

## CONTRATOS ESPECIALES

*Iñigo de la Maza Gazmuri*

Profesor de Derecho Civil

Universidad Diego Portales

CONTRATO DE PROMESA COMO TÍTULO FRENTE A DEMANDA DE PRECARIO, CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 3 DE DICIEMBRE DE 2007, CORTE SUPREMA, 21 DE OCTUBRE DE 2009, ROL N° 7808-2007, N° LEGAL PUBLISHING 43036 Y CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO 6 DE OCTUBRE DE 2008 Y CORTE SUPREMA 10 DE NOVIEMBRE DE 2009, ROL N° 6747-08, N° LEGAL PUBLISHING 42907.

Según lo dispone el inciso segundo del artículo 2195 del *CC*:

“Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”.

Una de las cuestiones que ha suscitado la inteligencia del precepto es qué debe entenderse por “previo contrato”. Dos problemas surgen al abrigo de esta primera cuestión. El primero de ellos consiste en determinar si la expresión contrato se encuentra empleada en un sentido técnico de acuerdo con la definición que suministra el artículo 1438 del *CC* o, en cambio, debe prodigarsele

una interpretación extensiva que alcance a títulos diversos. El segundo problema consiste en precisar si la expresión ‘previo contrato’ empleada por el precepto se refiere a cualquier contrato que justifique la detentación material de la cosa o, bien, debe conferírsele una interpretación restrictiva, limitada a aquellos contratos que, justificando de alguna manera la detentación material, resultan oponibles al verdadero dueño. Como se verá, la Corte Suprema ha enfrentado el primer problema utilizando una interpretación expansiva de la expresión ‘contrato’, en cambio, respecto del segundo problema ha optado por una interpretación restrictiva de la expresión ‘previo contrato’. Dos sentencias recientes del máximo tribunal permiten justificar estas aseveraciones.

La primera de ellas es la sentencia de 21 de octubre de 2009. En su versión más sencilla, los hechos son los siguientes: la demandada ocupa una franja de terreno que se ubica en un predio de propiedad de una comunidad hereditaria. Algunos de los comuneros intentan una acción de precario en contra de la demandada. En su contestación, ésta busca

enervar dicha acción señalando que no se cumplen los requisitos fijados por el artículo 2195 del *CC* para que prospere la acción de precario. En lo que importa aquí, la demandada indica que no ocupa el bien por mera tolerancia de los demandantes, sino que dispone de un justo título, constituido por un contrato de promesa de compraventa celebrado con el causante, a la sazón propietario del inmueble en cuestión. En dicho contrato, el causante prometió vender la franja de terreno a la pareja de la demandada, estableciéndose en la cláusula cuarta del contrato que se daba por pagado el precio de la compraventa. La segunda sentencia, de 10 de noviembre de 2009, resuelve sobre hechos semejantes: el demandado ocupa un inmueble en virtud de un contrato denominado “compromiso de venta” celebrado con el padre –y antecesor en el dominio– del actor. Frente a la demanda de precario, el demandado justifica su detentación material en el título mencionado.

En ambos casos, entonces, se trata de determinar si el título alegado por los demandados constituye o no “contrato previo” en los términos del inciso segundo del artículo 2195. En esta tarea, sin embargo, la Corte Suprema aprovecha de precisar –en las dos sentencias– el alcance de la expresión contrato, asignándole, como quedará claro inmediatamente, una interpretación expansiva. Señala el máximo tribunal (en los considerandos 12 y 7 de las sentencias que se comentan):

“...la expresión contrato ha sido definida por el legislador en el artículo 1438 del Código Civil, como el ‘acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa’. Si bien este es el concepto legal, la expresión que utiliza el citado inciso segundo del artículo 2195 se ha entendido en términos más amplios en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título, en un antecedente jurídico al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aún cuando no sea de origen convencional o contractual”.

Aclarado este primer punto, resta el segundo, es decir, precisar si el “previo contrato” debe o no ser oponible a quien intenta la acción de precario. El tema no ha sido pacífico en las sentencias anteriores de los tribunales superiores (sobre esto véase Fuad HALABI RIFFO Y Carlos Alberto SAFFIRIO SUÁREZ, *La acción de precario ante la doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, véase, asimismo, el comentario aparecido en el número 3 de esta revista, pp. 178-182). Las dos sentencias resultan contundentes a este respecto. Así, la primera de las sentencias (la de 21 de octubre de 2009) señala en su considerando décimo que:

“...un elemento inherente del precario constituye una simple situación de hecho, la absoluta y total ausencia de todo vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor de la cosa, esto es, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título jurídicamente relevante. En consecuencia, la cosa pedida en la acción de precario, o sea, restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre, quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma”.

Por su parte, la segunda sentencia (la de 10 de noviembre de 2009) advierte, en su considerando séptimo:

“Lo relevante (...) es que (el) título resulte oponible al propietario, de forma tal que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona...”.

Pues bien, resulta claro que no basta el título, sino que debe tratarse de uno oponible (la misma idea se repite en el considerando séptimo de la sentencia de la Corte Suprema

de 12 de noviembre de 2009, rol N° 5907-2008, N° identificador Legal Publishing 43232). El contrato de promesa es oponible a los demandantes, sin embargo, resta una cuestión. No basta cualquier contrato (o título) oponible, sino que es necesario que dicho contrato justifique la tenencia material de la cosa. El punto fue advertido por los demandantes en el primer caso por el tribunal de instancia, según se señala en el considerando decimotercero de su sentencia:

“...del análisis del contrato de promesa no se desprende que se haya facultado al promitente comprador para tomar posesión y ocupar el inmueble desde la fecha de su celebración o en un tiempo anterior al de la celebración del contrato de compraventa prometido”.

No hay pronunciamiento al respecto ni en la sentencia del tribunal de alzada ni en la de la Corte Suprema. Desde luego, no cabe duda de que las partes pueden configurar un contrato de promesa como un título que justifique la detentación material del inmueble por parte del promitente comprador, el punto es en que en ninguno de estos dos casos lo hicieron. Con todo, la Corte Suprema parece estar en lo correcto al calificar dicho contrato de esta manera. En ambos casos hay circunstancias que permiten inferirlo. Así, en las dos sentencias, los respectivos de-

mandados ocupaban los inmuebles desde el año 1989, por otra parte, en la primera sentencia quedó acreditado que se había pagado el precio convenido. Desde luego nada hay, ni esencial ni naturalmente, que configure el contrato de promesa como un título justificatorio de la detentación material de la cosa objeto del contrato de compraventa prometido, sin embargo, en estos casos no resulta necesario una adecuada interpretación del contrato, en conformidad al inciso segundo del artículo 1564 del *CC* permite concluir que ésa fue la intención de las partes.

#### BIBLIOGRAFÍA

- 4 HALABI RIFFO, Fuad y Carlos Alberto SAFFIRIO SUÁREZ, *La acción de precario ante la doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996.

CONTRATO DE *LEASING*, CLÁUSULA PENAL Y CAUSA, CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 26 DE MAYO DE 2008, CORTE SUPREMA, 2 DE MARZO DE 2010, ROL N° 4626-2008, N° LEGAL PUBLISHING 43469.

A propósito del incumplimiento del contrato de *leasing* es posible encontrar un grupo de sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que se pronuncian sobre la exigibilidad de cláusulas penales incorporadas en los respectivos títulos (véase, por ejemplo, la sentencia de

la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de agosto de 2004. *GJ*, N° 299, Santiago, 2005, p. 175 y ss., de 29 de diciembre de 2006, rol 6037-2001, N° identificador LexisNexis 35817 (comentada en el número 8 de esta revista, pp. 268-271); y de 26 de mayo de 2008).

Los hechos son, en general, que una empresa de *leasing* demanda la terminación anticipada del contrato por no pago de rentas, la restitución de la cosa, el pago de las rentas atrasadas y el cumplimiento de la cláusula penal estipulada por este concepto. En los tres fallos la Corte de Apelaciones de Santiago denegó la petición de los demandantes, el razonamiento es el mismo y queda bien expuesto en el considerando tercero de la sentencia de 26 de mayo de 2008, en los siguientes términos:

“...estamos en presencia de un contrato bilateral en el que es de la esencia que existan obligaciones correlativas, es decir, debe existir una correlación de obligaciones que jurídicamente las justifica. De esta manera, si al demandado se le exige la entrega de la cosa mueble que fue objeto del contrato de *leasing*, la cláusula penal acordada en la convención carecerá de causa, ello porque dicha evaluación convencional está estructurada sobre la base de la renta de arrendamiento y del precio del contrato pro-

metido. Como este último (la compraventa prometida) no llegará a verificarse no existe, en consecuencia, la obligación correlativa que constituye el propósito inmediato del promitente comprador, esto es, adquirir el dominio del inmueble. En otras palabras, en la forma que ha procedido el Tribunal a quo se ha obviado por completo la necesaria correlación y equilibrio de intereses que debe existir en un contrato bilateral, ya que la empresa demandante ha obtenido el pago de las rentas de arrendamiento y de parte del precio de la compraventa prometida durante el tiempo que duró la convención, ha demandado la entrega del bien mueble objeto del contrato y, además, reclama el cumplimiento de todas las rentas futuras y de parte del precio de un contrato que no llegará a celebrarse. Desde luego que esta situación pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico”.

Desde la perspectiva de la Corte de Alzada, el problema de la cláusula penal se encuentra en la causa. En un primer momento, pareciere ser que la cláusula penal carece de causa, luego aparece que la cuestión se centra en la ilicitud de la causa. Pues bien, una primera cuestión que interesaría destacar es que o, bien,

la convención carece de causa o teniéndola dicha cláusula es ilícita, pero no ambas cosas a la vez. La Corte de Apelaciones, en definitiva, opta por lo segundo.

En los comentarios de contratos especiales de esta misma revista, se criticó una de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago (la de 29 de diciembre de 2006), señalando que el problema –si es que alguno– de este tipo de convenciones no se encontraba en la causa –su falta o ilicitud– sino en la conmutatividad de las prestaciones y que, enfocado de esta manera el problema, el juez carece de atribuciones para modificar la cláusula penal, el supuesto no encaja en la hipótesis pertinente del artículo 1544.

Conociendo de un recurso de casación en el fondo respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de mayo de 2008, la Corte Suprema se pronuncia sobre la exigibilidad de la cláusula penal, haciéndose cargo de dos puntos, el primero de ellos es el ya comentado de la inexistencia de causa, el segundo se refiere a la calificación jurídica del contrato.

Respecto de la calificación jurídica del contrato, la Corte Suprema desecha la opinión de la Corte de Apelaciones, según la cual se trataría de un contrato de arrendamiento con promesa de venta, señalando que la verdadera intención de las partes consistía en celebrar un contrato de arrendamiento con opción de compra. En lo que se refiere a la inexistencia o ilicitud de la causa

–que es lo que interesa aquí– el máximo tribunal vuelve a apartarse de la opinión del tribunal de alzada.

Haciendo pie en los artículos 1535, 1543, 1545, 1553 y 1557 del *Código Civil* señala:

“...salta a la vista que la sentencia impugnada no carece de causa real y lícita, entendida ésta como el motivo que induce al acto o contrato, puesto que ese motivo no es otro que el incumplimiento del arrendatario en el pago de las rentas, que obliga al moroso a pagar los perjuicios evaluados en una cláusula penal libremente convenida (...) la estipulación penal pactada no carece de causa ni ésta es ilícita, como se sostiene”.

Una primera cuestión que debe señalarse es que no es la sentencia impugnada aquello que debe ser causado y cuya causa debe resultar lícita. Desde luego, esta afirmación no puede sino constituir un error de redacción, por lo mismo, no es necesario prestarle mayor atención. Una segunda cuestión es que la Corte Suprema se refiere a la causa como el motivo que induce al acto o contrato. Nada hay, en principio, de extraño en esto, se trata, precisamente, de la definición que entrega el artículo 1467 del *Código Civil*. Sin embargo, a continuación se señala que dicho motivo es el incumplimiento del arrendatario en el pago de las rentas, que obliga al moroso a pagar los

perjuicios evaluados en la cláusula penal. Esto último constituye un error conceptual que es necesario aclarar.

En algún sentido muy difuso, es verdad, el incumplimiento es “causa” de la obligación de indemnizar perjuicios, pero esto sucede únicamente si se busca enlazar normativamente la infracción de un deber jurídico a una consecuencia preconfigurada por el ordenamiento (una formulación canónica de este punto en Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto Vernengo, 2ª ed., México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 17 y ss.). En un sentido técnico resulta artificial utilizar la expresión causa, en el sentido del artículo 1467, para estos efectos y sólo trae una confusión a un área de por sí compleja. La verdad es que resulta más sencillo –y preciso– señalar que la causa de la cláusula penal en cuanto estipulación accesoria a una obligación principal –la de pagar la renta– se mimetiza con la de la obligación principal, en términos que la causa de la última lo es también de la primera (véase Avelino LEÓN HURTADO, *La causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 39). Pues bien, si esto resulta correcto la causa de la obligación de indemnizar los perjuicios evaluados a través de la cláusula penal es, simplemente, el motivo –entendido éste como estructural y no contingente– que indujo al arrendatario a celebrar el contrato.

No obstante esta confusión terminológica de la sentencia de la

Corte Suprema, tiene valor en la medida que desecha la interpretación defendida por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la causa de la cláusula penal. Esta última interpretación tiene el extraño defecto de avanzar ciertos propósitos respetables –en este caso la justicia conmutativa en el contrato– torciendo la adecuada inteligencia de las normas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto Vernengo, 2ª ed., México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La causa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.