

ARTS. 1437 Y 1438 DEL CÓDIGO CIVIL. “CONTRATO” Y “CONVENCIÓN” COMO SINÓNIMOS EN MATERIA DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES*

DR. PATRICIO IGNACIO CARVAJAL R.**

RESUMEN: La sinonimia entre “contrato” y “convención” establecida en los arts. 1437 y 1438 del Código Civil es correcta desde la perspectiva de la delimitación de las fuentes de las obligaciones. La relación de género a especie entre los mismos conceptos, desde la perspectiva de la teoría del negocio jurídico, corresponde a una ulterior y diferente acepción; por ello, juzgar el contenido de dichos artículos solo de acuerdo a esta segunda acepción es un anacronismo.

Palabras clave: contrato, convención, código civil chileno, fuentes de las obligaciones, negocio jurídico.

ABSTRACT: The synonymy between “contract” and “convention”, as used in articles 1437 and 1438 of Chilean Civil Code is correct from the view of limitation to the sources of obligations. The genus - species relationship between those concepts, from the view of the theory of juridical business, is a different, latter meaning; thus, judging the content of those articles only according to this second meaning is an anachronism.

Key words: contract, convention, chilean civil code, source of obligations, juridical business.

El objetivo de esta breve nota es bastante modesto y acotado. Solo pretendemos poner de relieve las dificultades innecesarias y los consiguientes equívocos a que, en nuestra opinión, lleva la interpretación exclusivamente sincrónica de nuestro Código Civil. Cada vez que artificialmente se prescinde del hecho natural y básico de que la “experiencia jurídica” es ante todo “experiencia histórica” suele perjudicarse la propia riqueza de la Ciencia Jurídica.

Hacia 1974 (López Santa María, 1976, p. 26) llamaba la atención sobre la, en ese entonces, novedad de la implantación en los planes de estudio, de las cinco Facultades de Derecho existentes, de una Parte General de los Contratos, como antecedente del tradicional estudio de algunos de ellos en particular. Y advertía: “(e)sta importantísima innovación didáctica tiene, sin embargo, el riesgo de fortalecer el pensar geométrico que va aparejado a la concepción sistemática del Derecho, como serie de deducciones lógicas”. Compartimos sus aprensiones —y en gran medida este pequeño trabajo, a más de treinta años de la publicación de aquel, las justifica—, aunque no nos sintamos inclinados a criticar la

* El presente artículo se ha realizado gracias a materiales que forman parte del proyectos del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) de iniciación en la investigación 2006, N° 11060308. Asimismo, gracias al Concurso Inicio de la Vicerrectoría Adjunta de Investigación y Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 2006/1.

** Profesor de Derecho Romano de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

concepción sistemática del Derecho, siempre que también se tenga presente que incluso la dogmática jurídica no es sino una “*Dogmengeschichte*”¹.

En este sentido, el sesgo de las críticas de la doctrina y la jurisprudencia nacionales a la sinonimia que establece el Código Civil entre los conceptos de “*contrato*” y “*convención*”, en los artículos 1437 y 1438, nos parecen de un óptimo valor ejemplar.

I. LA CRÍTICA DEMOLEDORA, A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO, DE LOS ARTÍCULOS 1437 Y 1438 C. C.

En pocas materias se puede observar tanta unanimidad, en la doctrina y la jurisprudencia, como en la decidida contradicción a los artículos 1437 y, sobre todo, 1438 del Código Civil. Como se sabe, existe acuerdo en cuanto a rechazar la identidad trazada por el codificador entre “*contrato*” y “*convención*” en estos preceptos.

Los artículos, en su parte pertinente, señalan:

“*Art. 1437. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...*”.

“*Art. 1438. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*”.

Al exponer el contenido de estos artículos, los autores nacionales² rápidamente se adelantan a señalar que, a pesar de la impresión que pudiera dar su redacción, entre los términos técnicos “*convención*” y “*contrato*” en realidad existe una relación de género a especie.

La idea básica, y bien conocida –tomada de la teoría general del negocio jurídico–, es que aunque ambos conceptos se identifican con el acuerdo entre partes, la “*convención*” puede tener por finalidad la creación, la modificación y la extinción de derechos, mientras el “*contrato*” solo se circunscribe a la creación de dichos derechos. De esta forma, como ya señalaba (Alessandri, 1936, pp. 3 y 4), al establecerse el concepto de “*convención*”: “*quedan comprendidos dentro de esta definición todos los contratos, el pago, la tradición, etc. es una expresión sinónima de acto jurídico bilateral*”.

Por su parte, nuestra Corte Suprema, en Sentencia de Casación en el Fondo dictada el 23 de octubre de 1970, en la causa “*Duncan Fox y Cía. con Reyes Renato y otra*”³, también ha acogido esta doctrina. En el Considerando 4° indica “*(q)ue los tratadistas de nuestro Código Civil han criticado la definición de contrato que da el transcrito artículo 1439 [en realidad, 1438], porque no es lo mismo el contrato y la convención; esta es*

¹ CASTRESANA (2007).

² ALESSANDRI (1936) p. 4; ALESSANDRI (1988) pp. 14 y 15; CLARO SOLAR (1936) p. 567; VODANOVIC (1997) p. 104; LEÓN HURTADO (1963) p. 26; DUCCI CLARO (2002) p. 239, MEZA BARROS (1997) p. 9; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) p. 70; ABELIUK (1993) pp. 50 y 51; LECAROS ZEGERS (1997) p. 22; VIAL (2003a) p. 40; VIAL (2003b) p. 28.

³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67 (1970) pp. 463-468. Vid., cita, DUCCI (2002) p. 239 n. 1.

*el género y aquél la especie. El propio Código, más adelante, en su artículo 1567, inciso primero, establece la diferencia al prescribir: ' Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo consientan en darla por nula'. No dice este precepto que la extinción de la obligación deba efectuarse por medio de un contrato en que se deje sin efecto, sino por medio de una convención, empleando así esta expresión en su sentido propio y general*⁴.

Al hilo de estas consideraciones jurisprudenciales se puede advertir, en consecuencia, que ya no solo tenemos una contradicción entre las concepciones dogmáticas y lo definido en los arts. 1437 y 1438, sino que esta forma de dar lectura a dichos preceptos también acusa un desajuste sistemático en el propio Código Civil: mientras de un lado se asimilan los conceptos de "contrato" y "convención", en otros artículos se les da diverso valor⁵.

II. LA SOLUCIÓN DE NUESTRA DOCTRINA

Frente a la reacción adversa del medio nacional surge casi espontáneamente la pregunta: ¿entonces, por qué los arts. 1437 y 1438 han asimilado "contrato" y "convención"?

Al respecto, ciertamente no creemos que la explicación corresponda, por dar algunos ejemplos entre nuestros autores, a la que nos ofrecen (Abeliuk, 1993, p. 50), o Vial (2003a, p. 40) quien señala: "el Código Civil incurre en un error al identificar los términos convención y contrato, que la doctrina distingue en términos precisos"⁶; lo que equivale a la apreciación que en su día ya habían hecho (Alessandri, 1988, p. 14) y (Ducci Claro, 2002, p. 239), para quienes los arts. 1437 y 1438 simplemente "han confundido ambos conceptos".

Desde luego, se intuye como insatisfactoria una respuesta que se basa en un "error" o una "confusión" de carácter tan elemental. Esto, pues no resulta fácil aceptar que el codificador, don Andrés Bello, haya cometido un error que en la práctica resulta imperdonable incluso para un alumno que rinde su examen del primer curso de Derecho Civil (!). Y, por lo demás, no puede sino sorprender que los autores en general no hayan tenido

⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67 (1970) p. 466.

⁵ ALESSANDRI (1936) p. 4, quien señala que la definición del art. 1438 se aproxima más a la de obligación que a la de contrato; lo mismo FUEYO (1991) p. 38 y ABELIUK (1993) p. 51. CLARO SOLAR (1936) p. 569, señala que el precepto se ajusta más bien a la definición de contrato unilateral que a la de contrato en general. Por otra parte, ante la asimilación legal entre los conceptos de "contrato" y "convención", algunos autores, como LEÓN HURTADO (1963) p. 26 o VIAL (2003a) p. 40, señalan que esto no tiene relevancia práctica alguna, pues uno y otro están disciplinados por idénticos principios generales. Pero esto no es del todo así. En base al propio Código Civil resulta claro que, además del hecho de utilizarse en ocasiones la expresión "convención" con mayor amplitud que la de "contrato", en materia de capacidad, por ejemplo, no coincide el tratamiento de los contratos con el resto de las convenciones celebradas por incapaces; y así lo hace notar el propio LEÓN HURTADO (1963) p. 27 n. 2, respecto del pago *ex art.* 1578, 1º C. C. Sin embargo, queda fuera de los objetivos de esta breve nota abordar la diversidad de efectos que se seguirían dependiendo de si se presta atención literal al texto del Código Civil o, por el contrario, a la doctrina dominante.

⁶ VIAL (2003b) p. 28 vuelve a señalar que el art. 1438 "confunde la convención y el contrato".

demasiados miramientos para contradecir el contenido de los artículos 1437 y 1438 del Código Civil: su doctrina desconoce las normas que nos obligan a asumir estas definiciones como términos de significado legal (art. 20) y, además, a desechar las interpretaciones que generen problemas de correspondencia y armonía en el propio Código (art. 22).

En nuestra opinión, el asunto no se puede solucionar al amparo de una aproximación metodológica sincrónica, que consiste en analizar la cuestión únicamente a partir de nuestras concepciones actuales; vale decir, dando validez atemporal y absoluta a la teoría general del negocio jurídico, o, al decir de (Alessandri, 1936, pp. 3 y 4), del "*acto jurídico...*". Por lo demás, debe advertirse que incluso se puede constatar con facilidad que no es cierto que "*contrato*" y "*convención*" "*en la ciencia del Derecho tienen una misma significación*"⁷, pues en otras doctrinas civilistas, como la italiana, los términos "*contrato*" y "*convención*" efectivamente son sinónimos⁸, tal como entre nosotros ponen de relieve (Vodanovic, 1997, p. 104) y (Abeliuk, 1993, p. 51 n. 25).

III. LA DEPENDENCIA, INDIRECTA, DE LOS ARTÍCULOS 1437 Y 1438 RESPECTO DEL CODE NAPOLÉON Y DE SU DOCTRINA

Acaso la razón de esta unanimidad de nuestra doctrina encuentre fundamento en el trabajo desarrollado fuera de nuestras fronteras, por un lado, en la pacífica recepción de las construcciones de la doctrina francesa, que sobre la significación de los conceptos de "*convención*" y "*contrato*" encuentra su cristalización original en los trabajos de Domat y Pothier⁹; y, por otro, en el tratamiento de los posteriores juristas franceses¹⁰ que, sobre esta base dogmática, han hecho sus observaciones sobre el art. 1101 del *Code Napoléon*. Es de dicho precepto del cual depende nuestro artículo 1438, como acabadamente ha estudiado (Guzmán Brito, 1977, pp. 11-32), quien es seguido, dentro de la doctrina extranjera, por (Schipani, 1981, p. 167), y en la nacional por (Corral, 2002, pp. 75 ss.).

El mencionado art. 1101 del Código francés señala:

"Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"

("El contrato es una convención por la cual una o muchas personas se obligan, para con una o muchas otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa")¹¹.

⁷ ALESSANDRI (1988) p. 14.

⁸ MESSINEO (1962) p. 511.

⁹ CLARO SOLAR (1936) pp. 567 y 568; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) p. 70; y, especialmente, la completa síntesis donde da cuenta de la penetración de las ideas de Pothier en nuestra doctrina, CORRAL (2002) p. 84 y n. 44.

¹⁰ Cfr. v. "*contrat et convention*": "1. Une convention est l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer, modifier ou éteindre une obligation.— Le contrat est une sorte particulière de convention qui donne naissance à une ou plusieurs obligations", en Dictionnaire de Droit-Dalloz (1966), p. 454. En la Sentencia de Casación en el Fondo citada, la propia Corte Suprema señala en el Considerando 5°: "*Que la convención, como dicen Aubry y Rau es 'el acuerdo de dos o de muchas personas sobre un objeto de interés jurídico'; en consecuencia, ella no lleva necesariamente envuelta la obligación de una de las partes a favor de la otra, de dar, hacer o no hacer alguna cosa*". Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67 (1970) p. 466. Vid. CORRAL (2002) pp. 81 ss.

¹¹ CLARO SOLAR (1936) p. 567; LEÓN HURTADO (1963) p. 27.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1842, en el Libro “*De los contratos y las obligaciones convencionales*”, señalaba en el Título I, art. 1:

*“Contrato es una convención por la cual una parte (que puede ser una o muchas personas) se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*¹².

El Proyecto de Código Civil de 1847, a su vez, establecía en el artículo 1, de su Libro “*De los contratos y las obligaciones convencionales*”:

“Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Por último, el Proyecto de Código Civil de 1853, art. 1615, y el Proyecto Inédito¹³, art. 1615 a¹⁴, presentan la redacción que se transliteró al art. 1438 del Código Civil¹⁵.

(Corral, 2002, p. 81), al comentar la parte del texto del art. 1438 que señala que “Contrato o convención es un acto” indica “que la decisión primera fue la de identificar los conceptos de ‘contrato’ y ‘convención’, y que ella generó la necesidad de buscar otro vocablo para designar el género del contrato”. Ciertamente este autor está preocupado de otros aspectos relevantes de la interpretación de este artículo –en esta parte, especialmente del valor que se pueda asignar al término “acto”–, pero sus conclusiones nos son muy útiles, especialmente en cuanto a que “(l)a doctrina chilena tuvo que enfrentar un texto diferente del francés; mientras en este último el género del contrato es la convención, en la definición chilena el género es ‘el acto’, y la ‘convención’ aparece como sinónimo de ‘contrato’”¹⁶. Ciertamente no se puede pasar por alto que tanto el art. 1101 del *Code*, como los correspondientes artículos de los proyectos de 1842 y 1847 no presentan, a la manera de una endiádis, la expresión “contrato o convención”, sino que señalan que el “contrato es una convención...”, lo cual es evidentemente distinto.

Hasta aquí tenemos, entonces, que habida cuenta de los distintos puntos de partida, el material de la civilística francesa no puede ser trasladado directamente a la realidad nacional.

De hecho, cuando la doctrina francesa señalaba que “convención” es el género y “contrato” la especie, no estaba pensando en una teoría general que reconduce el primero hacia la noción de “negocio jurídico”, sino simplemente en la diferencia entre los acuer-

¹² Si se piensa que el manuscrito de un proyecto Código Civil atribuido a Mariano Egaña corresponde, en realidad, al trabajo de Andrés Bello, puede considerarse lo señalado en idénticos términos bajo la rúbrica *De los Contratos y obligaciones convencionales, Título I, Definiciones, 1*: “Contrato es una convención por la cual una parte (que puede ser una o muchas personas) se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. MELO LECAROS (1978) p. 165.

¹³ Solo en este último aparece el correspondiente Libro bajo el título “*De las obligaciones en general y de los contratos*”. LIRA URQUIETA (1955) p. 337.

¹⁴ En el art. 1615 del Proyecto Inédito se incorpora el texto del actual artículo 1437.

¹⁵ LIRA URQUIETA (1955) p. 381.

¹⁶ CORRAL (2002) p. 84.

dos que tienen efecto jurídico y los que no. En este sentido (López Santa María, 1998, p. 71) profundiza correctamente en una idea en parte ya presente en (Claro Solar, 1936, pp. 568 y 569): tanto el art. 1101 del *Code Napoléon* como el art. 1438 del Código de Bello se presentan como la consagración del "principio del consensualismo"; de forma que pretenden marcar un quiebre con la tradición jurídica romana de la tipicidad contractual, disponiendo, con sentido generalizante, que toda convención es contrato¹⁷. Con ello, esta discusión de la doctrina francesa sobre "contrato" y "convención" más bien habría que referirla, en nuestro medio, al art. 1545 del Código Civil¹⁸. Pero una vez aclarado este punto, y reorientada por tanto la perspectiva, será el propio término "convention" el que nos ayude a intentar explicar armónicamente el valor de "contrato" y "convención" en nuestros artículos 1437 y 1438.

IV. EL SIGNIFICADO DE LA "CONVENTION" EN EL DERECHO FRANCÉS HASTA SU LLEGADA AL CODE

Ciertamente escapa a los márgenes que nos hemos propuesto en esta nota tratar las cuestiones relativas al largo desarrollo del "principio del consensualismo"¹⁹. Simplemente reseñaremos de manera sintética la forma en que el término "convention"²⁰ llegó a identificarse con la categoría general del contrato en la tradición francesa; momento desde el cual, como recuerda (Messineo, 1962, p. 510), se puede considerar, correctamente, que "(e)n un primer sentido genérico, sobre el terreno de la teoría general del derecho, el término 'convención'... es... utilizado como equivalente de contrato".

Respecto del *iter* recorrido para llegar a esta situación final, se debe señalar que los desarrollos del derecho contractual se orientaron, desde los siglos XI a XIII y hasta el siglo XVIII, a superar la tipicidad romana de los contratos bajo un notable ambiente de debate²¹. Hacia los siglos XVI y XVII, en Italia, Aragón, Francia, Holanda y Alemania,

¹⁷ Con mayores matices sobre el desarrollo de la doctrina francesa posterior, CORRAL (2002) pp. 81 ss.

¹⁸ En este sentido nos parece excéntrico el reclamo al derecho romano ya no en el sentido de la evolución desde la tipicidad contractual a la teoría general del contrato, sino en el del análisis de este problema desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico que hace ALESSANDRI (1936) p. 3, quien se refiere a la etimología "*cum venire*" de "convención". Otro tanto de lo mismo puede decirse de nuestra jurisprudencia: en la Sentencia de Casación en el Fondo ya citada señalaba, en el Considerando 8º: "(q)ue en el Derecho Romano el pacto se asimilaba a la convención, así Ulpiano lo define como 'el consentimiento de dos o de muchas personas en una misma cosa". Cfr. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67 (1970) p. 466. También, v. "Convención": "Latín *conventio*, derivado del verbo *convenire*, 'venir juntos', de donde 'estar de acuerdo", en CAPINTANT (1966) p. 164.

¹⁹ Por todos, GUZMÁN BRITO (2005); Cfr. GÓMEZ BLANES (2005) pp. 579-581.

²⁰ Todavía en el siglo XVI se observa que los humanistas se mantenían fieles a la tradición romana de la tipicidad contractual; mientras que, sobre la base del trabajo de Domat, fue mérito de los iusnaturalistas racionalistas inclinarse con claridad hacia la accionabilidad de todos los contratos, aunque desde una perspectiva distinta de la canónica desde la cual se observan sus avances originales. El proceso, en todo caso, solo quedó cerrado en el siglo XVIII. COING (1996) p. 509; ZIMMERMANN (1996) p. 539; BART (1998) pp. 403 ss.

²¹ Así, nótese que, por ejemplo, en la legislación castellana de los siglos XIII a XVIII realmente "no hay... una teoría general del contrato... (h)ay teoría de los contratos, en plural", tal como señala ÁLVAREZ CORA (2005) p. 15.

encontraron eco los planteamientos de Bartolo, *Commentaria D. 17, 1, 48, 1*: "*in curia mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate... non potest opponi ista exceptio, non intervenit stipulatio, sed pactum nudum fuit*"; al igual que las de su discípulo Baldo, *Commentaria in Decretales 1, Rub. De pactis, 1 n. 11*: "*Ex pacto etiam nudo agunt mercatores, et nummularii inter se...*".

Como se ha observado, y tal como se desprende especialmente del último texto citado, lo cierto es que todo este desarrollo del Derecho Privado encuentra fundamento a partir de los tratamientos de los canonistas (con las notablemente importantes intermediaciones de Grocio, en su *De Jure Belli ac Pacis* 2, 11, 1 a 4, y Puffendorf, en *De Jure Naturae et Gentium* 3, 4, 2). Así, los principios jurídicos que hacían exigibles los contenidos de todas las promesas y contratos innominados se extrajeron a partir de la secularización de los principios "*pacta sunt servada*" y de la buena fe.

En lo que se refiere más específicamente a la tradición mercantil gala, ya la "*pratique coutumier*" medieval de la nobleza feudal había dado un sentido "moral aristocrático" al respeto a la palabra dada, con independencia de si esta resultaba civilmente vinculante o no²². Esto, seguramente por el gran poder de identificación que les producía el concepto clásico de "*vir bonus*" ("*hommes bons*" y, también en la redacción de la *coutume, prud'hommes, notables, échevins*)²³ que en la legislación canónica también tomaba la forma "*boni mores*"²⁴. Se proclamó entonces el deber de respetar las "*convenientia*" o, precisamente, "*convenances*", bajo la regla "*toutes convenances sont à tenir*", como se describe en las *Coutumes de Beauvaisis*, capítulo 34 (arts. 998 ss.), redactadas en 1283 por Philippe de Beaumanoir²⁵. Más adelante, como destaca (Zimmermann, 1996, p. 541 n. 214), Antoine Loisel en sus "*Institutes Coutumières*", del año 1611, expresaba la regla de manera metafórica: "*On lieu les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droict Romain*" ("Tomamos los toros por los cuernos y a las personas por las palabras, y tanto valen una simple promesa o convención como las estipulaciones de Derecho Romano"). La metáfora se basaba en una adición realizada, entre los siglos XVI y XVII, a la *Glossa acursiana*²⁶: "*Verba ligant homines, taurorum cornua funes. Cornu bos capitur, voce ligatur homo*" ("Las palabras ligan a los hombres, como los lazos a los cuernos de los toros. Por los cuernos se coge el toro, por la voz se liga el hombre"), y dio lugar al proverbio francés: "*Comme les boeufs par les cornes on lie / Aussi les gens par leur mots font folie*" ("Como los toros por los cuernos se cogen / Así las personas por sus palabras se enajenan").

Por otra parte, ya a fines de la Edad Media la práctica mercantil también había abandonado en considerable medida la regla romana "*nuda pactio obligationem non parit*" ("no surge obligación del simple pacto")²⁷. Como ha señalado SPIES²⁸, ya en los

²² OURLIAC (1959) pp. 413 ss.

²³ BART (1998) pp. 119 y 208 ss.

²⁴ BART (1998) pp. 406 y 407.

²⁵ STEIN (2003) pp. 79 y 142; BART (1998) pp. 120, 134, 146, 148 y 402 ss.

²⁶ *ad "iuris vinculum"* en *Inst.*, 3, 13 pr.

²⁷ ZIMMERMANN (1996) pp. 537 a 545.

²⁸ SPIES (1928) pp. 150 ss.

Estados instaurados por los cruzados “*outramer*” se aplicaba la regla “*convenant vanc loi*”, que corresponde a lo señalado en Ulpiano, 29 *Sab.*, D. 50, 17, 23, respecto de que “*legem enim contractus dedit*”²⁹, pero ahora en una forma generalizante denotada por la sustitución de “*contrato*” por “*convención*”. De hecho, a partir de aquella regla de vocación general desarrollada a partir de la expresión “*convenances*” —que precisamente corresponde a una derivación del término “*conventio*” usado por Ulpiano, 4 *ad Ed.*, D. 2, 14, 1, 3—³⁰, la doctrina contractual posthumanista plasmó el contenido del art. 1134 del *Code*: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*” (“Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre aquellos que la realizan”).

Todo esto responde al trabajo de Pothier, para quien ciertamente la convención es el género y la convención es la especie, pero no en el sentido posteriormente desarrollado por la teoría general del negocio jurídico, sino solo en el sentido de la superación de la tipicidad contractual y del consecuente valor vinculante de todo acuerdo³¹. Así, en su *Traité des Obligations*, señala en su primera parte (“*De ce qui appartient à l'essence des obligations; et de leur effet*”), que “123. *La Loi naturelle est la cause au moins médiante de*

²⁹ “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, uenditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communitio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim conuenit (uel plus uel minus) in singulis contractibus: nam hoc seruabitur, quod initio conuenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non ualere, si conuenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium utimur. animalium uero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae seruorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*” (Algunos contratos solo exigen hasta la responsabilidad por dolo, algunos otros hasta el dolo y la culpa. Hasta el dolo en el depósito y en el precario. Hasta el dolo y la culpa en el mandato, comodato, compraventa, prenda, arrendamiento, al igual que la dación de dote, la tutela y la gestión de negocios, para los cuales ciertamente se pide la diligencia. La sociedad y la copropiedad exigen la responsabilidad por dolo y culpa. Pero esto es así si no se ha convenido expresamente (responder o de más o de menos) en cada contrato: así, debe observarse lo que se convino inicialmente (efectivamente, el contrato determina el vínculo), excepto el caso, respecto del cual Celso cree que no vale, de si se conviene que no se responderá por dolo, pues esto ciertamente es contrario a un juicio de buena fe; y así se observa. Por los accidentes y muerte de los animales que acontecen sin culpa, la fuga de esclavos que habitualmente no se atan, robos, tumultos, incendios, inundaciones y asaltos de bandidos, nada se responde). DE ROBERTIS (1983) pp. 33 ss.

³⁰ Ulpiano, 4 *ad ed.*, D. 2, 14, 1, 3 y 4: “*Conuentionis uerbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti conuenire dicuntur qui ex diuersis locis in unum locum colliguntur et ueniunt, ita et qui ex diuersis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conuentionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conuentionem, siue re siue uerbis fiat: nam et stipulatio, quae uerbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*”. (Convención es un término general que abarca todos lo que realizan entre sí quienes consienten a causa de los negocios de contratación y transacción, pues, así como se dicen convenir quienes, procedentes de distintos lugares, vienen y se reúnen en alguna parte, así también se dice de quienes con motivo fundado en diversas intenciones consienten en algo, esto es, que confluyen en un pensamiento. Por tanto, convención es una designación general, pues como elegantemente dijo Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación que no contenga en sí misma una convención, ya sea real o verbal: así ocurre con la estipulación, que es verbal, que no existe si no hay consenso). TALAMANCA (1991) pp. 165-218; BISCOTTI (2002) pp. 425 ss.

³¹ DE MONTMORENCY (1913) p. 285.

toutes les obligations...”, rechazando la tipicidad romana pues, a su juicio “*n’étant pas fondés sur le droit naturel*”; y, por esta vía, intenta entonces su propia definición de contrato como “*une convention par laquelle les deux parties, réciproquement ou seulement l’une des deux, promettent et s’engagent envers l’autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose*”. Queda así creada la sustancia del art. 1101 del *Code*³².

Ahora bien, es cierto que en su concepto el “*contrat est une espèce de convention*” puede observarse un sentido similar al que posteriormente le otorgará su lectura de acuerdo con la noción de negocio jurídico³³ –y hasta puede ser cierto que su trabajo haya influido en Savigny, como ya señalaba (De Montmorency, 1913, p. 285)–, pero no puede perderse de vista el hecho de que, en todo caso, en ese momento su esfuerzo se dirigía a distinguir entre esta clase de acuerdos vinculantes y los que no lo son, tal como acabamos de señalar: de ahí que previamente a las líneas transcritas en el párrafo anterior haya señalado que “*(u)ne convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement ou pour résoudre un précédent, ou pour le modifier*”³⁴. Nótese, entonces, que “convención” y “pacto” son términos sinónimos en este contexto y que, por tanto, el texto más bien debe entenderse referido al consensualismo. Este contexto, como se sabe, corresponde al progresivo derrollo que hemos reseñado y que se remonta hasta el trabajo de los glosadores sobre la famosa definición ulpiana, *4 ad Ed.*, D. 2, 14, 1, 1 y 2³⁵ “*(p)actum... est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*”, donde *pactum* ahora cobra el valor de denominación general de “acuerdo generador de obligaciones”, el cual ya en los comentaristas viene parcialmente desplazado por la palabra “*conventio*”³⁶, que el propio Ulpiano había designado como “*verbum generale*”³⁷. Y en este *iter* histórico, el antecedente inmediato de Pothier parece ser Domat, quien, en su obra expresivamente llamada “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*”³⁸, había señalado que “*(l)es conventions s’accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement*”³⁹.

V. LA “CONVENCIÓN” COMO SINÓNIMO DE “CONTRATO” DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

Es muy claro que desde la perspectiva actual de la teoría general del negocio jurídico “convención” y “contrato” son expresiones de alcance diverso. Pero también se sabe que nuestro Código Civil, al igual que el *Code Napoléon*, no disciplinó la teoría del

³² CORRAL (2002) p. 76.

³³ CORRAL (2002) p. 85.

³⁴ GUZMÁN BRITO (2001).

³⁵ “*Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est). Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.*” (“De otro lado, se dice pacto por pacción (de donde también es llamado con el nombre de paz). Y es pacto el consenso de dos o más en una misma cosa”).

³⁶ ZIMMERMANN (1996) p. 538.

³⁷ Ulpiano, *4 ad ed.*, D. 2, 14, 1, 3 y 4.

³⁸ COING (1996) p. 508.

³⁹ GUZMÁN BRITO (2001).

acto o negocio jurídico⁴⁰. Esto, debido a que el Código francés se basa en la doctrina de autores sistemáticamente más bien "institucionistas" que pandectistas; al contrario de lo que ocurre con el paradigmático BGB, donde "la regulación de los contratos es solo un pequeño capítulo dentro de la regulación general del negocio jurídico"⁴¹.

Lo cierto es que, en Francia, la evolución jurídica se detuvo en la expresión codificada, el año 1804, de la "convention", a través de la cual se consagró, como en el Derecho justiniano, la categoría del "contrato" como el concepto supremo dentro de la actuación jurídico-privada⁴². De ahí entonces que, de acuerdo al modelo del *Code*, nuestro Código Civil pueda señalar sin error que el "contrato" es sinónimo de "convención"; pues ha sido precisamente al hilo del desarrollo de este último concepto que se pudo llegar al concepto abstracto y general –atípico– de contrato.

Desde esta perspectiva, la aproximación que nos parece más adecuada al punto que nos ocupa es la de (Claro Solar, 1936, pp. 568 y 569), quien señala: "(e)l Código da por establecido en esta definición [art. 1438] que contrato y convención son cosas sinónimas, indican la misma idea; pero esta asimilación es motivada, porque da aquí a la palabra convención el mismo sentido que acaba de atribuirle el art. 1437, de concurso real de las voluntades de dos o más personas destinado a ser fuente de las obligaciones".

El reclamo a las fuentes de las obligaciones (art. 1437) hecho por Claro Solar nos parece la clave más importante para superar la aparente falta de sistematicidad del Código Civil al dar valores idénticos a los términos "contrato" y "convención". Sin embargo, lamentablemente este autor no profundizó sobre este punto y, por lo tanto, en realidad no solucionó el problema sino que solo lo trasladó: queda ahora sin respuesta la pregunta respecto de por qué el art. 1437 señala que los actos de los que nacen obligaciones, a partir del "concurso real de las voluntades de dos o más personas", se denominan "contratos o convenciones".

Aceptando, así, que "contrato" y "convención" son sinónimos –no puede ser de otra forma si se tiene en consideración el art. 20–, y que dicha identificación se refiere a las fuentes de las obligaciones, resulta ilustrativo observar la distribución "geográfica" de

⁴⁰ Por todos, LEÓN HURTADO (1963) pp. 17 y 18; LECAROS ZEGERS (1997) p. 22.

⁴¹ DIEZ-PICAZO (2003) p. 102.

⁴² La categoría del negocio jurídico es, desde 1861, el concepto central en el Código de Comercio preunitario. Tanto *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico) como *Willenserklärung* (declaración de voluntad) son expresiones sinónimas; sin embargo, el BGB, del 1900, a diferencia de su código antecedente, recogió esta última, dándole el carácter de categoría ordenante. Con todo, una parte importante de la ciencia jurídica europea prefirió hablar de negocio jurídico. La teoría del negocio jurídico no es más que un reflejo del amplio proceso de abstracción que buscaba la igualación formal del derecho. Por ello, y de manera paradójica, esta teoría es tributaria de una evolución cuya primera expresión legislativa fue el *Code Napoléon*, a pesar de que en este código no se recibiera la teoría del negocio jurídico. En Alemania se continuó el desarrollo científico y legislativo mucho más allá del contrato; esto último, gracias a que los pandectistas buscaban diseñar un sistema dogmático de tal grado de abstracción que tuviera el más extenso valor social y, a la vez, integrara de forma indiferenciada todas las necesidades sociales, satisfaciendo así las mismas aspiraciones que una codificación. La ciencia jurídica hasta el *usus modernus pandectarum*, no solo fija el contrato como concepto básico, sino que no había germinado aún un derecho general de contratos sino que muchas veces se trataban las materias desde el punto de vista de las acciones. COING (1996) pp. 235, 236 y 238; GALGANO (2000) pp. 109 a 112.

esta materia en el *Code* y en nuestro Código Civil, incluidos los proyectos. En el *Code*, el art. 1101 está precedido por el Título "*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*" (arts. 1101 a 1369); y en los Proyectos hasta 1853, inclusive, el texto legal que nos ocupa corresponde al Libro "*De los contratos y las obligaciones convencionales*"⁴³. Del otro lado, mientras las restantes fuentes de la obligaciones aparecen en el *Code* bajo el Título "*Des engagements qui se forment sans convention*" (arts. 1370 a 1386), en nuestro actual Código Civil, el art. 2284, inciso primero, señala: "*La obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes...*"⁴⁴.

A partir de esta observación, resulta claro que nuestro Código Civil, siguiendo el francés, utiliza el concepto de "*convención*" como criterio de clasificación de las distintas fuentes de la obligaciones, por un lado se encuentra el "*contrato*", designado a estos efectos como "*convención*"; y del otro, las fuentes distintas del contrato: los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley, todas ellas designadas, en perfecta correlación, como fuentes "*no convencionales*"⁴⁵. Vale decir, en un sistema en que el concepto ordenante es el "*contrato*", la oposición entre "*fuentes contractuales*" y "*fuentes no contractuales*" viene designada en cada uno de sus polos como "*fuentes convencionales*" y "*fuentes no convencionales*". Así, desde la perspectiva de las fuentes de las obligaciones "*convención*" funciona como concepto delimitador, adoptando la acepción más restringida de "*contrato*"⁴⁶: "*contrato o convención*" tienen, por tanto, un mismo significado.

De ahí que sea un acierto de (Lira Urquieta, 1955, p. 381), antes que señalar la dependencia de nuestro art. 1438 del art. 1101 del *Code*, destacar la relación (por contraste) de este precepto con el art. 1370, inciso primero, del modelo francés, del cual depende nuestro art. 2.284, y que señala: "*Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé*".

Nos parece que la constatación que hemos realizado es tan básica que, así como la doctrina dominante critica la sinonimia entre "*contrato*" y "*convención*" en los artículos 1437 y 1438, llama poderosamente la atención que en su reverso —es decir, en las obligaciones "*no convencionales*"—, no se encuentre, que hayamos podido pesquisar, ninguna voz que sentencie como "erróneo" o "confuso" el art. 2284, y que, en consecuencia, se obstine en llamar dichas fuentes de las obligaciones exclusivamente como "*fuentes no contractuales*". Desde este punto de vista, es en realidad la crítica al Código Civil la que resulta notablemente asistemática.

⁴³ Vid. sobre las razones para la modificación del nombre del Libro, GUZMÁN BRITO (1977) pp. 117 ss.

⁴⁴ En el Proyecto de Código Civil de 1847 hizo su aparición el correspondiente Título "*De las obligaciones que se contraen sin convención*", que posteriormente, en 1853, se suprimió. SCHIPANI (1981) pp. 171 y 172.

⁴⁵ Una sintética pero certera crítica sobre este criterio delimitador de las fuentes de las obligaciones, ZIMMERMANN (1996) p. 16.

⁴⁶ Con antecedentes bibliográficos a este respecto en la cultura jurídica de Bello, SCHIPANI (1981) pp. 170 n. 9 y 181 a 183.

VI. CONCLUSIÓN

Según se puede apreciar, la utilización del término "convención" como sinónimo de "contrato" tiene una larga tradición enmarcada en el desarrollo del "principio del consensualismo". Nuestro Código, a semejanza del francés, hace uso de esta acepción como equivalente a "contrato" cuando se contrapone a las fuentes "no convencionales" de las obligaciones. Esto en nada enturbia el hecho de que "convención", cuando se contrapone a "contrato", también signifique, según una acepción más moderna que la anterior, "acto jurídico bilateral".

Juzgar el contenido de los arts. 1437 y 1438 simplemente bajo la perspectiva de una doctrina desarrollada, especialmente en el ámbito de la legislación, con posterioridad, pareciera constituir un anacronismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, R. (1993): *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo 1).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1936): *De los Contratos* (Santiago, Editorial Zamorano y Caperán) 309 pp.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (1988): *Teoría de las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- ÁLVAREZ CORA, E. (2005): *La Teoría de los Contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)* (Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España) 590 pp.
- BART, J. (1998): *Histoire du Droit Privé. De la Chute de l'Empire Romain au XIXe siècle* (Paris, Montchrestein).
- BISCOTTI, B. (2002): *Dai Pacere ai Pacta Conventa. Aspetti Sostanziali e Tutela del Fenomeno Pattizio dal'Epoca Arcaica al'Editto Giuliano*, (Milano, Giuffrè Editore).
- CASTRESANA, A. (2007): *A Propósito de un Ensayo de Síntesis: Realidad Histórica y Experiencia Jurídica*, en *Estudios de Derecho Romano en Homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper, P. -I. CARVAJAL (coord.)*, Schola Serviana Iuris Romani, Librotecnia, Santiago, pp. 245-258.
- CLARO SOLAR, L. (1936): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Imprenta Nascimento, tomo 10).
- COING, H. (1996): *Derecho Privado Europeo*, 1, trad. A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- DE MONTMORENCY, J. E. (1913): *The Great Jurists of the World: Robert-Joseph Pothier and French Law*, *Journal of the Society of Comparative Legislation* 13, 2, pp. 265-287.
- DE ROBERTIS, F. (1983): *La Responsabilità Contrattuale nel Sistema della Grande Compilazione*, 1, Bari, Cacucci Editore. *Dictionnaire de Droit* (1966, Paris, Librairie Dalloz).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2003): "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", en: *El Dret Civil Català en el Context Europeu* (Girona, Documenta Universitaria).

- DUCCI CLARO, C. (2002): *Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 448 pp.
- FUEYO LANERI, F. (1991): *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 642 pp.
- GALGANO, F. (2000): *Atlas de Derecho Privado Comparado* (traducc. J. FERNÁNDEZ CAMPOS y R. VERDERA SERVER, Madrid, Fundación Cultural del Notariado) 460 pp.
- GÓMEZ BLANES, P. (2005): "Guzmán Brito, Acto, Negocio, Contrato y Causa en la tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano", *Revista Chilena de Derecho* vol. 32 (3) (recensión): pp. 579-581.
- GUZMÁN BRITO, A. (2005): *Acto, Negocio, Contrato y Causa en la Tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano* (Pamplona, Thomson Aranzadi) 478 pp.
- GUZMÁN BRITO, A. (2001): "Causa del Contrato y Causa de la Obligación en la Dogmática de los Juristas Romanos, Medievales y Modernos y en la Codificación Europea y Americana", *REHJ* (23): pp. 209-367.
- GUZMÁN BRITO, A. (1977): "Para la Historia de la Fijación del Derecho Civil en Chile durante la República. VI: Sobre las Fuentes del Tít. 1° del Lib. 4° del Código Civil de Chile y de sus Proyectos", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (1): pp. 11-32.
- GUZMÁN BRITO, A. (1977): "Para la Historia de la Fijación del Derecho Civil en Chile durante la República. II: Estudio sobre los antecedentes sistemáticos y terminológicos de la parte general relativa a los actos y declaraciones de voluntad del Código Civil de Chile y de sus Proyectos", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (2): pp. 101-130.
- LECAROS ZEGERS, R. (1997): *El Acto Jurídico en el Código Civil Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 131 pp.
- LEÓN HURTADO, A. (1963): *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 460 pp.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J. (1976): "Sobre la Parte General de los Contratos", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 73: pp. 25-34.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, J. (1998): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo 1)
- MELO LECAROS, L. (1978): *El "Proyecto no Completo de un Código Civil para Chile Escrito por el Señor D. Mariano Egaña". (Primer proyecto de Código Civil de Chile)*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 184 pp.
- MESSINEO, F. (1962): "convenzione", *ED* (10), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- MEZA BARROS, R. (1997): *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de la Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo 1).
- OURLIAC, P. (1959): "La Convenientia", en: *Études d'Histoire du Droit Privé Offertes à Pierre Petot* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).
- SCHIPANI, S. (1981): "Del Derecho Romano a las Codificaciones Latinoamericanas: La Obra de Andrés Bello. Pluralidad de Fuentes del Tit. I del Lib. IV del "Código Civil de Chile" y de sus Proyectos", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (6): pp. 165-185.
- Sentencia Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67 (1970) pp. 463-468.
- SPIES, F. (1928): *De l'Observation des Simples Conventions en Droit Canonique* (Paris, Recueil Sirey).

- STEIN, P. (2003): *Le Droit Romain et l'Europe. Essai d'Interpretation Historique* (Munich, Helbing & Lichtenhahn).
- TALAMANCA, M. (1991): "Conventio e stipulatio", en: N. Bellocci, *Le Teorie Contrattualistiche Romane nella Storiografia Contemporanea* (Napoli, Jovene Editore) pp. 165-218.
- VIAL DEL RÍO, V. (2003a): *Teoría General del Acto Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 407 pp.
- VIAL DEL RÍO, V. (2003b): *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello) 356 pp.
- CAPITANT, H. (1966): *Vocabulario Jurídico* (traducc. Aquiles HORACIO GUAGLIANONE, Buenos Aires, Depalma) 630 pp.
- VODANOVIC HAKLICKA, A. (1977): *Manual de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, tomo 2).
- ZIMMERMANN, R. (1966): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press) 1312 pp.