

LA RELACIÓN ENTRE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS CONTRATOS ATÍPICOS

ISMAEL EDUARDO VERDUGO BRAVO¹

Entre ambos conceptos jurídicos existe una relación fundamental que pretendemos abordar en este trabajo.

1. *La autonomía privada*

Como primera cosa digamos que este es un concepto no unívoco ya que actualmente en Europa es de común uso la expresión "autonomía privada", por sobre la denominación comúnmente usada entre nosotros de autonomía de la voluntad².

Cabe plantearse si ambas denominaciones son de igual significado, o tienen algún matiz de diferencia, toda vez que es claro que las expresiones voluntad y privada no son de igual significado.

Así, autonomía, desde un punto de vista etimológico, proviene de las palabras "auto", tiene origen griego y significa propio o por uno mismo. "Nomía", también de origen griego, significa norma o ley, de modo tal que autonomía viene a significar una norma o regla de conducta que es dada por la propia persona que se someterá a ella.

Ahora bien, voluntad significa una potencia del alma, que mueve a hacer o no alguna cosa³, por lo que involucra el libre albedrío o libre determinación.

¹ Profesor de Derecho Civil, Universidad Bernardo O'Higgins y Universidad Católica del Norte, Antofagasta.

² Por todos, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, pág. 373, Tecnos, Madrid, 1975.

³ Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil, pág. 225, Editorial Jurídica de Chile, 1984.

La autonomía privada más bien es un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, que son cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en que es parte.

De tal manera que al utilizar la expresión autonomía de la voluntad, se pone énfasis en el propio querer del sujeto, que podrá ser jurídico o bien no serlo, como ocurrirá en este último caso cuando planeamos un paseo o una salida al cine. La expresión autonomía privada pone énfasis en la facultad otorgada por el orden jurídico de que el sujeto se dé una norma jurídica que regule sus relaciones de derecho. Como dice Díez-Picazo⁴, "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 equívoco. Porque el sujeto de la autonomía de la voluntad no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo –función de la voluntad– sino estableciendo, disponiendo, gobernando".

Podemos, por lo tanto, concluir que es más precisa al objeto la denominación de autonomía privada que la de autonomía de la voluntad, por lo que, nos atrevemos a vaticinar, la primera expresión se irá imponiendo lentamente entre nosotros.

2. *Concepto de la autonomía privada*

Hemos dicho que la autonomía privada es el poder de dictarse a sí mismo la ley o el precepto, es decir, el poder de darse normas propias que han de ser obedecidas. Este poder se concretiza a través de lo que nosotros denominamos "actos jurídicos" y que en Europa se denomina "negocios jurídicos". Siguiendo nuestra nomenclatura, los actos jurídicos son precisamente una manifestación de la autonomía privada, posibilidad de crear un precepto jurídico, esto es, al amparo del Derecho, de carácter obligatorio. La autonomía privada se nos presenta así, como una fuerza generadora del acto jurídico, es decir, ella es lo que hace nacer el acto jurídico, pero ajustado a un sistema más amplio, como lo es el orden jurídico.

Así entendido, la autonomía privada nos aparece como un pilar trascendental del Derecho Civil. Se le considera por lo tanto un principio general de Derecho, una verdadera fuente de Derecho⁵, ya que el orden

⁴ Ob. cit. pág. 373.

⁵ Díez-Ambrona Bardají, María Dolores, Actualidad Civil, Nº 16, pág. 347, Madrid, 1998.

jurídico reconoce que quienes mejor se darán normas serán los propios sujetos de Derecho.

La autonomía privada se encuentra dentro del Estado liberal. Por lo tanto, actualmente, con el desarrollo de ideas de socialización, sus límites han ido aumentando notablemente. La protección que el Estado debe a los ciudadanos, emerge como un factor fundamental del retroceso de este principio. Nuevos ámbitos del Derecho deben ser regulados por la ley, en circunstancias que antes se dejaban al libre albedrío de los interesados. Ejemplo claro de ello es lo que se denomina el moderno Derecho del Consumidor, que en su afán de protección al consumidor, limita seriamente la libertad contractual.

Otras áreas del mismo Derecho Privado, como ocurre con el Derecho de Familia, permanecen regidos, en cambio, por normas de carácter imperativas, irrenunciables, de orden público. Incluso se ha entendido, equivocadamente a nuestro juicio, que estaríamos frente a normas de Derecho Público, más que normas de Derecho Privado. Sin embargo, se aprecia una involución al respecto toda vez que la Ley N° 19.585, de 1999, sobre filiación, abrió algunos campos al acuerdo de los cónyuges, como ocurre con la patria potestad de los hijos. En España es posible citar la ley de apellidos de los hijos, que entrega a los cónyuges el determinar el orden paterno o materno de los mismos.

Diversas disposiciones en el Código Civil chileno reconocen el principio de la autonomía privada. Así podemos citar el artículo 1437, en cuanto nos indica que las obligaciones pueden nacer de un concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones. A través de una disposición propia del objeto, el artículo 1461, inciso final, se nos dice que el hecho que es objeto de la declaración de voluntad no debe ser moralmente imposible, entendiéndose por tal el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. Una disposición de similar contenido, aunque más explícita se contempla en el artículo 1255 del Código Civil Español⁶. En fin, el artículo 1545⁷, al sentar la regla básica de la contratación, expresada en el aforismo *pacta sunt servanda* u observación obligatoria de lo pactado, reconoce directamente la autonomía privada.

⁶ Dispone el art. 1255 del Código Civil Español: "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".

⁷ Artículo 1545 del Código Civil de Chile: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Estimamos que este verdadero poder de regulación otorgado a los particulares abarca no solo los contratos atípicos, sino también los típicos. Para los primeros, en cuanto la ley permite que las partes creen nuevos contratos que se acomoden de mejor forma a los intereses que les es conveniente resguardar en el tráfico jurídico. Para los típicos, en cuanto la ley permite que los contratantes alteren las normas legales aplicables naturalmente, o agregar cláusulas accidentales que suplan la normativa legal⁸.

3. *Límites a la autonomía privada*

Hemos dejado insinuado el asunto de los límites a la autonomía privada. Otorgar carácter absoluto a la autonomía privada sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual⁹. De tal manera que el mismo orden jurídico establece los límites. En esta materia hay algunos principios fundamentales del orden normativo que establecen límites, a saber, la función social de la propiedad, la igualdad ante la ley. Esto último se manifiesta en aquellos casos en que las partes están en un nivel de desigualdad, interviniendo el Estado para procurar un equilibrio.

Más directos y claros resultan los límites reconocidos por el Código Civil, en su ya citado artículo 1461: la ley, las buenas costumbres y el orden público.

La ley como límite a la autonomía privada está dirigida a las normas legales imperativas o prohibitivas, no así a las dispositivas ya que estas últimas pueden ser alteradas por los particulares. Las normas prohibitivas y las imperativas son de obligado cumplimiento, de donde se sigue que los contratantes deben sujetarse a ellas, por lo que su autónoma voluntad no puede configurar un acto jurídico al margen de dichas normas.

Las buenas costumbres a que se refiere nuestro Código, son noción equivalente a la moral que ocupa, por ejemplo, el Código Civil Español en su artículo 1255. Cabe hacer presente que en el anteproyecto de García Goyena, de 1851, se empleaba esta denominación de "buenas costumbres" que posteriormente cambió a moral, lo que prueba una vez más el ascendiente que sobre Andrés Bello tuvo este mencionado anteproyecto.

⁸ El Artículo 1444 es clara demostración de ello al indicar: "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 agreguen por medio de cláusulas especiales".

Esta noción de buenas costumbres a la que se asimila la moral, nos plantea especialmente el problema de determinar que debemos entender por ella como límite a la autonomía de la voluntad. Actualmente hay debido consenso que esta moral no es equiparable a la moral de una determinada congregación religiosa⁹, puesto que la norma jurídica reconoce el pluralismo a este respecto, estableciendo la más amplia libertad de culto. Tampoco podríamos asimilar la moral a la ética de cada individuo, considerando que lo que buscamos es un patrón aplicable a todas las personas integrantes de una comunidad en un momento histórico determinado. Mayor aceptación encuentra la posición que ve en esta moral, más bien a lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento, también, se dice, corresponde al criterio general de las personas honestas, rectas en su proceder¹¹. Con lo cual se concluye, entonces, que a los efectos del límite de la autonomía de la voluntad o privada, buenas costumbres o moral son concepto de similar contenido.

La noción de orden público, como límite a la autonomía, adquiere mayor grado de dificultad. No se trata acá del orden público entendido como la paz social, la paz exterior, noción de origen común y banal. Si bien algunos lo discuten¹², nos parece que en primer término integran el orden público las normas prohibitivas y las imperativas, toda vez que ellas trasuntan lo que es inalterable en concepto del legislador por la voluntad de las partes, campo en el cual no existe, por lo tanto, autonomía privada posible. Un concepto más amplio de orden público es el fijado por el Tribunal Supremo español en sentencia de 31 de diciembre de 1979, en la cual expresa que corresponde a principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada. Como dichos principios deben consignarse en la norma fundamental del orden jurídico, tenemos que la Constitución Política del Estado pasa a ser una limitación principal a la autonomía privada.

⁹ Díez-Picazo y Gullón, ob. cit. pág. 375.

¹⁰ Díaz-Ambrona Bardají, María Dolores, ob. cit. pág. 351.I

¹¹ Díez-Picazo y Gullón, ob. cit. pág. 377. En el mismo sentido, DE CASTRO, "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *Revista de Actualidad Civil*, Madrid, año 1982, pág. 987.

¹² Alfaro Águila-Real, J. Autonomía privada y derechos fundamentales, *Actualidad Derecho Civil*, a993 (1), pág. 57.

II. EL ASUNTO DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS

1. *El problema terminológico*

Se plantea nuevamente un problema terminológico, pues es frecuente denominar sin mayor explicación a esta categoría de contratos como atípicos o innominados, siendo esta última la expresión generalmente usada en la dogmática chilena. Sin embargo, hay autores que han manifestado ya su crítica al criterio nacional¹³.

Para introducirnos en el tema, hagamos algunas precisiones respecto de los términos tipicidad y tipo, para evitar posibles confusiones. La tipicidad se refiere a la existencia de una regulación legal de un determinado contrato, como por ejemplo, el mandato, por lo cual decimos el mandato es un contrato típico; en contraposición denominamos atípico a aquel contrato que carece de una regulación específica. Por lo tanto se alude al esquema o estructura del contrato y no a si tiene o no nombre. La circunstancia de que el contrato tenga o no nombre en la terminología usual, no lo transforma de atípico en típico, como bien nos expresa el profesor Jorge López Santamaría en la nota anterior.

2. *Concepto*

Podemos definir el contrato atípico como aquel que no estando predeterminado y prerregulado en la norma, es, sin embargo, aceptado y protegido por el ordenamiento jurídico, fundado precisamente en la autonomía privada. Será determinante por lo tanto, para su delimitación, la regulación legal o no del mismo. Esta separación entre contratos típicos y atípicos no aparece en las fuentes romanas, ya que en el Derecho Romano el contrato debía estar formalmente previsto para que obtuviese protección jurídica. Hay ámbitos en los cuales no proceden los contratos atípicos y son precisamente aquellos en que la autonomía privada se encuentra limitada, con lo cual se deduce la vinculación entre los dos temas que analizamos.

¹³ López Santamaría, Jorge, *Los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, año 1986, pág. 97. Expresa el distinguido profesor chileno: "Es más acertado, atendiendo a este criterio, simplemente clasificar los contratos en típicos y atípicos, ya que las expresiones nominados e innominados, desde un punto de vista semántico, significan con un nombre o sin él. Ahora bien, hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de leasing, mudanza, hospitalización... Sería preferible, por lo tanto, abandonar la terminología contratos nominados e innominados, restringiendo esta clasificación a la separación de los contratos en típicos y atípicos".

3. Normativa aplicable

El asunto de mayor trascendencia que plantea el contrato atípico es el de determinar la normativa aplicable, cuando las partes no previeron las dificultades sobrevivientes¹⁴. Especial problema plantean los contratos mixtos o complejos, que podemos conceptuar como aquellos en que el supuesto contractual atípico en cuestión contiene elementos de dos o más esquemas contractuales típicos. ¿Se deben aplicar en tal caso las normas aplicables al contrato típico que se identifica en ellos?

Diversas teorías se han formulado al respecto:

- a) Teoría de la absorción: Consiste en que se debe buscar el elemento preponderante en el contrato, y si él corresponde a un contrato típico, su normativa es la que resulta aplicable en su integridad. Se cita el caso del contrato de garaje¹⁵, en donde se dice hay un elemento preponderante de custodia, por lo que resultaría aplicable el contrato de depósito. Sin embargo, se le critica que si el elemento preponderante corresponde a un contrato típico, ya no estamos en presencia de un contrato atípico.
- b) Teoría de la combinación. Corresponde desentrañar los diversos intereses preponderantes y si corresponden a varios contratos típicos, esas varias regulaciones han de resultar aplicables. Sin embargo, se la rechaza porque solamente estaríamos frente a dos contratos típicos que se nos presentan combinadamente.
- c) Teoría de la analogía. Esta teoría recomienda la aplicación de la normativa de la figura típica más afín. Es decir, aplicar la regulación del contrato que resulte más parecido. Como dice el Tribunal Supremo español: "habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo a la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno u otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo de la solución en última instancia, de lo que, con su prudente arbitrio, decida la autoridad judicial"¹⁶. Cabe indicar que curiosamente en España se ha tratado de aplicar a las parejas de hecho o estables, la regulación propia del matrimonio, lo que ha sido, sin embargo, rechazado por los Tribunales Superiores.

A partir de dichas teorías podemos indicar que el contrato atípico se regirá por las siguientes reglas:

¹⁴ López Santamaría, Jorge, ob. cit. pág. 99.

¹⁵ Díez-Picazo y Gullón, ob. cit. pág. 37, volumen II.

¹⁶ Sentencia de 19 de mayo de 1982 (RJA N° 2581, Madrid, España).

1. Por lo que hayan pactado las partes en el contrato, de acuerdo a lo que dispone el artículo 1545 del Código Civil Chileno, en cuanto todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, regla básica de contratación, expresada en la máxima *pacta sunt servanda*.
2. Por las consecuencias que impone el principio de buena fe, consagrado en el artículo 1546 del Código, en cuanto los contratos deben ejecutarse de buena fe, y además, obligan no solo en lo en ellos expresado, sino que también a las cosas que emanen de la naturaleza de la obligación, o que por la costumbre se entiende pertenecerle. Esta buena fe, además, debe entenderse incorporada en el contrato por la presunción de buena fe del artículo 707, extendida al derecho en general según opinión unánime de la doctrina. En este sentido se echa de menos entre nosotros de una disposición similar a la del artículo 7º del Código Civil español¹⁷.
3. En la doctrina extranjera se hace referencia a que a continuación el contrato atípico debe regularse por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸. Resulta efectivamente el contrato atípico conformado por la vía jurisprudencial, producto de la interpretación que realiza en los litigios que conoce, estructurándose de esta manera, la nueva forma contractual.
4. La doctrina de los autores también permite regular el contrato atípico sobre todo cuando se trata de aquellos que tienen lo que se denomina "tipicidad social reiterada", es decir, que se realizan en forma más o menos reiterada en el tiempo.
5. Finalmente, el contrato atípico resulta regido por la analogía. Ello solo si es necesario, por insuficiencia de la normativa autootorgada por las partes, en cuyo caso debemos recurrir a la figura contractual que más se asemeje al contrato atípico. Esta última es una operación de suyo compleja, ya que implica llevar a cabo una calificación jurídica del contrato, asunto de derecho, como lo indica el profesor López Santamaría.¹⁹ En otros términos, de no poderse resolver el conflicto sobre la base de la metodología precedente se deberá recurrir a lo previsto en las normas específicas de los contratos tipos afines que sean compatibles con la finalidad y economía del negocio para su aplicación analógica²⁰.

¹⁷ Art. 7º 1 Código Civil Español indica: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

¹⁸ Díaz-Ambrosio Bardají, María Dolores, ob. cit. pág. 357.

¹⁹ López Santamaría, Jorge, ob. cit. pág. 101. Nos dice: "Esta asimilación o encasillamiento del contrato atípico en uno o más contratos típicos es una operación que se reduce a calificarlo". Agrega: "Las lagunas contractuales en los contratos atípicos, se dirimen recurriendo a las normas de los contratos más parecidos, es decir, por analogía".

²⁰ Piantoni, Mario, Contratos, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 54.

4. *Contratos atípicos*

Finalmente, es preciso señalar algunos casos de contratos atípicos, los cuales son en realidad numerosos y dejan de manifiesto la importancia de un adecuado manejo de las reglas precedentes. Así tenemos que por vía jurisprudencial los siguientes contratos han sido calificados como atípicos:

- a) Contrato de franquicia mercantil. Proviene esta especie de un tipo contractual norteamericano llamado *franchising*, por el cual una parte denominada franquiciador otorga a la otra denominada franquiciado, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, en tiempo y zona delimitadas, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios de propiedad del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica. El reconocimiento de este contrato como atípico proviene de una sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, denominado el caso "Pronuncia", en 1986²¹.
- b) Contrato de hotelería. Consiste en el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de una compensación monetaria, otorgándose el uso del local y servicios auxiliares como iluminación, baños, calefacción y similares, caracterizándose como atípico ya que lo que predomina es la venta de alimentos que se sirven y el arrendamiento de los servicios aportados. Estos factores no permiten calificarlo como una compraventa y le dan su atipicidad.
- c) Contrato sobre mercados de futuros. En este contrato las partes se comprometen a compartir los efectos, positivos o negativos, derivados de precios que se han de fijar precisamente en un futuro mediato o inmediato. Por ejemplo, tal ocurre, si se asume el riesgo de un cambio de la paridad cambiaria, o de precios de determinados metales.
- d) Contrato de lotería. El Tribunal Supremo español, en sentencia de 22 de julio de 1995, determinó la atipicidad de este contrato, por el cual una parte titular distribuye billetes a los interesados, los cuales pagan una prestación económica; en caso de obtenerse un premio, se deberá pagar a los poseedores el premio correspondiente.
- e) Contrato de estacionamiento o aparcamiento. En este contrato se supone la existencia de un terreno, con accesos controlados, al cual ingresa un vehículo conducido por el usuario, quien paga un precio, que le otorga derecho a estacionar o dejar el vehículo en un lugar disponible.

²¹ Revista Actualidad Jurídica N° 7234, Madrid, España.

- f) Contrato de exposición de obra. Se caracteriza este contrato porque mediante una retribución pactada o en forma gratuita, se conviene en que un artista plástico cede y entrega su obra creativa a la otra parte, la cual adquiere el derecho a exponerla al público por un período determinado, al término del cual debe proceder a la devolución de estas.
- g) Contrato de hospitalización. Este contrato es aquel que celebra un paciente con una clínica privada, sin intervención de órganos de seguridad social, que abarca distintas clases de servicios, tanto extramédicos como los servicios de hospedaje y alojamiento, los paramédicos, y en algunos casos los actos pura y estrictamente médicos, cuando son contratados con la clínica. También podemos incluir acá el contrato médico²², que ha sido definido como un contrato sinalagmático, que pone de cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a este a remunerarlo (si bien puede ser gratuita la prestación) y, en todo caso, de no ir en contra de las prescripciones del médico, sin advertírsele²³.
- h) Cierre de negocios. En la forma más utilizada entre nosotros, esta figura jurídica, que nosotros entendemos derechamente como un contrato atípico, las partes acuerdan pagarse una suma determinada de dinero si alguna de las partes posteriormente desiste de la celebración del contrato sobre el cual versa el cierre de negocios. La figura es discutida en la doctrina nacional y algunos la equiparan a una promesa de contrato, negándole incluso validez; sin embargo, ello es equivocado, ya que la promesa genera obligaciones de hacer; en cambio en el cierre de negocios se generan obligaciones de dar. De igual manera, el cierre de negocios ha sido equiparado a las arras, pero ello tampoco resulta suficiente como explicación a la naturaleza jurídica de esta figura, pues las arras siempre suponen la entrega de una cosa, lo que no acontece, por regla general, en el cierre de negocios. Estimamos, por lo tanto, que a esta altura del estudio de esta figura, se debe concluir que se trata de un contrato atípico, mencionándose la misma solo a efectos de ejemplos de contratos atípicos, reservando para un estudio más específico el actual problema de su validez.

²² Guajardo Carrasco, Baltasar, *Aspectos de la responsabilidad civil médica*, Librotecnia, Santiago, Chile, 2002, pág. 38.

²³ Paillas, Enrique, *Responsabilidad médica*, Santiago, 1997, pág. 26.