

Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito

Towards a wider and versatile notion of illicit object

Sebastián Nicolás Campos Micin*

Facultad de Derecho, Universidad de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: Se aboga por una noción de objeto que permita examinar la licitud del total de reglas autónomamente dictadas por las partes para disciplinar su relación contractual. Examinadas sintéticamente diversas nociones desarrolladas en derecho comparado, se concibe al objeto como el contenido dispositivo del acuerdo, precisando los límites de este concepto, distinguiéndolo de la causa y poniendo de relieve sus ventajas para un control más amplio y versátil de licitud. Revisadas diversas hipótesis del Código Civil chileno en que la ilicitud del objeto se sustenta en un contenido dispositivo contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres y, entendiendo todos estos como límites generales a la autonomía privada, se construye una noción genérica de objeto ilícito, que va más allá de las hipótesis expresamente reguladas en el Código Civil y que es especialmente funcional tratándose de contratos por adhesión.

PALABRAS CLAVE: objeto; contenido; objeto ilícito; orden público; buenas costumbres.

ABSTRACT: Advocates for a notion of object that allows to examine the legality of the total of rules that have been autonomously dictated by the parties to rule their contractual relationship. Synthetically examining diverse notions developed in comparative law, the object is conceived as the dispositive content of the agreement, specifying the limits of this concept, distinguishing it from the cause and remarking its advantages for a wider and more versatile legality control. Reviewed various hypotheses of the Chilean Civil Code in which the illegality of the object is based on a content that is contrary to the law, public order or good customs and, understanding all these as general limits to private autonomy, a generic notion of illicit object is built, which goes beyond the hypotheses expressly regulated in the Civil Code and which is especially functional in the case of adhesion contracts.

KEYWORDS: object; content; illicit object; public order; good customs.

INTRODUCCIÓN

Entre nosotros no es extraño afirmar que determinadas cláusulas, por mor de su oposición al orden público y/o a las buenas costumbres, adolecen de objeto ilícito y son, por tanto, nulas absolutamente. Así ha ocurrido, por ejemplo, y con menor o mayor aceptación

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Académico del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl

doctrinaria o jurisprudencial, respecto a las cláusulas de no enajenar¹, a las que modifican plazos de prescripción², a las que exoneran de responsabilidad por lesiones a la integridad física del acreedor³ y a las que modifican las reglas de carga de la prueba⁴.

En general, desde una perspectiva de *lege ferenda*, resulta incuestionable que toda cláusula contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres no debiese producir efectos jurídicos. Por lo demás, es una afirmación usual que la autonomía privada está limitada por

¹ VICUÑA (1928) pp. 155-157 sostuvo que la cláusula de no enajenar, en tanto desnaturaliza el dominio e impide la libre circulación de los bienes, se opone al orden público, adoleciendo de objeto ilícito. En el mismo sentido, CLARO SOLAR (2013a) pp. 310-312. En una línea más matizada, ALESSANDRI BESA (2008) pp. 182-187 estima que, en caso de que una cláusula de no enajenar no cumpla con las condiciones de temporalidad y justificación en un interés legítimo, ha de predicarse entonces su nulidad absoluta en razón de su oposición al orden público. Distinguiendo entre la prohibición convencional de enajenar y la obligación convencional de no enajenar, PEÑAILILLO ARÉVALO (2019) pp. 450-452 si bien rechaza, en general, la validez de la cláusula que impone una prohibición de enajenar, sosteniendo que es inexistente o al menos nula absolutamente, estima que es válida la cláusula que impone una obligación negativa (de no enajenar), siendo, en todo caso, inoponible a terceros. Dice PEÑAILILLO ARÉVALO (2019) p. 452 que de incumplirse la obligación y enmarcarse esta en un contrato bilateral, el acreedor podrá pedir la resolución (*ex* artículo 1489) y eventualmente ejercer acción reivindicatoria en contra del tercero adquirente a la luz de los artículos 1490 y 1491.

Como sea, conviene añadir que el numeral 3 del artículo 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces permite la inscripción de prohibiciones convencionales de enajenar, circunstancia que, además de ser uno de los tantos argumentos que militan en favor de la validez de la cláusula, sirve de sustento concreto para su utilización práctica.

² RODRÍGUEZ GREZ (2008) p. 319 afirma que “*Los plazos de prescripción, toda vez que están referidos a la extinción de un derecho por no ejercerse, son de ‘orden público’. Esto significa que ellos deben considerarse elementos esenciales de la estructura del sistema jurídico y, por ende, no se encuentran a disposición de las partes. Cualquier estipulación no autorizada expresamente en la ley, relativa a la fijación, extensión o restricción de un plazo de prescripción, adolece de objeto ilícito y está sancionada con la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil)*”. En una línea diversa, ABELIUK MANASEVICH (2014) pp. 1431-1432 estima que la nulidad puede predicarse únicamente respecto a las cláusulas que aumentan los plazos de no prescripción, no tanto en función de su oposición al orden público, sino en razón de encubrir una renuncia anticipada, la cual estaría prohibida por el artículo 2494 del CC y, por lo que atañe a las cláusulas que restringen los plazos de prescripción, no habría un problema de ilicitud pues estas contribuyen a lograr con mayor prontitud el efecto estabilizador de la prescripción. Más contemporáneamente, RÍOS LABBÉ (2014) p. 646 ha manifestado cierta medida de escepticismo respecto a esta última tesis, cuestionando hasta qué punto podría sustentarse la eficacia de una restricción a un plazo de prescripción; una restricción grosera implica un claro atentado a las exigencias de la buena fe.

³ GONZÁLEZ CASTILLO (2011) p. 95, aunque no afirme expresamente la configuración de objeto ilícito, señala que “*Este tipo de cláusulas serían contrarias al orden público y a la moral. Son, así, inválidas las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad por daños ocasionados a las personas (muerte o lesiones)*”.

⁴ En un antiguo fallo, la Corte Suprema (Nagel y Compañía con Compañía de Seguros Sun Insurance Office, de 30 de diciembre de 1909) estima que las reglas relativas al *onus probandi* son de orden público y que, por tanto, toda cláusula que tenga por finalidad la inversión de la carga probatoria adolece de objeto ilícito. En general, en lo que atañe a las relaciones contractuales, la doctrina nacional rechaza la tesis de la Corte, pues, por una parte, el inciso final del artículo 1547 del Código Civil permite expresamente que las partes alteren las específicas –pero fundamentales– reglas de *onus probandi* establecidas en el inciso tercero, y, por la otra, las reglas de *onus probandi* miran al interés privado de las partes, siendo lícita su modificación (*vid.* ABELIUK MANASEVICH (2014) pp. 996-997). Previamente, en el mismo sentido SOMARRIVA UNDURRAGA (1984) p. 138.

la ley, el orden público y las buenas costumbres⁵. Si no fuese así, el ordenamiento jurídico avalaría y concedería tutela jurídica a atentados contra leyes prohibitivas o imperativas o contra los valores y principios de orden superior que constituyen la esencia de la organización política y social⁶.

No obstante, vista la evolución de la doctrina nacional respecto a la noción de objeto ilícito, se advierte que buena parte de las interpretaciones son restrictivas⁷ siendo difícil sustentar en base a ellas ser ineficaz las estipulaciones o pactos que, sin contravenir una regla expresa, se opongan al orden público y/o a las buenas costumbres. Así, si se asumiera que solo hay objeto ilícito en los actos o contratos prohibidos por la ley y en los hechos contrarios a esta, al orden público y/o a las buenas costumbres⁸ habría que concluir que adolecen de objeto ilícito las cláusulas que contravienen una norma prohibitiva o establecen obligaciones cuyas prestaciones tengan por objeto un hecho contrario a la ley o al orden público o a las buenas costumbres pero no otras que también envuelvan atentados groseros a tal orden y/o costumbres.

Ciertamente, la posibilidad de tachar como ilícito el objeto presupone que exista una idea clara acerca de este. Lamentablemente, tal claridad no existe ni ha existido jamás en la doctrina civilista⁹. Particularmente complejo es el panorama en los sistemas de inspiración francesa –como el nuestro–, al interior de los cuales, sobre la base de las propias reglas del *Code* originario, se ha llegado a sostener que aquello que realmente requiere objeto es la obligación y nunca el contrato¹⁰.

Ya en la segunda parte del siglo XX, doctrina comparatista autorizada, fundada en la pluralidad de significados habidos en la tradición continental y en la inexistencia de una categoría análoga en el *common law*, ha puesto en duda que el objeto tenga realmente alguna utilidad en la dogmática civilista¹¹. El punto ha llegado a tal extremo que la categoría ha tendido a ser sustituida en los instrumentos de derecho uniforme¹² e incluso, con la ordenanza de 10 de febrero de 2016, en el mismísimo *Code*¹³.

⁵ En este sentido, a modo ejemplar, BARROS (1932). p. 19, ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1988b) p. 13, TAPIA (2005) p. 231. Para una reflexión más profunda respecto a este tema *vid.* ACEDO PENCO (1996-1997).

⁶ Esta noción de orden público desarrollo en este estudio.

⁷ Entre las posturas que estimo restrictivas VELASCO LETELIER (1941) p. 43, DUCCI CLARO (2005) pp. 295-296, ALESSANDRI BESA (2008) pp. 137-140, VIAL DEL RÍO (2003) pp. 164-165 y BARCIA LEHMANN (2007) pp. 87-88, y atribuyen un mayor alcance a la noción SOMARRIVA UNDURRAGA (1938) p. 556 y CLARO SOLAR (2013b) pp. 256-257.

⁸ En este sentido VIAL DEL RÍO (2003) pp. 164-165.

⁹ Para una visión general sobre este tema *vid.* GABRIELLI (2011) pp. 39-64 y para una perspectiva histórica de la evolución dogmática FIORI (2003).

¹⁰ En este sentido MALAURIE *et al.* (2011) p. 301 y en la misma idea RIPERT y BOULANGER (1964) pp. 162-163. ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1988a) p. 44 ha dicho que “*propiamente hablando, los contratos no tienen objeto, porque los contratos engendran obligaciones, cuyo es su fin. Pero las obligaciones sí que tienen objeto: la cosa o hecho que debe darse o ejecutarse por el deudor*”.

¹¹ *Vid.* GORLA (1953) pp. 289-295.

¹² Aún cuando se realizan remisiones aisladas al objeto, las normas generales suelen referirse al contenido de la declaración de voluntad. En este sentido pueden verse los artículos 1:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y 1.1 de los Principios Unidroit y en la misma línea, aunque en forma más

En aquellos sistemas en que la categoría subsiste, la formulación de una noción amplia o restringida de la ilicitud del objeto no es baladí. Una noción demasiado amplia confiere a los jueces una excesiva medida de discrecionalidad para controlar el contenido de los contratos pero una demasiado restrictiva excluye poder sustentar normativamente la ineficacia de algunas cláusulas que se oponen con toda claridad al orden público y a las buenas costumbres.

El punto es problemático a propósito de los contratos por adhesión. En un caso de una cláusula que restringe un plazo de prescripción y si se siguiera la tesis de autores de la talla de SOMARRIVA UNDURRAGA¹⁴, FUEYO LANERI¹⁵ y ABELIUK MANASEVICH¹⁶, la estipulación sería válida pues, distinto de la que amplía el plazo, contribuye a lograr con mayor prontitud la certeza jurídica a que aspira el legislador. Pero, si las exigencias de la buena fe forman parte del orden público y las buenas costumbres¹⁷, no es tan claro que la imposición al adherente de un plazo acotado de prescripción para ejercer su derecho merezca tutela jurídica. Opino que tal cláusula, si no tiene en el contrato un correlato claro y específico que la justifique, envuelve un desequilibrio normativo significativo para el adherente, y se opone a las exigencias de la buena fe siendo por tanto contraria al orden público y las buenas costumbres. Ciertamente, en cuanto a los contratos de consumo y aquellos en que el adherente tenga la calidad de micro o pequeña empresa¹⁸, el control de contenido o de abusividad debe realizarse al tenor del artículo 16 de la ley N 19.496¹⁹, sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPDC), destacando para estos efectos la

desperdigada, 2:207 apartado 3, 4:103 apartado 1 letra b), 7:201 apartado 4, 7:202 apartado 1 de los Principios de Derecho Contractual Comunitario (ACQP).

¹³ Cabe recordar que la ordenanza de 10 de febrero de 2016 no solo eliminó a la causa, sino también al objeto, regulando ahora, como requisitos de validez del contrato, el consentimiento, la capacidad de las partes y un contenido lícito y cierto (Article 1128. Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain. [Traducción libre al español: “Artículo 1128. Son necesarios para la validez de un contrato: 1. El consentimiento de las partes; 2. La capacidad de los contratantes; 3. Un contenido lícito y cierto”]).

¹⁴ SOMARRIVA UNDURRAGA (1984) p. 104.

¹⁵ FUEYO LANERI (2004) p. 573.

¹⁶ ABELIUK MANASEVICH (2014) pp. 1431-1432.

¹⁷ En este sentido *vid.* CLAVERÍA (1979) pp. 678-679. Entre nosotros BOETSH GILLET (2015) p. 100 ha señalado que “*sin duda alguna, la buena fe constituye uno de los elementos más esenciales y necesarios que toda comunidad requiere para su buen funcionamiento; de no entenderse así, viviríamos en un constante estado de desconfianza e inseguridad, que sin duda terminaría destruyendo las bases en las cuales se sustenta una sociedad. Una sociedad que desprotegiera a la buena fe viviría en un constante caos o “estado de guerra”, como señalara Larenz.*”. A mayor abundamiento, BOETSH GILLET (2015) pp. 100-101 añade que “*los particulares encuentran en la buena fe (ya sea se entienda formando parte de las buenas costumbres o del orden público) un límite a su autonomía privada, y por ende, si el contrato va en contra de alguna de estas normas, adolecerá de objeto ilícito (art. 1461) o causa ilícita (art. 1467) según el caso, lo que acarreará su nulidad absoluta (art. 1682)*”.

¹⁸ El artículo noveno de la ley N° 20.416 -ley que fija normas especiales para empresas de menor tamaño, promulgada el 13 de enero de 2010 y publicada el 3 de febrero del mismo año-, en su segundo numeral, extiende la aplicación de las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión, contenidas en la ley N° 19.496, a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores. Aunque sin tratar específicamente este punto, MOMBERG URIBE (2012) ha sido uno de los pocos en destacar el impacto general de la ley N° 20.416 en la ampliación del ámbito de aplicación de la ley N° 19.496.

¹⁹ Promulgada 07/02/1997, publicada en Diario Oficial 07/03/1997.

funcionalidad de la cláusula general de abusividad contemplada en la letra g)²⁰. No obstante, fuera del ámbito de aplicación de la LPDC, también puede revestir la calidad de adherente un profesional liberal o una mediana empresa, siendo inadecuado en estos casos aplicar irreflexivamente la filosofía jurídica que rodea al paradigma del contrato libremente negociado, propio de la tradición decimonónica.

I. NOCIONES DE OBJETO DEL CONTRATO

Como punto de partida, ha de reconocerse que en los sistemas que aún mantienen la categoría del objeto esta se ha tornado polisémica y, más allá de lo que atañe al objeto de la obligación, la doctrina civilista ha construido diversas nociones de objeto del contrato²¹.

Sin pretender abarcar la temática en toda su complejidad, cabe al menos referir que el objeto del contrato ha sido identificado con los bienes materiales o comportamientos invocados y regulados, con la prestación debida, con la obligación que el contrato crea, con el conjunto de intereses que son regulados por las partes, en fin, con el contenido del acuerdo.

1. El objeto como los bienes materiales o comportamientos invocados y regulados en el contrato

Como sugiere Ferri, esta noción concibe al objeto como aquellos bienes o comportamientos que sirven como puntos de referencia objetivo para la regulación de los intereses implicados en el contrato²². Es pertinente precisar que, alejándose un tanto de las enseñanzas de POTHIER²³, el punto de referencia no se agota en las cosas corporales o en los hechos como entes abstractamente considerados sino que considera también a las concretas utilidades que aquellos pueden procurar a los sujetos involucrados en el negocio jurídico.

Una de las críticas a esta noción de objeto importa que, desde una perspectiva técnica, el punto de referencia de algunos negocios jurídicos no consiste tanto en una cosa corporal, un hecho o la utilidad que estos pueden procurar a una de las partes, sino en un derecho que se

²⁰ Para una aproximación a la letra g) –incorporada a la LPDC por la ley N° 19.955, promulgada el 29 de junio de 2004 y publicada el 14 de julio del mismo año– *vid.* DE LA MAZA (2004) y MOMBERG y PIZARRO (2013).

Sugiriendo una apreciación de la abusividad delineada en la letra g) a la luz de la doctrina de las expectativas razonables, DE LA MAZA (2014) pp. 342-345. Vinculando el control de contenido de la letra g) con la protección de la causa –entendida como la función socioeconómica que desempeña el contrato–, CARVAJAL (2011) pp. 447-448.

²¹ GABRIELLI (2011) pp. 39-55.

²² FERRI (2001) p. 161.

²³ En la visión de POTHIER (1993) pp. 40-41 el objeto de un contrato, que en su obra se identifica totalmente con el objeto de una obligación y con el de la prestación, consiste en una cosa o en un hecho. POTHIER (1993) p. 77 expone que el énfasis, no obstante, está en designar a la cosa o el hecho como objeto de la obligación y, además, el simple uso de una cosa o la simple posesión de la misma puede ser también objeto de una obligación. En ese marco, POTHIER (1993) pp. 77-81 se limita a describir los requisitos que debe cumplir una cosa o un hecho para ser objeto de una obligación. Ciertamente, la identificación entre objeto del contrato, objeto de la obligación y objeto de la prestación, que lamentablemente se aprecia en el *Code* y en los demás códigos que se siguieron en este punto a aquel, ha sido criticada por la doctrina (GIORGI (1877) p. 305).

espera adquirir sobre una cosa, cual ocurriría, por ejemplo, en la compraventa, en la que lo que determina la voluntad del comprador es el dominio que se espera adquirir sobre una cosa²⁴, lo mismo podría decirse en el arrendamiento porque lo que determina la voluntad del arrendatario es el derecho personal que lo habilita para usar y gozar de la cosa. A esta crítica podría oponerse la doctrina de la cosificación de los derechos²⁵ aunque no deja de ser cierto que esta coloca en un plano análogo a dos categorías de naturaleza diversa, una abstracta (el derecho) y otra material (la cosa)²⁶.

Con todo, incluso si se reformulara la noción y se estimara que el objeto del contrato consiste en los bienes materiales, comportamientos o derechos invocados y regulados en el contrato, cabría preguntarse qué diferencia existe entre objeto del contrato y objeto de la prestación y a ello debiera responderse, según doctrina autorizada, que, si bien ambos tienden a confundirse, la identificación no es absoluta pues la significación de cada uno se determina en momentos diversos²⁷. La significación del objeto del contrato se agota en cuanto sirve de punto de referencia externo a la previsión de la voluntad, consistiendo fundamentalmente en una representación programática que se limita a describir el bien, comportamiento o derecho sobre el que se espera recaiga la prestación, y la significación del objeto de la prestación, en cambio, atañe propiamente al bien o derecho que existe o se espera que exista en la realidad material o al comportamiento determinado, objeto que es identificado justamente gracias a la representación²⁸. Desde esta perspectiva, el objeto del contrato constituye un requisito que ha de cumplir la previsión de voluntad para que el ordenamiento jurídico atribuya efectos al negocio; el objeto de la prestación, en cambio, se refiere al bien, comportamiento o derecho sobre el que recaerán los efectos jurídicos.

2. El objeto como la prestación que ordena la economía del contrato

Conforme a esta concepción, el objeto no consiste propiamente en una cosa o un hecho sino en una conducta concreta respecto a uno u otro²⁹. Si la conducta recae sobre una cosa puede consistir en transferir su dominio o entregarla a título de mera tenencia pero si concierne a un hecho puede consistir en su ejecución o abstención.

El objeto del contrato no es la utilidad o derecho que sirve como punto de referencia para la declaración de voluntad sino que el medio jurídico que permite su materialización. Se concibe al objeto, en consecuencia, como un mecanismo técnico tendiente a la materialización del punto de referencia, ya consista este en la utilidad reportada por una cosa o un hecho o en el derecho que se espera adquirir.

²⁴ GABRIELLI (2011) p. 47.

²⁵ Entre nosotros y para un panorama general de esta cuestión *vid.* PEÑAILLO ARÉVALO (2019) pp. 113-125. Al respecto, conviene tener presente que el mismo CC, en su artículo 576, concibe a los derechos como cosas incorporales.

²⁶ PEÑAILLO ARÉVALO (2019) pp. 115-116.

²⁷ GABRIELLI (2011) p. 54.

²⁸ GABRIELLI (2011) pp. 54-57.

²⁹ RIPERT y BOULANGER (1964) pp. 163-164.

Si el objeto es realmente un elemento que forma parte de la estructura del contrato, esto es, un elemento necesario para que aquel nazca y produzca efectos, no es lógico entonces sostener que el objeto consiste en la prestación pues esta en realidad es el objeto de la obligación³⁰ y esta última no es sino un efecto –y no necesariamente el único– del contrato³¹. Como señala GABRIELLI, “*l’effetto giuridico è al di fuori del negozio, sebbene questo ne costituisca l’antecedente di fatto: la risposta che la norma dà all’accadere del negozio, che si configura come un posterius ideale e storico, non può essere scambiata con la situazione da cui il negozio si genera e svolge*”³².

Respondiendo a esta crítica, RIPERT y BOULANGER dicen que

*“hay detrás de esa confusión aparente una observación exacta. El objeto del contrato designa la prestación a propósito de la cual se produce el acuerdo de voluntades y en torno a la cual se ordena la economía del contrato. Cuando el contrato ha sido concluido, ella se convierte en el objeto de una obligación; se trata, por lo tanto, siempre de una prestación; pero esa prestación es el elemento a falta del cual las partes no hubiesen pensado en formar el contrato”*³³.

3. El objeto como la obligación que el contrato crea

Esta tesis, aunque pueda estimarse congruente con la concepción del contrato como acuerdo de voluntades tendiente a la creación de obligaciones, en general genera poca adherencia doctrinal³⁴ porque las obligaciones no solo son con toda claridad los efectos que por antonomasia genera un contrato y no su objeto³⁵ sino que también porque esta noción se aleja sustantivamente del punto de referencia externo de la declaración de voluntad, a saber, el interés que se desea satisfacer. Por otra parte, el mecanismo técnico que satisface el interés no es tanto la obligación sino la prestación misma, esto es, la conducta mediante la cual se ejecuta lo debido.

³⁰ DÍEZ-PICAZO (1996) p. 200.

³¹ BIANCA (2000). p. 317. En España, en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO (1996) p. 201.

³² GABRIELLI (2011) p. 50 (Traducción libre al español: “*El efecto jurídico está fuera del negocio, sin perjuicio que éste constituye el antecedente de hecho: la respuesta que la norma da al suceder del negocio, que se configura como un posterius ideal e histórico, no puede ser intercambiada con la situación desde la cual el negocio se genera y completa*”).

³³ RIPERT y BOULANGER (1964) p. 163.

³⁴ En el ámbito nacional, no obstante, parte de la doctrina ha sugerido que esta es la concepción más técnica (en esta línea LEÓN (1983) p. 1 y en el último tiempo CÁRDENAS y REVECO (2018) pp. 35 y 61). Una visión distinta puede verse en DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 126 quien expresa que “*si el objeto ha de ser un elemento del negocio, debería participar en la formación misma de la relación negocial. Pero al definir el objeto a partir de las obligaciones o de las prestaciones que se generan por el negocio, se coloca al objeto entre los efectos de este, que suponen, desde luego, que el negocio ya se formó. De ahí que, de aceptarse esta teoría, debería precisarse que el negocio mismo no tiene objeto, sino efectos, y que estos efectos, que para el caso de los contratos son las obligaciones generadas, son las que tienen objeto*”.

³⁵ DÍEZ-PICAZO (1996) p. 201.

4. El objeto como la materia o conjunto de intereses regulados en el contrato

De forma similar a la noción de objeto como bien, comportamiento o derecho que regula el contrato, la noción que reviso ahora también asocia el objeto a un punto de referencia externo que forma parte de la previsión de voluntad. Tal punto de referencia es el interés que se espera satisfacer³⁶. La ventaja que presenta este concepto reside en su mayor amplitud y versatilidad, pues los intereses regulados por el contrato pueden ser de la más diversa naturaleza, sin acotarse a cosas corporales, comportamientos o derechos.

Pero DÍEZ-PICAZO, quien parece adherir a este sentido de objeto, dice que la idea de interés es algo difusa pues puede significar tanto “*la relación objetiva del hombre con esta realidad que se presenta como útil, cuanto el móvil, apetito o fin subjetivo que mueve al hombre a actuar, a relacionarse con esta útil realidad, a «interesarse» por ella*”³⁷ y por eso este autor español identifica la materia ya no con la idea de interés sino con la de bien y entendido no como cosa corporal o hecho que puede procurar una utilidad a una persona sino, más ampliamente, como “*aquella realidad susceptible de utilidad y de interés*”³⁸ y que, en el contexto de los contratos, ha de ser siempre susceptible de una valoración económica³⁹.

Acá se critica que el objeto no consiste tanto en el interés o bien que sirve como punto de referencia del acto de voluntad sino en un contenido que apunta justamente a la consecución de tal interés o bien⁴⁰ y en realidad, como apunta GABRIELLI, la noción de objeto como materia, sea que se identifique con la idea de interés o con la de bien, no sirve para determinar el mecanismo técnico mediante el cual el contrato recae sobre los intereses o bienes que regula ni tampoco la forma en que estos se conectan con aquel⁴¹.

5. El objeto como el contenido del acuerdo

Esta noción identifica al objeto con el reglamento autónomamente dictado por las partes para disciplinar la relación que los regirá⁴² y en palabras de BIANCA el contenido del contrato consiste en “*l’insieme delle disposizioni mediante le quali i contraenti determinano il rapporto contrattuale. Il contenuto del contratto indica, precisamente, ciò che le parti stabiliscono*”⁴³.

Ciertamente, esta noción de objeto se alinea con una concepción del contrato que va más allá de un mero acuerdo de voluntades tendiente a la creación de obligaciones, se trata de

³⁶ En este sentido BETTI (2018) p. 195. Entre nosotros, siguiendo esta noción, Domínguez ÁGUILA (2016) p. 128.

³⁷ DÍEZ-PICAZO (1996) p. 202.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ GABRIELLI (2011) pp. 50-51.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² En este sentido BIANCA (2000) pp. 320-321.

⁴³ BIANCA (2000) p. 316 (Traducción libre: “*el conjunto de las disposiciones mediante las cuales los contrayentes determinan la relación contractual. El contenido del contrato indica, precisamente, aquello que las partes establecen*”).

una noción que abarca no solo la creación de obligaciones sino también la renuncia de derechos, la asunción y distribución de riesgos, el establecimiento de modalidades y, en general, todo el reglamento contractual que provenga de la voluntad de las partes⁴⁴.

En un sentido técnico, el concepto de objeto que se comenta no abarca todo aquello que sea manifestado por las partes sino únicamente lo dispositivo del acuerdo, es decir, el conjunto de reglas dictadas por aquellas para disciplinar el programa contractual⁴⁵ y de esta manera las declaraciones meramente enunciativas –por ejemplo, las relativas a identificar a los contratantes, a la individualización de bienes, etc.–, si bien sirven para delimitar el alcance de las reglas pactadas, no forman parte del contenido.

Tampoco forman parte del contenido en un sentido estricto las reglas que integran el contrato en razón de normas imperativas o supletorias⁴⁶ y en este sentido se puede distinguir entre reglamento –conjunto de reglas que disciplinan la relación contractual, sean estas autónoma o heterónomamente impuestas– y contenido –conjunto de reglas autónomamente dictadas que disciplinan la relación contractual–⁴⁷ y el motivo para delimitar así la noción de objeto es la necesidad de precisar su función como categoría general en el derecho de los contratos, lo cual acerca de lo pactado permite y justifica un control que, como es obvio, no podría extenderse a las reglas contractualmente incorporadas imperativa o supletoriamente porque ello supondría otorgar al juez una facultad que escapa a sus atribuciones jurisdiccionales.

Entre quienes comprenden al objeto como un punto de referencia externo al contrato se señaala que “*il contenuto del contratto in senso stretto è la regola dettata dalle parti per disciplinare il rapporto tra loro corrente, o meglio l’insieme di queste regole, e come tale può distinguersi dall’oggetto del contratto che, come si è visto, rappresenta un dato esterno alla struttura dell’atto di autonomia che lo individua descrittivamente*”⁴⁸

Opino que esta es la noción que permite conectar adecuadamente el contrato con el interés o bien que sirve como punto de referencia a la voluntad pues tal interés o bien solo se alcanza sobre la base de la distribución de riesgos y los mecanismos que regula el contrato. De esta manera, el interés o bien, que se eleva como el resultado que se espera alcanzar, se materializa mediante la ejecución del programa trazado en el propio contrato, que no consiste sino en el contenido.

⁴⁴ GABRIELLI (2011) p. 58.

⁴⁵ BIANCA (2000) pp. 315-316.

⁴⁶ BIANCA (2000) p. 316

⁴⁷ En un sentido ligeramente diverso, señalando que reglamento solo está compuesto por reglas heterónomamente impuestas, GABRIELLI (2011) p. 62.

⁴⁸ BARENGHI (2009) p. 336 (Traducción libre al español: “*El contenido del contrato en sentido estricto es la regla dictada por las partes para disciplinar la relación entre ellas existente, o mejor el conjunto de estas reglas, y como tal puede distinguirse del objeto del contrato que, como se ha visto, representa un dato externo a la estructura del acto de autonomía que lo identifica descriptivamente*”). En el mismo sentido se pronuncia GABRIELLI (2011) p. 64 nota 119 quien en definitiva sugiere que el punto de referencia externo ha de situarse en la prestación.

Por lo demás, solo respecto a la noción de objeto como contenido se puede predicar licitud o licitud, esto es, conformidad o disconformidad con la ley, el orden público y las buenas costumbres⁴⁹. En efecto, la licitud o ilicitud no puede sostenerse de la prestación misma, salvo que, en una aproximación aplicable únicamente a los casos en que la prestación se refiera a un hecho, se reconduzca el examen de licitud al de posibilidad moral. El objeto ilícito, en realidad, consiste en una disposición contractual contraria a la ley, el orden público y las buenas costumbres. Se trata, sencillamente, de la superación de los límites que la ley reconoce a la autonomía privada⁵⁰ y la ilicitud, a su vez, se puede plantear respecto del contrato en su totalidad y también en relación a una cláusula o estipulación pues de la noción de contenido de aquel se puede pasar, con plena consistencia lógica, a la de contenido de esta⁵¹.

Se ha reprochado que la noción de contenido refunde en una única y simplificada categoría las nociones de objeto y causa⁵² y ello se apreciaría destacadamente en el examen de licitud, el cual, sea que se realice desde la perspectiva de la causa o del objeto, recae siempre sobre el contenido⁵³ pero la crítica no es tan efectiva en todas las tradiciones pues su peso depende del concepto que se siga respecto de la causa⁵⁴.

En verdad, la relación entre el contenido y la causa es instrumental porque el contenido, que es el instrumento, alude al conjunto de disposiciones mediante las que los contrayentes determinan su vínculo contractual y la causa es “*el resultado final del contrato y la situación jurídica que lo ampara, todo lo cual provoca la satisfacción del interés o necesidad de las partes*”⁵⁵. Ciertamente, la “*situación jurídica que ampara el resultado final*” no se refiere a las prestaciones cuya ejecución permite la obtención del mentado resultado sino a la situación jurídica que se alcanza una vez que aquellas son cumplidas (dueño de la cosa en el caso del comprador; titular del derecho personal de goce en el caso

⁴⁹ BIANCA (2000) p. 316.

⁵⁰ De CASTRO (1982) p. 1037.

⁵¹ En este sentido, por ejemplo, el apartado 2 del artículo 6:101 de los ACQP.

⁵² GABRIELLI (2011) p. 73.

⁵³ GABRIELLI (2011) pp. 95-96.

⁵⁴ Para una síntesis de la evolución histórica y dogmática de la doctrina de la causa, RIVERA (2012) pp. 31-71. Para un panorama general -aunque bastante completo-, CORRAL (2018) pp. 600-603.

⁵⁵ LYON (2006) p. 771 y (2017) p. 83. Cabe añadir que esta noción se enmarca en la doctrina neocausalista que acerca la causa a la noción de interés o finalidad que se aspira satisfacer con la ejecución del contrato (al respecto, RIVERA (2012) pp. 60-71). A mayor abundamiento, la noción sustentada por Lyon es unitaria, sirviendo, en consecuencia, tanto para analizar la realidad como la licitud de la causa. En este sentido afirma LYON (2017) p. 107 que “*la causa de un contrato es ilícita cuando ella se encuentra prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público, según lo dispone el inciso segundo del artículo 1467 del Código Civil. Esto significa que el resultado final buscado por las partes en virtud de un contrato o la situación jurídica que lo ampara no puede estar prohibido por la ley o ser contrario -como se ha dicho- a las buenas costumbres o al orden público, so pena de adolecer de nulidad absoluta en virtud de lo dispuesto en el artículo 1682 del Código Civil*”. En una aproximación ligeramente diversa, también defendiendo una noción unitaria, RIVERA (2012) p. 168 sostiene que la causa es un “*concepto unívoco que sirve para tutelar los intereses individuales del contrato (el interés de las partes) y el interés colectivo sobre el que descansa el mismo (el interés de la sociedad). Así, en cuanto al interés individual de los contratantes, la causa aparece con una faceta objetiva en la fase de la obligación, que se traduce en el requisito de la realidad de la causa; la segunda, en cambio, se manifiesta en el requisito de licitud de la causa, esto es, como la causa subjetiva que el Derecho le exige a cada contrato*”.

del arrendamiento, etc.) y que amparan hacia el futuro el interés o utilidad esperada⁵⁶. De esta manera, si el resultado final del contrato se refiere a la consecución de la utilidad o interés que ha servido como punto de referencia de la declaración de voluntad, el contenido se distingue perfectamente de la causa, pues consiste en los mecanismos y la distribución de riesgos que las partes pactan para materializar el resultado perseguido, se trata, en términos simples, del programa que las partes trazan para alcanzar el resultado final.

Consistentemente, el examen de licitud de la causa atañe al resultado final y el relativo al objeto al programa trazado por las partes y desde esta perspectiva el riesgo de confusión se da si se conceptualiza al objeto como materia, sea en su vertiente de interés o en la de bien susceptible de valoración económica, pues este punto de referencia objetivo de la voluntad tiende a identificarse con el resultado final que se aspira alcanzar, además conviene recordar que, al menos con antelación a la ordenanza de 10 de febrero de 2016, cierto sector de la doctrina francesa, sosteniendo una noción renovada de la causa, la había acercado justamente a la de interés⁵⁷.

En Francia, poco antes de la eliminación de la causa mediante la antedicha ordenanza, cierta jurisprudencia había estimado que la configuración de la causa ilícita presupone siempre un móvil ilícito determinante y compartido por ambas partes⁵⁸, y el objeto ilícito, en cambio, entendido como contenido ilícito, se configura en tanto exista alguna disposición contractual que, independientemente de los motivos y el conocimiento de las partes, sea contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Finalmente, cabe poner de relieve cierta tendencia a utilizar la noción de contenido en los instrumentos de derecho uniforme, por ejemplo, artículos 1:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y 1.1 de los Principios Unidroit, y en la misma línea, aunque en forma más desperdigada, artículos 2:207 apartado 3, 4:103 apartado 1 letra b), 7:201 apartado 4, 7:202 apartado 1 de los Principios del Derecho Contractual Comunitario (ACQP).

II. NOCIÓN DE OBJETO ILÍCITO

Como he sugerido, el examen de licitud o ilicitud del objeto se refiere a su conformidad o disconformidad con la ley, el orden público y las buenas costumbres, asimismo, cual se explicó recientemente, la única noción de objeto respecto a la cual se puede predicar licitud o ilicitud es aquella que lo concibe como el contenido de la declaración de voluntad⁵⁹. La tutela que el ordenamiento jurídico dispensa a toda declaración de voluntad depende de la conformidad de esta con la ley, el orden público y las buenas costumbres, siendo en consecuencia reduccionista limitar la ilicitud a las obligaciones que la declaración de

⁵⁶ LYON (2006) p. 765.

⁵⁷ Sobre este tema *vid.* RIVERA (2010) pp. 180-185 y (2011) pp. 336-337.

⁵⁸ Sobre esta línea jurisprudencial *vid.* sentencias de 8 de enero de 1964, Corte de Casación, sala social (Bull. civ. IV, n° 25; D. 1964, p. 267), de 22 de enero de 1975, Corte de Casación, sala primera civil (Bull. civ. I, n° 27; JCP G 1975, IV, 80) y de 12 de julio de 1989, Corte de Casación, sala primera civil (D.1989.IR.216, JCP. 1989.IV.348). Sobre este planteamiento y su evolución *vid.* MORALES (2009) pp. 182-184.

⁵⁹ BIANCA (2000) p. 316.

voluntad se propone crear, a las prestaciones objeto de estas o al hecho o cosa objeto de aquellas. Si acaso la licitud del objeto es un requisito para la validez de una declaración de voluntad, el examen habrá de encontrar como referencia a las disposiciones realizadas por esta.

Desde este enfoque, el objeto ilícito se alza como un límite infranqueable para la autonomía privada pues la contravención a la ley, al menos a la escrita, manifiestamente constituye ilicitud y en un caso así, a fin de tener por configurado el objeto ilícito, basta que el juez constate que la estipulación se subsume en el supuesto que la ley prohíbe expresamente y más compleja, en cambio, es la configuración del objeto ilícito en razón de una pretendida oposición de la declaración de voluntad al orden público y a las buenas costumbres pues todo ello presupone cierta medida de claridad acerca del sentido y alcance de estos estándares normativos.

1. El orden público como límite a la autonomía privada

Sin duda, el orden público es un límite a la autonomía privada pues, como señala ACEDO PENCO,

“la autonomía privada, consecuencia del principio general de libertad, genera con su ejercicio la aparición de un Derecho autónomo surgido de la iniciativa de los particulares que precisa de unas directrices generales de justicia que lo corrijan para atemperar el impacto de esta concepción exclusivamente individualista del derecho, directrices, límites y principios que han de contenerse en una noción como la de orden público a la que se ha de acudir para corregir y depurar estas normas nacidas de los pactos entre los particulares”⁶⁰.

Cuestión compleja es delimitar el contenido y alcances de la noción y, en términos generales, orden público se entiende como un conjunto de principios de orden superior que constituyen la esencia de la organización política y social⁶¹ y en nuestro medio como *“la organización considerada necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”⁶²*. Dicha noción, cualquiera sea el ángulo desde el cual se la examine, está mediada necesariamente por la de interés público, esto es, el interés primario y general de la sociedad de perseguir y conseguir, en la mayor medida posible, el bien común⁶³.

En consecuencia, el orden público no atinge a un conjunto de principios cualquiera sino a aquel que, esencia de la organización política y social, tiende a la consecución del bien común⁶⁴. A su vez, la noción de interés público no se traduce únicamente en que la actuación de los poderes públicos haga prevalecer los intereses generales sobre los

⁶⁰ ACEDO PENCO (1996-1997) p. 357.

⁶¹ ACEDO PENCO (1996-1997) p. 367.

⁶² DUCCI CLARO (2005) p. 229. En el mismo sentido, y con bastante más profundidad y antelación, LEÓN (1983) pp. 37-39.

⁶³ ACEDO PENCO (1996-1997) p. 331.

⁶⁴ *Ibíd.*

particulares porque estos, sobre todo si no pueden ser autónomamente tutelados, también son dignos y merecedores de protección además que, como sugiere DÍEZ-PICAZO, el interés público se nutre sustantivamente de la generalización del interés privado⁶⁵.

Así, la noción de orden público no puede ni debe restringirse al respeto y la observancia de la ley imperativa porque sencillamente se eliminaría la operatividad de este límite⁶⁶ y en rigor el orden público, cuya historia dogmática encuentra raíces en el derecho romano mismo⁶⁷, es un límite de contornos difusos⁶⁸, que se alimenta de diversas fuentes, pero que no por ello deja de ser objetivo, se trata de una cláusula general que, contemplada en el *Code*⁶⁹ y en otros códigos con mayor o menor inspiración francesa⁷⁰, permite “*cubrir nuevas hipótesis originalmente no previstas por los redactores de estos textos*”⁷¹. Entre nosotros, DUCCI CLARO opina que

*“de acuerdo con la idea tradicional infringirán el orden público no solo las disposiciones contrarias a la ley prohibitiva, que son prohibidas por la ley, sino las que vulneren algún precepto imperativo cuya inobservancia tenga aparejada la nulidad absoluta. Más allá de un texto preciso será opuesto al orden público lo que sea contrario a los principios fundamentales de nuestro derecho y de la organización social actual”*⁷².

En esta línea, estimo que la noción de orden público está integrada por todos aquellos principios, explícitos e implícitos, que cristalizan las convicciones básicas de una comunidad respecto a su propia organización fundamental⁷³ y, es más, opino que, contrario

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO (1956) p. 117.

⁶⁶ Sobre esta cuestión *vid.* ACEDO PENCO (1996-1997) pp. 332-336.

⁶⁷ Me refiero la máxima *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Enfatiza ACEDO PENCO (1996-1997) pp. 332-336 que el significado de *ius publicum* no se agota en el derecho público, sino que integra también la noción de orden público.

⁶⁸ Como indica DE CASTRO (1982) p.1037, “*la autorización en blanco a la doctrina, que implican, ya sea la remisión a las buenas costumbres y al orden público, a la moral, a las buenas costumbres (Guten Sitten) o al orden público (public policy), ha servido de cobertura del haberse entregado a la prudencia de los juristas la delimitación del ámbito de la autonomía de la voluntad, amparado jurídicamente; por ello, de modo abierto o recatadamente, habrán de tenerse en cuenta los principios o directivas que impongan, requieran o convengan a las variables realidades sociales, económicas y políticas en relación con la sensibilidad dominante en la sociedad sobre lo que es justo y decente*”.

⁶⁹ Article 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. (Traducción libre al español: “*Artículo 6. No se podrán derogar, mediante convenios particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres*”).

Pese a lo que podría sugerir el tenor de la norma, dice ACEDO PENCO (1996-1997) p. 335 que “*Capitant, así como Malaurie, pronto se apartaron, al igual que una parte de la más autorizada doctrina civilista francesa que siguieron a estos autores, de la inicial identificación de los exégetas y establecieron una clara diferenciación entre ley imperativa y orden público, postura defendida igualmente a su vez por el ilustre civilista belga De Page*”.

⁷⁰ *Vid.*, entre otros, artículos 1255 del Código Civil español y 634, 1229 y 1343 del Código Civil italiano, también artículos 800, 1461 inciso 3, 1467 inciso 2 y 1475 de nuestro CC.

⁷¹ TAPIA (2005) p. 46.

⁷² DUCCI CLARO (2005) pp. 292-293.

⁷³ En un sentido cercano, DÍEZ-PICAZO (1996) p. 472.

a ACEDO PENCO⁷⁴, no es necesario que los principios que integran el concepto de orden público se conciban como derechos de la personalidad o estén explícita o implícitamente contenidos en la Constitución del sistema de que se trate bastando que los comprenda el ordenamiento jurídico y reflejen el más elemental sentimiento jurídico de la comunidad en un momento histórico determinado, sentimiento que, aunque debiera de alguna forma estar plasmado, perfectamente podría no consagrarse en los preceptos constitucionales y desprenderse de las normas previstas en el sistema civil y comercial, que configuran, como es sabido, el derecho común.

Cercano a la de DE LA MORANDIERE⁷⁵, DUCCI CLARO sostiene que

*“el concepto de orden público nunca ha sido objeto de una definición precisa: se ha hablado "del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad", pero sin duda tiene un concepto mucho más exacto y significa lo que está conforme a ese espíritu general de la legislación a que se refiere el art. 24 del Código Civil. Desde este punto de vista, engloba también los principios generales que resultan de la moderna legislación económica”*⁷⁶.

Habida cuenta del contenido actual de las fuentes que informan la noción y de que ella está necesariamente mediada por el interés primario y general de la sociedad de perseguir y conseguir, en la mayor medida posible, el bien común, es evidente que se encuentra integrada, entre otros, por los principios de la buena fe, el equilibrio contractual y la protección a la parte más débil⁷⁷. En efecto,

“desde el momento en que el Estado asume una función económica, estableciendo un orden para la producción, el cambio y la distribución de las riquezas, la disciplina contractual necesita de una inspiración más

⁷⁴ ACEDO PENCO (1996-1997) pp. 359-360 sostiene que, respectivamente, el “orden público como conjunto de valores o principios fundamentales de la comunidad política, es decir, como orden constitucional, implica necesariamente que los valores y principios sean los expresamente previstos en nuestra Constitución” y la noción actualizada de orden público “estaría formada, básicamente, como hemos dicho, por aquellas disposiciones constitucionales que defienden la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de esta, pero no solo por tales preceptos positivos, sino también, y esto es de gran importancia, por los valores y principios básicos que se extraen de la propia Constitución a la hora de integrar e interpretar estos mandatos, y desde luego, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria en su fructífera labor de aplicar analizadamente aquellos principios y preceptos dándoles su más eficaz sentido en cada supuesto y momento determinados”.

⁷⁵ Según DE LA MORANDIERE (1939) p. 308 la noción de orden público se alimenta de cuatro fuentes, a saber, los textos legales vigentes, el espíritu general de la legislación, las corrientes generales de opinión y la contemplación de los hechos económicos y sociales. Aún cuando no sea compartido unánimemente por la doctrina, los principios generales del derecho pueden colegirse del espíritu general de la legislación.

⁷⁶ DUCCI CLARO (2005) p. 27. Asimismo, DUCCI CLARO (2005) p. 293 parece concebir como fuentes de la noción a los textos legales vigentes, el espíritu general de la legislación y las concepciones políticas, sociales y económicas del legislador.

⁷⁷ En un sentido similar, DíEZ-PICAZO (1996) pp. 42-54 incluye en la noción de orden público económico a los principios de la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica. Se trata, en su visión, de las directrices básicas que han de orientar la actividad económica.

comprometida socialmente, llamada a servir de instrumento para la justa composición de los intereses enfrentados en las relaciones de contenido patrimonial”⁷⁸.

2. Las buenas costumbres como límite a la autonomía privada

Comúnmente las buenas costumbres han sido concebidas como “*las reglas de moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad*”⁷⁹. ACEDO PENCO, siguiendo a Larenz, precisa que la moral social se refiere a “*aquella que adopta una sociedad en cada época, es decir, una moralidad pública, no a la Moral concebida como Orden Ético referido a la conducta de la humanidad o de una determinada sociedad*”⁸⁰.

Esta noción de buenas costumbres, ciertamente vaga, suele estimarse comprendida en la de orden público⁸¹ pero un entendimiento así de laxo de las buenas costumbres, si acaso efectivamente integra el orden público, entraña el riesgo de desbordar esta última noción, pues las reglas de moral social atañen a diversas dimensiones de la existencia humana, ya sean relativas a la sexualidad, el decoro, el trato recíproco, la religión, etc.

En realidad, desde una perspectiva constitucional, en un Estado democrático de Derecho, la idea de “*buenas costumbres*” debe ser conciliada con la tolerancia, el respeto y la valoración de las diferencias, exigencias normativas que aseguran el libre desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica, religiosa y de culto⁸². En este orden de ideas, como sintetiza ACEDO PENCO, “*el sistema jurídico utiliza generalmente el término de buenas costumbres para expresar la obligación de acatar las convicciones morales observadas por la sociedad, siempre y cuando estas representen valores dignos de ser protegidos jurídicamente, de forma que esa moral, vivida en las costumbres sociales, es tutelada por el Derecho*”⁸³.

Como sea, se adopte una visión más amplia o más restringida, las buenas costumbres son indudablemente un límite a la autonomía privada y en materia contractual ello se traduce esencialmente en la observancia de una conducta mercantil transparente⁸⁴ y en esta línea, tal como denota doctrina autorizada, todo abuso de posición de poder implica una contravención a las buenas costumbres⁸⁵.

⁷⁸ STIGLITZ y STIGLITZ (1985) p. 232.

⁷⁹ DUCCI CLARO (2005) p. 294.

⁸⁰ ACEDO PENCO (1996-1997) p. 339.

⁸¹ DUCCI CLARO (2005) p. 294. Dogmáticamente, resulta cuanto menos discutible la inclusión de las buenas costumbres en la noción de orden público. Señala BARCIA LEHMANN (2007) p. 86 que en Alemania “*las buenas costumbres comprenden al orden público, por la razón práctica que el § 138 solo se refirió a las buenas costumbres*”. Así, pese a tener estas nociones un ámbito común, no es claro cuál de las dos comprende a la otra.

⁸² En el mismo sentido ACEDO PENCO (1996-1997) p. 339.

⁸³ ACEDO PENCO (1996-1997) p. 339.

⁸⁴ Similarmente, aunque aparentemente limitado a los contratos de consumo, TAPIA (2005) pp. 262-263.

⁸⁵ FLUME (1998) p. 445.

3. Conclusión preliminar

En suma, el orden público y las buenas costumbres efectivamente constituyen límites a la autonomía privada y, más propiamente, al contenido de las declaraciones de voluntad y toda cláusula que transgreda estos límites, y aunque no tenga por fin crear una obligación, adolece de objeto ilícito y es, por tanto, nula absolutamente. Los mentados límites, por lo demás, van más allá de la ley, requiriendo, para la determinación de su alcance, de un ejercicio de discrecionalidad del juez quien al efecto debe considerar que entre las fuentes que integran el contenido del orden público y las buenas costumbres se encuentran ciertos principios que informan actualmente al derecho privado destacándose, entre otros, el de buena fe, el de equilibrio contractual y el de protección a la parte más débil.

III. LAS NOCIONES DE OBJETO Y DE OBJETO ILÍCITO EN LA DOCTRINA NACIONAL

1. Relación sintética del estado de la cuestión

Aunque en la doctrina nacional existen diversas acepciones acerca del objeto⁸⁶, el artículo 1460 del CC dispone que el objeto de una declaración de voluntad consiste en aquello que se debe dar, hacer o no hacer, o en el mero uso o tenencia de una cosa⁸⁷, y es posible apreciar con claridad en la norma la influencia del pensamiento de POTHIER, que tiende a identificar, en una única noción, el objeto del contrato, el objeto de la obligación y el objeto de la prestación⁸⁸.

Siendo así, cabe afirmar que el concepto de objeto ilícito debiese predicarse respecto a la cosa que se debe dar o cuya mera tenencia se debe entregar⁸⁹, o al hecho que se debe ejecutar o del cual se debe abstener el deudor.

Desde esta perspectiva, y atendido que las cosas no son lícitas o ilícitas en sí mismas⁹⁰, se abren dos esquemas de razonamiento, uno conforme al cual el objeto ilícito se confunde con la imposibilidad moral, asumiendo que aquel solo se puede configurar en cuanto la prestación recae sobre un hecho pues solo los hechos pueden ser contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres, y otro acorde al cual la licitud o ilicitud está

⁸⁶ Para un panorama general sobre las diversas acepciones y conceptos que la doctrina dedica al objeto, véanse VIAL DEL RÍO (2003) pp. 155-156, BARCIA LEHMANN (2007) p. 82 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) pp. 126-128.

⁸⁷ CORRAL (2018) p. 570.

⁸⁸ POTHIER (1993) pp. 40-41 y 77-81.

⁸⁹ El artículo 1461, que regula los requisitos del objeto, refuerza que éste siempre consiste en una cosa o un hecho. De esta manera, aun cuando la segunda parte del artículo 1460 dé a entender que el mero uso o tenencia puede ser objeto de una declaración de voluntad, en realidad el objeto en tal caso sigue referido a una cosa. Así, por lo demás, lo ha entendido doctrina española autorizada, por ejemplo, DíEZ-PICAZO (1996). pp. 197-198.

⁹⁰ En palabras de VELASCO LETELIER (1941) p. 43 “*si el objeto es una cosa material, no podrá sostenerse que tiene tal calidad, porque ninguna cosa en sí puede ser contraria a la ley, las buenas costumbres o al orden público; y si se trata de un hecho y cumple con esos requisitos, estaremos en presencia de un hecho moralmente imposible, en conformidad a la definición que da el artículo 1461 en su inc. 3*”.

determinada por el cumplimiento o no de los requisitos que el artículo 1461 prevé para que una cosa o un hecho pueda ser objeto de una declaración de voluntad.

Este último entendimiento, más amplio que el primero y que lo comparten DUCCI CLARO⁹¹, VELASCO LETELIER⁹², solo permitiría sustentar la nulidad por objeto ilícito de aquella cláusula que crea una obligación cuyo objeto no cumple con los requisitos del artículo 1461 del CC, lo que ciertamente, salvo una torpeza de las partes, en la práctica no ocurrirá con frecuencia y por eso, bajo esta estrecha visión, no puede sustentarse la ineficacia de una cláusula que, no teniendo por fin crear una obligación, presenta un contenido dispositivo contrario al orden público o a las buenas costumbres.

Discordante, ALESSANDRI BESA, quien sigue el pensamiento de autores franceses, Planiol, Ripert, Esmein y Josserand, estima que la noción de objeto ilícito se limita justamente al hecho contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres y, que es discutible, a las cosas inenajenables, y en caso de hechos físicamente imposibles o de cosas indeterminadas o no reales derechamente no habría objeto⁹³. Esta visión sobre la noción en comento es aún más reduccionista que la de Velasco Letelier y de Ducci Claro pues está acotada a la imposibilidad moral del hecho y, dubitativamente, a la inenajenabilidad de la cosa y bajo este entendimiento una cláusula podría adolecer de objeto ilícito solo si origina una obligación cuyo objeto es un hecho y este en algún modo es contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres o si genera, lo que es controvertible, una obligación cuyo objeto es una cosa inenajenable.

VIAL DEL RÍO, que adhiere en este punto a Claro Solar y a Velasco Letelier, dice que las cosas no pueden ser en sí mismas ilícitas y la causal general de objeto ilícito “*consiste en la ejecución de un hecho que atenta contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres*”⁹⁴ y esta estimación, como el mismo autor aclara, coincide con la noción de imposibilidad moral contemplada en el inciso final de artículo 1461⁹⁵ y es, por tanto, aún más estrecha que las previamente enunciadas.

Sin perjuicio de lo anterior, VIAL DEL RÍO reconoce que “*hay otras causales que nada tienen que ver con la anterior, pues la ilicitud del objeto se produce no porque este consiste en un hecho ilícito, sino porque el acto o contrato es considerado reprochable*”⁹⁶, acotando estas causales a la enajenación de las cosas enumeradas en el artículo 1464 del CC y, tal como establece el artículo 1466 del mismo cuerpo legal, a los contratos prohibidos por las leyes.

BARCIA LEHMANN, que no se decanta elocuentemente por una u otra noción, sugiere que, más allá de los casos de imposibilidad moral a que se refiere el último inciso del artículo 1461, la contravención al orden público podría configurar objeto ilícito en la medida en que

⁹¹ DUCCI CLARO (2005) pp. 295-296.

⁹² VELASCO LETELIER (1941) p. 41.

⁹³ ALESSANDRI BESA (2008) pp. 137-140.

⁹⁴ VIAL DEL RÍO (2003) p. 165.

⁹⁵ VIAL DEL RÍO (2003) p. 164.

⁹⁶ *Ibíd.*

una norma específica se remita a dicha noción y existe una remisión, por ejemplo, en el artículo 880⁹⁷.

2. Bases normativas para una lectura más amplia y versátil de las nociones de objeto y objeto ilícito

En mi opinión, todas las nociones expuestas previamente son reduccionistas y no son necesariamente las únicas que pueden extraerse de las reglas del CC chileno.

En efecto, la noción de objeto ilícito puede extraerse fundamentalmente de los artículos 1460 a 1466 pero hay otras reglas en el CC que se refieren a aquel en un sentido totalmente diverso al que postulan los autores antes mencionados.

Una acepción de objeto ilícito incluso ajena a la teoría general de los contratos puede observarse en los artículos 598⁹⁸, 1311 inciso primero⁹⁹, 1314 inciso primero¹⁰⁰ y 1973¹⁰¹, disposiciones en todas las cuales la ilicitud del objeto se configura por la destinación de una cosa a un fin ilícito sin que ello presuponga –o al menos no necesariamente– celebrar un acto jurídico y en estos casos pareciera que aquello que configura la ilicitud es la inmoralidad de la actividad a que se destina la cosa.

En un sentido diverso, el artículo 1887 estatuye que “*pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos; y se regirán por las reglas generales de los contratos*” y el inciso tercero del artículo 1723 permite que en la escritura pública de separación total de bienes o en la que se pacte participación en los gananciales, los cónyuges liquiden la sociedad conyugal, determinen el crédito de participación o celebren “*otros pactos lícitos*”.

Atendido el silencio de la ley, el examen de licitud que tendrían que superar los mentados pactos para su tutela jurídica comprende la causa y el objeto y respecto de este una alternativa es postular que el análisis solo tiene lugar si el pacto tiene por finalidad crear una obligación y el objeto de ella, esto es, la prestación, recae sobre un hecho o una cosa que no cumpla con los requisitos del artículo 1461¹⁰² y otra opción, que estimo más versátil

⁹⁷ BARCIA LEHMANN (2007) pp. 87-88.

⁹⁸ “El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”.

⁹⁹ “El testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente”.

¹⁰⁰ “El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, o invertirla en un objeto ilícito”..

¹⁰¹ “El arrendador tendrá derecho para expeler al inquilino que empleare la casa o edificio en un objeto ilícito, o que teniendo facultad de subarrendar, subarriende a personas de notoria mala conducta, que, en este caso, podrán ser igualmente expelidas”.

¹⁰² Seguiría, en esta línea de razonamiento, el entendimiento de Velasco Letelier y Ducci Claro porque son bastantes restrictivos pero menos que Alessandri Besa y Vial del Río.

y adecuada, es sostener que el indicado examen atañe al contenido dispositivo del pacto pues este, siendo fruto de la autonomía privada, merecerá tutela jurídica solo en la medida que respete los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Esta última interpretación, que quizá parezca un tanto antojadiza o de *lege ferenda* y que no es compartida por nuestra doctrina¹⁰³, encuentra arraigo en otras reglas del CC, que se hayan justamente en la regulación general del objeto, concretamente las contempladas en los artículos 1462, 1464 y 1465.

El artículo 1462 establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno y VELASCO LETELIER, que critica abiertamente el tenor de la norma, reconoce que esta alcanza la hipótesis en que el juicio de reprochabilidad no se refiere a la cosa o el hecho sino al acto o declaración de voluntad “*por no cumplir con mandatos de la Carta Fundamental*”¹⁰⁴. La ilicitud, en consecuencia, se extiende a toda declaración de voluntad cuyo contenido dispositivo sea contrario al derecho público chileno. Además, la voz “*todo*” permite sostener que la ilicitud puede referirse tanto a un contrato como a una cláusula o estipulación. En este sentido, señala DOMÍNGUEZ ÁGUILA que “*es nula la cláusula contractual que exige a una de las partes la obligación de abstenerse a perpetuidad de desarrollar determinado negocio, porque vulnera las normas constitucionales consagratorias del orden público económico recogidas en los arts. 19 N° 16 y 21 de la Constitución*”¹⁰⁵.

El artículo 1464 sugiere en su encabezado que el objeto ilícito concierne a la enajenación, esto es, al acto consistente en transferir el dominio de una cosa o en constituir un derecho real sobre alguna de las cosas enumeradas en la misma norma¹⁰⁶, y así lo reconoce VIAL DEL RÍO¹⁰⁷.

El artículo 1465 prevé dos reglas de particular interés¹⁰⁸, una referida al pacto cuyo contenido es limitar el alcance de una obligación o exonerar de responsabilidad al deudor en razón de la aprobación de la cuenta que este rinda o del finiquito que las partes hagan de una relación jurídica¹⁰⁹ y otra que atañe a la condonación del dolo futuro.

¹⁰³ La noción de objeto como el contenido dispositivo de la declaración de voluntad ha sido apresuradamente descartada por la doctrina nacional, así DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 128 y BARCIA LEHMANN (2007) p. 82, y soy de opinión que no se ha reflexionado suficientemente acerca de su corrección dogmática y sus bondades pues, por ejemplo, Barcia Lehmann dice que se confunde con la causa y, cual ya expliqué, ello no es así porque la causa atinge al resultado final que se aspira con la celebración y ejecución de un contrato mientras que el contenido establece los instrumentos para lograr tal resultado.

¹⁰⁴ VELASCO LETELIER (1941) p. 44.

¹⁰⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 135.

¹⁰⁶ Para VIAL DEL RÍO (2003) p. 170 “*La enajenación, en consecuencia, es sinónimo de tradición, la cual sirve para transferir el dominio o para constituir otro derecho real distinto de aquel*”.

¹⁰⁷ VIAL DEL RÍO (2003) pp. 164-165.

¹⁰⁸ Para una síntesis de historia de esta norma *vid.* ELORRIAGA DE BONIS (2009) pp. 136-140.

¹⁰⁹ En una visión que comparto, ELORRIAGA DE BONIS (2009) p. 154 indica que “*esta regla no solo se aplica a los actos que por antonomasia imponen la obligación de rendir una cuenta, como las guardas (art. 415 del CC), el mandato (art. 2155 del CC) o la agencia oficiosa (art. 2287 del CC) sino, también, a cualquier negocio jurídico por el que las partes dan por terminada y finiquitada una relación contractual, dándose por liberadas y declarando no adeudarse nada*”.

En relación a la primera regla, el pacto de no dar más en razón de una cuenta ya aprobada es nulo en cuanto al dolo que, subyacente a la cuenta, no haya sido condonado expresamente, dolo que se trata del presente al momento de la estipulación del pacto¹¹⁰ y no, como postulan VIAL DEL RÍO¹¹¹, VELASCO LETELIER¹¹² y ALESSANDRI BESA¹¹³, de una especificación de la prohibición de condonar el dolo futuro.

En cuanto al fundamento, para ELORRIAGA DE BONIS “*la justificación de la invalidez del pacto de no pedir más en razón del finiquito de una cuenta, en cuanto al dolo contenido en ella (regla primera del art. 1465 del CC), subyace en el principio general de la buena fe y en la imposibilidad de aprovecharse del propio dolo o de la propia culpa*”¹¹⁴.

En mi opinión, el fundamento reside en que el contenido de la declaración de voluntad es contrario al orden público y las buenas costumbres. Las exigencias de la buena fe, ciertamente, desempeñan un papel primordial, mas la ilicitud se deriva de que la contravención a estas exigencias se opone al orden público y a las buenas costumbres¹¹⁵. En lo que toca a la máxima de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo o torpeza, estimo que esta no constituye sino una exigencia concreta de la buena fe, de modo que también está contenida en las nociones de orden público y buenas costumbres.

La segunda regla del artículo 1465 se refiere a la condonación del dolo futuro. El contenido que acá subyace es que el deudor sea anticipadamente exonerado de responsabilidad por los daños que dolosamente provoque al acreedor. La regla aclara que esta estipulación es nula, sanción que también debiese alcanzar, por aplicación del artículo 44 inciso segundo, a la condonación anticipada de la culpa grave¹¹⁶. Sobre el fundamento de la ilicitud VELASCO LETELIER expone que

*“El art. 1465 prohíbe la condonación del dolo futuro. Como esta remisión recae sobre una obligación de no hacer, de abstenerse de iniciar las acciones correspondientes en caso de producirse el dolo, su objeto es un hecho negativo que la ley prohíbe. En consecuencia, de celebrarse tal acto, su objeto será moralmente imposible, en conformidad a lo que ordena el art. 1461 inc. 3° y por ello, será ilícito”*¹¹⁷.

Estimo que la tesis sustentada por Velasco Letelier, además de ser sumamente forzada, condiciona la configuración del objeto ilícito a la efectiva provocación dolosa de daños al acreedor, pues solo en tal caso este se tendría que abstener del ejercicio de acciones tendientes a obtener una reparación; en realidad, como el mismo autor sugiere, la

¹¹⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2009) pp. 152-155. En el mismo sentido, CORRAL (2018) p. 578.

¹¹¹ VIAL DEL RÍO (2003) p. 184.

¹¹² VELASCO LETELIER (1941) pp. 135-136.

¹¹³ ALESSANDRI BESA (2008) pp. 156-157.

¹¹⁴ ELORRIAGA DE BONIS (2009) p. 142.

¹¹⁵ Entre nosotros, incluyendo las exigencias de la buena fe en el orden público y en las buenas costumbres, BOETSH GILLET (2015) p. 100.

¹¹⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 136.

¹¹⁷ VELASCO LETELIER (1941) p. 48.

prohibición se refiere a la condonación del dolo futuro, circunstancia esta que debe ser sancionada con nulidad absoluta con completa independencia de si efectivamente existe, con posterioridad a la celebración del contrato, una conducta dolosa que provoque daño. ELORRIAGA DE BONIS, por su parte, sostiene que el fundamento “*radica en la inmoralidad involucrada en la condonación anticipada de conductas ilícitas*”¹¹⁸. En lo personal, más cercano en este punto a las visiones de Claro Solar y Vial del Río, considero que el objeto ilícito en la condonación del dolo futuro se justifica en la contravención al orden público y las buenas costumbres¹¹⁹.

En efecto, como indica el propio ELORRIAGA DE BONIS, si la condonación del dolo futuro fuese lícita “*se correría el riesgo cierto de que tal estipulación se convirtiera en una cláusula de estilo, impuesta en todo contrato por la parte con más poder de negociación, quedando sin aplicación las normas sobre la buena fe contenidas particularmente en el Código Civil*”¹²⁰. De esta manera, la condonación del dolo futuro constituye una contravención a las exigencias de la buena fe, y en tanto estas derivan de la imperatividad del orden público y las buenas costumbres, se configura una hipótesis de objeto ilícito¹²¹.

Como puede apreciarse, los casos de objeto ilícito contemplados en el artículo 1465 no se refieren necesariamente a cláusulas o pactos cuya finalidad sea crear obligaciones. Ello queda particularmente claro en lo que atañe a la condonación del dolo futuro. El objeto ilícito en este último caso se configura con toda evidencia en razón de que el contenido dispositivo de la declaración, que en esta precisa hipótesis se traduce en una exoneración de responsabilidad ante los eventuales daños provocados dolosamente por el deudor. Tal exoneración, en tanto es contraria al orden público y a las buenas costumbres, es la que adolece de objeto ilícito.

Más allá del punto anterior, el tenor del artículo 1465, que se refiere al “*pacto*”, permite sustentar que la nulidad absoluta se acota a la cláusula o estipulación que contenga alguna de las hipótesis allí contempladas. Aunque no haya sido señalado expresamente, son varios los autores que lo entienden así, ya sea implícita¹²² o explícitamente¹²³. Por lo demás, la Corte Suprema (en adelante CS) ha acotado la nulidad a la cláusula o estipulación que

¹¹⁸ ELORRIAGA DE BONIS (2009) p. 140. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 136.

¹¹⁹ *Vid.* CLARO SOLAR (2013b) pp. 257-258 y VIAL DEL RÍO (2003) pp. 183-184. En un entendimiento ligeramente diverso, ALESSANDRI BESA (2008) p. 157 parece vincular la inmoralidad con las buenas costumbres.

¹²⁰ ELORRIAGA DE BONIS (2009) p. 140.

¹²¹ Cabe señalar que las reglas contenidas en el artículo 1465 reflejan una base dogmática, ya presente en el Digesto y más tarde en las Partidas, particularmente útil en el tema que ocupa. La base dogmática presente en ambas reglas consiste en que la contravención a las exigencias de la buena fe al momento del establecimiento del contenido de una convención o estipulación, aun cuando implique dolo, no necesariamente se canaliza y reprime bajo las reglas de los vicios del consentimiento; en tanto la observancia de las exigencias de la buena fe constituye un mandato derivado del orden público y de las buenas costumbres, también es posible concluir que su contravención configura objeto ilícito. Sobre estas interesantes reflexiones *vid.* ELORRIAGA DE BONIS (2009) pp. 136-152

¹²² DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) p. 136, ALESSANDRI BESA (2008) p. 157, VIAL DEL RÍO (2003) p. 184, CORRAL (2018) p. 578,

¹²³ KUNCAR (2014) p. 372.

contenga la hipótesis de objeto ilícito y el 3 de julio de 2007¹²⁴, a propósito de un contrato de apertura de línea de crédito que se remitía e incorporaba a su contenido un reglamento sobre uso de la tarjeta de crédito, declaró de oficio la nulidad de la cláusula 13° de aquél por establecer que el titular que no da aviso en caso de extravío, hurto o robo de la tarjeta se hace cargo de todo uso o compra que con ella haga un tercero¹²⁵.

3. Hacia una causal amplia, genérica y técnica de objeto ilícito

Ante el panorama normativo que ofrece el CC, y en atención a la vocación general del orden público y las buenas costumbres como límites de la autonomía privada, creo fundado postular una noción amplia y genérica de objeto ilícito, que vaya más allá de los casos contemplados explícitamente en el CC y que comprenda todo contenido dispositivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres¹²⁶.

Cabe aclarar que no es primera vez que se postula una noción así de amplia y general. En efecto, ya hace tiempo SOMARRIVA UNDURRAGA estimaba que el objeto lícito “*está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público*”¹²⁷, y en este mismo sentido lo entiende CLARO SOLAR quien, sosteniendo que el objeto lícito “*se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara*”¹²⁸, precisaba que es ilícito aquel que no se conforma con la ley, ya sea porque infringe una regla explícita o contraviene el orden público o las buenas costumbres¹²⁹. Como es posible advertir, la voz ley, presente en la fórmula de Claro Solar, no se acota a la ley escrita, sino que alcanza al ordenamiento jurídico en su totalidad, integrándose en estas las nociones de orden público y de buenas costumbres, que encuentran sustento normativo en los artículos 1461 inciso final y 1467 inciso segundo. Se asegura así una noción de objeto ilícito que va más allá de los casos expresamente regulados en la ley, desmintiendo que el catálogo contemplado en los artículos 1462 a 1466 sea taxativo.

¹²⁴ *Hermosilla con Promotora CMR Falabella S.A.*, rol N° 3901-2005 (comentario de esta resolución en ELORRIAGA DE BONIS (2009) pp. 156-162).

¹²⁵ La Corte, sobre la base de diversos argumentos, funda la ilicitud tanto en la condonación anticipada del dolo del tercero como en la condonación anticipada de la culpa grave de la institución financiera, que ya no tendría siquiera el deber de verificar la identidad del usuario que hace las compras. En mi opinión, esta última circunstancia habría sido suficiente para la configuración de la causal de objeto ilícito prevista en la segunda parte del artículo 1465.

¹²⁶ En contra CORRAL (2018) p. 574 quien sostiene que “*ante la dificultad para precisar con contornos definidos lo que significa la licitud del objeto, se prefiere asumir que, por regla general, todo objeto es lícito, salvo aquellos que la ley ha declarado expresamente como ilícitos*”.

¹²⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA (1938) p. 556.

¹²⁸ CLARO SOLAR (2013b) p. 236.

¹²⁹ CLARO SOLAR (2013b) pp. 254-257. CLARO SOLAR (2013b) p. 255 al tratar el orden público se empeña fundamentalmente en señalar qué leyes pueden reputarse encuadradas en esta noción y al referirse a las buenas costumbres sostiene con toda holgura que “*es prohibido a los particulares introducir en los actos jurídicos que son obra de su voluntad disposiciones contrarias a los preceptos y reglas morales en cuya observancia está evidentemente interesado el orden público, la tranquilidad social*”, y para CLARO SOLAR (2013b) pp. 256 y 257 “*todo acto o declaración de voluntad que se opone al interés general de la sociedad, porque contraria el orden público o las buenas costumbres, tendrá objeto ilícito y será absolutamente nulo*”.

Desde una aproximación diversa, un tanto más indirecta, RODRÍGUEZ GREZ señala que las causales de objeto ilícito reguladas expresamente en la ley deben interpretarse extensivamente e, incluso, por analogía¹³⁰. En esta línea, el mentado autor sostiene que, aun cuando la noción de orden público no pertenezca únicamente al derecho público, su contravención igualmente configura objeto ilícito, debiendo aplicarse por analogía el artículo 1462¹³¹.

Cualquiera sea el razonamiento jurídico que permita arribar a una causal amplia y genérica de objeto ilícito, no debiesen existir dudas acerca de su pertinencia y necesidad, pues el ordenamiento jurídico no puede tutelar una declaración de voluntad que en su contenido dispositivo no respete los límites de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Así, y acorde con lo señalado en el capítulo primero, estimo que el examen de licitud se refiere a un aspecto concreto de la declaración de voluntad, a saber, su contenido dispositivo. Se trata, en consecuencia, de un examen técnico, que encuentra un ámbito de referencia amplio pero delimitado. El contenido, como señalara oportunamente, no se confunde con la causa, pues mientras esta se refiere al resultado final que se aspira con la celebración y ejecución del contrato¹³², aquel hace alusión a una específica distribución de riesgos y determinados mecanismos que determinan el programa contractual. El contenido puede consistir, por ejemplo, en la creación de una obligación, en la renuncia a un derecho, en el establecimiento de modalidades, en la asunción de un riesgo, en la exoneración de responsabilidad ante determinados otros riesgos, etc.; el resultado final, en cambio, se refiere esencialmente a la satisfacción de una necesidad, que se logra justamente mediante el diseño de un contenido adecuado.

IV. LA CONFIGURACIÓN DEL OBJETO ILÍCITO EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

Como ha quedado asentado en los capítulos anteriores, es nula absolutamente, por objeto ilícito, toda estipulación que, teniendo un contenido dispositivo, se oponga al orden público y/o a las buenas costumbres.

Entre los principios que forman parte del orden público se encuentran la buena fe, el equilibrio contractual y la protección del más débil¹³³. El límite de las buenas costumbres se traduce esencialmente en la observancia de una conducta mercantil transparente, conducta que, en el ámbito de la predisposición, ciertamente involucra el deber de considerar los legítimos intereses del adherente¹³⁴.

¹³⁰ RODRÍGUEZ GREZ (2003) pp. 95-96.

¹³¹ RODRÍGUEZ GREZ (2003) p. 95.

¹³² LYON (2006) p. 771.

¹³³ En un sentido similar, DÍEZ-PICAZO (1996) pp. 42-54 incluye en la noción de orden público económico a los principios de la propiedad privada, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y moralización de las relaciones económicas, la iniciativa privada y la libertad económica. Se trata, en su visión, de las directrices básicas que han de orientar la actividad económica.

¹³⁴ En un sentido cercano, aunque aparentemente limitado a los contratos de consumo, TAPIA (2005) pp. 262-263.

Desde una perspectiva histórica, los principios de buena fe, equilibrio contractual y protección del más débil se han desarrollado como una necesaria respuesta a los excesos que han propiciado las doctrinas liberales de los siglos XVIII y XIX¹³⁵.

En efecto, en la sociedad industrial y postindustrial, el fenómeno de la predisposición, se haya traducido o no en la utilización de condiciones generales de contratación, ha estado sumamente presente en el tráfico jurídico, contribuyendo de forma significativa a la maximización de utilidades de los empresarios predisponentes. Ya con posterioridad a la segunda guerra mundial, en la denominada sociedad de consumo, a estas prácticas, revigorizadas por el espíritu imperialista, incluso se les ha dado el nombre de la “*nueva lex mercatoria*”¹³⁶.

En este contexto, la predisposición, si bien ha encontrado legitimación en razones de eficiencia económica¹³⁷, ha permitido que los empresarios aprovechen la existencia de asimetrías informativas, la racionalidad limitada de los adherentes y la urgencia que subyace a la satisfacción de necesidades personales, familiares y profesionales, introduciendo significativos desequilibrios normativos a la hora de predisponer el contenido de los contratos que ofrecen al público. Todo ello ha configurado una falla de mercado que no encuentra solución con el mero aseguramiento y promoción de la libre competencia¹³⁸.

Este panorama ha generado la necesidad de encontrar mecanismos tendientes a restablecer una medida mínima de equilibrio en el contenido de los contratos por adhesión; a la luz de este afán, el principio de la buena fe ha experimentado una suerte de renacimiento y ha permitido el reconocimiento y desarrollo de los principios de equilibrio contractual¹³⁹ y

¹³⁵ Un breve pero esclarecedor relato histórico sobre esta cuestión puede verse en POSADA (2015) pp. 149-152. *Vid.* también DE CASTRO (1982) pp. 1037-1040.

¹³⁶ Una crítica a estos excesos puede verse en DE CASTRO (1982) p. 1040. Como señala también AMORÓS GUARDIOLA (1983) pp. 1137-1138, comentando el pensamiento de Federico de Castro, “*El derecho mercantil clásico tenía por finalidad regular las relaciones entre comerciantes y con ese mismo carácter llega a la época de la codificación. La nueva lex mercatoria supone un cambio en esa concepción originaria, cambio motivado por la estructura económica de los países más desarrollados. Se introducen así nuevas maneras en el tráfico jurídico: contratos tipo, condiciones generales de la contratación, cláusulas de no responsabilidad y cláusulas de arbitraje. El nuevo derecho mercantil es el Derecho de la empresa y de los actos en masa. Nueva visión que conduce a afirmar la existencia de un Derecho autónomo de los comerciantes independiente de los Derechos nacionales. Con lo cual se evita la aplicación de las disposiciones imperativas molestas contenidas en las leyes nacionales*”.

¹³⁷ En general, la estandarización de las condiciones generales de contratación y de los módulos o formularios ofrecidos al público permite una mayor y más eficaz división de tareas al interior de la empresa, una reducción en la necesidad de comunicación entre los miembros del personal y la posibilidad de calcular anticipadamente los costos asociados a la actividad económica (ALFARO (1991) pp. 28-31, PAGADOR (1999) pp. 31-35). Además, el empleo de cláusulas generales predispuestas contribuye, en la práctica, a la seguridad jurídica en la medida en que permiten una reglamentación más acabada y clara de las relaciones contractuales (ALFARO (1991) p. 33). Entre nosotros, destacando las virtudes de la predisposición tanto para los empresarios como para los adherentes, *vid.* DE LA MAZA (2003) pp. 113-119.

¹³⁸ ALBANESE (2013) pp. 670-671, ZIMMERMANN (2008) p. 203. Desde una perspectiva eminentemente económica SIMON (1955) p. 99. Entre nosotros DE LA MAZA (2003) pp. 126-135.

¹³⁹ En nuestro medio LÓPEZ DÍAZ (2015), además de identificar aquellas reglas positivas que se encuentran inspiradas en el principio de equilibrio contractual, ha sustentado la posibilidad de construir y reconocer

protección de la parte más débil¹⁴⁰, cuyas bases dogmáticas se encontraban ya latentes en los códigos decimonónicos de inspiración francesa y que hoy en día, inundados de una significativa evolución jurídica y social, permiten fundar, incluso más allá de las relaciones de consumo, la ineficacia de las cláusulas abusivas.

En concreto, en el ámbito de la predisposición, la observancia de las exigencias de la buena fe implica considerar las legítimas expectativas del otro¹⁴¹, lo que se traduce en la ilicitud del contenido predispuesto que, desviándose ostensiblemente del derecho dispositivo, ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas del adherente¹⁴². En este sentido, y utilizando la nomenclatura del artículo 1444, las cosas de la naturaleza adquieren un nuevo matiz, pues, materializando cierta medida de justicia conmutativa, no resultan totalmente disponibles¹⁴³. La incorporación de cosas accidentales debe encontrar una justificación razonable en el resto del contenido del contrato, pues de lo contrario también revela una falta de consideración de los intereses legítimos del adherente.

Ante este escenario, en una aproximación diversa a la existente en nuestro medio¹⁴⁴, estimo que la noción de objeto ilícito que he desarrollado a lo largo de este trabajo es lo

ciertas instituciones que, no obstante estar contenidas en reglas aparentemente especiales o no estar siquiera expresamente reconocidas en nuestro CC, pueden sustentarse en el principio en mención.

¹⁴⁰ Sobre este principio y sus manifestaciones en los códigos decimonónicos *vid.* VÁSQUEZ (2014).

¹⁴¹ Esta no es sino una aplicación de una noción general de buena fe al ámbito de la predisposición. BETTI (1969) p. 102 señala que la buena fe en el ámbito contractual “*es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte*”. En el mismo sentido ZIMMERMANN y WHITTAKER (2000) p. 31.

¹⁴² Manifiesta ZIMMERMANN (2008) pp. 201-202 que este esquema de razonamiento encuentra su primera manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, ya en 1906, con sustento en el apartado primero del parágrafo 138 del BGB, el Tribunal Imperial declaró ineficaces aquellas condiciones generales de contratación que fuesen impuestas en razón de un abuso de posición de monopolio. Si bien el Tribunal Supremo Federal mantuvo la misma línea durante la primera mitad del siglo XX, ya en 1956 extendió el alcance del control, sustentándolo ahora en el parágrafo 242, que se refiere al deber del deudor de cumplir su prestación en conformidad a las exigencias de la buena fe. Desde entonces el Tribunal Supremo Federal consideró ineficaces las condiciones generales que, en contra de las exigencias de la buena fe, impusiesen al adherente una situación de excesiva desventaja. Tal situación de excesiva desventaja podía apreciarse cuando las condiciones generales impuestas se apartasen de tal forma del derecho dispositivo que ya no pudiesen conciliarse con las nociones básicas de justicia y equidad, o cuando restringieran derechos o deberes fundamentales derivados de la naturaleza del contrato.

¹⁴³ AMORÓS GUARDIOLA (1983) pp. 1141-1142. Entre nosotros, aunque limitando el planteamiento a los contratos de consumo, *vid.* LORENZINI y POLIT (2013) pp. 468-472.

¹⁴⁴ Acaso en la mejor obra sobre contratos que existe en nuestro medio, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) pp. 158-165, en la parte relativa al tratamiento de los contratos por adhesión, nada refieren en relación con la posibilidad de asumir una noción amplia de objeto ilícito para hacer frente a las cláusulas abusivas. A mayor abundamiento, doctrina nacional autorizada acota el ámbito de aplicación del control de contenido a los contratos de consumo, y en este sentido DE LA MAZA y VIDAL (2018) p. 197 manifiestan que el resguardo de la conmutatividad o equilibrio es “*un fenómeno más bien ajeno al Código Civil en el cual la justicia contractual tiene un carácter más procedimental que sustantivo, de manera tal que, más allá del error, el dolo o la fuerza, la intervención judicial por razones de conmutatividad parece limitarse a los supuestos de lesión enorme*”. En el mismo sentido, CORRAL (2018) pp. 500-501, refiriéndose a la problemática de la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas individualmente, se limita a señalar que “*la ley tendrá que preocuparse para que la contratación masiva a través de contratos predispuestos no perjudique a los consumidores cuando se introduzcan cláusulas que son contrarias a la buena fe o abusivas. Es lo que en nuestro país intenta hacer la ley N°*

suficientemente amplia y técnica para la realización de un control del contenido de todo contrato por adhesión, se encuentre o no regido por la LPDC¹⁴⁵.

La vocación general de este control se sustenta en que la predisposición de cláusulas abusivas configura una falla de mercado que, además de afectar al adherente –ya sea este un consumidor o un empresario–, impide un funcionamiento eficiente de los mercados. En efecto, la falla a la que hago alusión no se refiere solamente a los elevados costos de transacción en que tendría que incurrir el adherente para conocer y entender adecuadamente el clausulado que se le ofrece –costos que, desde una perspectiva económica, no se justifica asumir, pues normalmente exceden la ventaja económica que se espera de la ejecución del contrato¹⁴⁶–, sino también en la imposición de riesgos al adherente que podrían ser soportados por el predisponente a un costo mucho menor, perdiéndose, en suma, una cuantitativa medida de eficiencia en el funcionamiento del mercado¹⁴⁷.

En esta línea, el ámbito de pertinencia del control de contenido va incluso más allá de los contratos cuyos adherentes tengan la calidad de micro o pequeñas empresas¹⁴⁸. Dado que el control que propongo encuentra arraigo en las propias reglas del CC, este se extiende a todo contrato por adhesión, sin importar la calidad del adherente.

Cabe destacar que, en caso de que el control no sea completamente superado, la nulidad absoluta ha de afectar únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente. Las expectativas del predisponente, por su parte, no han de ser consideradas para una eventual extensión de la nulidad a todo el contrato, pues, atendida su mala fe o torpeza a la hora de no observar las exigencias de la buena fe, no merece ser amparado por el derecho –*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*–¹⁴⁹.

19.496, de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, con un servicio público dedicado a supervisar su cumplimiento”.

¹⁴⁵ Aunque no lo haya explicitado, al parecer BAMBACH SALVATORE (1991) p. 66 se acercaba a mi conclusión cuando decía “*Las situaciones que revisten mayor interés son aquellas conductas que sin ir contra precepto legal determinado que las sancione como contrarias a las buenas costumbres, atentan contra ellas sea por su contenido (objeto), sea por la intención de los contratantes (causa), puesto que son las que permiten un mayor campo de apreciación y de concreción al juez*” (BAMBACH SALVATORE (1991) p. 51 confunde contratos por adhesión con contratos de consumo y su planteamiento se refiere fundamentalmente a estos últimos al señalar que “*normalmente las cláusulas abusivas se encuentran insertas en un contrato en el cual una de las partes impone su voluntad a su contratante. Estos contratos conforman una categoría denominada en doctrina contrato de consumo*”).

¹⁴⁶ ZIMMERMANN (2008) p. 203, ALBANESE (2013) pp. 670-671.

¹⁴⁷ ALBANESE (2013) pp. 670- 671.

¹⁴⁸ Cabe recordar que, por aplicación del artículo noveno de la ley N° 20.416, los contratos cuyos adherentes tengan la calidad de micro o pequeñas empresas quedan sujetos a las “*normas de equidad en las estipulaciones*” contempladas en el LPDC.

¹⁴⁹ Así lo han entendido tratándose de contratos de consumo CARBALLO (2013) p. 200, BARENGHI (2017) p. 275 y ALBANESE (2013) p. 727. Esta conclusión puede y debe extenderse a todo contrato por adhesión, pues se sustenta justamente en el deber de no amparar la infracción a las exigencias de la buena fe que subyace a la predisposición de un contenido abusivo.

Que la nulidad sea parcial no constituye una afirmación extraña al derecho civil nacional; como señalan TAPIA y VALDIVIA, tal categoría ha sido reconocida por la jurisprudencia incluso más allá de los casos expresamente contemplados en el CC¹⁵⁰. Por lo demás, el principio de conservación de los contratos justifica que, por regla general, la nulidad no se extienda más allá de la cláusula o estipulación abusiva¹⁵¹. Por estas razones, no puedo compartir las reflexiones de WERNER POZO y NEHME ZALAUQUETT, quienes, entendiendo que las condiciones generales de contratación que imponen “*desigualdades severas en las prestaciones recíprocas*” adolecen de objeto ilícito¹⁵² justamente en razón de ser contrarias al orden público y las buenas costumbres¹⁵³, terminan concluyendo que, a falta de una regla especial, la nulidad absoluta se extiende a la totalidad del contrato¹⁵⁴.

Más allá de la parcialidad, otro aspecto importante de perfilar es que, tratándose de una hipótesis de nulidad absoluta, el artículo 1683 del CC cobra total aplicación, pudiendo y debiendo el juez declarar de oficio la nulidad en caso de que aparezca de manifiesto¹⁵⁵. Ello refuerza que se trata de un auténtico control de contenido, en que el juez, en tanto funcionario público encargado de aplicar la ley, siempre ha de revisar la licitud o ilicitud de las estipulaciones de las partes, resguardando la imperatividad de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, cabe añadir que, desde un punto de vista consecuencialista, la construcción que he expuesto en este capítulo no solo permite la extensión del control de contenido a contratos por adhesión que no se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación de la LPDC y de la ley N° 20.416 –ley que fija normas especiales para empresas de menor tamaño, promulgada el 13 de enero de 2010 y publicada el 3 de febrero del mismo año–, sino que también permite solventar las deficiencias técnicas y prácticas del régimen contemplado en la LPDC. De esta manera, a modo ejemplar, aun cuando en mi opinión sea claro que un consumidor o un micro o pequeño empresario puede oponer en un juicio ejecutivo la excepción de la nulidad de una cláusula abusiva sobre la base de las propias reglas de la LPDC¹⁵⁶, la posibilidad de reforzar su defensa acudiendo a reglas y principios del derecho civil lo deja en una posición más cómoda y funcional ante jueces civiles de primera instancia que, lamentablemente, no están habituados a la disciplina de la LPDC.

¹⁵⁰ TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 165.

¹⁵¹ Entre nosotros, abogando por un reconocimiento general de la nulidad parcial en función del principio general de conservación de los contratos, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2016) pp. 183-184 y KUNCAR (2014) pp. 372-373. ALESSANDRI BESA (2008) pp. 103-104 reconoce que la nulidad no debe extenderse a la totalidad del contrato sino cuando este no pueda subsistir sin la cláusula nula. CORRAL (2018) p. 720 se plantea en una dirección similar aunque sin proclamar la nulidad parcial como la regla general.

¹⁵² NEHME ZALAUQUETT y WERNER POZO (2005) p. 655.

¹⁵³ NEHME ZALAUQUETT y WERNER POZO (2005) p. 659.

¹⁵⁴ NEHME ZALAUQUETT y WERNER POZO (2005) p. 661.

¹⁵⁵ Sobre la pertinencia y necesidad de este poder-deber a propósito de los contratos de consumo *vid.* CAMPOS (2018).

¹⁵⁶ Sobre este tema *vid.* GOLDENBERG (2014). Sobre el poder y el deber de los jueces de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas manifiestamente abusivas y su pertinencia en juicios ejecutivos *vid.* CAMPOS (2018).

CONCLUSIONES

Son diversas las nociones que se han desarrollado en la doctrina civilista en torno al objeto del contrato. Entre estas, se ha señalado que consiste en los bienes materiales, comportamientos o derechos que se invocan y regulan; en la prestación que ordena la economía del contrato; en la obligación que crea el acuerdo; en el conjunto de intereses regulados; y en el contenido dispositivo del acuerdo de voluntades.

Salvo que se opte por reducir la ilicitud del objeto a la imposibilidad moral de un hecho, la posibilidad de realizar un examen general de licitud en torno al objeto solamente es consistente cuando este es entendido como el contenido dispositivo del acuerdo de voluntades. Esta es la noción de objeto que resguarda de forma más eficaz la observancia de los límites que la ley reconoce a la autonomía privada. El objeto entendido como contenido dispositivo no abarca solamente la creación de obligaciones, sino también la renuncia de derechos, la asunción de riesgos, las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad y, en general, todas aquellas reglas autónomamente dictadas por las partes para disciplinar la relación contractual. En la medida en que el conjunto o alguna de estas reglas se oponga a la ley, el orden público o las buenas costumbres, se configura el objeto ilícito, debiendo sancionarse el contrato o la cláusula ilícita con nulidad absoluta.

El orden público se refiere a un conjunto de principios de orden superior que constituyen la esencia de la organización política y social. La directriz que permite delimitar el contenido de la noción es el interés público, esto es, el interés primario y general de la sociedad de perseguir y conseguir, en la mayor medida posible, el bien común. Esta directriz no solamente se nutre de las consideraciones económicas y sociales que justifican un quehacer activo de los servicios públicos, sino también de la generalización de los intereses privados legítimos, que también han de ser respetados y tutelados por el ordenamiento jurídico.

Entre las fuentes que integran el contenido del orden público se encuentran ciertos principios que informan al derecho civil y comercial, entre los cuales cabe destacar la buena fe, el equilibrio contractual y la protección del más débil.

Las buenas costumbres se refieren a reglas de moral consideradas como fundamentales para el orden en la sociedad. Estas reglas alcanzan exigibilidad jurídica en la medida en que se concilien con la tolerancia, el respeto y la valoración de las diferencias que caracterizan a un Estado democrático de Derecho. En el ámbito contractual, el límite de las buenas costumbres se traduce esencialmente en la observancia de una conducta mercantil transparente, lo que acerca esta noción al deber de observar las exigencias de la buena fe.

Si bien una lectura superficial de algunas de las reglas que regulan el objeto en nuestro CC lleva a concluir que este es concebido como la cosa o hecho de que versa la prestación, existen otras reglas que recogen nociones diversas. La noción de objeto como contenido dispositivo encuentra arraigo en los artículos 1462, 1464 y 1465, los cuales regulan o comprenden hipótesis de ilicitud referidas a actos dispositivos diversos a la creación de una obligación de dar o entregar una cosa o de ejecutar o abstenerse de un hecho. Particularmente ilustrativa es la ilicitud de la condonación del dolo futuro, que se prohíbe

en razón de configurar una hipótesis de exoneración de responsabilidad contraria al orden público y las buenas costumbres.

En razón de la vocación general del orden público y las buenas costumbres como límites a la autonomía privada, es posible y pertinente postular la existencia de una causal genérica de objeto ilícito que vaya más allá de los casos expresamente regulados en la ley. Dicha causal se refiere a todo contenido dispositivo contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

La noción genérica de objeto ilícito que propongo permite la realización de un control de contenido a todo contrato y, destacadamente, a todo contrato por adhesión, cualquiera sea la calidad del adherente. La vocación general de este control en este último ámbito se sustenta en que la predisposición de cláusulas abusivas configura una falla de mercado que, además de afectar al adherente –ya sea este un consumidor o un empresario– impide un funcionamiento eficiente de los mercados. En concreto, en el ámbito de la predisposición, la observancia de las exigencias de la buena fe implica considerar las legítimas expectativas del otro, lo que se traduce en la ilicitud de predisponer un contenido contractual que, desviándose ostensiblemente del derecho dispositivo, ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas del adherente. En este sentido, y utilizando la nomenclatura del artículo 1444, las cosas de la naturaleza adquieren un nuevo matiz, pues, materializando cierta medida de justicia conmutativa, no resultan totalmente disponibles. Por su parte, la incorporación de cosas accidentales debe encontrar una justificación razonable en el resto del contenido del contrato, pues de lo contrario también revela una falta de consideración de los intereses legítimos del adherente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las obligaciones. T. II* (6ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Thomson Reuters).

ACEDO PENCO, Ángel (1996-1997): “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 14-15, pp. 323-392. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/119367.pdf>, fecha de consulta: 28 de octubre de 2018.

ALBANESE, Antonio (2013): “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, *Europa e Diritto privato*, N° 3, pp. 669-728.

ALESSANDRI BESA, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (3ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988a): *De los contratos* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica-Ediar-Conosur Ltda).

_____, (1988b): *Teoría de las obligaciones* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica-Ediar Conosur Ltda).

- ALFARO, Jesús (1991): *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales* (Madrid, Civitas).
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1983): “Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, N° 4, pp. 1129-1148.
- BAMBACH SALVATORE, María (1991): “Las cláusulas abusivas”, en BARROS, Enrique (Coord.), *Contratos* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica), pp. 45-80.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007): *Lecciones de Derecho civil chileno. Del acto jurídico* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica)
- BARENGHI, Andrea (2009): “L’oggetto del contratto”, en LIPARI, Nicoló e RESCIGNO, Pietro (Dirs.), *Diritto Civile. Vol. III. Obbligazioni. II. Il contratto in generale* (Milano, Giuffrè Editore), pp. 327-370.
- _____, (2017): *Diritto dei consumatori* (Assago, Wolters Kluwer Italia S.r.l.).
- BARROS, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil. De los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones. Explicaciones de clase. Vol. III* (4ª ed. corregida y aumentada, Santiago de Chile, Editorial Nascimento).
- BETTI, Emilio (1969): *Teoría general de las obligaciones. T. I* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- _____, (2018): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago de Chile, Ediciones Olejnik).
- BIANCA, Massimo (2000): *Il contratto* (Seconda edizione, Milano, Giuffrè Editore S.p.A.).
- BOETSH GILLET, Cristián (2015): *La buena fe contractual* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CAMPOS, Sebastián (2018): “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicabilidad en Chile”, *Revista de Derecho y Consumo*, N° 1, pp. 11-36. Disponible en: <http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/01/Revista-DyC.pdf>, fecha de consulta: 11 de octubre de 2018.
- CARBALLO, Marta (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas* (Barcelona, Editorial Bosch S.A.).
- CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo (2018): *Remedios Contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2019): “Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 2, pp. 60-94.

CARVAJAL, Patricio (2011): “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16 letra G) de la ley N° 19.496”, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coord.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Viña del Mar, Editorial Legal Publishing), pp. 441-448.

CLARO SOLAR, Luis (2013a): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. VI* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

_____, (2013b): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. T. XI* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CLAVERÍA, Luis (1979): “La predisposición del contenido contractual”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, N° 7, pp. 667-687.

CORRAL, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte General* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

DE CASTRO, Federico (1982): “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, N° 4, pp. 987-1086.

DE LA MAZA, Íñigo (2003): “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, pp. 109-148.

_____, (2004): “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, pp. 35-67.

_____, (2014): “¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan (Coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing Thomson Reuters), pp. 333-350.

DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago de Chile, LegalPublishing Chile).

DÍEZ-PICAZO, Luis (1956): “Los llamados contratos forzosos”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 9, N° 1, pp. 85-117.

_____, (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría General del Contrato* (5ª ed., Madrid, Editorial Civitas).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2016): *Teoría General del Negocio Jurídico* (2ª ed. actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

DUCCI CLARO, Carlos (2005): *Derecho civil: Parte general* (4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2009): “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, pp. 135-166.
- FERRI, Giovanni (2001): *Il negozio giuridico* (Padova, Cedam).
- FIORI, Roberto (2003): “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, en CARDILLI, Ricardo *et al.*, *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli, Jovene editore), pp. 169-238.
- FLUME, Werner (1998): *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- GABRIELLI, Enrico (2011): *Contratto e contratti. Scritti* (Assago, Wolters Kluwer Italia S.r.l.).
- GIORGI, Giorgio (1877): *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano: esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza. Vol. III* (Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli Editore Librai).
- GOLDENBERG, Juan (2014): “Los medios de defensa del consumidor en los procedimientos de ejecución”, en BARRIENTOS, Francisca (Coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 313-330.
- GONZÁLEZ, Joel (2011): “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, pp. 89-100.
- GORLA, Gino (1953): “La teoria dell’oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law): (saggio di critica mediante il metodo comparativo)”, *Jus*, fasc. III, pp. 289-304.
- KUNCAR, Andrés (2014): “El principio de conservación de los actos jurídicos”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan (Coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing Thomson Reuters), pp. 365-378.
- LEÓN, Avelino (1983): *El objeto en los actos jurídicos* (2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- LORENZINI, Jaime y POLIT, Joaquín (2012): “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en DOMÍNGUEZ, Carmen *et al.* (Coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing), pp. 465-480.

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2019): “Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 2, pp. 60-94.

LYON, Alberto (2006): “La voluntad virtual derivada de la ‘naturaleza’ del contrato determinada por su causa”, en CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María (Coords.), *Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2006* (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 753-791.

_____, (2017): *Integración, interpretación y cumplimiento de los contratos* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica).

LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017): *Los contratos parte general* (6ª ed., Santiago de Chile, LegalPublishing Chile).

MALAUURIE, Philippe *et al.* (2011): *Les obligations* (5^e édition, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions).

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2012): "La transformación de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno", en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Ed.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago de Chile, Editorial Lexis-Nexis), pp. 377-392.

MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos (2013): “Artículo 16 G”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Íñigo (Dirs.), BARRIENTOS, Francisca (Coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago de Chile, Legal Publishing Chile), pp. 340-351.

MORALES, Margarita (2009): “La renovación del concepto de causa en el Derecho francés”, *Revista de Derecho Privado*, N° 16, pp. 169-186.

NEHME ZALAQUETT, Nicole y WERNER POZO, Carolina (2005): “El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes desiguales”, en MARTINIC, María y TAPIA, Mauricio (Dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. T. I* (Santiago de Chile, LexisNexis), pp. 647-662.

PAGADOR, Javier (1999): *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* (Barcelona, Marcial Pons).

PEÑAILLILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (2ª ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters).

POTHIER, Robert (1993): *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.r.l.).

RÍOS, Sebastián (2014): "La voluntad de las partes en las cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad", en TURNER, Susan y VARAS, Juan (Coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing Thomson Reuters), pp. 637-648.

- RIPERT, George y BOULANGER, Jean (1964): *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. T. IV. Las obligaciones (primera parte). Vol. I* (Trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires, La ley).
- RIVERA, José (2010): “De los aspectos generales en torno a la doctrina de la causa”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 6, N°1, pp. 155-218.
- _____, (2011): “Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el Código Civil chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 2, pp. 305-346.
- _____, (2012): *La causa en el derecho chileno* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- _____, (2008): *Extinción no convencional de las obligaciones. Vol. 2* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- SIMON, Herbert (1955): “A behavioral model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, N° 1, pp. 99-118.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1938): *Teoría de las Obligaciones* (Santiago de Chile [Apuntes de clase]).
- _____, (1984): *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel (1999): *Contratos por Adhesión Ley N° 19.496* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- TAPIA, Mauricio (2005): *Código Civil 1855-2005, evolución y perspectivas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VELASCO LETELIER, Eugenio (1941): *El objeto ante la jurisprudencia* (Santiago de Chile, Editorial Nascimento).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Teoría general del acto jurídico* (5ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VICUÑA, Luis (1928): *De la Facultad de Enajenar y de su Prohibición impuesta en el Contrato* (Valparaíso, Imprenta San Rafael).
- ZIMMERMANN, Reinhard (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (Trad. Esther Arroyo Amayuelas, Barcelona, Editorial Bosch S.A.).

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2019): "Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito", *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 2, pp. 60-94.

ZIMMERMANN, Reinhard y WHITAKKER, Simon (2000): *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil, del 14 de diciembre de 1855.

Ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley N° 20.416, de 3 de febrero de 2010, Fija normas especiales para empresas de menor tamaño.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, *Nagel y Compañía con Compañía de Seguros "Sun Insurance Office"* (1909): 30 de diciembre de 1909, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. VIII (1911), sec. 1ª, p. 62.