

CONTRATO CON ASOCIACION DE
AHORRO Y PRESTAMO PARA LA
CONSTRUCCION DE UN BARRIO
RESIDENCIAL. INCUMPLIMIENTO
DE LA ASOCIACION BASADO EN
CIRCULAR DE CAJA CENTRAL.
RESPONSABILIDAD CIVIL

(INFORME EN DERECHO) *

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA

Universidad Católica de Valparaíso
Universidad de Chile (Santiago)

La Sociedad Constructora "XX" ha solicitado al suscrito informe en derecho, tanto respecto a la aplicabilidad o inaplicabilidad de la Circular Correlativa 746 (de la Caja Central de Ahorros y Préstamos) a las relaciones contractuales que vinculan a dicha Sociedad con la Asociación de Ahorro y Préstamo "ZZ"; cuanto respecto a la procedencia o improcedencia de exigir una indemnización de perjuicios en contra de la Asociación de Ahorro y Préstamo por incumplimiento de contratos.

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de abril de 1974, entre la Sociedad Constructora "XX" y la Asociación de Ahorro y Préstamo "ZZ", se celebró un contrato, sobre la base de un modelo íntegramente redactado por esta última y denominado "*mutuo de cons-*

* Este informe fue elaborado en junio de 1977. Se han reemplazado los nombres de las partes, por las designaciones "XX", "ZZ", "Y" e "YY".

trucción a costo real para empresa constructora". De acuerdo con las cláusulas más significativas de tal contrato, "XX" se obligó a construir, en terrenos propios, lo que se denominó el Parque Residencial Isabelita, compuesto de 112 viviendas económicas. El financiamiento de las obras, que inicialmente ascendía a E° 1.585.777.717.— (mil quinientos ochenta y cinco millones de escudos y fracción) debía ser proporcionado por la Asociación ya individualizada. Al efecto, ésta entregó en mutuo, al momento de la firma del contrato, la suma de E° 163.170.000. Se obligó a ir enterando el resto del financiamiento contra las rendiciones de cuenta que presentaría la Empresa Constructora, periódicamente, según lo establecido en la cláusula novena del contrato. Obtenida la recepción municipal definitiva de la obras, las viviendas debían ser vendidas por "XX", representada por su mandataria la Asociación "ZZ", a los depositantes del SINAP y a los precios que indica el contrato. Con el producto de la enajenación de las viviendas, la Asociación se reembolsaría del monto de los dineros que hubiese ido proporcionando para financiar la construcción más los intereses y los reajustes pactados. En la cláusula quinta *in fine* del contrato, la Asociación se comprometió a no exigir la devolución de la suma prestada para el financiamiento, de otra forma distinta a la expresada. En garantía del reembolso de las sumas que iría recibiendo para el financiamiento, y para caucionar cualesquiera otras obligaciones, "XX" constituyó primera hipoteca, con cláusula de garantía general, en favor de la Asociación. Esta hipoteca se otorgó sobre el terreno en el que se realizaría la construcción, terreno de propiedad de la Empresa Constructora, inscrito a su nombre a fs. 1.797 N° 2.265 del Registro de Propiedad de 1973... De acuerdo con la cláusula decimosexta del contrato, "XX" debía percibir honorarios equivalentes al 7,59% del costo inicial de construcción y al 6,08% del costo inicial de urbanización, los que se pagarían, paulatinamente, en cada rendición de cuentas.

El 20 de febrero de 1975, entre las mismas partes, se suscribió un nuevo contrato por el cual se amplió el financiamiento que la Asociación se obligaba a proporcionar a

“XX”, hasta la suma de E° 2.452.863.608 (dos mil cuatrocientos cincuenta y dos millones de escudos y fracción). Esta cantidad correspondía al total del nuevo presupuesto estimativo de construcción del Parque Residencial Isabelita, y, por lo tanto, incluía la suma de E° 1.585.777.717.— establecida en el primer contrato de 3 de abril de 1974. Básicamente, el texto del segundo contrato es similar al del primero; pero en la convención de 20 de febrero de 1975, se precisa que la Empresa no percibirá nuevos honorarios en relación con el suplemento de financiamiento.

A las fechas de las escrituras públicas de los dos contratos reseñados estaba vigente la Circular Correlativa N° 674 de la Caja Central de Ahorros y Préstamos, que, el 2 de enero de 1974, estableciera normas para el otorgamiento de préstamos directos a Empresas Constructoras por las Asociaciones. Esta Circular Correlativa N° 674, reglamentaria del Decreto Ley 162, se entiende incorporada a los contratos de 3 de abril de 1974 y de 20 de febrero de 1975, concluidos entre “XX” y la Asociación “ZZ”. A la luz de sus disposiciones, destinadas a “encarar la falta de oferta de viviendas y la especulación que afecta a los ahorrantes, como consecuencia de la crisis económico-social que vivimos y del deterioro a que se condujo la actividad de la construcción” (preámbulo de la Circular 674), se redactaron por la Asociación “ZZ” los contratos de abril de 1974 y de febrero de 1975, a los que adhiriera la Empresa “XX”, aceptándolos en bloque.

Ulteriormente, el 18 de julio de 1975, la Caja de Ahorros y Préstamos dictó la *Circular Correlativa N° 746*, sobre restricción de la asistencia financiera del Banco Central de Chile al Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo para la Vivienda.

Basándose en la Circular 746, la Asociación “ZZ” envió una carta a la Sociedad Constructora “XX”, fechada el 24 de julio de 1975, notificándole que las obras del Parque Residencial Isabelita debían paralizarse de inmediato, pues no estaba en situación de proseguir prestando la asistencia financiera contractualmente prometida. La Asociación

agregó en su misiva que confiaba que la suspensión unilateral del contrato resultaría breve.

El 15 de octubre de 1975, la Asociación "ZZ" y la Empresa Constructora "XX", debidamente representadas, suscribieron un *Acta* en que formularon diversas *Declaraciones*, consecuenciales a las reuniones en que habían analizado las vicisitudes derivadas del atraso en el financiamiento de las obras. En dicha *Acta* se puntualiza: que la determinación unilateral de la Asociación de paralizar las obras es un hecho no contemplado en el contrato que rige las relaciones entre las partes (apartado 3); que las consecuencias que deriven de la paralización de las faenas serán de exclusiva responsabilidad de la Asociación (apartado 6); que "la indemnización a que hubiere lugar en favor de la Empresa, a propósito de la paralización a que se refiere esta *Acta*, según planteamientos ya formulados por la Empresa, será motivo de acuerdo separado y previo a la firma del finiquito" (apartado 9). Se concluye señalando que el finiquito deberá suscribirse antes del 5 de noviembre de 1975 (apartado 11).

El 22 de octubre de 1975, la Asociación y la Empresa concurrieron a la extensión de un *Acta de Recepción de Obra por Paralización*, la que finalizó dejando constancia de lo siguiente: "1) Que la construcción se encuentra correctamente ejecutada conforme a los proyectos y especificaciones oficiales. 2) Que la obra se encuentra acondicionada para la etapa de paralización. 3) Que la Inspección Técnica Oficial ha realizado en forma efectiva su labor profesional. 4) Que la Empresa Sociedad Constructora "XX" ha desarrollado las faenas de construcción conforme a las más altas normas de buena construcción. Y 5) Que el personal de la obra ha cumplido plenamente con sus funciones, controlando los costos y la correcta ejecución de los trabajos".

Las conversaciones conducentes al finiquito —prometido en la Declaración conjunta de 15 de octubre de 1975— fracasaron. Acaso en razón de la sobreviniente fusión de la Asociación "ZZ" con la Asociación "Y". Ante dicho fracaso, la Empresa Constructora "XX" deberá llevar sus

pretensiones al conocimiento y decisión de la justicia ordinaria. En fin, hay que tener en cuenta que en fecha reciente se ha anunciado, en una nueva reestructuración del SINAP, la fusión de la Asociación de Ahorro y Préstamo "Y" con la Asociación "YY".

II. RESPUESTA A LA PRIMERA CONSULTA

¿Es aplicable la Circular Correlativa 746 de la Caja Central a las relaciones contractuales entre la Asociación "ZZ" o su (s) sucesora (s) con "XX"?

2. Para intentar responder esta consulta es conveniente comenzar precisando cuáles son las normas por las que se rige un contrato.

Si el contrato ha sido válidamente celebrado, se rige en primer término por las normas particulares que los propios contratantes han estipulado, puesto que el contrato es una ley para las partes, según la enérgica prescripción del artículo 1545 del Código Civil, que ha incorporado al Ordenamiento Jurídico chileno el principio de la fuerza obligatoria de las convenciones o principio *pacta sunt servanda*. Pero, además, el contrato se rige por normas de carácter general, que algunas veces son supletivas o supletorias de la voluntad de los contratantes y, otras, son imperativas o de orden público. Estas normas abstractas, que se encuentran en los Códigos o en leyes especiales, y que resultan, en razón de la materia que reglan, pertinentes a una dificultad precisa actualmente promovida entre los contratantes, pueden haber sido dictadas antes o después de la fecha de la celebración del contrato. Por eso, en la duda respecto a si una norma general determinada es o no aplicable a un problema contractual específico, hay que remitirse al artículo 22 de la *Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes*, cuyo inciso primero fija el criterio orientador, señalando: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

De manera que las normas posteriores a la celebración de un contrato no lo afectan, salvo que se trate de algunos de los dos casos de excepción contemplados en el propio artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes; casos por completo ajenos a las dificultades entre "XX" y "ZZ" o su(s) sucesora(s); o salvo que expresamente se confiera efecto retroactivo a la nueva norma general.

3. La posibilidad de que el Poder Legislativo confiera carácter retroactivo expreso a una norma civil, dejando bajo su imperio situaciones jurídicas anteriores a su dictación, deriva de la circunstancia de que la irretroactividad de la ley civil carece de rango constitucional. Vale decir que *el artículo 9 del Código Civil puede ser dejado a un lado por otra ley, pero nunca por una norma jurídica de gradación inferior a la ley; nunca por decreto, reglamento u otra manifestación de la potestad administrativa, ni menos por una cláusula contractual*. Así, pues, resulta que únicamente se puede conferir carácter retroactivo a una norma jurídica en base a un texto expreso de ley.

Sin embargo, la atribución del legislador para otorgar efecto retroactivo o efecto inmediato a una ley no llega tan lejos como para permitirle alterar el *derecho de propiedad*, puesto que éste se encuentra garantizado, en sus diversas especies, y sobre toda clase de bienes, por la Constitución Política del Estado.

Todas las ideas precedentes han tenido amplia acogida en la doctrina y en la jurisprudencia chilenas.

En la Memoria de Prueba de don José Luis Gómez Angulo, calificada con mérito sobresaliente (*"Estudio crítico de la jurisprudencia de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes"*. Edit. Universitaria, Santiago, 1958, p. 66), se lee: la regla del inciso 1º del artículo 22 establece con toda claridad que la ley antigua es la única que puede regir el contrato, es decir, tanto las condiciones necesarias a su validez, como las obligaciones y derechos que de él emanan. De la historia de su establecimiento aparece el claro propósito del legislador de excluir el

efecto retroactivo y el efecto inmediato de las leyes nuevas sobre los contratos celebrados con anterioridad. *El Mensaje del Presidente de la República, expresaba*: “el que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta solo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan, además, el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza en las especulaciones (sic), si hubiera de verse expuesto en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporada en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración”. Y más adelante, a propósito de la regla de la supervivencia de las leyes antiguas en los contratos (pp. 69 y 70): “puede afirmarse que los derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos y que su adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente. La regla de la supervivencia de las leyes antiguas excluye el efecto inmediato de las leyes nuevas”. En efecto, el principio de la supervivencia permite mantener la fuerza de una ley derogada mientras perdure el contrato que se celebra bajo su imperio.

En otra excelente Memoria de Prueba, también calificada con nota máxima por los mismos profesores, señores Luis Barriga y Pedro Lira Urquieta (Ismael Ibarra Léniz: *Ley de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes*”. Edit. Universitaria, Santiago, 1960, p. 31), se afirma, respecto a la posibilidad de que el legislador dicte leyes retroactivas: “Sin embargo, a este respecto debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 10, N° 10, de la Constitución Política que establece la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna. Esta disposición está prohibiendo implícitamente la dictación de leyes retroactivas sobre la propiedad. ... Si con una ley retroactiva se atenta contra la inviolabilidad de la propiedad, la prohibición es de carácter constitucional, y, por lo tanto,

la ley no puede tener efecto retroactivo y ni aun el legislador puede darle ese carácter. En caso de hacerlo procedería en contra de esta ley un recurso de inaplicabilidad por infringir el artículo 10 N° 10 de la Constitución”.

Esta última tesis, sobre la *prohibición absoluta de dictar normas retroactivas en materia de derecho de propiedad*, prohibición que no sólo afecta a los particulares y a la Administración, sino que también alcanza al legislador, ya había sido admitida hace tiempo por la jurisprudencia. Un fallo reciente la ha enfáticamente reafirmado (Corte Suprema, 11 de octubre de 1976. Revista *Fallos del Mes*, N° 215, p. 231). En el considerando 18°, el Tribunal Supremo advierte: “Es un principio establecido en nuestro sistema constitucional, consagrado en repetidos fallos de este Tribunal y que la doctrina comparte unánimemente, el que si bien en materia civil nuestra Constitución Política no prohíbe de una manera expresa y absoluta al legislador dictar leyes con efecto retroactivo, en cuanto atañe al derecho de propiedad consulta una prohibición de modo indirecto en el precepto del N° 10 del artículo 10 que asegura a todos los habitantes de la República la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna. Por lo tanto, una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido legalmente resulta evidentemente inconstitucional... el legislador no puede dictar leyes retroactivas en cuanto al derecho de propiedad”. En la especie, se declara inconstitucional el Decreto Ley 1.247 en cuanto afecta la propiedad sobre una cosa incorporal; la propiedad sobre un derecho previsual.

4. ¿Qué tiene que ver el derecho de propiedad con las relaciones contractuales entre la Asociación de Ahorro y Préstamo “ZZ” y la Sociedad “XX”? ¿No se limitan acaso los contratos a generar derechos personales, siendo la propiedad un derecho real?

En el Derecho positivo chileno vigente, único que interesa para los efectos de este Informe (y aunque en doctrina y en política jurídica el punto admite polémica), se reconoce la existencia del *derecho de dominio sobre los*

derechos personales, de tal manera que el acreedor de un crédito es titular de un derecho real de propiedad sobre dicho crédito. Ya el primitivo texto del Código Civil contiene una norma que respalda esta construcción técnica, la que puede denominarse: *de los derechos sobre derechos*. Se trata del artículo 583: "Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo". Tal como el arrendador o cualquier contratante tiene la propiedad de sus derechos personales derivados del contrato.

También la Carta Fundamental apoya la propiedad sobre derechos personales. El texto del artículo 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925 aseguraba "la inviolabilidad de *todas las propiedades*, sin distinción alguna"; precepto que, luego de los avatares de diversas reformas constitucionales, garantiza "el derecho de propiedad en sus *diversas especies*", y que, ahora, reemplazado por el artículo 1 N° 16 del Acta Constitucional N° 3 (Diario Oficial de 13 de septiembre de 1976), establece: "Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas... El derecho de *propiedad* en sus diversas especies sobre toda clase de *bienes*, corporales o *incorporales*".

La E. Corte Suprema ha fortalecido y desarrollado el postulado de la propiedad sobre derechos personales en múltiples sentencias, dictadas acogiendo recursos de inaplicabilidad. Así, por ejemplo, en las de 7 de diciembre de 1966 (*RDJ.*, tomo 63, secc. 4, p. 359) y de 21 de junio de 1976 (*RDJ.*, tomo 64, sec. 1, p. 198). Pero su apoyo a la construcción técnica en comentario llegó a ser completo y decisivo con motivo de la aplicación del DFL. 9 de 1968, sobre arrendamientos rústicos.

El artículo 2° transitorio del DFL. 9 dispuso que los plazos de los contratos de arrendamiento celebrados antes de su dictación se entendían prorrogados, en beneficio de los arrendatarios, por el tiempo necesario para completar el lapso de 10 años. El raciocinio del más Alto Tribunal del país, en varios juicios distintos, ha sido el siguiente: al celebrarse un contrato de arrendamiento por un lapso dado, v. gr. 2 años, el arrendador adquiere el derecho personal a

exigir la restitución de la cosa dada en locación al vencimiento del plazo, a los 2 años en el ejemplo; el arrendador es propietario de este derecho personal, y, de acuerdo con el artículo 10 N° 10 de la Constitución, sólo podría ser privado del mismo mediante una ley de expropiación y previo pago de la correspondiente indemnización. Por lo tanto, el texto legal contenido en el artículo 2 transitorio del DFL. 9 es inconstitucional, en cuanto limita, sin indemnización expropiatoria, el derecho del arrendador a exigir la restitución al término del plazo estipulado. La primera sentencia en esta materia, de 24 de diciembre de 1968, fue publicada por *Fallos del Mes* N° 121, p. 294 y extensamente comentada por el profesor don Raúl Bertelsen Repetto (*Revista de Ciencias Jurídicas*. Valparaíso, marzo 1971, Edit. Jurídica de Chile, N° 1, p. 27 y s.). En *Fallos del Mes*, N° 166, p. 219; N° 175, p. 93, y N° 196-197, p. 3, se publican nuevas sentencias de la Corte Suprema que vienen a reiterar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2° transitorio ya señalado, en mérito a idéntica argumentación.

La idea de que la garantía constitucional del derecho de propiedad es de la mayor amplitud —en razón de la existencia de derechos sobre derechos o propiedad sobre cosas incorporales— se ha consolidado en los campos más diversos. Así, en varias sentencias, la Corte Suprema ha admitido el derecho real de dominio sobre derechos laborales y previsionales, de manera que si éstos han sido adquiridos al amparo de una ley, no puede otra ley posterior alterarlos (véase, al respecto, *Fallos del Mes* N° 191, octubre 1974, p. 208; N° 215, octubre 1976, p. 231). Incluso, en sentencia del Tribunal Pleno, de 20 de agosto de 1976, con ocasión de declarar inconstitucional el Decreto Ley 1.128, de 1975, en razón de avocarse causa pendiente ante los Tribunales de Justicia, la E. Corte Suprema ha admitido la *propiedad sobre el derecho a la acción*; “es, además, inconstitucional el decreto ley cuestionado porque los decretos del Alcalde que se consideran ilegales confieren al interesado el *derecho a reclamar* para ante la Corte de Apelaciones respectiva, *derecho incorporal*... Esta acción, de

que era dueño el recurrente, la desvirtuó el decreto ley atacado de inconstitucional..." (Fallos del Mes N° 213, p. 182).

5. Salta a la vista, luego de lo que antecede, que la Sociedad Constructora "XX" es dueña de todos los derechos personales que adquiriera en virtud de los contratos concluidos con la Asociación de Ahorro y Préstamo "ZZ" el 3 de abril de 1974 y el 20 de febrero de 1975. Desde estas fechas, "XX" incorporó a su patrimonio la propiedad de tales derechos; en particular, la propiedad del derecho a recibir los dineros prometidos por la contraparte para el financiamiento del Parque Residencial Isabelita, y del derecho a percibir los honorarios especificados en los contratos. Tales derechos, dada la normatividad vigente en Chile, sólo podrían ser limitados por una ley de expropiación y mediante el pago de la correspondiente indemnización. Todo lo cual deriva del artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 que, no obstante el Acta Constitucional N° 3 de 1976, sobrevive, en la especie, en razón de lo preceptuado por el inciso 1° del artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Si ni siquiera una ley ordinaria (o sea, una ley que no es ley expropiatoria) habría podido limitar los derechos contractualmente adquiridos por "XX", mucho menos sería posible que tales derechos resultaren disminuidos por una Circular de la Caja Central de Ahorros y Préstamos. De consiguiente, la Circular Correlativa de la Caja Central, N° 746, de 18 de julio de 1975, es inaplicable a las relaciones jurídicas existentes entre "XX" y la Asociación "ZZ" o su(s) causahabiente(s). Por lo mismo, mal pudo la Asociación "ZZ" suspender unilateralmente el cumplimiento de los contratos de financiamiento, decidiendo la paralización de las obras de construcción del Parque Residencial Isabelita, sobre la única base de haberse dictado la susodicha circular 746.

6. La exacta naturaleza jurídica de las circulares de la Caja Central de Ahorros y Préstamos dista de estar escl-

recida. Podría pensarse, siguiendo a los publicistas franceses, que en principio las *circulares son simples medidas de orden interno*, por las cuales el superior jerárquico indica a sus subordinados cómo deben organizar su trabajo o cómo deben interpretar determinados textos normativos. En tal caso, obviamente, la circular sólo es atinente a la esfera de la Administración, siendo inoponible a terceros; vale decir que la circular sólo atañe a los administradores en sus relaciones internas, mas no a los administrados. Desde este punto de vista, la Circular Correlativa 746 no vincula ni afecta para nada a las Empresas Constructoras, limitándose sus efectos, su poder normativo, exclusivamente a las relaciones entre la Caja Central y las Asociaciones de Ahorro y Préstamo.

Otro punto de vista consiste en postular que las *circulares* en examen *tienen carácter reglamentario*, constituyendo normas administrativas vinculantes *erga omnes*. Todo administrado o particular que quede situado en el supuesto de hecho de la norma administrativa, contenida en la circular, recibe y debe cumplir el mandato prescrito por ella. En tal evento, la Circular Correlativa 746, de 18 de julio de 1975, resultaría obligatoria para los cocontratantes de las Asociaciones, o sea, para las empresas constructoras.

Pero, aunque se admita esta última alternativa, las *circulares* sólo pueden ordenar o disponer para el futuro, no teniendo *jamás efecto retroactivo*. Nunca una circular puede válidamente afectar a contratos celebrados antes de su dictación. La circular que pretendiere regir los efectos jurídicos de contratos preexistentes sería ilegal e inconstitucional. Ella infringiría los artículos 9, 583 y 1.545 del Código Civil, y 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las leyes; el artículo 10 N° 10 de la Constitución o el artículo 1 N° 16 del Acta Constitucional N° 3, de 1976.

Ya se ha demostrado que sólo la ley, entendida en sentido estricto, puede tener efecto retroactivo. Y ni siquiera ella respecto al derecho de propiedad privada. Como los contratos generan derechos personales, siendo el acreedor dueño o propietario de los mismos, resulta que *un contrato en curso*, en el Derecho chileno vigente, *no puede ser*

alterado ni siquiera por la ley. Basta examinar la jurisprudencia citada de la E. Corte Suprema, sobre inconstitucionalidad del artículo 2 transitorio del DFL. 9, de 1968, para persuadir al escéptico.

De todo lo cual se concluye que la Circular Correlativa N° 746, dictada por la Caja Central de Ahorros y Préstamos, el 18 de julio de 1975, es INAPLICABLE respecto a obligaciones contractuales constituidas antes de esa fecha; inaplicable, entonces, respecto a los contratos celebrados entre "XX" y la Asociación "ZZ", el 3 de abril de 1974 y el 20 de febrero de 1975.

7. Para terminar esta respuesta a la primera consulta, no está de más recordar que los Tribunales Ordinarios disponen de *FACULTADES PARA DEJAR DE APLICAR*, en un caso concreto, cualquiera norma administrativa que vulnere otra u otras normas jurídicas de grado superior. Si un decreto, un reglamento o una circular, por mencionar sólo algunas manifestaciones de la Potestad Administrativa, es contrario a la ley o a la Constitución, el sentenciador debe abstenerse de aplicarlo al fallar al litigio correspondiente. De manera que, en este ámbito, no es preciso interponer recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo (este recurso sólo dice relación con las *leyes* inconstitucionales), sino que el mismo juez de la causa tiene el deber de prescindir de la norma administrativa ilegal o inconstitucional.

Don Enrique Silva Cimma, concluyendo su análisis en la materia, señala: "Podemos sentar los siguientes principios: A) Los decretos supremos tienen pleno valor y fuerza obligatoria absoluta para los distintos Servicios, Organismos e Instituciones de la Administración del Estado, no siendo lícito a ningún funcionario desconocerlos o dejar de aplicarlos a pretexto de una eventual ilegalidad. B) Los Decretos Supremos tienen pleno valor respecto de terceros como norma general y éstos deberán cumplirlos, *a menos que los Tribunales al conocer de una contienda y para un caso particular prescindan de ellos o los declaren sin apli-*

cación...” (“Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, Edit. Jurídica de Chile, tomo 1, 3ª ed., 1968, p. 260).

No pocos fallos de los tribunales chilenos han decidido que corresponde prescindir de normas administrativas ilegales. Así, en sentencia de 2 de mayo de 1938, la E. Corte Suprema, desestimando un recurso de casación en el fondo, expresó: “Que en cuanto a que por haber negado la sentencia recurrida eficacia al *Decreto Supremo 3.702*, de 6 de junio de 1931, ha infringido el artículo 72 de la Constitución Política..., cabe decir que el *Tribunal sentenciador lo ha desconocido* porque ese decreto modificó el DFL. 93, en el cual caso *ha tenido razón para declarar que aquél carece de fuerza legal, lo que justifica su no aplicación* y muestra que no se ha infringido el precepto del N° 2 del artículo 72 de la Constitución Política del Estado” (considerando 11º, *RDJ.*, tomo 35, sec. 1, p. 520). Así, en otra sentencia, de 28 de junio de 1943, la Corte Suprema dijo: “Que, por lo demás, aunque los *Decretos Supremos* quedan excluidos de los términos empleados por el legislador para puntualizar los eventos en que procede el recurso que se ha entablado (recurso de inaplicabilidad, del art. 86 inc. 2 de la Constitución), ello no obsta a que *los jueces de la causa los aprecien, a efecto de resolver acerca de la inteligencia y del valor que se les debe dar* (Considerando 6º, *RDJ.*, tomo 41, sec. 1, p. 37). Así, del mismo modo, en sentencia de 16 de mayo de 1966, la Corte de Santiago determina: “Que, en consecuencia, el *decreto* reglamentario 1.205, de 27 de octubre de 1944, es ilegal y *no debe ser aplicado en esta causa*” (considerando 8º, *RDJ.*, tomo 63, sec. 2, p. 48). También en primera instancia se ha llegado a idéntica conclusión, bastando, en esta enunciación a vía de ejemplo, con citar el célebre fallo dictado por don Gabriel Ogalde M., juez titular del 4º Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, el 28 de abril de 1972, en la causa rol 1947-71, caratulada “RAYON SAID S.A. con KOYCK, Héctor y otros”. En los considerandos 32 al 52 inclusive se examina la legalidad de la resolución administrativa que ordenara la requisición de la industria demandante, concluyendo el magistrado, en el considerando 52, “estimando

ilegales aquellas disposiciones contenidas en el Decreto Supremo 338, conforme a las cuales se autorizaba al entonces Comisariato General de Subsistencias y Precios para requisar empresas industriales y establecimientos comerciales”.

III. RESPUESTA A LA SEGUNDA CONSULTA

¿Procede solicitar indemnización de perjuicios a la Asociación “ZZ” o su (s) sucesora (s) por incumplimiento de contratos?

8. Cuando surgen dificultades entre contratantes siempre es útil precisar, lo mejor posible, cuál es el contrato celebrado por las partes; es conveniente *calificar el contrato*, determinando su naturaleza jurídica, para encuadrarlo en algunos de los tipos reglamentados por el legislador o en la categoría de los contratos mixtos, que resultan de la combinación de dos o más contratos nominados, o en la categoría de los contratos innominados, también llamados atípicos, carentes de reglamentación legal directa.

La jurisprudencia chilena, reiterada y uniformemente, ha establecido que la denominación que las partes hubiesen dado al contrato celebrado no es vinculante respecto a la calificación, pues en Derecho las convenciones son lo que la naturaleza de las cosas indica y no lo que los contratantes digan que sean. “Cualquiera que sea la denominación que las partes puedan dar a un contrato en su conjunto o en alguna de sus cláusulas, dicho contrato deberá tener siempre la clasificación legal que, atendida su naturaleza jurídica, le corresponda”. “No tiene influencia alguna para la calificación legal de un contrato y para apreciar el valor que en derecho corresponde a sus estipulaciones, la denominación que el notario le haya dado. Tampoco influye la denominación que le dan los contratantes para establecer su clase, si ella no corresponde a su propia esencia y naturaleza, que es lo único que debe tomarse en cuenta para determinar su condición jurídica y los efectos que particularmente le pertenecen”. Tal es la doctrina

sobre calificación contractual que deriva de múltiples sentencias, citadas por el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (Código Civil. Vol. IV. Stgo. 1954 p. 239 y s).

No obstante que las escrituras públicas de los contratos a los que se refiere este Informe, llevan como epígrafe la denominación *Mutuo*, a juicio del suscrito se trata de contratos mixtos o, si se prefiere, de contratos innominados. Desde luego, sólo podrían revestir carácter de mutuo respecto al dinero entregado en el acto de su celebración; concretamente, respecto a los E^o 163.170.000 que se entregaron el 3 de abril de 1974, fecha del primer contrato. En cuanto al resto de la suma que la Asociación prometiera entregar en el futuro, para financiar las obras, y cuyo monto total debía alcanzar, a la luz del segundo contrato de 20 de febrero de 1975, a E^o 2.452.863.608.—, mal cabe hablar de mutuo, pues este contrato únicamente nace con la entrega de la cosa, siendo por lo mismo contrato real. En el mutuo, la entrega de la cosa o del dinero pertenece a la fase del nacimiento del contrato y no a la fase del cumplimiento. Cuando una de las partes queda adeudando una suma de dinero, como acontece con los contratos en estudio, no existe mutuo. En la cláusula novena del primer contrato y en la cláusula octava del segundo, la Asociación se obligó a entregar; vale decir que prometió entregar los fondos a la empresa en forma sucesiva, contra rendiciones de cuenta. Por lo demás, si alguna duda subsistiere, ésta queda disipada atendiendo a la forma cómo se dio cumplimiento parcial a los contratos, pues, hasta la paralización de las obras, la Asociación fue entregando fondos en forma paulatina, y, como dice el artículo 1564, inciso 3^o del Código Civil: “las cláusulas de un contrato se interpretarán por la aplicación práctica, que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

Si bien es claro que los contratos de 3 de abril de 1974 y de 20 de febrero de 1975 no son mutuos o sólo lo son en mínima medida, difícil es calificarlos con exactitud. Hay en ellos elementos característicos de contrato preparatorio, promesa de préstamo o de línea de crédito; de con-

trato de construcción, en cuanto se pacta un honorario en favor de "XX" (cláusulas 12 y 16 del primer contrato); pero a la vez datos que excluyen el contrato de construcción, como sucede con la circunstancia de que la Empresa se obliga a construir en terreno propio y deviene dueña de la obra, puesto que las viviendas terminadas iban a ser vendidas por ella y no por la Asociación; aunque actuando esta última como representante voluntario de la primera, lo que añade un elemento propio del mandato a los contratos en análisis. Todavía es posible encontrar aspectos característicos de otros actos jurídicos, como por ejemplo hipoteca y estipulación en favor de un tercero, respecto al seguro tomado por la Empresa. Por todo ello, antes se dijo que los contratos entre "XX" y la Asociación "ZZ" corresponden a lo que la doctrina conoce con el nombre de *contratos mixtos*.

En el momento en que el correspondiente Tribunal se vea avocado a calificar el contrato, calificación que según algunos configura una operación unitaria con la interpretación y que, según otros, exige como etapa previa la interpretación, habrá que tener en cuenta que las convenciones de abril de 1974 y de febrero de 1975 fueron dictadas por la Asociación, quien propuso textos contractuales previamente redactados por ella, los que corresponden a modelos de formularios denominados "mutuo de construcción a costo real para empresas constructoras". Esta situación que dominara y caracterizara la fase de conclusión de los contratos no es, por cierto, jurídicamente indiferente. Por el contrario, el artículo 1566 del Código Civil, innovando respecto al modelo francés (respecto al Código de Napoleón de 1804) en el que no se contempla esta norma, estableció: "Pero las *cláusulas ambiguas* que hayan sido *extendidas o dictadas por una de las partes*, sea acreedora o deudora, *se interpretarán contra ella*, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". Como lo testimonia la jurisprudencia chilena, extractada en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas al pie del artículo 1566, "la solución es lógica, pues si el contratante que dicta la declaración no

se explica suficientemente, incurre en una negligencia cuyas consecuencias debe soportar él mismo, aun cuando se trate de cláusulas en que figura como deudor”.

9. Comoquiera que se califiquen los mencionados contratos, es indiscutible que se trata de *contratos bilaterales*, que generaron obligaciones y derechos correlativos para ambas partes. No procede entrar aquí a detallar los efectos jurídicos derivados de los contratos, pudiendo partirse de la premisa de que son bilaterales o sinalagmáticos. De esta premisa surge cristalina la conclusión: encontrándose la Asociación en mora de cumplir sus obligaciones, la contraparte puede exigir la *resolución* de los contratos con indemnización de perjuicios. “XX” encuentra base legal para ello en el artículo 1489 del Código Civil, que contempla la denominada condición resolutoria tácita, característica de los contratos sinalagmáticos.

Ni siquiera en el caso en que, forzando la realidad jurídica, se calificare la convención como arrendamiento de obra y se situare el debate bajo la perspectiva del artículo 1.999 del Código Civil, ni siquiera en ese evento (que ha tenido lugar entre las partes) variaría la conclusión que antecede. Ello, pues, la decisión del que encargó la obra de hacerla cesar (Asociación), indemnizando al artífice o constructor (Empresa), no impide a éste requerir la *resolución*. Esta sanción vendría a puntualizar el término definitivo del contrato. Con todo, en la especie, la Asociación no se desistió unilateralmente del contrato, pues no ha existido denuncia o resciliación del hipotético arrendamiento de obra, sino que la Asociación se ha limitado, mediante su notificación a la Empresa, contenida en la carta de 24 de julio de 1975, a suspender provisoriamente el cumplimiento de sus obligaciones. Esta conducta, por mucho tiempo que persista, no calza ni se aviene con el supuesto de hecho del inciso 2 del artículo 1.999 del Código Civil, el que consiste en “hacer cesar la obra”.

10. Junto con intentar la acción resolutoria por incumplimiento, “XX” exigirá que se le indemnicen los perjuicios

derivados de la falta de entrega oportuna de los dineros prometidos para el financiamiento de las obras de construcción del Parque Residencial Isabelita, en los que se incluyen los honorarios de la Empresa. En las Declaraciones contenidas en el Acta de 15 de octubre de 1975, suscrita en representación de la Asociación "ZZ" por su presidente y por su gerente general, ya se reconoció, en cierto modo, el derecho a la indemnización en favor de la Empresa "XX", pues se dijo, en el punto noveno: "la indemnización a que hubiere lugar en favor de la Empresa, a propósito de la paralización a que se refiere esta acta, según planteamientos ya formulados por la Empresa, será motivo de acuerdo separado y previo a la firma del finiquito". Dichos acuerdos y finiquito no se han concretado, por lo que, justamente, serán los tribunales los que decidirán en definitiva. Además, en la misma Acta, como igualmente en el Acta de Recepción de Obra por Paralización, de 22 de octubre de 1975, se enfatizó, reiteradamente, que "XX" dio fiel y oportuno cumplimiento a todas las obligaciones que a ella le imponían los contratos.

Como las obligaciones contractuales que la Asociación ha dejado de cumplir son obligaciones pecuniarias o de suma de dinero, la indemnización de los daños cae en la esfera del artículo 1559 del Código Civil, norma que, como es sabido, fija la evaluación legal de los perjuicios, eximiendo al demandante de la prueba de los daños, cuando se limita a cobrar *indemnización principal*: los intereses del capital adeudado.

Los Tribunales Superiores, en los últimos años, han reconocido que el artículo 1.559 del Código Civil también permite al demandante exigir la *reajustabilidad* del monto básico demandado, el que viene a compensar la desvalorización de la moneda. La primera sentencia que admitió que la indemnización por la mora en la entrega de dineros, contractualmente adeudados, se extendía también al reajuste, fue dictada por la I. Corte de Valparaíso, en la causa "*Péndola con Rivara*" (Fallo de 25 de junio de 1970. R.D.J., tomo 67, Sec. 2, p. 116). Varios años después, la E. Corte Suprema decidió consagrar dicha doctrina jurídica, al

resolver la causa "*Sociedad José Montes con CORA*". Declarando sin lugar los recursos de casación, expresó: "6º) Que son hechos de la causa que la Corporación de la Reforma Agraria contrajo con la demandante la obligación contractual de pagar una determinada cantidad de dinero en cuotas a plazo. Que los contratantes nada estipularon acerca de los efectos de la mora de la deudora, y que no fue pagada en la oportunidad convenida una cuota de E^o 914.185.— ni en capital, ni reajuste, ni intereses. 7º) Que la sentencia de alzada condenó a la deudora al pago de la referida cuota... y por el período del retardo, al pago de los intereses legales moratorios, y, además, a título de indemnización de perjuicios por la desvalorización monetaria, al pago de reajustes en proporción al I.P.C., calculados en el mismo lapso. 14º) Que ni el tenor literal ni el claro sentido del art. 1.559 del C. Civil, niegan de manera directa y tajante al acreedor el derecho a la reparación completa de los perjuicios causados por la mora del deudor, ni establecen, como lo sostiene el recurso, que se limita a los intereses. 15º) Que, por el contrario, la Regla 2ª del art. 1.559 reafirma los principios generales... de modo que la regla vale como "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios en la ocasión en que sólo cobra intereses" y, *a contrario sensu*, que en la ocasión en que no cobra intereses tiene necesidad de justificar perjuicios y no basta la prueba del retardo. 19º) Que estas consideraciones llevan a concluir que el art. 1.559 del C. Civil no impide al *acreedor de una obligación pecuniaria reclamar, además de los intereses moratorios que resarcen el retardo, la indemnización de los perjuicios consiguientes a la desvalorización monetaria* ocurrida durante la mora del deudor". (Sentencia de 8 de enero de 1975. FALLOS DEL MES, N^o 194, p. 285). Agregando que la doctrina señalada se justifica además en razones de *Justicia y Equidad evidentes* (sic), la Corte Suprema la ha reiterado, no obstante que expresamente el actor había limitado la acción indemnizatoria a un máximo de E^o 1.690.000.— y que como consecuencia del reajuste, la indemnización se fijó, en definitiva,

en Eº 5.556.500.— (Sentencia de 24 de junio de 1976. FALLOS DEL MES, Nº 211, p. 113).

Estando hoy fuera de discusión que el art. 1.559 permite cobrar indemnización *suplementaria o complementaria*, siempre que el demandante pruebe los daños, es obvio que esta idea no se circunscribe a la reajustabilidad del capital debido, sino que se extiende a todos los daños ciertos, que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor. En tal sentido se pronuncian los autores, por ejemplo, don Arturo Alessandri Rodríguez y don Fernando Fueyo Laneri, (ambos citados por el fallo de la Corte de Valparaíso de 1970, ya identificado), quienes al postular que el art. 1.559 del C. Civil no limita la indemnización a los solos intereses, sino que cubre cualesquiera daños, no vislumbraban el problema inflacionario, sino que pensaban en otros daños, como, por ejemplo, los consistentes en la quiebra en que cae el acreedor por no haber recibido oportunamente las sumas que se le debían; o el lucro cesante que sufre el acreedor, por no haber podido cerrar otra operación con un tercero a causa del retardo del deudor.

El distingo que va envuelto en el art. 1.559 entre *indemnización principal* (a cuyo respecto no es preciso acreditar los daños) e *indemnización complementaria* (que, por el contrario, presupone la prueba de los daños respectivos), implica que en lo referente a esta última se aplican las reglas generales sobre valuación judicial. De este modo, a la fijación del *quantum* de la indemnización complementaria son aplicables, especialmente, los artículos 1.556, sobre distinción entre daño emergente y lucro cesante, y 1.558 del Código Civil. Este último limita la indemnización a los daños directos previstos, salvo el caso de dolo del deudor, en que los daños indemnizables son también los directos imprevistos.

Así, el contratante que culposamente retarda el pago de los dineros adeudados, fuera de encontrarse en la necesidad jurídica de cancelarlos reajustados y con los intereses que indica la Regla 1ª del art. 1.559, debe resarcir todos los perjuicios directos y previsibles, sufridos y probados por el acreedor, ya consistan en daño emergente o

en lucro cesante. Y no se crea que el *daño futuro* queda excluido de la indemnización, pues el carácter pasado, actual o futuro del daño es ajeno a los criterios legales sobre la responsabilidad civil, los que atienden exclusivamente al carácter *cierto* del daño, sin que importe cuándo se manifiestan. Los eminentes tratadistas, Henri y Leon Mazeaud, juntos con André Tunc, autores de una de las obras más célebres del mundo en la materia, afirman: “no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético”. Como ha dicho la Corte de Casación francesa, aplicando esta regla, “El agricultor que no haya podido mejorar sus tierras, por la culpa de su vendedor de abono, puede demandar asimismo reparación del perjuicio, futuro por cierto, que resultará para él de una cosecha menos abundante”. (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Traducción del francés. Ed. Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1961. Tomo 1-1 Nos. 216 y 218).

11. En cuanto al elemento de la responsabilidad civil denominado *reprochabilidad*, en materia contractual, la culpa del deudor moroso se presume por la ley: “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega” (art. 1.547, inciso 3 del C. Civil). De manera que encontrándose la Asociación en mora, puede la contraparte, “XX”, exigirle indemnización de los perjuicios sin tener que preocuparse de acreditar la culpa de la primera. La única causal de justificación del incumplimiento, que podría invocar la demandada, probándola si es que pretende eximirse del resarcimiento de los daños, sería *el caso fortuito o la fuerza mayor*.

Sin embargo, en la especie no sería admisible que la Asociación “ZZ” o su (s) sucesora (s) adujere como caso fortuito o fuerza mayor, la imposibilidad de cumplir los contratos de 3 de abril de 1974 y de 20 de febrero de 1975 en razón de las nuevas normas contenidas en la Circular Correlativa N° 746, dictada por la Caja Central de Ahorros y Préstamos el 18 de julio de 1975. La razón es simple: esta Circular, en cuanto se relaciona con dichos Contratos, cele-

brados con anterioridad al 18 de julio de 1975, es ilegal e inconstitucional; por lo tanto, es inaplicable en un juicio en que se ventile la responsabilidad por no cumplimiento íntegro y oportuno de los mencionados contratos. Todo lo cual se analizó ampliamente en la respuesta a la primera consulta que motiva este Informe.

12. Si la Asociación de Ahorros y Préstamos sostuviere que sus obligaciones pecuniarias, consistentes en financiar el Parque Residencial y en pagar los honorarios a la Empresa, no son actualmente exigibles, por tratarse de obligaciones condicionales, contractualmente supeditadas a la presentación de las rendiciones de cuenta, que periódicamente iba a entregar la Empresa por escrito, en semejante evento, forzoso sería tener presente, para descartar la argumentación, lo dispuesto por el art. 1.481, inciso segundo del C. Civil: “con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la *condición* no pueda cumplirse... *se tendrá por cumplida*”.

Analizando esta norma, don Efraín Vío Vásquez, en la mejor obra chilena sobre obligaciones condicionales, expresa: “la ley establece un caso en que da por cumplida la condición a pesar de no haberse realizado el hecho”. (caso que se conoce con el nombre de *cumplimiento ficto o legal de la condición*). “Si bien el art. 1.481 inciso 2 hace referencia solamente al asignatario o persona que debe prestar la asignación, cabe también extenderlo al promitente, esto es, al que debe cumplir la obligación, puesto que dicho precepto se encuentra reglamentado en el título de las obligaciones condicionales”. Luego de lo cual, el autor analiza los antecedentes históricos del precepto en comento, los que se remontan al Derecho romano clásico; y advierte que el cumplimiento ficto opera en Chile toda vez que la condición potestativa que depende de la voluntad del acreedor, no se cumple por culpa del deudor. (“*Las obligaciones condicionales*”. Memoria de Prueba, calificada con mérito sobresaliente por los profesores don Manuel Somarriva U. y don David Stitchkin B. Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción, 1945. Nos. 108 y 109).

Al trasladarse estas ideas al hipotético caso en que la Asociación "ZZ" o su (s) sucesora (s), planteara que sus obligaciones con "XX" no son exigibles, pues la condición prosigue pendiente, resultaría que legalmente dicha condición ya está cumplida. En el caso, la condición simplemente potestativa dependiente de la voluntad del acreedor es la presentación de las rendiciones de cuenta por éste: por la Empresa "XX". El deudor, o sea, la Asociación de Ahorros y Préstamos, empleando medios ilícitos (a saber: invocando para paralizar el Contrato las normas ilegales contenidas en la Circular Correlativa N° 746) impidió que se cumpliera la condición. Frente a lo cual, el Derecho, mediante una ficción legal, determina que la condición se tenga por cumplida. O sea, el sentenciador debe decidir el litigio haciendo cuenta que la Empresa "XX" ya presentó las rendiciones de cuenta contempladas en los contratos de 3 de abril de 1974 y de 20 de febrero de 1975.

IV. CONCLUSION

La circular correlativa N° 746 de la Caja Central de Ahorros y Préstamos es inaplicable, por ser ilegal e inconstitucional, a las relaciones contractuales preexistentes entre la Sociedad Constructora "XX" por una parte, y la Asociación de Ahorros y Préstamos "ZZ" o su (s) sucesora (s) legal (es), por la otra parte.

La mora de la mencionada Asociación, en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales dinerarias, autoriza a la Sociedad "XX" para impetrar una indemnización de los perjuicios sufridos. Esta indemnización, en cuanto se limite a exigir el pago de los intereses del capital adeudado, se rige por el artículo 1.559 del C. Civil, sin que el acreedor deba probar los daños. En cambio, en cuanto a una pretensión de indemnización complementaria, que es admitida por el propio art. 1.559, en su regla segunda, se rige por las reglas generales sobre la responsabilidad civil. Vale decir que el actor debe acreditar la envergadura de los daños cuya indemnización solicite, sea por

concepto de reajustabilidad compensatoria del menor poder adquisitivo de la moneda, en razón de la inflación, sea por otros conceptos. Dichas reglas generales de la responsabilidad civil señalan que el deudor incumplidor debe reparar todos los perjuicios directos que revistan carácter de ciertos y que hayan sido previsibles a la fecha de los respectivos contratos, ya consistan en daño emergente o en lucro cesante.