obligatorio para las partes. Sin embargo, existe una diferencia que promete ser más viable la aplicación de la renegociación: no existe norma que imponga la analogía de la fuerza de la ley respecto de un contrato, lo cual facilita la aceptación de este deber como aplicable, pese a su no consagración expresa.

Por otra parte, si la buena fe impone esta obligación de renegociar, ¿qué ocurrirá si una de ellas se niega a hacerlo? Nos parece que en este caso la resolución del contrato podría ser un mecanismo totalmente viable cuando no quiere cumplirse con esta obligación contractual.

²⁰⁴ Que la obligación de renegociación es una obligación de medio es compartida también por Rubio Gimeno, Gemma: “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dirs.) “Codificación y Reequilibrio de la Asimetría Negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017. P. 214.

²⁰⁵ Barceló Compte, Rosa: Ob. Cit. P. 280.

Esta obligación, a diferencia del deber de no aprovecharse de su contraparte, cuya infracción, a nuestro juicio, no supondría la resolución del contrato, por no ser una obligación que nace por su intermedio, se genera a consecuencia del negocio jurídico contractual, de tal suerte que no cumplirla significaría entonces que el juez puede resolverlo. En este sentido, la resolución, como instrumento de ineficacia del contrato se encuentra regulado en los artículos 1490 y siguientes del CCCh., a propósito de las obligaciones sujetas a condición²⁰⁶. En el Derecho civil español se contiene una norma similar a la chilena, prescrita en el artículo 1124 del CCE.

Para finalizar, queremos pronunciarnos sobre la posibilidad de que el juez revise y modifique el contrato frente a situaciones de ventaja injusta. En el Derecho civil chileno, tal y como expresa Rodrigo Momberg, a propósito de la imprevisión, esta teoría no está reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico chileno. Por ende, aconseja regularla, proponiendo determinadas reglas. Añade que los tribunales chilenos, se oponen a recepcionar esta teoría en virtud del art. 1545 a que ya hemos hecho referencia. Por consiguiente, su aplicación, mientras no medie una reforma legal al Código Civil, no se vislumbra. Por consiguiente, tampoco está permitida la revisión judicial del contrato derivada de esta teoría²⁰⁷. Sin perjuicio de la autorizada opinión del autor mencionado, creemos que esta posibilidad si puede construirse con los mecanismos legales contenidos en el CCCh., aunque

²⁰⁶ En efecto, en el Derecho civil chileno la resolución está regulada a propósito de las obligaciones condicionales. Su ubicación entre dichas normas descansa en la condición resolutoria tácita, reglamentada específicamente en el artículo 1489 del código de Bello, que reza: (1) *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. (2) Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el incumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicio”*.

Ahora bien, podría contraargumentarse que dicha sanción solo operaría en los casos de obligaciones pactadas, dándose a entender que el remedio en cuestión se refiere solo a las obligaciones expresamente celebradas por las partes, como sería no pagar el precio en el contrato de compraventa o no entregar la cosa vendida. Habida cuenta que este deber de renegociación nace de la buena fe, que no fue expresamente pactado, no procedería a su respecto la resolución del contrato a consecuencia de su infracción. Sin embargo, el art. 1546 del CC, tras señalar que el contrato debe ejecutarse de buena fe, señala que las partes están expresamente obligadas a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. En consecuencia, las partes deben cumplir todas las obligaciones que nacen del contrato, sean las expresamente pactadas, como aquellas que nacen del pacto en general.

²⁰⁷ Momberg Uribe, Rodrigo: “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”. Artículo consultado el 3 de agosto de 2019 desde la página web <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n15/art02.pdf>

reconocemos que siempre es mejor su consagración legal para evitar toda duda con respecto a su viabilidad.

Como hemos visto, el art. 1545 del CCCh. dispone que el contrato celebrado legalmente es una ley para sus partes, no pudiendo invalidarse sino por mutuo consentimiento y por causas legales²⁰⁸. A primera vista la norma señalada nos conduce a pensar que, al igual que la ley es obligatoria para todos, el contrato es obligatorio para las partes y de la manera en que fue convenido, no pudiendo dejarse sin efecto sino por causas legales. De esta manera, el juez estaría inhibido de modificarlo. Sin embargo, no compartimos esta postura. En efecto, si bien la norma establece esta analogía de la ley con relación al contrato, en el sentido de que tiene su misma fuerza, la norma siguiente, el art. 1546 del CCCh., que establece la ejecución del contrato conforme a la buena fe, además de hacerle aplicable otras obligaciones que emanen de ella o que por la ley o la costumbre son conforme a su naturaleza, permitiría al juez modificar el contrato en la medida justa para poder ejecutarlo de buena fe, sin perder la convención su fuerza de “ley”. Por lo demás, la norma dice que no puede invalidarse (dejarse sin efecto) sino por causas legales, y, con la revisión judicial no evitaríamos sus efectos, sino por el contrario, se propendería a su correcta ejecución.

Esta posición que proponemos también es posible de aplicar en el Derecho civil español, con el beneficio que en dicho ordenamiento jurídico no existe una norma que en términos similares al CCCh. hable del contrato como una ley para las partes, más allá que está admitido el *pacta sunt servanda* como principio general del Derecho privado español.

²⁰⁸ Cabe hacer presente que el código de Bello incurre en una impropiedad cuando indica que el contrato no se puede invalidar sino en los casos que expresa la norma. En verdad, más que una invalidación en específico, lo que la norma quiso decir es que es menester el mutuo disenso o causas legales para dejar sin efecto el contrato.

Conclusiones

I. El consentimiento es la base del contrato

El consentimiento es un elemento del contrato cuya preponderancia continúa siendo de capital importancia, incluso en aquellos contratos, los de adhesión, en donde su intervención se reduce a aceptar o no el contrato que otro le impone.

II. El consentimiento debe ser libre

El consentimiento es mucho más que una aceptación del contrato que se celebra. El debe ser libre, en tanto se tiene conciencia del acto que se realiza, lo que va unido a la ausencia de una compulsión heteronomía que lo compela a prestarlo.

III. La falta de consentimiento libre produce la nulidad del contrato

Como el consentimiento es una condición esencial del contrato, su ausencia produce la nulidad de aquel. Igual efecto se produce cuando el consentimiento no fue libre.

IV. El consentimiento tiene límites

El consentimiento libre, que en el ámbito contractual se traduce en una libertad de contratación, no es absoluto. Por el contrario, en atención a que la persona vive en sociedad, su limitación es necesaria para poder alcanzar la paz social y el bien común.

V. La buena fe objetiva es un límite del consentimiento libre

La buena fe se alza como un criterio moralizador del contrato, cuya incidencia se ha dimensionado en el último tiempo, de tal suerte que viene a constituirse en un factor ético que les impone a las partes el cumplimiento de ciertos estándares que se consideran apropiados y justos. En efecto, el contrato debe ser justo en sus resultados, como también debe serlo respecto al comportamiento que las partes deben observar entre ellas, tanto en lo que respecta a su celebración, como también en lo relativo a la ejecución del contrato.

VI. El consentimiento libre es el requisito que se exige en todo contrato

Cuando los códigos civiles decimonónicos (como el español y chileno) así como los de más reciente data, exigen el consentimiento para que el contrato se forme, suponen que sea prestado por quien, más allá de haber sido reconocido en cuanto a su dignidad como un

hombre libre, lo haya sido en términos prácticos. Suponer lo contrario llevaría al absurdo de entender que en ciertos casos el consentimiento puede ser prestado por quien fue compelido a celebrar un contrato, y, a pesar de ello, considerar el contrato como válido y vinculante.

VII. Del consentimiento libre deriva el principio de protección del consentimiento

El principio de protección del consentimiento libre está presente tanto en los códigos civiles de raigambre francesa, como en aquellos más modernos, donde incluimos a los primeros pero que han sido puestos al día, o, si se quiere, que contienen las reformas legales que se compadecen con los códigos más modernos. La única diferencia entre los antiguos códigos civiles y los más actuales, es que los segundos contienen más reglas legales que expresamente permiten la tutela del consentimiento. En los “viejos” códigos civiles la libertad del hombre se suponía, lo que obedecía al convencimiento de que este cuerpo normativo, en tanto resultado del Derecho natural racionalista, venía a ser el “recipiente” de verdades axiomáticas y ecuménicas, de fácil conocimiento y al acceso de todos. De esta manera, solo se contemplaron los casos usuales de falta o defectos en el consentimiento, esto es: los vicios de la voluntad.

Así, el principio de protección del consentimiento deriva de la exigibilidad del consentimiento como requisito esencial del contrato. También se desprende de la existencia de normas que lo protegen, como los vicios de la voluntad. Las normas que regulan la ventaja injusta constituyen otro claro ejemplo de lo que se viene diciendo. Las normas sobre incapacidad protegen el consentimiento prestado por quienes carecen de discernimiento, lo que refuerza este principio tutelar.

VIII. Las hipótesis de ventaja injusta constituyen vulneraciones al libre consentimiento y una transgresión de la buena fe objetiva

Las distintas situaciones de hecho que son consideradas por los ordenamientos jurídicos y por los instrumentos de *soft law* que regulan la ventaja injusta, son una vulneración al libre consentimiento o, si se quiere, de la libertad contractual, ya que ellas impiden que el sujeto sea consciente del acto que está realizando.

Al mismo tiempo constituyen una infracción de la buena fe objetiva que nos ordena no aprovecharnos de la situación de vulnerabilidad de nuestra contraparte para obtener a

consecuencia de ello una ventaja que no obtendríamos de ella sin mediar la vicisitud que le afecta.

IX. Los ordenamientos jurídicos español y chileno no regulan la ventaja injusta

En este sentido, urge la necesidad de contar tanto en Chile como en España, con una legislación apropiada que se avenga con el Derecho contractual moderno, que permita sortear los injustos inconvenientes que provoca esta figura jurídica. Con esto además se evita tener que echar mano de teorías que pretendan suplir la falta de legislación sobre la materia, las que, sin bien intencionadas, no impiden la existencia de discusiones sobre su procedencia o no.

X. Con el principio de protección del libre consentimiento y la buena fe pueden sortearse los casos de ventaja injusta

Si consideramos que los casos de ventaja injusta son una vulneración del libre consentimiento y de la buena fe objetiva, y considerando que en los ordenamientos jurídicos español y chileno dichos principios existen, ante la ausencia de la ventaja injusta como figura jurídica tipificada, pueden sortearse sus inconvenientes cuando en la práctica concurren. Creemos que la existencia de la libertad como un principio o valor fundamental consagrado con las constituciones de Chile y España, refuerzan la idea del principio de protección del libre consentimiento.

XI. La nulidad absoluta y la indemnización de perjuicios constituyen en sanciones cuando falta el libre consentimiento

Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el chileno, para el caso de faltar el libre consentimiento, la sanción sería la nulidad absoluta, sin perjuicio de concurrir también como sanción, la indemnización de los perjuicios causados.

Por otro lado, independientemente de lo anterior, y teniendo en cuenta que las hipótesis de ventaja injusta vulneran también la buena fe objetiva, la indemnización de perjuicios es una acción que deriva de su infracción. Además, en el ordenamiento jurídico español, como la moral es un límite de la libertad contractual, la vulneración de la buena fe puede erigirse como causa de nulidad de contrato.

XII. La renegociación es un remedio en casos de ventaja injusta

La renegociación es un remedio aplicable para los casos de ventaja injusta, pero solo en el evento de que ambas partes quieran perseverar en el contrato. Esta renegociación puede ser impuesta por el juez, ya que, si el contrato debe ejecutarse de buena fe, y consideramos que estamos en un contexto de ventaja injusta, la renegociación se erige como el único camino posible para ejecutar el contrato. El deber de renegociación deriva precisamente del principio de la buena fe objetiva.

XIV. La revisión judicial del contrato es viable en casos de ventaja injusta

La revisión y modificación judicial del contrato es un remedio para los casos de ventaja injusta, el cual procede plenamente en la realidad jurídica española y chilena, pero, como en el caso anterior, siempre que los contratantes perseveren en el contrato. Nuevamente la buena fe constituye la base sobre lo que proponemos. La fuerza obligatoria del contrato se complementa con la buena fe en tanto de él derivan obligaciones que no fueron consideradas por las partes, y, en suma, deben ellas ejecutarlo conforme con dicho principio general. Por consiguiente, si para cumplir con el contrato se quiere su modificación, y así es pedido al sentenciador, éste, por el principio de inexcusabilidad, se encuentra compelido a ordenarlo siempre que se cumplan con las condiciones que hemos propuesto.

Bibliografía

- Albaladejo, Manuel: “Derecho Civil. Introducción y Parte General. Edisofer, S.L. Madrid. Decimoquinta Edición. Madrid, 2013.
- Albaladejo, Manuel: “Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Edisofer, S.L. Madrid. Duodécima Edición. Tomo II. Madrid, 2004.
- Abeliuk Manasevich, René: “Las obligaciones”. Editorial Legalpublishing Chile. Sexta Edición. Santiago. 2014. Tomo I.
- Alcalde Rodríguez, Enrique: “Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2016.
- Álvarez Conde, Enrique; Tur Ausina, Rosario y otros: “Deontología, principios jurídicos básicos e igualdad”. Editorial Tecnos. Segunda edición. Madrid. 2017.
- Andrés Santos, Francisco Javier: “Los límites a la autonomía privada en la perspectiva histórico-comparatista”. En Parra Lucán, María Ángeles (Coord.): “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016.
- Arnau Raventós, Lúdia: “Formación de la voluntad: riesgos de captación y “decisión con conocimiento de causa””. En Heras Hernández, María del Mar (Coord.): “Nuevas Orientaciones del Derecho Civil en Europa”. Editorial Aranzadi, SA. Navarra. 2015.
- Barceló Compte, Rosa: “La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dir.) “Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017.
- Boetsch Gillet, Cristián: “La buena fe contractual”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2011.
- Corral Talciani, Hernán: Curso de Derecho civil. Parte general. Legalpublishing Chile. Santiago, 2018.
- De Castro y Bravo, Federico: “El negocio jurídico”. Civitas Ediciones S.A., Madrid. Reimpresión 2016.

- De la Maza Gazmuri, Iñigo: “Los límites del deber precontractual de información”. Editorial Aranzadi, SA. Navarra, 2010.
- Del Pozo Carrascosa, Pedro; Vaquer Aloy, Antoni y Bosch Capdevila, Esteve: “Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2018.
- Díez-Picazo, Luis: “Prologo”. Prologo. En Wieacker, Franz: “El principio general de la buena fe”. Ediciones Olejnik. Santiago. 2019.
- Díez-Picazo, Luis, Gullón Antonio: “Sistema de Derecho civil”. Editorial Tecnos. 12ª Edición. Madrid, 2012, Volumen I.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Décima edición. Madrid, Reimpresión, 2015, Volumen II, tomo 1.
- García Rubio, María Paz y Otero Crespo, Marta: “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”. Artículo consultado el 10 de julio de 2019 en la página web http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf
- Ginés Castellet, Nuria: “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617>
- Gómez Calle, Esther: “Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil”. Editorial Aranzadi, S.A.U. Navarra, 2018.
- Gómez Liüerre, Carlos: “Article 111-6. Llibertat civil”. En Lamarca i Marquès, Albert y Vaquer Aloy, Antoni (Editors): “Comentari al Llibre Primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i Caducitat”. Editorial Atelier. Barcelona, 2012.
- Grossi, Paolo: “De la codificación a la globalización del Derecho”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona, 2010.
- Herzog, Tamar: “Una Breve Historia Del Derecho Europeo”. Alianza Editorial. Madrid, 2019

- Kant, Immanuel: “Contestación a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración? Editorial Taurus. Madrid, 2012.
- Linacero de la Fuente, María: “Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- López Santa María, Jorge: “Los contratos. Parte general. Abeledo Perrot, Legalpublishing. 5ª edición actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, 2010.
- Lyon Puelma, Alberto: “Integración, interpretación y cumplimiento del contrato”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2017.
- Martín-Casals, Miquel: “Avantatge injust i lesió en més de la meitat: una duplicitat necessària i convenient? En Serrano de Nicolás, Ángel (coord.): “Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña”. Marcial Pons. Madrid. 2018.
- Momberg Uribe, Rodrigo: “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviviente”. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003
- Momberg Uribe, Rodrigo: “La Revisión Del Contrato Por Las Partes: El Deber De Renegociación Como Efecto De La Excesiva Onerosidad Sobreviviente”. Artículo consultado el 20 de mayo de 2019 desde la página web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003
- Momberg Uribe, Rodrigo: “Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile”. Artículo consultado el 3 de agosto de 2019 desde la página web <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n15/art02.pdf>
- Oliva Blázquez, Francisco: “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”. En Parra Lucán, María Ángeles (Coord.): “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016.
- Ordoqui Castilla, Gustavo: “Buena fe en los contratos”. Editorial Reus, S.A. Madrid. 2011.

- Pacheco Gómez, Máximo: “Teoría del Derecho”. Editorial Jurídica de Chile. Quinta Edición. Santiago, 2004.
- Parra Lucán, María Ángeles: “La autonomía privada en el Derecho civil”. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona. 2016.
- Pereira Fredes, Esteban: “Altruismo Y Derecho Contractual”. En Papayannis, Diego M y Pereira Fredes, Esteban (eds.): “Filosofía del derecho privado”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2018.
- Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos (PLDC). Trabajo consultado el 18 de mayo de 2019, desde la página web https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44
- Rengifo Gardeazábal, Mauricio: “Vicios del consentimiento. El ejercicio de la libertad en contextos desfavorables”. En Papayannis, Diego M. y Pereira Fredes, Esteban (eds.): “Filosofía del Derecho privado”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2018.
- Roppo, Vincenzo: “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”. Artículo consultado el 29 de julio de 2019 desde la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3688567>
- Rubio Gimeno, Gemma: “Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dirs.) “Codificación y Reequilibrio de la Asimetría Negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017.
- Torres García, Teodora F.: “El estado de la cuestión en la recodificación del Derecho contractual español”. En Gramunt Fombuena, Mariló y Florensa i Tomas, Carles E. (Dirs.) “Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial”. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2017
- Wieacker, Franz: “El principio general de la buena fe”. Ediciones Olejnik. Santiago. 2019.