

Las formalidades voluntarias¹

Por

María Dora Martinic Galetovic
Directora Departamento Derecho Privado Universidad de Chile

Ricardo Reveco Urzúa
Profesor Derecho Civil Universidad de Chile

1. Introducción: una paradoja

El presente trabajo se refiere a las formalidades voluntarias, es decir, pactos o cláusulas de contratos en virtud de los cuales las partes estipulan una formalidad que no ha sido exigida por el legislador para darle plena eficacia a un determinado negocio jurídico.

Sobre la materia antes indicada, poco o nada se ha escrito al respecto, de modo que en el presente documento se pretende tratar, desde la teoría general del negocio jurídico, plantear y proponer resoluciones a algunas cuestiones referidas a las formalidades voluntarias, por ejemplo, qué naturaleza jurídica tienen éstas, su eventual renuncia, su ubicación dentro del negocio jurídico, y algunos casos típicos de formali-

dades voluntarias que en el campo y práctica del Derecho se encuentran habitualmente.

Se hace presente, que en este tipo de formalidades (voluntarias) queda patente la relevancia de la autonomía de la voluntad, ya que ésta no sólo permite a los interesados o contratantes determinar libre y soberanamente el tipo de negocio jurídico que desean celebrar u otorgar, ya sea típico o atípico, o bien el contenido del mismo², sino que también pueden manifestar dicha voluntad, limitándola en su modo o forma de exteriorización frente al mismo Derecho y a los terceros, al establecer mecanismos que la entorpecen³, en el sentido de crear formas por las cuales debe manifestarse

¹ También se las denomina comúnmente como Actos Formales "*Ad Voluntatem*".

² Nos referimos aquí a los derechos y obligaciones que del mismo emanen.

³ Una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en Agosto de 1930, aborda directamente la cuestión arriba planteada. Se declaró en dicha oportunidad que: "Los interesados pueden en la convención que originó la obligación, estipular su adaptación a las condiciones legales de los vales y pagarés a la orden, aunque no corresponda al tipo de las contempladas expresamente por la ley bajo esa denominación, pues no existe prohibición legal alguna que obste a esa adaptación". R.D.J., t. 30, secc. 1, p. 139.

para ser eficaz jurídicamente⁴.

2. Concepto

Las formalidades voluntarias son aquellas estipuladas –ya sea por vía de existencia, prueba, publicidad o de concreción del contenido obligacional del contrato- por las partes o el autor del negocio o acto jurídico, respectivamente. Su obligatoriedad emana, en principio, de la autonomía de la voluntad⁵ que cuentan éstos en el tráfico jurídico.

Más adelante se profundizará sobre la fuente concreta de las formalidades voluntarias y, por lo tanto, se abordará acerca de la necesidad o no de una autorización previa del legislador para celebrar este tipo de pacto de formalidades. Por el momento, basta informar, que en principio existe una autorización legal general emanada y fundada en la autonomía privada para pactar este tipo de cláusulas en los negocios jurídicos que las partes acuerden.

2.1. Diferencias entre las formalidades voluntarias y legales

Para delimitar apropiadamente la ma-

teria en estudio, es obligatorio precisar las diferencias que es posible identificar entre las formalidades legales⁶ y las voluntarias. Al respecto, cabe mencionar que dichas diferencias son las siguientes, a saber:

a) *Respecto de la fuente de donde emanan*: se señala habitualmente que la fuente directa e inmediata de las formalidades legales se encuentra en la ley, encontrándose, por lo tanto, en algún precepto legal, la obligación de llenar o satisfacer la formalidad legal. Como ejemplo de una fuente directa y legal de una formalidad legal, se encuentra el artículo 1801 inciso 2º del Código Civil, que establece que las ventas de algunos bienes (usualmente bienes raíces) debe realizarse por escritura pública. En cambio, en el caso de las formalidades voluntarias, su fuente inmediata está precisamente en la voluntad de las partes de exigir, para algunos de los efectos que más adelante se verán, la exigencia de la formalidad que en el mismo acto estipulan. Ejemplo emblemático de esto último, lo encontramos precisamente en el artículo 1802 del Código Civil, respecto de aquellas cosas que pueden venderse consensualmente.

⁴ GALLEGUILLOS SAAVEDRA, ob. cit., p. 494.

⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, *De la compraventa y de la promesa de compraventa*, p. 43, las define como “las creadas por voluntad del autor o de las partes que ejecutan o acuerdan el acto o negocio o negocio en que las mismas inciden”.

⁶ Las formalidades legales, en términos generales, son las establecidas por el legislador y su obligatoriedad deriva de la sumisión de los particulares al derecho objetivo para la eficacia, reconocimiento y sanción del acto o negocio jurídico que ejecutan o celebran, respectivamente.

b) *Respecto de la renunciabilidad por parte de los otorgantes* también se diferencian las formalidades legales de las formalidades voluntarias. En efecto, mientras que las formalidades legales no pueden renunciarse ni suplirse por modo alguno; por el contrario, las formalidades voluntarias al ser establecidas por las partes pueden ser renunciadas (derogadas) expresa o tácitamente, como se verá más adelante.

c) *Respecto de la sanción en caso de incumplimiento de la formalidad:* cabe mencionar que no existe una sanción uniforme para el incumplimiento de las formalidades legales, así, dependiendo del tipo específico de formalidad, ésta podrá ser inexistencia o nulidad absoluta⁷ (solemnidad propiamente tal), nulidad relativa (formalidad por vía habilitante), inoponibilidad (formalidad de publicidad sustancial), indemnización de perjuicios (formalidad de publicidad por vía de noticia) y, por último, falta de prueba⁸⁻⁹. En el caso del incumplimiento de las formalidades voluntarias, dicho elenco de sanciones, por lo menos respecto de las nu-

lidades, no se conciben, puesto que los vicios de nulidad sólo pueden ser establecidos por el legislador, y no por las partes, como es el caso de las formalidades voluntarias. Por lo tanto, falta de prueba, inoponibilidad de un determinado hecho e indemnización de perjuicios es posible concebirla en caso de omitir la forma convencional.

3. La finalidad de las formalidades voluntarias

En este apartado, se pretende indicar la finalidad o sentido que puede existir detrás de las cláusulas en virtud de las cuales se pacta una formalidad voluntaria por las partes u otorgantes de un negocio jurídico.

Pues bien, la finalidad, real o presunta, de las partes del contrato o del autor del acto jurídico, para pactar o establecer este tipo de formalidades, depende de diversas causas, de modo que no es posible establecer una regla general que venga a solucionar, *gras modo*, la cuestión que se aborda. Por ello, será menester aplicar los cri-

⁷ En el derecho civil chileno, se discute doctrinalmente acerca de la sanción de ineficacia en caso de omisión de la solemnidad propiamente dicha. La cuestión, compleja por cierto, tiene diversos argumentos, tanto en apoyo de la inexistencia como de la nulidad absoluta. No obstante lo anterior, creemos que no es posible sustentar lógicamente la sanción de la inexistencia de un acto o contrato solemne por naturaleza en caso de omisión de la misma, todos los antecedentes y armonía del código (art. 1470 N°3-4, 1701 y 1682) permiten sostener fundadamente que la sanción jurídica en caso de omisión de la solemnidad de un acto o contrato es la nulidad absoluta, ya que este vicio comprende la inexistencia jurídica.

⁸ VALLEJOS, *Teoría General de los actos solemnes en el Derecho Civil*, Santiago de Chile, p. 11.

⁹ En igual sentido ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit, N° 673, p. 503.

terios de interpretación contractuales¹⁰, y *mutatis mutandi*, de los actos jurídicos unilaterales, para desentrañar la intención final en el establecimiento de esta clase de formalidades.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible identificar diversas tipologías habituales de formalidades voluntarias en el tráfico jurídico. Estas tipologías usuales se han ordenado según su objeto:

a) *Condicionar la existencia del contrato*¹¹;

b) *Establecer los medios de prueba del contrato*¹²;

c) *Publicidad a la concurrencia de una determinada circunstancia*¹³; y

d) *Precisar el contenido indubitado del contrato*¹⁴.

En todos estos casos, se observa que las partes, en rol de legisladores de sus propios actos, regulan la forma en que debe manifestarse la voluntad para que el negocio o algún efecto del mismo tenga eficacia jurídica (a), o bien,

¹⁰ Artículos 1560 y siguientes del Código Civil, Título XIII del Libro IV del Código antes indicado, en subsidio, de las reglas que las mismas partes hayan establecido al respecto.

¹¹ Fijese que se habla de condicionante de la existencia del contrato, toda vez que en algunos pactos puede seriamente sostenerse la existencia de una condición suspensiva de la eficacia del negocio jurídico, como lo es el otorgamiento de una escritura pública o privada, hecho que vendría a constituir una condición suspensiva entregada a un hecho voluntario de las partes, lo que viene a explicar en cierta forma que las mismas partes puedan renunciar o derogar el pacto, mediante la entrega de la cosa como ocurre con el contrato de compraventa de cosas muebles, artículo 1802 del Código Civil. En el mismo sentido véase OSPINA, ob. cit. N° 270, p. 241 y CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno*, t. XI, Santiago de Chile, 1937, N° 655. En sentido contrario VALLEJOS, ob. cit. p. 25 y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la Compraventa...*, p. 102 y 103, quienes sostienen que "estamos en presencia de una formalidad por vía de existencia del negocio jurídico, por lo tanto, mientras éste no existe, ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento ni está obligado a cumplirlo, pudiendo a su vez retractarse cualquiera de ellas sin incurrir en daños y perjuicios".

¹² Por supuesto que también este pacto puede tener por objeto limitar la aplicación de determinados medios de prueba en caso de controversia, dejando sólo como medios los documentales, y evitando la aplicación de la testifical tan denigrada en nuestro medio como en otros. Así es como irónicamente STOLFI, ob. cit. pág. 225, N° 53, señala "excluyendo la prueba de testigos, no sólo por que nada impide a las partes prevenirse contra la dificultad, la prolijidad e incluso las sorpresas de la prueba no documental".

¹³ Esta tipología de pacto de formalidad, exige que la forma de notificar o poner en conocimiento de un determinado hecho o circunstancia, se utilice un medio expresamente establecido por las partes. Así, por ejemplo, que la decisión de poner término a algún contrato se realice por carta certificada dirigida al domicilio del otro contratante, etc.

¹⁴ En verdad que son poco usuales este tipo en particular de estipulaciones, pero tienen por fin precisar con exactitud el texto de las cláusulas concretas del contrato, nuevamente con el objeto de evitar la multiplicación de interpretaciones a documentos que no digan relación con el contrato y que por tanto no se entienden pertenecientes al mismo, así podría ser el caso que se pacte contractualmente en alguna negociación, o bien, perfectamente en el contrato mismo, que sólo tendrán valor los documentos visados o autorizados por determinadas personas, con lo cual, se cumple precisamente el fin de certeza a que se aludió anteriormente.

para que sea probatoriamente eficaz o ineficaz (b), o sea oponible entre ellas una determinada circunstancia (c), y, por último, que sólo sean aplicables a la interpretación y contenido del contrato determinados documentos o antecedentes (d), prescindiendo, por lo tanto, de otros.

4. Límites jurídicos a la facultad de establecer formalidades de carácter voluntario

Los pactos en virtud de los cuales las partes estipulan formalidades de carácter voluntario sólo pueden referirse a las órbitas de acción en que el ordenamiento jurídico les autoriza o permite actuar (*ámbito positivo*)¹⁵, ya que es evidente que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad que el Derecho les reconoce, éstas no podrían vulnerar, su-

primir o disminuir la aplicación de normas prohibitivas o imperativas, amparándose en convenciones que dejarán virtualmente sin efecto dichos preceptos prohibitivos o imperativos.

Así, por ejemplo, no podrían las partes pactar una promesa de celebrar un contrato en forma consensual¹⁶; y menos aún, estipular en un contrato de promesa de compraventa que la venta de un inmueble se entienda perfeccionada con la sola suscripción de un instrumento privado dentro de un término determinado o verificado el cumplimiento de una condición, puesto que, por el contrario se estaría actuando con *fraude a la ley o contra ley*¹⁷, impidiendo, por vía convencional, que la ley fuera aplicada al caso en particular, pacto que por tanto sería nulo

¹⁵ Sobre la validez de este tipo de pactos no hay discusión en la doctrina, así, STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Sánchez Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 224, N.º 53, Formas Facultativas, expresa que: "no cabe duda que estos pactos son jurídicamente admisibles, ya que las partes son libres para concertar todos los pactos que tengan por conveniente (art. 1322 del Código Civil Italiano, precepto que establece la autonomía contractual en el Código Civil italiano en los siguientes términos: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas. Las partes pueden concluir también contratos que no pertenezcan a los tipos que tiene una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses que sean merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico), siempre que no contravengan normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres: por tanto, ninguna norma prohíbe exigir el cumplimiento de formalidades más severas que las previstas por el legislador y cualquier pacto al respecto no perturba la vida social y no es inmoral".

¹⁶ Aquí habría claramente infracción al artículo 1554 N.º 1 del Código Civil, por el cual, la promesa de celebrar un contrato es solemne en el sentido que la solemnidad es la escrituración del mismo. Excluimos la hipótesis del Código de Comercio que entiende que el pacto verbal de celebración de contrato de seguro constituye una promesa de celebración del mismo, art. 515 del Código de Comercio.

¹⁷ STOLFI, *Teoría del Negocio Jurídico*, Traducción y notas del Derecho Español por Jaime SANCHEZ BRIZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 263 y ss.

absolutamente por infracción de una ley prohibitiva¹⁸.

Otro tanto ocurre con la cláusula que se inserta en determinados contratos de arrendamiento en donde se pacta que el arrendatario no podrá acreditar el pago de los cánones sino con la presentación del correspondiente recibo escrito de pago por el arrendador, toda vez que, según algunos autores, dicha cláusula adolecería de objeto ilícito y por ende, es absolutamente nula¹⁹.

5. Criterios de interpretación de las formalidades voluntarias

Difícil cuestión es la de resolver, en caso de duda o disputa judicial o extrajudicial, si un determinado pacto voluntario de formalidad, tiene por objeto condicionar de existencia del negocio jurídico, de prueba del mismo, de publicidad de una circunstancia, o bien de certeza del contenido del contrato.

Lamentablemente, en el Código Civil no existen preceptos que ayuden, en forma directa e inmediata, a una *solución legislativa genérica*, y por tanto, judicial, de la cuestión.

Diverso es el panorama en el derecho comparado. Por ejemplo, en el derecho italiano el artículo 1352 del Código Civil²⁰ establece que “si las partes hubieren convenido por escrito adoptar determinada forma para la futura conclusión de un contrato, se presume que la forma ha sido querida para la validez de éste”. Este precepto, en una primera lectura aparece resolviendo, en términos genéricos, la cuestión que aquí se dilucida, pero la verdad de las cosas es que no es así. Efectivamente, en un principio, la norma italiana se interpretó, por la mayoría de la doctrina, en términos tales de otorgarle un criterio resolutivo a seguir, *en general*, en virtud del cual, en caso de duda, *la forma convencional era exigible por vía de validez*, siguiendo con ello los criterios estatuidos por la doctrina y legislación alemana²¹.

¹⁸ BETTI, ob. cit. p. 209 y ss., sostiene que “un problema de la forma convencional del negocio sólo puede, por otra parte, proponerse en un sentido. Y precisamente, no ya en el de que los interesados pueden derogar, por su acuerdo, normas que estatuyan la forma necesaria de ciertos negocios -lo que, tratándose de normas de ius cogens, no es siquiera concebible- sino a la inversa, sólo en el sentido de que los interesados puedan convenir introducir requisitos de forma respecto a un negocio que según la disciplina legal sería libre, o bien, reforzar los requisitos de forma que la ley establece para el tipo de negocio en cuestión, agregándoles otros”.

¹⁹ Sobre el particular véase OSPINA, ob. cit. N 270, p. 241.

²⁰ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, Introducción, Traducción de Santiago SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, apéndice Código Civil Italiano.

²¹ STOLFI, ob. cit. N 53, pág. 226.

Pero sin mayores argumentaciones es posible advertir que el citado precepto, muy por el contrario, no soluciona apropiadamente la cuestión, puesto que para su aplicación, exige varias condiciones difíciles de cumplir, y por otro lado, ha resuelto el caso más fácil de solucionar (como lo es el caso de la forma condicionante de la existencia del contrato)²².

Así entonces, poco o nada sirve el principio establecido en el derecho italiano para resolver, en general, acerca de la finalidad presumida de las formalidades voluntarias.

Frente a este vacío, y a falta de un criterio claro y dilucidador sobre la materia en cuestión, pareciere que, por *regla general*, las convenciones sobre establecimiento de formalidades voluntarias deben entenderse y, por tanto presumirse, celebradas con un *carácter probatorio*²³, ya sea por delimitación de las pruebas en caso de disputa o bien de concreción del contenido de la relación contractual; y, en consecuencia, *por excepción*, cuando ninguna de la citadas finalidades aparezca de la cláusula en disputa, se podrá esta-

blecer que el pacto mismo tiene por objeto condicionar la existencia de un negocio jurídico a la verificación o cumplimiento de una determinada formalidad²⁴.

Ayudará por cierto a determinar el carácter de las formalidades voluntarias en concreto, el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato y principalmente, el carácter que ostenten los otorgantes, comerciantes, prestatarios de servicios especializados, etc., puesto que existen determinados negocios en que predomina el uso de una determinada clase de cláusulas de formalidad de corte voluntario, y dada la habitualidad en este tipo de negocio, puede sostenerse seriamente que han pasado a ser por lo menos una costumbre, mercantil en algunos casos, y civil en otros, por aplicación de la regla genérica del artículo 1546 del Código Civil.

Las razones que llevan a concluir lo anterior, son las siguientes:

a) Se parte de la base que para la existencia de alguno de estos pactos sobre formalidad, es menester, por lo

22 Justamente, para la aplicación de la citada regla es menester que frente al caso en particular se cumplan los siguientes requisitos en forma copulativa, a saber: a) **Que el acuerdo conste por escrito**, de lo que se sigue que no puede servir como criterio resolutorio para el caso de acuerdos consensuales sobre la forma; b) **Que la forma diga relación con la conclusión de un contrato en el futuro**, por lo que el mismo acuerdo escrito da la solución del caso, es decir, que tenga por objeto condicionar la existencia de un contrato en el futuro al otorgarse la forma.

23 En igual sentido CLARO SOLAR, ob. cit., t. XI, II, N. 748, p. 111, quien a su vez cita a POTHIER, PORTALIS, MERLIN, DURANTON, TROPLOG, AUBRY ET RAU, MASSÉ Y VERGÉ, LAURENT.

24 En el mismo sentido: STOLFI, COVIELLO. L, VIVANTE, COVIELLO. N, SEGRE, CARNELUTTI. F, FERRARA. Véase sobre el particular: STOLFI, ob. cit, p. 226.

menos, la existencia de una relación obligatoria entre las partes; luego, sólo con este presupuesto básico es posible comprender que la misma relación, ya existente, regule los efectos, el contenido, los medios de prueba o de publicidad de los actos relevantes²⁵.

b) Porque aplicando un criterio ya arraigado en las codificaciones y que aparece como corolario del principio de la autonomía de la voluntad (el consensualismo), las solemnidades por vía de existencia o validez (o condicionantes de la existencia del negocio jurídico) son de *derecho estricto*, por lo tanto, no es apropiado aplicar un criterio inverso en esta cuestión, en términos tales de que la regla general la constituya la formalidad voluntaria por vía de existencia o validez²⁶.

6. Ubicación de las formalidades voluntarias dentro del negocio jurídico

Se refiere esta cuestión, acerca de la ubicación de las formalidades voluntarias en el esqueleto del negocio, es decir, qué tipo de elementos constituyen dentro de la estructura del acto jurídico (esenciales, de la naturaleza, accidentales).

Por de pronto, las formalidades de corte convencional no constituyen *solemnidades legales estricto sensu* (elementos esenciales del acto jurídico): no son formas de validez, puesto que en este orden, las formalidades voluntarias no constituyen el único medio para la exteriorización de la voluntad establecido expresamente por el legislador²⁷⁻²⁸.

²⁵ Debe reconocerse que de contrario puede refutarse la tesis anterior, dando vuelta el argumento, en términos que se estaría presuponiendo la existencia de un contrato, y que por regla general o en caso de duda, debe llegarse a una conclusión diversa. Pero fácil es advertir el absurdo que significa que los agentes del tráfico jurídico estén regulando relaciones que aún no nacen a la vida del Derecho, por ello, parece más lógico sostener que los sujetos ya han celebrado un contrato, y que con ocasión del mismo, han regulado un aspecto no esencial del mismo, como lo es su prueba, la publicidad de determinados hechos claves o bien precisar el contenido obligacional del mismo, pero no su existencia, por tanto.

²⁶ Por último, y a título histórico, corresponde indicar que en el Derecho Romano no se conocieron formas voluntarias que fuesen condición esencial de validez del contrato, por lo que el argumento histórico existe en apoyo de la tesis antes sustentada en este texto. Cfr. STOLFI, ob. cit. N° 53, p. 226.

²⁷ No puede serlo desde el momento que las partes pueden renunciar a las formalidades convencionales, retractarse de éstas, facultades que no pueden siquiera pensarse respecto de las solemnidades propiamente tales, por el carácter de elementos esenciales del negocio jurídico.

²⁸ Discrepamos en este sentido de la opinión formulada por STOLFI, ob. cit., pág. 225, N° 53, quien señala "de ahí se deduce (validez de los pactos sobre formalidades voluntarias) que las partes pueden atribuir a estos pactos la eficacia que quieran. Así, pues, la forma impuesta "ad substantiam" porque nada impide que los interesados sean más exigentes que el mismo legislador: en tal caso será nulo el acto que infrinja la obligación acerca de la forma, el cual debe ser cumplido puntualmente como cualquier otra forma". En efecto, la discrepancia se funda en el hecho que no puede haber nulidad en caso de incumplimiento de formalidad voluntaria, y ello por las siguientes razones: a) Las causales de nulidad y anulabilidad de los contratos y de los actos jurídicos en general, sólo pueden ser establecidas por el legislador, de lo que se sigue que la sanción de nulidad jamás podrá ser ///

En realidad, las formalidades voluntarias son “algo agregado” al negocio jurídico. De ahí, que para DE LOS MOZOS este caso de formalidad sea un *elemento accidental* del negocio jurídico, algo “añadido” al mismo²⁹, y que por naturaleza no le pertenece, sino que es adicionado especialmente por las partes del negocio.

Al señalar que las formalidades convencionales constituyen elementos accidentales del acto jurídico, en términos que no son ni forma (único medio de exteriorizar la voluntad), ni objeto ni causa del negocio jurídico, pueden ser perfectamente renunciadas por ambas partes, expresa o tácitamente, y su infracción no producirá la nulidad del negocio.

7. Aplicación práctica de las formalidades voluntarias

Sin que se requiera una prueba estadística como demostración, es posible aventurar el juicio, de que es cada vez mayor la aplicación real y cotidiana de las formalidades voluntarias.

Este fenómeno ha acaecido por un

debilitamiento del principio del “*pacta sunt servanda*”. En efecto, no obstante la máxima consensualista derivada del principio de la autonomía de la voluntad, los particulares, sin imperativo legal que les imponga una determinada forma de celebrar un acto jurídico, prefieren someterse a una determinada formalidad que tiene el carácter de voluntaria o convencional.

Hay diversas fuentes de la facultad de las partes para auto imponerse formalidades en la celebración de un negocio jurídico. En primer lugar, es posible sostener que existe una *autorización general implícita en nuestro Código Civil*, que deviene del paradigma codificador de la autonomía de la voluntad, en términos tales que las partes no sólo son soberanas para determinar el tipo, contenido y efectos del negocio jurídico que celebran, sino también para determinar la forma en que su propia voluntad deba manifestarse para producir los efectos queridos. En segundo lugar, existen preceptos dentro de los contratos de mayor regulación y habitualidad de celebración a la fecha de la dictación del Código Civil chileno, y por tanto explícita y directamen-

//// establecida por las partes, ni aún por el establecimiento directo o indirecto de una formalidad voluntaria “*ad substantiam*” incumplida. b) Porque los efectos de la nulidad judicialmente declarada afecta a terceros de buena o mala fe tal como lo dispone expresamente el artículo 1689 del Código Civil, terceros que de forma alguna participaron en la convención creadora de la formalidad sustancial incumplida, a los que no les sería oponible la misma y menos su incumplimiento, por lo que el principal efecto de la nulidad no tendría efecto.

²⁹ Obra citada, p. 391. Así dice el maestro DE LOS MOZOS, “estructuralmente, se diferencia de la anterior, (la forma en sentido antiguo) porque viene a resultar como algo añadido al negocio, no como la exteriorización del mismo”.

te legislados, como se verá más adelante. Y por último, por la aplicación práctica que los mismos contratantes, que con el devenir del tiempo, han pasado a ser en algunos casos *verdaderas cláusulas de uso común en determinados tipos contractuales*³⁰.

Se pasará a continuación a exponer los casos legislados en el Código Civil y aquellos que no lo han sido, pero que tienen una ocurrencia ordinaria en el tráfico jurídico.

7.1. Casos de formalidades voluntarias expresamente contemplados en el Código Civil

Los casos legislados expresamente en el Código Civil chileno están referidos a la perfección del contrato de compraventa respecto de cosas muebles y del contrato de arrendamiento de cosas (aplicable, también, a otros tipos de arrendamiento como lo son la prestación de servicio y la construcción de obra).

En relación al primero, esto es, perfeccionamiento del contrato de compraventa de cosas muebles, es menester considerar que por aplicación del inci-

so 1º artículo 1801 del Código Civil, “la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio; salvo las excepciones legales”; precepto del cual se deriva que por regla general, el contrato de compraventa es *consensual*, artículo 1443 del Código Civil, puesto que se perfecciona por el sólo consenso respecto del precio a pagar por el comprador y de la cosa a entregar por el vendedor, elementos esenciales del contrato de compraventa.

Las excepciones legales son precisamente la venta de bienes raíces, de servidumbres, de censos y del derecho real de sucesión hereditaria, casos en los cuales, *la compraventa debe otorgarse por escritura pública*, momento desde el cual se entiende perfeccionado el contrato de compraventa para todos los efectos legales³¹.

Teniendo presente lo anterior, el artículo 1802 del Código Civil dispone que “Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las par-

³⁰ Con la afirmación anterior, nos referimos directamente al criterio de interpretación de los contratos del artículo 1563 inciso 2º del Código Civil, en virtud del cual, “las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”, dándole la interpretación amplia de la doctrina moderna sobre la materia y no la aplicación restringida que se le ha dado por la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.

tes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida”.

Por lo tanto, el Código Civil chileno autoriza a los contratantes a dejar en suspenso la existencia del contrato de compraventa de cosas muebles (*que esencialmente pueden venderse y comprarse consensualmente*) al otorgamiento de una escritura pública o privada o bien al acaecimiento del hecho de la entrega de la cosa vendida³².

El segundo caso legislado es el contemplado en el artículo 1921 del mencionado código, el que dispone “Si se pactare que el arrendamiento no se reputa perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haya, o hasta que se haga procedido a la entrega de la cosa arrendada, si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa”.

Muy bien, respecto de ambas disposiciones, que contienen igual carga preceptiva en cuanto a sus efectos (salvo por cierto la referencia a las

arras en el contrato de arrendamiento de cosas del art. 1921 del Código Civil), es interesante destacar un par de ideas que antes se han expuesto, pero que no está demás reiterarlas, y que tienen por objeto establecer qué ocurre jurídicamente en caso que no se cumpla con la formalidad pactada en este pre-contrato (es decir, no se otorgue la escritura pública o privada de la compraventa o del arrendamiento).

En estos pactos sobre formalidad, las partes “se limitan a aclarar que no se considerarán definitivamente comprometidas por eventuales declaraciones que formularsen sin observar la forma convenida”³³, por lo que mientras no medie el otorgamiento de la formalidad, debe entenderse que aún no se ha perfeccionado el contrato, lo que viene a significar que las partes pueden *retractarse* (o arrepentirse como dice el artículo 1921 del citado código) en cualquier momento hasta antes del otorgamiento de la formalidad, salvo, por cierto, que medie la voluntad expresa o tácita de derogar (renunciar) la convención de formalidad, ya sea por el pacto expreso de las partes o bien por un hecho que la suponga, es decir, un hecho que univo-

31 Con la contra-excepción que determinados bienes, que siendo inmuebles, la ley los considera o reputa muebles por anticipación para el sólo efecto de constituir derechos en favor de otra persona distinta del dueño, artículo 571 del Código Civil.

32 Respecto de la naturaleza de la condición, véase nota 7 de este texto.

33 BETTI, ob. cit., p. 210.

ca y razonablemente implique el cumplimiento del contrato definitivo³⁴.

En ambas hipótesis (compraventa o arrendamiento), la falta de otorgamiento de la formalidad voluntaria, suspende la perfección del contrato (existencia) e impide que éste produzca los efectos que le son propios.

Por ello, es que la infracción a estas formalidades de corte voluntario no puede ni debe ser sancionada con la nulidad, ni absoluta ni relativa, puesto que los vicios causales de nulidad sólo pueden ser establecidos expresamente por el legislador, y no por las partes como ocurre en este caso; y, también, porque el pacto mismo que establece una formalidad convencional es perfectamente renunciable por las partes (en el entendido que es un derecho que mira sólo al interés individual del renunciante y no está prohibida su renuncia), circunstancia absolutamente vedada en caso de un vicio de nulidad, por lo menos coetánea o anticipada-

mente al otorgamiento del contrato para ambos casos de nulidad (artículo 1469 del citado Código); y, como no se trata de un vicio que mire a la calidad de las partes o un vicio del consentimiento, no pueden aplicarse las reglas de la convalidación o ratificación de la nulidad relativa³⁵.

Así, entonces, sin lugar a dudas, existe un acuerdo entre las partes que han celebrado o acordado este pacto. Por ejemplo y haciendo uso de la clásica ilustración de la compraventa, existe un acuerdo entre las partes respecto del precio y de la cosa (normalmente este acuerdo unido a la voluntad de celebrar el contrato, implicaría la existencia de un contrato de compraventa expresamente legislado en el inciso 1º artículo 1801 del Código Civil), pero conjuntamente a este pacto existe otro en virtud del cual las partes pactan que no están obligadas a menos que se otorgue la formalidad estipulada, por lo que en el ínterin pueden perfectamente retractarse lícitamente.

³⁴ De todas maneras, la derogación tácita del pacto de formalidad debe ser consentida por ambas partes del contrato en cuestión, en el sentido de que ambas partes lo hayan manifestado a través de sus propios actos, o bien, principiando una de ellas en la derogación y la otra aceptando dicha derogación por un hecho que signifique jurídicamente una ratificación inequívoca. Lo anterior no es más que la aplicación de la reina de las reglas de la interpretación de los contratos, la denominada "aplicación práctica" que las mismas hayan efectuado del pacto: "*o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra*". Como ratificación de esta tesis encontramos el propio tenor de la regla del artículo 1802 del Código Civil, en cuanto se refiere al principio de entrega de la cosa, por cuanto la entrega de la cosa es el pago o cumplimiento de la obligación de dar que emana del contrato de compraventa, y como todo pago, supone una convención (acto jurídico bilateral) de extinción de derechos y obligaciones.

³⁵ En igual sentido, GALLEGUILLOS SAAVEDRA, ob. cit., p. 495, para quien "...salvo que las mismas partes, expresamente, se hayan retractado de su realización o ejecuten actos que importen una renuncia a la solemnidad".

En este sentido la cláusula de formalidad voluntaria, accesoria al contrato, viene a impedir que el mismo se perfeccione, salvo que se cumpla con la condición suspensiva establecida en el mismo, como lo es el otorgamiento de la escritura misma, o en defecto de la misma, que las partes hayan principiado al cumplimiento del contrato, mutuamente aceptado, artículo 1802 del Código Civil.

7.2. Casos de formalidades voluntarias no contemplados en la legislación civil

Como se señaló al comenzar este apartado, es usual, que sin que exista norma que expresamente contemple una formalidad de corte voluntario (que por lo demás es innecesaria, al tenor de la autorización general que confiere el principio codificador de la autonomía de la voluntad recogido ampliamente los Códigos civiles), las partes la estipulen expresamente, teniendo en miras, intereses y finalidades de las más diversas, como ya se informaron.

A título meramente ilustrativo, se citan los casos de formalidades voluntarias utilizadas frecuentemente en dos *contratos de tracto sucesivo*, a saber:

a) En la gran mayoría de los contratos de arrendamiento se pacta que el desahucio³⁶ debe efectuarse por escrito,

y notificarse por carta certificada o por otro medio de comunicación, inclusive mediante la intervención de un ministro de fe (Notario Público).

b) Lo mismo ocurre en los contratos de sociedad civil o comercial, en que se pacte una duración determinada, renovable en forma automática. En este tipo de cláusulas, se establece que cualquiera de los socios puede impedir la prórroga automática de la sociedad, mediante un acto jurídico unilateral en el que manifieste su decisión de no perseverar en el contrato. Este acto jurídico debe ser apropiadamente informado a los demás socios, para lo cual, usualmente debe remitirse una carta certificada al domicilio del otro socio noticiando esta decisión, o bien, inscribiendo marginalmente en el Registro de Comercio su decisión manifestada en una escritura pública.

En ambos casos, la finalidad de estas formalidades convencionales es informar la decisión de una de las partes de no perseverar en la relación contractual que vincula a éstas, produciéndose los efectos consecuenciales al fin de la misma (prestaciones de rigor; entrega de la cosa, devengación de multa en caso de incumplimiento de los demás pactos que devienen de la ocurrencia del hecho del término del contrato, liquidación de los haberes, etc); y, asimismo, en caso de que se esté

³⁶ Se entiende por desahucio, aquel acto jurídico unilateral cuya finalidad es noticiar al otro contratante, la voluntad de una de las partes de no perseverar en el contrato de arrendamiento en curso, artículo 1951 del Código Civil.

frente a un contrato de tracto sucesivo, impedir la renovación del mismo.

Otros casos menos frecuentes que los indicados, son aquellos pactos de formalidad convencionales no establecidos para la perfección del negocio jurídico (como los casos de los artículos 1802 y 1921 del Código Civil chileno), sino que para acreditar su existencia, o sea, *por vía de prueba del negocio*, los que no han sido establecidos en nuestro Código Civil³⁷. En estos casos es evidente que el pacto tiene por objeto servir de medio de prueba del negocio principal. En el evento que las partes no hayan cumplido la forma pactada, de todas maneras el contrato *existe y por tanto es válido*, por lo que no podrían las partes retractarse unilateralmente del cumplimiento del mismo, artículo 1545 del Código Civil.

A mayor abundamiento, puede ocurrir que una de las partes se niegue a suscribir el respectivo documento que acredite la existencia del contrato ya consensuado, y "esta negativa no quita al contrato su carácter de perfecto y la otra puede pedir judicialmente su otorgamiento"³⁸. La eficacia de estos pactos entonces parece bien restringi-

da, ya que la doctrina, por otro lado, estima que de todas maneras quedan a salvo los demás medios de prueba para probar la existencia del negocio que ahora parece controvertido³⁹, ya que se sostiene, con fundamento, que las normas que establecen los medios de prueba en juicio son de orden público y por lo tanto, pactos recaídos sobre los mismos adolecerían de objeto ilícito⁴⁰.

8. Conclusiones

Para concluir, creemos necesario recalcar y hacer hincapié en las siguientes ideas o tópicos trabajados en el cuerpo de este texto, a saber:

a) Existe un interés creciente en otorgar certeza y certidumbre a las relaciones jurídicas que entre los sujetos se crean. Así, en vez de privilegiar los acuerdos consensuales, la tendencia muestra una creciente aplicación de formas que no son exigidas por el ordenamiento jurídico para formalizar las declaraciones de voluntad, en general. Sus finalidades son diversas, pero tipológicamente es posible identificar por lo menos 4 sentidos en los que se pactan estas formalidades (condición de existencia, prueba, noticia de cir-

³⁷ No nos referimos aquí a la prohibición de la prueba testifical del art. 1709 del Código Civil.

³⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, *De la Compraventa*. p. 102 y 103.

³⁹ COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*. p. 396: "En caso de incumplimiento del pacto de formalidad por vía de prueba, según algunos no podría privarse de los demás medios de prueba al otro contratante, ya que se trataría de disposiciones inderogables de orden público para las partes".

⁴⁰ En el mismo sentido, OSPINA, N° 271, p. 241.

cunstances relevantes y, delimitación del contenido contractual).

b) Estas cláusulas constituyen verdaderos pactos que crean formalidades voluntarias tendientes a otorgar certeza a las relaciones. Las cláusulas son accesorias, en términos de que no son elementos de la esencia ni de la naturaleza, pero de ello no se sigue que sean irrelevantes. De hecho, las cláusulas de formalidades voluntarias afectan la eficacia del negocio jurídico, ya sea en términos de su existencia, oponibilidad y prueba en caso de conflicto existente entre las partes.

c) De su carácter accesorio se deriva que son renunciables por las partes, ya explícitamente, ya tácitamente, cuestión que siquiera es posible pensar en las solemnidades legales. Este es el tope a la paradoja que se ha indicado páginas atrás, la limitación a la propia autonomía voluntad cede frente a su propia renuncia.

d) Por último, se hace presente que, dado el auge de las formalidades en el medio jurídico y su creciente utilización como medio de protección y de otorgamiento de certeza jurídica para las partes, es necesario seguir investigando la cuestión tratada en este texto.