

CAPÍTULO I¹

NOCIÓN DEL CONTRATO

1. CONCEPTO DE CONTRATO

El concepto de contrato, doctrinariamente aceptado, es *acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones*.

Se señala que la voluntad de las partes es la **fuerza** de las obligaciones contractuales y **medida** de dichas obligaciones, por cuanto, el querer o intención de las aquéllas está presente en la formación y en los efectos de los contratos.

El Código Civil en su artículo 1437 admite cinco fuentes de las obligaciones: contrato (*concurso real de las voluntades de dos o más personas*), cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley².

Por su parte, el artículo 1438 define contrato señalando: *“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”*.

Este concepto ha sido criticado desde dos puntos de vista:

a) Primero, porque identifica los términos *contrato* y *convención*, en circunstancias que la convención es el género y el contrato una especie de acto jurídico bilateral³.

b) Luego, porque el objeto del contrato son las obligaciones que crea, a su vez toda obligación tiene por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. De manera que cuando el artículo 1438 del Código Civil, establece que en virtud de un contrato una parte se obliga para con otra a *dar, hacer o no hacer una o más cosas*, releva una etapa, pues alude a la prestación como objeto del contrato, a pesar de que ésta es el objeto de la obligación.

2. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

Artículo 1444 *“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la **esencia** de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la **naturaleza** de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son **accidentales** a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”*

¹ Apuntes basados en el libro TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO, López Santa María Jorge, Legalpublishing, 2012.

² Ténganse presente las teorías restrictivas de las fuentes de las obligaciones, en cuanto a reducirlas a la ley y al contrato, e incluso aquellas que anotan a la ley como fuente única de toda obligación.

³ Recuérdese la distinción entre acto jurídico bilateral y contrato bilateral. El primero es aquel que requiere del consentimiento de dos partes para su formación. Contrato es siempre un acto jurídico bilateral, incluso aquellos de carácter unilateral, definidos como aquellos que generan obligaciones para una sola de las partes, gravándose una en beneficio de la otra.

2.1 Elementos de la esencia

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Estos elementos de la esencia a su vez pueden ser⁴:

a) Comunes o generales. Se confunden con los requisitos de existencia. Si faltan el contrato no produce efecto alguno.

b) Especiales o específicos. Éstos determinan el tipo de contrato de que se trata y la calificación de tal, se hace en base a estos elementos, además ellos están presentes en la definición que de cada contrato da el Código Civil. Si faltan estos elementos el contrato degenera el otro diferente.

Cabe señalar, la acertada precisión que ha hecho alguna doctrina, expuesta por autores como Víctor Vial del Río, en torno a diferenciar entre cosas y elementos de la esencia del acto jurídico. Por una parte, es correcto hablar de cosas de la naturaleza o accidentales, pero no *elementos de la naturaleza o accidentales*. Lo anterior porque, sólo son elementos los de la esencia, dado a que forman parte del acto o contrato. Los elementos de naturaleza y los accidentales, dicen relación con los efectos de aquellos y no con su estructura intrínseca. El acto no puede existir sin los elementos de la esencia comunes o generales; si faltan los especiales o específicos, existirá como un acto o contrato diverso. Si faltan los elementos de la naturaleza –porque las partes los han suprimido- o los accidentales –porque las partes no lo han introducido- el acto existirá de igual forma.

2.2 Elementos de la naturaleza

Son aquellos que no siendo esenciales se entienden pertenecer al contrato sin necesidad de cláusula especial, y a la inversa para que dejen de pertenecerle, se requiere de una cláusula expresa. Ejemplos de lo anterior son: condición resolutoria tácita, saneamiento de la evicción o de los vicios redhibitorios.

2.3 Elementos accidentales

Son aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se agregan por medio de cláusulas especiales, por ejemplo, las modalidades. Sin perjuicio de lo anterior, en ciertos casos el legislador ha estimado un elemento accidental, como de la esencia de un acto o contrato. Es el caso del contrato de promesa regulado en el artículo 1554 del Código Civil y en la venta de cosa futura.

⁴ Véase en VIAL DEL RÍO, Víctor: "Teoría General del Acto Jurídico". Editorial Jurídica.

3. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS CONTRATOS

3.1 Contratos unilaterales y bilaterales⁵

Artículo 1439 del Código Civil: *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.”*

En el contrato bilateral ambas partes resultan recíprocamente obligadas, de manera que:

- a) Cada parte deudora y acreedora de la otra.
- b) Todas las obligaciones surgen en el mismo instante (al momento de perfeccionarse el contrato).
- c) Las obligaciones son interdependientes. Esta particularidad sirve de fundamento a los llamados efectos particulares de los contratos bilaterales, en virtud del cual los sucesos que afectan las obligaciones de una de las partes repercuten en el destino de las obligaciones correlativas de la otra.

Son efectos particulares de los contratos bilaterales (importancia de la clasificación):

- i) Excepción de contrato no cumplido (artículo 1552).
- ii) Resolución por inejecución. Artículo 1489 del Código Civil.
- iii) Teoría de los riesgos. Artículos 1550 y 1820 del Código Civil).
- iv) Cesión de contrato.
- v) Teoría de la imprevisión.

Contratos sinalagmáticos imperfectos

Son aquellos que nacen como contratos unilaterales, pero que durante la ejecución del mismo nacen obligaciones para la parte que originalmente no estaba obligada, por ejemplo, depósito, comodato.

La doctrina está conteste en que el contrato unilateral no pierde su carácter de tal si por eventos sobrevinientes llega a quedar obligada la parte que inicialmente no lo estaba, por cuanto la nueva obligación no deriva del contrato, sino que de la ley, siendo independiente (no

⁵ **Contratos plurilaterales o asociativos.** *Son aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común.* La multiplicidad subjetiva es respecto al contrato plurilateral un elemento accidental, ya que el contrato se concibe, sin problemas, vinculando exclusivamente a dos partes que se obligan, es decir, como contrato bilateral. Dicho de otra manera no habría diferencia cualitativa, sino que meramente cuantitativa, entre contrato bilateral y plurilateral, por lo que, sin perjuicio, de ciertos rasgos distintivos, el contrato plurilateral sería una especie de contrato bilateral.

Diferencias entre contratos bilaterales y contratos plurilaterales:

- a) En los primeros surgen obligaciones correlativas para las partes, en los segundos, cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todos los demás.
- b) En los bilaterales los vicios del consentimiento acarrear la nulidad del acto jurídico, en los plurilaterales el vicio que afecta a un contratante sólo lo afecta a él, manteniendo el contrato validez respecto de los otros.
- c) Los contratos plurilaterales admiten el ingreso de nuevas partes o el retiro de las partes iniciales.

interdependiente) de la otra obligación. En efecto, un contrato es unilateral o bilateral al momento en que se contraen las obligaciones.

3.2 Contratos gratuitos y onerosos

Artículo 1440 del Código Civil. *“El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.*

El criterio aplicable a esta clasificación es netamente económico, en cambio, el criterio para discernir si un contrato es unilateral o bilateral es técnico jurídico.

En consecuencia, aunque es habitualmente los contratos revistan a la vez los caracteres de gratuito y unilateral u oneroso y bilateral no es difícil encontrar hipótesis de contratos unilaterales onerosos (mutuo con interés) o bilaterales gratuitos (mandato no remunerado y donación con cargas).

Esta clasificación tiene importancia para los siguientes efectos:

- a) La culpa de que responde el deudor.
- b) La obligación de garantía es típica de los contratos onerosos (saneamiento de la evicción: compraventa, arrendamiento y sociedad).
- c) Los contratos gratuitos tienden a ser *intuitu personae*.
- d) Los contratos gratuitos imponen deberes de reconocimiento a quienes reciben los beneficios, por ejemplo, las donaciones entre vivos son revocables por ingratitud del donatario.
- e) Para revocar un acto o contrato mediante la acción pauliana si es oneroso se requiere la mala fe de ambas partes, en cambio, si es gratuito sólo la mala fe del deudor.
- f) Si el arrendador transfiere la cosa arrendada, el adquirente a título gratuito está obligado a respetar el contrato de arriendo.

3.3 Contratos onerosos: conmutativos y aleatorios.

Artículo 1441 del Código Civil: *“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.*

Este artículo es criticado desde distintos puntos de vista:

a) Adopta como elemento determinante la *equivalencia de las prestaciones recíprocas*. Esto es errado por cuanto el artículo supone que el contrato oneroso es siempre bilateral y además porque equivalencia significa igualdad de dos o más cosas y en el contrato oneroso las utilidades o provechos que recibe cada parte no son iguales, pues todo contrato oneroso implica un riesgo o incertidumbre lo cual conduce a cierto grado de desigualdad entre la ventaja económica que se otorga y la que se recibe.

b) Es arbitrario señalar que los contratos conmutativos engendran sólo obligaciones de dar o hacer, pues no hay motivo alguno para excluir las obligaciones de no hacer.

c) Incurre en una ambigüedad al señalar que en el contrato aleatorio existe una equivalencia que consiste en una *incertidumbre*.

En definitiva, lo que distingue a un contrato conmutativo de uno aleatorio es que sólo en los primeros pueden las partes, durante los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar o estimar los resultados económicos que les acarrearán el contrato.

En los contratos aleatorios⁶, por el contrario, ningún cálculo racional es factible, pues su destino queda supeditado al azar.

En cuanto a la trascendencia de esta clasificación hay dos instituciones que sólo se aplican a los contratos conmutativos, a saber, la lesión enorme y la teoría de la imprevisión.

3.4 Contratos principales y accesorios

Artículo 1442 del Código Civil: *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”*.

Los contratos principales son los contratos independientes o autónomos, en tanto que los accesorios presuponen otra obligación, cualquiera sea la fuente de la cual ésta emana, en consecuencia, puede ocurrir que éstos no dependen necesariamente de otro contrato, sino que de una obligación extracontractual.

En Chile es de la esencia del contrato accesorio garantizar el cumplimiento de otra obligación. Son dependientes ciertos contratos que están supeditados a otra convención, pero sin garantizar su cumplimiento, por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales.

La importancia de esta clasificación radica en que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

3.5 Contratos reales, solemnes y consensuales.

Artículo 1443 Código Civil: *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”*.

Esta clasificación dice relación con el momento de formación o nacimiento del contrato. En todo caso, cabe destacar que el consentimiento de las partes es requisito sine qua non de todo contrato.

⁶ No debe confundirse el contrato aleatorio con el contrato generador de obligaciones condicionales. La condición es un elemento habitualmente accidental que las partes agregan voluntariamente al acto jurídico y al cual supeditan el nacimiento o extinción de una o más obligaciones. La contingencia incierta de ganancia o pérdida (que también implica futureidad e incertidumbre) es un elemento estructural de la esencia de los contratos aleatorios, y que por lo tanto, no puede ser eliminado por las partes.

Según el Código Civil, los contratos que no requieren la entrega de la cosa ni el cumplimiento de una formalidad objetiva, son consensuales. Sin embargo, con frecuencia el contrato consensual es un contrato formal, pues para celebrarlo deben cumplirse otras formalidades (*ad probationem*, publicidad o habilitantes). En consecuencia, los contratos consensuales se subclasifican en propiamente consensuales y en consensuales formales.

Son solemnes los contratos que requieren cumplir con una solemnidad objetiva (*ad solemnitatem*), exigida por la ley en atención a la naturaleza del acto.

Son contratos reales aquellos para cuya formación se exige la entrega de la cosa sobre la que versa el acto o contrato. Quien entrega la cosa se constituye en acreedor de la típica obligación restitutoria, y quien recibe la cosa es deudor de esta obligación. La entrega constituye un título de mera tenencia, por lo que, el deudor debe restituir el mismo cuerpo cierto. Sin embargo, en el caso del mutuo, el deudor debe restituir otro tanto del mismo género y calidad ya que esa entrega revistió el carácter de tradición⁷.

4. CLASIFICACIONES DOCTRINARIAS DE LOS CONTRATOS

4.1 Contratos nominados e innominados

Se denomina contratos nominados o típicos aquellos que están expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales, y son innominados o atípicos, a los que no lo han sido.

Para el profesor Jorge López Santa María es más acertado clasificar estos contratos como típicos o atípicos, ya que las expresiones nominados o innominados, desde un punto de vista semántico, significan que tienen nombre o carecen de él. El profesor René Abeliuk, critica la nomenclatura de típico o atípico, dado a que dichas expresiones son más bien propias del derecho penal.

La autonomía de la voluntad concede a los contratantes la más amplia libertad para dar a luz contratos no previstos ni normados por el legislador, siendo su única limitación, el respeto de las exigencias comunes a todos los actos jurídicos, en especial la licitud del objeto y de la causa.

El contrato atípico, de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil (dado a que la disposición no distingue), también es una ley para las partes, teniendo por consiguiente plena fuerza obligatoria⁸. Sin embargo, el problema se presenta en determinar cómo quedan

⁷ Al hacer la entrega a modo de tradición, se transfiere el dominio.

⁸ Para un sector de la doctrina la traducción de la expresión “ley para los contratantes” es de carácter simbólico o retórico. De lo anterior se desprende que la infracción de la ley del contrato no es constitutiva de causal de casación en la forma. Sin perjuicio de lo anterior, la infracción de las normas interpretativas sí da lugar a la admisibilidad del recurso en comentario. Para mayor inducción véase en FIGUEROA, Juan Agustín y MORGADO, Erika: “Recursos”, en edición, editorial Legalpublishing, 2013.

regulados sus efectos si las partes nada han dicho, en cuanto a definir la legislación supletiva por la cual se rigen.

La doctrina subclasifica los contratos atípicos en, *atípicos propiamente tales*, que son contratos inéditos (franchising), y en *mixtos o complejos*, que son una combinación de dos o más contratos típicos (leasing).

Todos los contratos (típicos o atípicos) se rigen por las normas establecidas por el legislador para las obligaciones. Los contratos típicos se rigen además por las reglas particulares de cada uno de ellos.

En los contratos atípicos, si las partes no han sido previsoras, el criterio para solucionar los vacíos ha sido recurrir a la *asimilación*⁹ del contrato atípico al contrato típico más parecido (analogía).

4.2 Contratos de ejecución instantánea, de ejecución diferida y de tracto sucesivo.

Contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución, son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen inmediatamente después de celebrado el contrato que las genera. El contrato nace y se extingue simultáneamente, quedando las partes liberadas de inmediato, ejemplo, compraventa de cosa mueble al contado. En estos casos, lo normal es que con el pago el contrato quede definitivamente agotado; pero después se pueden presentar dificultades, el contrato entonces recupera su vigencia, por ejemplo, si la cosa es reivindicada por un tercero que se dice dueño o si la cosa adolece de vicios redhibitorios.

Contratos de ejecución diferida, son aquellos en que alguna o algunas de las obligaciones se cumplen dentro de un plazo; el plazo puede ser expreso o tácito, a veces el plazo es tácito porque viene impuesto por la naturaleza misma de las cosas y es imposible que la obligación se pague inmediatamente¹⁰, por ejemplo, un contrato de construcción. Habitualmente el plazo va a ser estipulado por las partes, aquí entonces se trata de un plazo expreso que se incorpora como cláusula accidental.

Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva, son aquellos contratos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera. Ejemplos, contrato de arrendamiento, de suministro o abastecimiento¹¹.

⁹ La asimilación se reduce a calificar el contrato, es decir, determinar su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los contratos típicos. La calificación es una cuestión de derecho de manera que la Corte Suprema puede revisarla por vía del recurso de casación en el fondo.

¹⁰ Lo anterior dice relación con las formas de reconversión convencional, para constituir en moral al deudor. Específicamente, estaríamos ante un caso de reconversión convencional tácita (plazo implícito para cumplir con la obligación pactada).

¹¹ Téngase presente la importancia de los contratos de tracto sucesivo, en cuanto a la excepción con que operan en relación a los efectos de la nulidad judicialmente declarada (las obligaciones nacen y se extinguen en cada periodo de cumplimiento de las mismas. Las obligaciones ya cumplidas no se retrotraen al estado anterior a la celebración del acto o contrato, una vez que la nulidad ha sido judicialmente declarada) y respecto de la aplicación a su respecto de la teoría de la imprevisión.

Importancia de esta clasificación

a) *Nulidad y resolución de los contratos.* En los contratos de ejecución instantánea y diferida la nulidad y la resolución opera con efecto retroactivo, volviéndose a la situación en que las partes se encontraban antes de contratar, es decir, las partes tienen derecho a ser restituidas (artículos 1687 y 1689). En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, como por lo general no es posible borrar los efectos que ya se produjeron, se entiende que la nulidad o resolución (terminación) opera sólo para el futuro.

b) *Teoría de los riesgos.* En el ámbito de los riesgos nuestro código establece que extinguida la obligación de una parte por caso fortuito, subsiste sin embargo, la obligación correlativa, es decir, el riesgo es de cargo de acreedor (artículos 1550 y 1820 del Código Civil). Si el contrato es de tracto sucesivo esta situación no ocurre, es decir, la extinción por caso fortuito o fuerza mayor de una obligación, de rebote produce la extinción de la obligación de la contraparte, ejemplo, el artículo 1950 del Código Civil dispone que la destrucción total de la cosa arrendada acarrea la expiración del contrato de arrendamiento, de modo que cesan las obligaciones de ambas partes.

c) *Teoría de la imprevisión.* Para solucionar la imprevisión hay dos fórmulas, revisar el contrato por el juez y recomponer la igualdad de la prestación, o bien, la resolución del contrato por causal de excesiva onerosidad sobreviniente. Estas dos instituciones sólo pueden operar en los contratos de tracto sucesivo y son impensables para los de ejecución instantánea, la duda subsiste en los contratos de ejecución diferida.

d) *Resciliación.* Esta institución está contemplada en el artículo 1567 inc. 1º del Código Civil, en virtud de la cual las partes de común acuerdo extinguen las obligaciones de un contrato o lo dejan sin efecto. Los contratos no pueden dejarse sin efecto por resciliación unilateral, pues ésta es un acto jurídico bilateral, es una convención. En los contratos de tracto sucesivo es posible que el contrato quede sin efecto por voluntad unilateral de uno de los contratantes (desahucio).

4.3 Contratos individuales y colectivos

Contratos individuales, son aquellos para cuyo nacimiento es indispensable la declaración de voluntad de todas las partes que resulten obligadas por el contrato y sólo crea derechos y obligaciones para las partes que consintieron en él.

Contrato colectivo, es aquel contrato que crea obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración, que no consintieron o que incluso disintieron en él.

La regla general son los contratos individuales y la excepción son los colectivos. Además, estos contratos son una excepción al efecto relativo de los contratos, pues afecta a personas que no manifestaron su voluntad, por ejemplo, convenio judicial (preventivo o solución), acuerdos adoptados en las asambleas (propiedad horizontal).

4.4 Contratos de libre discusión y de adhesión

Contratos de libre discusión o libremente discutido, es aquel en que las partes han deliberado sobre su contenido, examinando y ventilando atentamente las cláusulas del contrato. De allí que se diga que, este contrato es el resultado de un ajuste de intereses contrapuestos producido durante las negociaciones preliminares o fase precontractual. Aquí las partes discuten en un plano de igualdad y libertad, encontrándose su autonomía limitada exclusivamente por el necesario respeto al orden público y a las buenas costumbres.

Contrato de adhesión, es aquel tipo de contratos en que una de las partes dicta las cláusulas del contrato y las impone al otro contratante, el cual sólo debe aceptar los términos del contrato en bloque sin posibilidad de alguna modificación, es decir, adhiere a ellas.

La oferta, en los contratos por adhesión tiene características comunes:

- i) *Generalidad.* La oferta está destinada a todo un grupo de posibles contratantes;
- ii) *Permanencia.* La oferta se mantiene vigente mientras el autor no la retire; y
- iii) *Minuciosidad.* En la oferta se detallan todos los aspectos del contrato, aun los más hipotéticos (ej. contrato de transporte aéreo o marítimo).

La oferta en los contratos de adhesión presenta estas características, pero también puede presentarse un contrato de adhesión en que la convención sea única y entre dos personas, en este caso la oferta no tiene las características vistas, pero igualmente es un contrato por adhesión.

El profesor Jorge López Santa María, expresa que la particularidad de estos contratos no son las características de la oferta, sino que el desequilibrio del poder negociador de los contratantes, una de las partes impone a la otra el contrato porque goza de una posición privilegiada, el autor de la oferta por su superioridad, normalmente económica, está en condiciones de imponer los términos del contrato. Este contrato más que el acuerdo de dos voluntades es obra de una de ellas.

Naturaleza jurídica del contrato de adhesión

a) *Tesis anticontractualista* (Saleilles). Según el citado autor, los contratos por adhesión “no tienen de contrato sino el nombre”, para él este tipo de contratos no tiene una naturaleza contractual. Analizando el consentimiento señalan que éste supone un debate entre las partes al final del cual surge el consentimiento (acuerdo), y si no hay debate no hay voluntad común ni acuerdo; dicen que tampoco es cierto que en estos contratos las partes estén en un mismo pie de igualdad y libertad, no es serio pensar que la persona que contrata con una empresa aérea tiene las mismas condiciones que ella. Además, los efectos del contrato se fijan por la voluntad del oferente, es más, por ejemplo, las compañías de seguro se ponen de acuerdo para ofrecer un contrato tipo.

Por lo tanto, el contrato por adhesión es en verdad un acto jurídico unilateral, sólo que produce efectos a favor o en contra de quienes adhieren a él. Son actos jurídicos unilaterales de naturaleza reglamentaria, emparentados con los reglamentos del poder ejecutivo.

La importancia o finalidad de esta teoría radica en que ella pretende darle al juez un mayor poder de apreciación que aquel de que goza a propósito de los contratos libremente discutidos. Así tratándose de estos últimos, el juez debe respetarlos, pues el artículo 1545 del Código Civil, al consagrar el principio de su fuerza obligatoria, le prohíbe toda otra actitud. En cambio, en lo que atañe a los contratos por adhesión, el juez podría rehusar la aplicación de cláusulas abusivas dictadas por el autor del “reglamento”.

ii) *Tesis contractualista.* Es la posesión mayoritaria. Los que sostienen esta postura señalan que el contrato por adhesión es un contrato, ellos utilizan un punto de vista formal, reconociendo que el oferente impone el contenido y la ley del contrato, pero expresan que la voluntad del destinatario es indispensable para crear un vínculo (conclusión del acto jurídico). La adhesión, en verdad, es un modo especial de aceptación, pero que reposa, aun así, sobre la voluntad del oferente y la del destinatario. Lo que importa es que la voluntad sea consciente y libre. Jurídicamente los destinatarios prestan su consentimiento, ya que su voluntad, tiene el mismo valor que la del oferente, dado a que, para la formación del contrato, la ley exige dos consentimientos, sin medir o discriminar entre la fuerza de las voluntades.

Sin perjuicio de lo anterior, el profesor Jorge López Santa María arriba a la siguiente conclusión: *“Empero, nadie podrá negar que, efectivamente, las voluntades de las partes no participan en las mismas condiciones al concluir el contrato de adhesión. Si tales voluntades tienen un peso diferente, no se divisa la razón para sostener que jurídicamente su valor es igual”*.

Hay sentencias que reconocen que el contrato por adhesión es un contrato autónomo, teniendo efectos particulares o propios y concluyen, que estos contratos son igualmente válidos y constituyen una ley para las partes, igual que el de libre discusión.

Finalmente cabe señalar que la contratación por adhesión no está descubierta de protección en cuanto a las personas. De ellas se preocupa la ley de protección al consumidor, al efecto el artículo 1 N° 6 define el contrato por adhesión diciendo que: *“es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor para celebrarlo pueda alterar su contenido”*.

Reglas de interpretación propias de los contratos de adhesión

a) **Riesgo de la redacción.** El artículo 1566 inciso 2º del Código Civil dispone: *“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”*.

Esta es una regla de interpretación contra el redactor, lo que significa que si la cláusula es ambigua es por culpa del oferente, ya que pesa sobre él – que es quien dictó el contrato-redactarla de forma clara; por lo tanto, él debió explicar su sentido.

El artículo 1566 del Código Civil se pone en la situación de que como el oferente puede elegir las cláusulas del contrato según su interés, está entonces en una situación de privilegio

(que se contrapesa con este artículo). Esta regla se aplica a los contratos de libre discusión, y también a los de adhesión.

b) Preferencia de la cláusula manuscrita sobre la cláusula impresa. Esta regla aunque no está directamente establecida en el código resulta de la redacción del artículo 1560 del Código Civil -voluntad común-, "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".

Los contratos por adhesión en general, son contratos tipo o cliché, vale decir, con cláusulas previamente redactadas, en las que se encuentran todas aquellas que el oferente ha querido introducir. Pero puede ocurrir que en el momento de celebrarse el contrato los contratantes introduzcan una cláusula nueva que modifica o incluso deroga alguna (s) de las disposiciones previamente redactadas; si las partes no son cuidadosas y no suprimen las cláusulas tipo, por lo general impresas, surgirá un conflicto, una contraposición entre la cláusula impresa y la cláusula manuscrita.

Tratándose de un contrato ordinario, de libre discusión, el intérprete debe procurar conciliar las disposiciones contradictorias de la convención, es decir, debe tratar de buscar la armonía entre ambas según se desprende del 1564 del Código Civil, pero en un contrato por adhesión la solución es diversa. Como el principio del respeto de la voluntad común es en Chile la viga maestra de la función interpretativa, resulta natural dar preferencia a las cláusulas manuscritas por sobre las redactadas previamente e impresas en el formulario; aquella (cláusula manuscrita) debe considerarse la genuina expresión de la voluntad común, ya que se introduce en el texto contractual en el momento mismo de su conclusión y generalmente de puño y letra de las partes; la cláusula manuscrita deroga, pues, a la cláusula establecida anticipadamente en el texto cliché.

Esta regla no esta expresamente consagrada en el Código Civil, pero lo está en la Ley de Protección al Consumidor, que señala que en los contratos por adhesión prevalecen las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando, son incompatibles entre sí.

Soluciones a los problemas de la contratación por adhesión

a) *Contrato dirigido*. En los marcados casos de abusos de los oferentes, el legislador ha intervenido reglamentando imperativa u obligatoriamente las cláusulas más importantes de estos contratos para proteger al más débil. En consecuencia, el legislador se anticipa a la adhesión y la evita; entonces tenemos que en estos contratos dirigidos, el oferente y el aceptante se someten a un estatuto legal previamente establecido.

b) *Homologación*. Es el proceso en virtud del cual, se somete a aprobación de la autoridad los contratos estandarizados que se ofrecerán con posterioridad a los consumidores. Un caso de lo anterior es la probación de las pólizas de seguro por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros.

c) *Contratos tipo bilaterales.* Se han creado los contratos tipo bilaterales, en donde hay dos grupos antagónicos que se ponen de acuerdo en el texto del contrato, como por ejemplo, en los contratos colectivos de trabajo que luego regulan los contratos individuales¹².

d) *Nueva concepción de la lesión enorme.* A partir del BGB¹³ aparece un nuevo concepto de lesión enorme que permite desterrar los casos ostensibles de abusos del oferente sobre el adherente¹⁴. En Chile la rescisión por lesión enorme sólo cabe en ciertos contratos con aplicación restrictiva; en cambio, en derecho comparado se ha tipificado este vicio de forma generalizada, aplicable respecto a todos los actos jurídicos en que haya explotación del cocontratante.

e) La inhibitoria es una combinación de dos tipos de controles: administrativo y judicial, que conlleva eventualmente, la prohibición de introducir ciertas y determinadas cláusulas en contratos masivos.

f) Control realizado por organismos antimonopólicos o de la transparencia, libertad y lealtad de mercado.

g) Ineficacia de cláusulas introducidas en contratos que tengan el carácter de abusivas. Ejemplo de lo anterior en nuestra legislación son los artículos 16 y 17 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Consumidores.

4.5 Contratos preparatorios y definitivos

Contrato preparatorio, preliminar o pactum de contrahendo, es aquel mediante el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán otro contrato, que por ahora ellos no pueden concluir o que está sujeto a incertidumbre, siendo dudosa su factibilidad.

Contrato definitivo, es el que se celebra cumpliendo con la obligación generada por el contrato preparatorio. La obligación que surge del contrato preparatorio es una obligación de hacer: celebrar el contrato definitivo, dentro de un plazo o si se cumple una condición. El carácter futuro del contrato definitivo es lo que explica el sentido del contrato preparatorio.

Ejemplos típicos de contratos preparatorios:

- i) Contrato de promesa de celebrar un contrato (artículo 1554 del Código Civil).
- ii) Contrato de opción: Fernando Fueyo sostiene que el contrato de opción *“es un contrato preparatorio general que consiste en la oferta unilateral de contrato que formula una de las*

¹² Véase en el presente apunte, la clasificación de contratos tipo: unilaterales y bilaterales.

¹³ Código Civil Alemán de 1900

¹⁴ El artículo 138 del BGB declara nulo cualquier acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, obtiene para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que se hallen en desproporción chocante con el valor de dicha prestación.

partes, de manera temporal, irrevocable y completa, en favor de otra, que de momento se limita a admitirla, reservándose la facultad de aceptarla”.

El profesor Jorge López Santa María manifiesta que no aparece el carácter de contrato preparatorio, como en los casos anteriores, de:

- i) La cláusula compromisoria.
- ii) Pacto de retroventa (artículo 1881 del Código Civil). Se ha discutido si este pacto tiene o no un carácter de contrato preparatorio. El mencionado autor dice que se trataría de una venta bajo condición resolutoria ordinaria, consistente en que el vendedor manifiesta su voluntad de recuperar la cosa vendida¹⁵.

CAPÍTULO II

CATEGORÍAS CONTRACTUALES¹⁶

1. CONTRATO DIRIGIDO

En materia de contratos, el legislador actúa, en la generalidad de los casos, de manera supletiva de la voluntad de las partes

Tratándose de los contratos dirigidos, por el contrario, la reglamentación legal asume el carácter de imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de la persona con la cual se ha de contratar. En otras palabras, las disposiciones legales son imperativas, las partes no pueden modificarlas, ni derogar lo que el legislador estableció en ellas.

El dirigismo contractual nace como una forma de atenuar el contrato por adhesión, como respuesta legislativa a los abusos producidos en materia de contrato individual de trabajo. Nació como tal, en Europa aproximadamente el año 1900.

¹⁵ Téngase presente que el contrato preparatorio engendra una obligación de hacer: consistente, precisamente, en la obligación de celebrar un contrato. Ante el incumplimiento de la mencionada obligación, cabe a la parte diligente, pedir el cumplimiento forzado de la misma, a través de un juicio ejecutivo normado por reglas especiales. Véase Título II del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ Distíngase claramente entre clasificaciones de los contratos, las que pueden ser legales y doctrinarias y entre las categorías contractuales. La clasificación legal de los contratos se divide en: unilaterales y bilaterales (de entre los cuales se distinguen los sinalagmáticos perfectos e imperfectos), gratuitos y onerosos, de éstos últimos se desprende la clasificación de conmutativos y aleatorios, principales y accesorios y finalmente, consensuales, reales y solemnes. Por otra parte, la clasificación doctrinaria de contratos distingue entre: nominados e innominados, de ejecución instantánea, de ejecución diferida y de tracto sucesivo, contratos individuales y colectivos, contratos libremente discutidos y por adhesión, contratos preparatorios o definitivos. Luego, las categorías contractuales son: contrato dirigido, contrato forzoso o impuesto, contrato tipo, contrato ley, subcontrato, autocontrato, contrato por persona a nombrar y contrato por cuenta de quien corresponda.

No siempre el dirigismo contractual se manifiesta como imposición del contenido del contrato, ya que también puede manifestarse en la persona con la cual se debe contratar. Ejemplo de lo anterior, era la antigua situación del arrendamiento de predios rústicos, dado a que el arrendador estaba obligado, a ofrecer en arriendo el predio –primero que a otros interesados- al colono que lo arrendaba.

Un ejemplo, del primer tipo de contrato dirigido es el que imperó en Chile durante mucho tiempo, relativo al arrendamiento de predios urbanos, desincentivó la inversiones en bienes inmobiliarios, toda vez que el legislador, en su afán proteccionista del arrendatario, limitaba la libertad del arrendador, el que podía fijar la renta dentro de un rango que no superaba el 12% del avalúo fiscal del bien inmueble.

2. CONTRATO FORZOSO

Es contrato forzoso, aquel que el legislador obliga a celebrar o lo da por celebrado.

No están incluidos dentro de esta categoría contractual el contrato definitivo, que debe celebrarse para cumplir un contrato preliminar, pues, aquí la obligación de contratar no da origen a la contratación forzosa¹⁷, ni los contratos necesarios, ejemplo, artículo 2236 del Código Civil relativo al depósito necesario, que se originan por circunstancias excepcionales, de hecho, que provocan la necesidad de contratar.

El profesor Jorge López Santa María clasifica los contratos forzosos en:

a) Contratos forzosos ortodoxos. Estos contratos se forman en dos etapas, una primera, en donde interviene un mandato de la autoridad, generalmente la ley, que impone la obligación de contratar; una segunda, en que la persona celebra el contrato, pero al hacerlo puede elegir a la persona con quien quiere contratar y discutir con ella sus cláusulas. Esta etapa conserva, la fisonomía de los contratos ordinarios, pues, la formación del consentimiento (etapa precontractual) sigue implicando negociaciones o, cuando menos, intercambio de voluntades. Ejemplo de lo anterior es el seguro automotriz obligatorio

b) Contratos forzosos heterodoxos¹⁸. Estos contratos se caracterizan por la pérdida completa de la libertad contractual, la fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato de “un solo golpe”; no hay que distinguir etapas, dado a que el contrato no precisa intercambio de voluntades. Tanto el

¹⁷ Piénsese en que el contrato definitivo proviene de la obligación generada por el contrato de promesa, que ha sido libremente acordado y no impuesto por el legislador.

¹⁸ Para la profesora Martinic el contrato forzoso heterodoxo no es contrato, porque le falta el requisito de existencia, el requisito sine quo non de todo contrato, el acuerdo de voluntades. Aquí el contrato es impuesto por la ley de manera imperativa.

vínculo jurídico, como las partes y el contenido negocial, vienen impuestos por el legislador. Ejemplo de lo anterior es la hipoteca legal¹⁹.

3. CONTRATO TIPO

Es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes establecen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación.

Al celebrar un contrato tipo los contratantes suscriben un formulario tenido como modelo, por regla general impreso, destinado a ser reproducido sin alteraciones importantes en múltiples contratos individuales posteriores.

La ventaja de este tipo de contratos radica en que ha logrado reducir considerablemente la fase de las negociaciones preliminares y de esto ha resultado una economía en tiempo y una simplificación de las transacciones.

En ocasiones las prácticas del comercio devienen en desajustes con la letra de la ley, por lo que los contratos tipo han dado origen a costumbres comerciales, lo que se denomina por la doctrina *ius mercatorium*, en lo que se refiere al Derecho Marítimo y en *incoterms*²⁰ en la compraventa internacional de mercaderías²¹.

La desventaja radica en el peligro que implican. En particular los contratos tipo unilaterales suelen ser el instrumento que emplean las empresas para imponer cláusulas abusivas a los consumidores, por ejemplo, estableciendo cláusulas de irresponsabilidad, renunciaciones de derechos, etc.

El contrato tipo admite dos modalidades:

a) **Contrato tipo unilateral**²². **Concepto.** Es aquel contrato en el que las condiciones generales del tráfico comercial son determinadas por grupos económicos o empresas y no por los intereses convergentes. Reciben también el nombre de “carteles”.

Sus autores no negocian en absoluto con los futuros clientes, cuando éstos deseen contratar irán donde la persona (empresa) indicada, quien les impondrá la fórmula forjada anticipadamente por medio del contrato tipo. Vale señalar que en estos casos hay un contacto estrecho entre contrato tipo y contrato por adhesión. Sin perjuicio de lo anterior deben

¹⁹ Es así como el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 662 del mismo cuerpo legal, establecen como imperativo jurídico la constitución de una hipoteca por los comuneros que se hagan adjudicaciones sobre las propiedades tenidas en común, si se cumplen los demás presupuestos legales.

²⁰ Los incoterms pueden ser conceptualizados como una práctica de estandarización en la contratación, en términos de fijar el alcance de ciertas expresiones de uso frecuente dentro del contexto del comercio internacional. Las reglas internacionales para la interpretación de los Términos Comerciales han sido aprobadas en Chile por la Cámara de Comercio de Santiago y por la Asociación de Exportadores.

²¹ Véase en DEL CANTO RIVERA, Nicole: “Costumbre Mercantil y Sus Implicancias Prácticas. Jurisprudencia y Doctrina”, Editorial Librotecnia, 2013, Santiago.

²² La presente clasificación ha sido formulada doctrinariamente, sin tener en consideración las eventuales sanciones impuestas por nuestra legislación protectora de la Libre Competencia.

diferenciarse por las notas distintivas de uno y otro. Así, las características del contrato tipo son: la redacción previa y la generalidad; mientras que el contrato de adhesión se distingue, en cambio, por la desproporción entre el poder negociador del oferente y del aceptante.

b) **Contrato tipo bilateral. Concepto.** Es aquella fórmula que deriva en la redacción contractual de un instrumento en el cual las partes en la convención tienen intereses divergentes.

Ejemplo de lo anterior son las convenciones colectivas de trabajo acordadas por los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores. En consecuencia, los futuros contratos individuales no serán de adhesión, porque los términos del contrato no los impone una de las partes a la otra, sino que han sido previamente acordados²³.

El contrato tipo tiene eficacia jurídica desde que es celebrado, creando para quienes concurren a su conclusión, precisamente, la obligación de respetar sus cláusulas en los contratos individuales que tengan lugar en el futuro. Tratándose de los contratos tipo unilaterales si una de las empresas no lo respeta al contratar posteriormente con un particular, el contrato individual es plenamente válido ya que para el particular el contrato tipo es *res inter alios acta*²⁴. Por ende, las otras empresas, perjudicadas por la violación del contrato tipo unilateral, y por la competencia desleal que esa violación de ordinario implicará, no pueden exigir la ejecución forzada *in natura* del contrato tipo, pero nada obsta para que intenten la acción de perjuicios contra la empresa que no respetó el texto tipo²⁵.

Las condiciones generales de contratación pueden ser consecuencia de un contrato tipo como también de la voluntad exclusiva de una persona, a modo de contrato de adhesión, una vez que la otra parte acepte la redacción predisponente del contrato²⁶.

Por otra parte, si las condiciones generales de contratación provienen de un contrato tipo, este puede ser unilateral o bilateral. En el primer caso, los contratos unilaterales que se celebren con posterioridad constituyen un contrato de adhesión. En el segundo; esto es, si provienen de un contrato tipo bilateral, operan, justamente, como un modo de repeler a la adhesión como fórmula de contratación, toda vez que se origine en virtud de la comunión de intereses divergentes.

²³ Téngase presente que los contratos colectivos constituyen una excepción al efecto relativo de los contratos, dado que producen efectos respecto de terceros que no concurren a la celebración del contrato y que, incluso, pudieron haberse opuesto.

²⁴ *Res inter alios acta* es una expresión latina utilizada en Derecho y, en particular, en el Derecho contractual, que puede traducirse como "cosa realizada entre otros".

²⁵ Las condiciones generales de contratación, a las que se ha hecho referencia en el presente acápite, pueden ser definidas como un conjunto de cláusulas o disposiciones redactadas de antemano, de manera abstracta, para ser empleadas después en una serie ilimitada de contratos concretos.

²⁶ Téngase presente que respecto de las fuentes de las condiciones generales de contratación, la pre-redacción proveniente de una sola persona o parte, no genera un contrato por sí misma, dado a que el contrato como convención requiere de la manifestación de voluntad de dos partes (que pueden ser dos o más personas, según dispone el artículo 1438 del Código Civil). Sólo se genera un contrato cuando la otra parte adhiere a dichas condiciones.

4. CONTRATO LEY

Contrato ley son aquellos contratos en virtud de los cuales el Estado concede franquicias –reducción de impuestos, reducción de aranceles aduaneros, por ejemplo– con el fin de fomentar el desarrollo de determinadas actividades productivas, garantizando que no modificará ni derogará en el futuro, aquellas regalías contractualmente establecidas.

El Estado, con el objeto antes mencionado, junto con la finalidad de alcanzar ciertas metas económico-sociales, concede franquicias a los particulares estableciendo, así, estatutos jurídicos de excepción. Sin embargo, como el poder legislativo tiene la facultad de modificar o derogar las leyes, existe o puede existir el temor, de que los gobernantes dejen sin efecto las franquicias concedidas, sin que se logre el fin que se tuvo presente al momento de establecerlas. En pos evitar esto, se ha creado el mecanismo del contrato-ley en cuya virtud el Estado garantiza que no derogará ni modificará las franquicias contractualmente establecidas.

En consecuencia, la Administración celebra el convenio respectivo con el beneficiado y después una ley lo aprueba, o bien, la ley autoriza de un modo general la conclusión de determinado contrato, cuyos beneficios o efectos no serán susceptibles de modificación ulterior. Ejemplos clásicos de este tipo de contratos leyes son: a) DFL 2 de 1959 que establece una serie de exenciones, tales como el contrato ley constituido por el beneficiario de permiso de edificación de viviendas económicas, reducido a escritura pública, suscrito además, por el tesorero comunal (en representación del Estado), b) DL 600 sobre inversión extranjera, en virtud del cual el inversionista puede optar por una invariabilidad del régimen tributario por 10 años.

La Corte Suprema ha reconocido valor al contrato ley, admitiendo que se encuentran en un plano intermedio entre los contratos de derecho público y los contratos de derecho privado, y señalando que el Estado no puede ponerles término unilateralmente porque se trata de contratos bilaterales onerosos que deben cumplirse de buena fe²⁷. Por lo tanto las franquicias que el Estado otorga a los particulares a cambio de las prestaciones que éstos han debido realizar en favor de aquél, constituyen un derecho adquirido que se ha incorporado a su patrimonio y que no puede ser desconocido por voluntad unilateral del Estado.

Eduardo Novoa Montreal ha sido el mayor opositor a la tesis de la Corte Suprema, para él los contratos leyes constituyen una inaceptable enajenación de la soberanía nacional, porque a pesar de que en derecho público sólo puede hacerse aquello que está expresamente permitido, el Poder Legislativo sin autorización legal se está menoscabando a sí mismo la facultad de modificar o derogar normas preexistentes. A su juicio, la Corte Suprema cometería el error de visualizar únicamente desde una perspectiva individualista un problema de interés general de la nación (establecer impuestos o tributos) aplicando criterios de derecho privado allí donde habría correspondido resolver en conformidad al derecho público.

Como la actual Constitución Política de la República nada dice respecto de los contratos leyes, cabe interpretar esta omisión como el restablecimiento de su pleno valor y eficacia.

Cabe señalar que en diversas leyes se ha reconocido el valor de los contratos leyes, como se desprende de la Ley Nº 18.591 que establece franquicias tributarias y aduaneras a favor de las empresas de que se instalen en el territorio de la XII región del país. Una forma de proteger

²⁷ Téngase presente el artículo 1546 del Código Civil (buena fe).

la eficacia de los contratos leyes, es ampliar la argumentación jurídica de la propiedad sobre los derechos personales, que no puede ser vulnerada, sino por una ley expropiatoria, a éstos tipos de convenciones.

5. EL SUBCONTRATO

Es un nuevo contrato derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza.

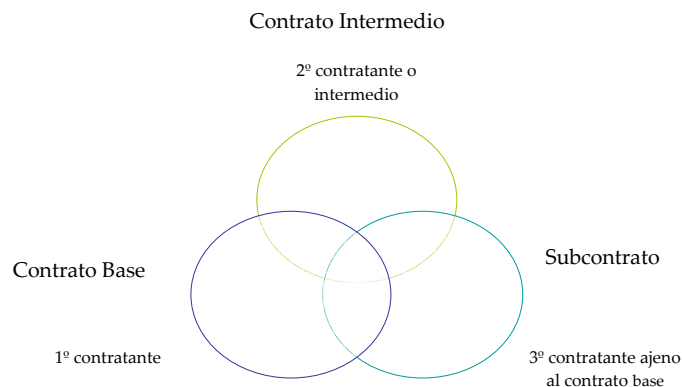
El Código Civil contempló expresamente esta categoría sólo a propósito del arrendamiento y del mandato, regulando los subcontratos de subarrendamiento y delegación del mandato. Además va implícita la figura del subcontrato en el contrato de construcción por suma alzada, cuando el constructor encarga a un tercero la realización de una determinada obra; y en el contrato de sociedad, cuando uno de los socios forma con su parte social otra sociedad particular con un tercero.

La subcontratación puede tener como antecedente contratos base típicos o atípicos. En todo caso el contrato base debe necesariamente reunir ciertas características para que la subcontratación sea procedente: a) debe tratarse de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo; b) no debe constituir un título translaticio de dominio, pues si lo es cuando el adquirente celebra un contrato similar con otra persona ya no habrá subcontrato, sino que uno nuevo independiente y autónomo.

Concluido un contrato que permite la subcontratación, el contratante tiene tres vías posibles de comportamiento: a) cumplir las prestaciones debidas; b) no cumplirlas; c) contratar la ejecución del contrato con una tercera persona. Es en este último caso donde surge el subcontrato.

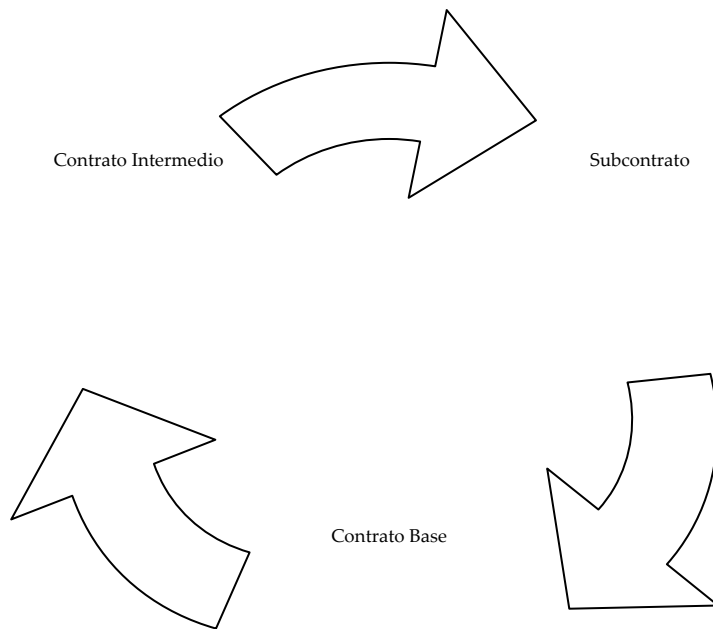
Desde un punto de vista subjetivo, la subcontratación se caracteriza por la presencia de tres partes. El primer contratante sólo es parte del contrato base. El segundo contratante o intermediario es parte en ambos contratos. El tercer contratante, ajeno al contrato base, celebra su contrato con el intermediario.

Esquema Punto de vista subjetivo de la subcontratación



Desde un punto de vista objetivo, aparece la dependencia del subcontrato al contrato base. Aquél nace modelado y limitado por el contrato base. Como el intermediario da origen al subcontrato usando su posición de parte en el primer contrato, él debe actuar exclusivamente con los derechos y obligaciones que el contrato base le otorga, por consiguiente, las prestaciones a las cuales se obligan el segundo y tercer contratante han de ser de igual naturaleza que las prestaciones derivadas del primer contrato. De igual forma, una vez extinguido el contrato base, hay imposibilidad de ejecución del subcontrato.

Esquema punto de vista objetivo de la subcontratación.



La fundamentación práctica de la subcontratación radica en que permite disminuir los costos y/o en lograr una mejor calidad del producto.

El subcontrato es distinto de figuras afines, como por ejemplo, de la *cesión de contrato*. La cesión de contrato consiste en el traspaso por uno de los contratantes a un tercero, de su íntegra posición jurídica en un contrato determinado. Con el consentimiento del cocontratante primitivo traspa el cedente al cesionario²⁸ todos sus derechos y obligaciones derivados del contrato, en consecuencia, el cesionario pasa a ocupar la misma situación que tenía el cedente, como si hubiera sido contratante inicial, desapareciendo definitivamente el cedente de la escena del contrato.

²⁸ Para efectos didácticos téngase presente que en las calidades jurídicas en la contratación, se distinguen, generalmente dos partes. Cedente es el que cede y cesionario al que le ceden. Aplíquese en el mismo sentido a todos los demás contrato en que coincida el criterio. Ejemplos: Mandante: el que manda, mandatario: al que mandan; arrendatario: el que arrienda, arrendador: al que le arriendan; mutuante: el que da en mutuo, mutuario: al que le dan en mutuo; etc. En síntesis las calidades contractuales que terminan en “ante” representan al contratante A y aquellas que terminan en “ario” representan al contratante B.

A diferencia del subcontrato, en la cesión de contrato opera un traspaso total de los derechos y obligaciones del cedente, por eso es requisito sine qua non el consentimiento de todas las partes (co-contratante, cedente y cesionario). En el subcontrato, no se requiere de la voluntad del primer contratante; el intermediario sólo cede una parte de los derechos y obligaciones derivados del contrato base, creándose nuevos derechos y obligaciones entre el segundo y tercer contratante.

Hay entre el contrato base y el subcontrato una relación de *simultaneidad*, compuesta de dos unidades jurídicas, que aunque dependientes, tiene cada una identidad y existencia propia. En el caso de la cesión de contrato, la relación es *sustitutiva*, pues existe una sola unidad jurídica que es reemplazada por otra.

6. EL AUTOCONTRATO

Es el acto jurídico que una persona celebra consigo misma, sin que sea necesaria la concurrencia de otra persona.

En virtud de la autocontratación, la persona interviniente puede actuar como:

- a) Parte directa y como representante de la otra.
- b) Representante legal o convencional de ambas partes (doble representación).
- c) Titular de dos patrimonios sometidos a regímenes jurídicos diferentes²⁹.

Naturaleza jurídica del autocontrato

a) *Arturo Alessandri*. El citado autor sostiene que el autocontrato es un acto jurídico unilateral, dado a que el contrato es, por esencia, un acuerdo de voluntades, y el acto jurídico consigo mismo carece de este elemento, por cuanto es obra de una sola voluntad.

b) *Luis Claro Solar*. Señala que el autocontrato es un contrato. “Ver en el autocontrato un acto jurídico unilateral que produce efectos contractuales, nos parece contradictorio: si un acto jurídico produce obligaciones contractuales, esto es, convencionales, importa en realidad un contrato, aunque sea un contrato de naturaleza especial, dada la manera como se forma”.

Para llegar a esta conclusión, Claro Solar, se apoya en la idea de representación, en cuanto el sujeto que interviene como representante no manifiesta su propia voluntad sino que la del representado³⁰, la cual lleva a admitir que al autocontratar el actor estaría exteriorizando

²⁹ El profesor Jorge López Santa María ejemplifica la tercera hipótesis con el caso que se da en la partición que, a veces celebra una persona, consigo mismo.

³⁰ De la representación, véase en sección Mandato. Contratos Parte Especial, de apuntes www.interrogaciones.cl. Por el momento téngase presente que, la teoría moderna de la representación, la sitúa como una modalidad de los actos jurídicos, ya que alteran los efectos normales de aquellos, toda vez que los efectos

varias voluntades distintas. Sin embargo, esto tiene inconvenientes ya que sería inaplicable a la tercera situación de autocontratación (una persona es titular de dos o más patrimonios diferentes), pues ahí no existe representación; además la idea a que acude Claro Solar es la de la representación-ficción, y tal concepción ha quedado superada por la de representación-modalidad.

c) *Jorge López Santa María*. Para este autor el autocontrato es siempre un contrato. En principio, porque nada obsta a que jurídicamente la personalidad de un individuo pueda desdoblarse, de tal modo que la voluntad se exterioriza a diversos títulos. Luego, porque si el contrato forzoso, incluso forzoso heterodoxo es contrato, puede concluirse que también lo es el autocontrato.

En el derecho comparado la validez del autocontrato es indiscutida, pero por razones de distinta índole las legislaciones prohíben algunos autocontratos y sujetan otros al cumplimiento de exigencias o formalidades habilitantes.

7. CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR Y CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA

El contrato por persona a nombrar es aquel en que una de las partes se reserva la facultad de designar, mediante una declaración ulterior, a la persona que adquirirá retroactivamente los derechos y asumirá las obligaciones inicialmente radicadas en su patrimonio.

El Código Civil desconoce esta figura, sin embargo, está contemplada en el artículo 256 del Código de Comercio a propósito de la comisión (especie de mandato mercantil).

El profesor René Abeliuk, junto con aceptar la validez de este tipo de contratos, explica su aplicación práctica sobre la base de casos que pueden o no presuponer un mandato. El mandante desea que su nombre permanezca desconocido, por ejemplo, porque quiere adquirir el inmueble colindante al suyo. Si el vecino sabe esto subirá el precio, entonces instruye al mandatario para que celebre una compra por persona a nombrar. Añade, asimismo, que la categoría contractual puede existir al margen del mandato, por ejemplo, una persona desea efectuar un negocio para lo cual no cuenta con capitales suficientes y necesita interesar a otros sujetos que se lo aporten; mediante esta figura puede realizarlo, dejando el contrato abierto para que los capitalistas posteriores ingresen a él³¹.

jurídicos producidos por una voluntad se radican en el patrimonio de otra persona, según se desprende de la redacción del artículo 1448 del Código Civil.

³¹ El profesor Jorge López Santa María señala que si se razona sobre la base de que un mandato antecede al contrato por persona a nombrar, este mandato reviste un interés particular: viene a configurar, a su juicio, una nueva categoría o categoría intermedia entre el mandato con representación y el mandato sin representación. Tratándose de un contrato cualquiera por persona a nombrar, el cocontratante del mandatario (la parte inmutable) sabe que existe un mandato, sabe que el contratante fungible es un mandatario, pero ignora la persona del mandante.

El **contrato por cuenta de quien corresponda** es aquel contrato en el cual una de las partes inicialmente queda indeterminada o en blanco, en la seguridad de que después será individualizada.

Al momento de celebrarse el contrato uno de los participantes tan sólo tiene formalmente el carácter de parte, ya que necesaria y forzosamente será reemplazado por el verdadero contratante (es decir, *por quien corresponda*).

Diferencias entre el contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda

a) En el primero, las partes reales son: el contratante definitivo y el contratante fungible (este es parte desde la celebración del contrato y puede llegar a serlo definitivamente si no nombra al reemplazante). En cambio, en el contrato por cuenta de quien corresponda hay también un contratante inmutable, pero el otro, el llamado contratante formal, no es parte; las partes son siempre el contratante conocido desde el comienzo y el contratante sustancial o real.

b) En el contrato por persona a nombrar la designación del reemplazante (si se produce) es obra de una de las partes, quien se reservó el derecho a nominarlo. En el contrato por cuenta de quien corresponda, la individualización del contratante sustancial o real (necesariamente se producirá) no es obra de una de las partes, sino que el resultado de un suceso extrínseco, por ejemplo, un acto de autoridad, en cuya virtud se determina a la persona que estaba en blanco o permanecía incierta.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN

Existen dos grandes principios de la contratación; la autonomía de la voluntad y la buena fe.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Algunos sostiene que el principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, son sinónimos. Para otros la libertad contractual no es sino, una manifestación en materia contractual de este principio más amplio, que es el principio de autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad, es un principio en virtud del cual, los hombres gozan de plena libertad para ejecutar los actos jurídicos y celebrar los contratos que deseen dentro de la esfera de sus atribuciones, siempre que no vulneren, disposiciones prohibitivas de las leyes, las disposiciones imperativas que establecen requisitos y que no vayan en contra de la moral, el orden público o las buenas costumbres.

En otras palabras, decir que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan.

Son manifestaciones de la autonomía de la voluntad en materia contractual los siguientes subprincipios:

1. Consensualismo.
2. Libertad contractual.
3. Fuerza obligatoria de los contratos.
4. Efecto relativo de los contratos.

El consensualismo y la libertad contractual dicen relación con la formación del contrato. La fuerza obligatoria y el efecto relativo atañen con los efectos del contrato, es decir, regulan la relación jurídica contractual.

La autonomía de la voluntad puede tener como fundamento uno de carácter filosófico y otro de carácter económico. El primero dice relación con la libertad natural del hombre y aquel de índole económico se basa en el liberalismo económico.

1. CONSENSUALISMO CONTRACTUAL

Este principio consiste en averiguar si los contratos surgen a la vida jurídica como simples pactos desnudos, por la sola manifestación de la voluntad interna de las partes (tesis contractualista), o por el contrario, si es necesario cumplir con formalidades externas (tesis del contrato como pacto revestido).

Para ser consecuentes con el principio de la autonomía de la voluntad, ha debido afirmarse la vigencia del principio del consensualismo contractual. Los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, ya que cualesquiera exigencias de ritos externos o formalidades vendrían a contradecir la premisa según la cual la voluntad, todopoderosa y autosuficiente, es la fuente y medida de los derechos y de las obligaciones contractuales.

La proclama reseñada en el párrafo anterior es históricamente falsa. A través de los siglos, casi siempre los contratos han sido formales.

El consensualismo sólo surge en los Tiempos Modernos, por lo que la idea del contrato como simple acuerdo verbal de voluntades es reciente.

El artículo 1443 Código Civil clasifica los contratos en consensuales, solemnes y reales. Son consensuales todos aquellos contratos que no son solemnes ni reales, este es el grupo más amplio. Pero estos contratos consensuales muchas veces son formales, en cuanto requieren una formalidad habilitante, de prueba, de publicidad o convencional.

Existen dos grupos de contratos consensuales:

1. *Propiamente consensuales*, que corresponden a la concepción moderna del contrato como pacto desnudo.
2. *Consensuales formales*, que son aquellos contratos que siendo consensuales requieren, para tener plena eficacia, del cumplimiento de formalidades habilitantes, de prueba, de publicidad o convencionales. Estos contratos no tienen de consensuales más que el nombre. En verdad son contratos formales o pactos vestidos.

1.1 Excepciones y atenuantes al principio del consensualismo contractual

a) *Contratos solemnes y reales*. Los **contratos solemnes** son aquellos en que es imprescindible, al celebrarlos, que las partes cumplan con los formalismos exigidos por la ley *en atención a la naturaleza del acto jurídico*, los que varían dependiendo del contrato de que se trate, por ejemplo, escritura pública en la compraventa de bienes raíces, ésta es una solemnidad objetiva o *ad substantiam*, cuya omisión se sanciona con la nulidad absoluta del contrato.

Los **contratos reales** son los que precisan de la entrega de la cosa sobre la cual recaen, *datio*, que tiene que producirse en el instante mismo en que nace o se concluye el contrato.

b) El consensualismo también pierde sentido cuando se exigen otras **formalidades: habilitantes, ad probationem, publicidad y convencionales**.

A estas formalidades se las suele llamar atenuantes al principio del consensualismo, para expresar que la ruptura o quiebre de este principio es menos intenso que en los casos de excepciones.

El profesor Jorge López Santa María señala que los efectos del incumplimiento de estas formalidades son tan radicales que, al fin de cuentas, derogan el principio en cuestión.

Formalidades habilitantes, son aquellas que tienen como finalidad proteger a los incapaces y casi siempre consisten en la necesidad de obtener una autorización (judicial o del representante legal). Su omisión se sanciona con la rescisión del acto o contrato.

Formalidades de publicidad, son exigidas por la ley a fin de obtener la divulgación o noticia a los interesados de haberse celebrado un acto jurídico. El profesor Víctor Vial clasifica estas formalidades en: de simple noticia y sustanciales, acarreado como sanción su omisión la indemnización de perjuicios y la inoponibilidad, respectivamente.

Formalidades de prueba, son exigidas para acreditar en juicio la celebración de un contrato. De acuerdo al artículo 1701 del Código Civil todas las formas *ad solemnitatem*, al mismo tiempo que se exigen en atención a la naturaleza de los actos jurídicos, juegan *ad probationem*. En segundo lugar, y es la más amplia de las formas de prueba, pues cubre la mayoría de los contratos civiles, de acuerdo a los arts. 1708 y 1709 del Código Civil deben extenderse por escrito todos los contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. La omisión se sanciona con la inadmisibilidad de la prueba testimonial.

Formalidades convencionales, son aquellas pactadas por las partes, y cuyo cumplimiento permite que el contrato se repute definitivamente celebrado. El efecto característico de estas

formalidades consiste en que cualquiera de las partes puede retractarse de la celebración del contrato, mientras la formalidad convenida no se haya cumplido, por ejemplo, artículo 1802 del Código Civil.

c) **Formalidades atípicas.** Aquí el profesor Jorge López Santa María sostiene que muchos actos jurídicos sólo existen si se manifiestan en determinados módulos formales, básicamente *formularios, boletos, entradas*. Ejemplos de lo anterior son los cheques, letras de cambio, pagarés, boleto en el caso del contrato de transporte, etc.

1.2 Ventajas del formalismo (Ihering)

La exigencia de vestimentas para los contratos impide que las partes se vinculen con ligereza o torpeza, omitiendo regular o precisar los detalles del contrato.

Además, el contrato propiamente consensual no deja huellas, lo que más tarde, si surge una disputa entre las partes, puede redundar en dificultades probatorias.

2. LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna de los contratos. En base a la *libertad de conclusión* las partes son libres para contratar o no, y para escoger al co-contratante. La *libertad de configuración interna*, permite a las partes fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca.

En nuestra legislación no encontramos ninguna norma que consagre expresamente la libertad contractual, como sí sucede en otras legislaciones.

En virtud de la libertad contractual las partes pueden:

- a) Celebrar contratos atípicos o innominados.
- b) Modificar las normas supletorias (o elementos de la naturaleza) que la ley establece para cada contrato en particular.
- c) Alterar los efectos del contrato mediante modalidades.
- d) Someterse a formalidades voluntarias.
- e) Dejar sin efecto los contratos (mutuo consentimiento).
- f) Como es la voluntad de las partes la que determina el contenido del contrato, en la interpretación del mismo se atiende a la verdadera intención de los contratantes (artículo 1560 del Código Civil).

2.1 Limitaciones a la libertad contractual³²

1. La mayor ruptura o deterioro de la libertad contractual (configuración interna) está constituida por el *contrato dirigido*, en donde el legislador establece imperativamente un contenido de carácter mínimo.

2. A veces desaparece la libertad de contratar porque la ley obliga contratar y surge la figura del *contrato forzoso*. A mayor abundamiento en el caso de los contratos forzosos heterodoxos se produce un quiebre total de la libertad contractual.

3. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS³³

El principio de la fuerza obligatoria de los contratos se expresa en el aforismo *pacta sunt servanda*: los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan.

Artículo 1545 del Código Civil: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

A partir de los jurisconsultos romanos, se ha asemejado el contrato a la ley, con la finalidad de representar la fuerza obligatoria de aquellos. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha señalado que lo anterior sólo es efecto de una metáfora del legislador.

Si bien existen semejanzas entre la ley y el contrato, entre las cuales sobresale la obligatoriedad de ambos, las diferencias son numerosas:

- a) En cuanto a la situación jurídica regulada y sus efectos.
- b) En cuanto al procedimiento de formación.
- c) En cuanto a su permanencia en el tiempo.

³² La profesora María Dora Martinic agrega las siguientes limitaciones: a) el orden público, la moral y las buenas costumbres; b) disposiciones prohibitivas de la ley; c) disposiciones imperativas que establecen requisitos.

³³ Dentro de los fundamentos de la fuerza obligatoria de los contratos existen varias doctrinas: **a) Concepción voluntarista tradicional.** La fuerza obligatoria del contrato tiene su fundamento en el querer de las partes. Si las partes aceptan libremente el contenido del contrato, si lo han querido en su conjunto y en cada una de sus cláusulas, él es obligatorio. **b) Concepción idealista de Gounot.** El contrato no tiene su fuerza obligatoria en la voluntad individual, sino en el bien común del cual él es instrumento, y cuyas exigencias deberá, por consiguiente, respetar. Los contratos libres son sancionados por el derecho, no porque emanen de voluntades individuales que tendrían por ellas mismas un valor jurídico absoluto e incondicionado, sino porque son efectivamente justas o legítimamente presumidas de tales. **c) Ideas de Giorgi.** El fundamento del vínculo contractual está en el orden de las verdades necesarias. La fuerza obligatoria de las convenciones es una idea uniforme, de todos los tiempos y de todos los pueblos, atestiguada por el sentido común de todo el género humano. **d) Hans Kelsen.** La fuerza obligatoria del contrato es delegada por la ley. La norma o el orden creado por la convención, es una regla o un orden de un grado inferior respecto al orden que instituye la convención como procedimiento de creación de normas jurídicas. **e) Sincretismo de Ghestin.** La fuerza obligatoria del contrato encuentra su fundamento en el derecho objetivo y no en la voluntad de las partes. De la primacía del derecho objetivo resulta que el contrato esencialmente es un instrumento al servicio de aquel. Pero la voluntad conserva un rol importante, aunque permaneciendo las iniciativas individuales subordinadas a lo crucial, que es la búsqueda de la justicia. La fuerza obligatoria del contrato es necesaria para la seguridad jurídica.

- d) En cuanto a la forma de dejarlos sin efecto.
- e) En cuanto a la interpretación.

3.1 Observación metodológica.

Conviene separar:

- a) Contrato como acto de constitución de la relación jurídica: priman los elementos subjetivos.
- b) Contrato como relación ya constituida: priman los elementos objetivos.

Excepciones:

- i) Hay contratos sin voluntad en su génesis.
- ii) La causa, elemento de formación de los contratos, tiene una dimensión subjetiva (causa ocasional) y una objetiva (causa final).
- iii) A veces es indispensable emplear elementos subjetivos en el ámbito del contrato como relación ya creada. Ejemplo: Culpabilidad en el incumplimiento.
- iv) La voluntad predomina en la formación, e incluso en todo el íter contractual si se desarrolla pacíficamente. Pero si las partes entran en pugna y solicitan intervención del órgano jurisdiccional, la determinación de los efectos del contrato se efectúa principalmente en base a normas y elementos objetivos.

3.2 La fuerza obligatoria de los contratos frente al legislador

Derecho chileno hoy vigente

La obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad: el contrato válidamente celebrado no puede ser tocado o modificado ni por el legislador ni por el juez. Sin embargo, la intangibilidad no es absoluta. El propio legislador algunas veces vulnera la fuerza obligatoria del contrato:

a) *Leyes de emergencia*: leyes de carácter transitorio, dictadas en virtud del acaecimiento de circunstancias excepcionales de hecho, que implican concesión de beneficios a los deudores, no previstos ni queridos en los respectivos contratos. Ej. Leyes moratorias por las que se conceden facilidades de pago respecto de deudores actualmente exigibles.

b) *Normas permanentes*: el legislador transgrede la fuerza obligatoria de un contrato al interpretar legalmente una cláusula (artículo 1879 del Código Civil, respecto del pacto comisorio calificado), o al pasar por sobre lo acordado por las partes en virtud del acaecimiento de un suceso imprevisto (artículo 2180 del Código Civil, que faculta al comodante para exigir la restitución de la cosa antes de lo estipulado, si la necesita de manera urgente e imprevista).

También la transgrede cuando ordena la mantención de una relación contractual que había expirado a la luz del título convencional. Ejemplo de lo anterior son las prórrogas automáticas de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos expirados, los que subsisten durante los plazos de restitución indicados por la ley.

En ambos casos, no se ve tan afectada la obligatoriedad del contrato. En el primer caso, los hechos trágicos justifican la excepción. En el segundo, son parte de la ley del contrato.

c) *Leyes especiales que modifican los contratos en curso*: leyes que se dictan con efecto retroactivo y que vulneran no sólo la fuerza obligatoria, sino también los derechos adquiridos.

El principio, en el derecho positivo chileno, es que el legislador carece de atribuciones para modificar los derechos y obligaciones emanados de contratos ya celebrados (artículo 19 N° 24 Constitución Política de la República³⁴), pues existe un derecho de dominio sobre los derechos personales: el acreedor es propietario de los derechos personales derivados del contrato. De acuerdo con la Constitución Política de la República, sólo se puede ser privado del dominio mediante una ley de expropiación y previo pago de indemnización.

Además, de acuerdo al artículo 22 Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Por tanto, las normas legislativas sobre contratos sólo rigen a los contratos que se celebran después de que entren en vigor. Y aunque esta disposición sea de carácter legal, ello no implica que el legislador pueda dictar normas retroactivas sobre contratos, pues se encuentra limitado por el derecho de propiedad, que es constitucional. Así se ha fallado.

Los derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos, y su adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato.

Crítica de la situación privilegiada en que hoy se encuentran los contratos en curso frente al legislador chileno.

a) No simpatizamos con la idea de propiedad sobre derechos personales. Tanto en el derecho romano clásico como en el postclásico, el dominio exclusivamente se entiende respecto a las cosas corporales, con las cuales llega a identificarse. Una hipotética vuelta al derecho de dominio cosificado no sería inconveniente a la admisión excepcional de propiedades especiales, como la intelectual y la industrial.

b) Para ser consecuentes con la idea del dominio sobre derechos personales, deberíamos aceptar también su posesión. Esto es opuesto al sistema del Código Civil, pese a las dudas que levanta el Artículo 715 del Código Civil, pues la principal consecuencia de la posesión, la prescripción adquisitiva, no tiene aplicación respecto de los derechos personales. Además, el Mensaje del Código Civil descarta dicha posesión.

³⁴ "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador."

c) No se concibe que el derecho de dominio pueda versar sobre una cosa incorporal. El titular de un derecho personal ejercita las facultades que le corresponden, no porque sea dueño de una cosa, sino porque es acreedor.

d) La tesis mayoritaria sostiene la intangibilidad de los contratos en base al Artículo 22 Ley de Efecto Relativo de las Leyes. Pero el artículo 12 Ley de Efecto Relativo de las Leyes permite argumentar en sentido contrario.

e) Supuesta la propiedad sobre derechos personales, la nueva ley que modifique contratos en curso no es inconstitucional si las limitaciones impuestas a los acreedores derivan de la función social de la propiedad. Así lo ha fallado la Corte Suprema.

f) En un fallo, la Corte Suprema admitió que un acto lícito de la Administración, que impone limitaciones a la propiedad, no excluye la posibilidad de que el afectado sea indemnizado. Así, podría dirimirse el problema admitiendo la procedencia de la modificación de los contratos por el legislador, en los casos en que lo exija el interés general de la nación, sin perjuicio del derecho de los contratantes perjudicados a exigir la reparación judicial de los daños sufridos.

g) Se han dictado en Chile diversas leyes que modifican contratos, las que han sido toleradas por los afectados, quienes no han luchado en defensa de sus intereses, reclamando la inconstitucionalidad. Prácticamente, la ciudadanía ha aceptado la posibilidad de modificación.

En resumen, la vulneración de la obligatoriedad de los contratos por el legislador, aunque sea excepcional, es una realidad jurídica. Este fenómeno, que en ciertos casos puede ser adecuado y en otros no, demuestra que el principio de la fuerza obligatoria de los contratos es relativo, y no absoluto.

3.3 La fuerza obligatoria de los contratos frente al juez. Doctrina de la imprevisión o de la variación de las circunstancias vigentes al contratar.

En virtud de la fuerza obligatoria del contrato, las partes se encuentran compelidas a respetar lo que han dispuesto, aun cuando les resulte perjudicial.

Si los contratos son intangibles para el legislador, lo son también para el juez, que no puede modificarlos con el pretexto del cambio de las circunstancias existentes al momento de contratar.

Aquel que concluye un contrato asume un riesgo. De este riesgo normal no puede dispensarse nadie sin afectar la seguridad contractual. No puede admitirse la revisión judicial de los contratos como una institución permanente del derecho positivo, pues la subsistencia jurídica de un contrato no puede depender de que el obligado se encuentre económicamente en situación de cumplirlo. La revisión judicial debe quedar limitada a los casos en que la ley lo ha admitido expresamente.

La jurisprudencia chilena reiteradamente ha establecido la intangibilidad de los contratos en curso, desconociendo a los jueces la posibilidad de revisarlos o modificarlos. Infringe el artículo 1545 Código Civil el tribunal que establece decisiones que suponen el desconocimiento de la ley del contrato.

Sin embargo, la aplicación inflexible del axioma *pacta sunt servanda* puede conducir a resultados injustos para una de las partes contratantes.

Para evitar esto, se ha desarrollado la teoría de la imprevisión: estudio de los supuestos bajo los cuales los jueces estarían autorizados para prescindir de la aplicación del contrato al pie de la letra, y estudio de las soluciones posibles al desajuste producido, que son fundamentalmente dos: revisión judicial del contrato y resolución por excesiva onerosidad sobreviniente.

Casos en que el Código Civil acepta la Teoría de la Imprevisión:

- Artículo 2180 del Código Civil: el comodante puede exigir anticipadamente la restitución de la cosa si le sobreviene una necesidad imprevista y urgente de ella.
- Artículo 2227 del Código Civil: el depositario puede obligar al depositante a recibir la cosa antes de lo esperado.
- Artículo 2003 regla 2ª Código Civil: el empresario puede exigir la revisión judicial del contrato de construcción por suma alzada, si circunstancias desconocidas ocasionan costos que no pudieron preverse.

Casos en que el Código Civil rechaza la Teoría de la Imprevisión:

- Artículo 1983 del Código Civil: el arrendatario de un predio rústico no puede pedir rebaja de la renta si sobreviene destrucción o deterioro de la cosecha.
- Artículo 2003 regla 1ª del Código Civil: el empresario no puede pedir aumento de precio si con posterioridad aumenta el valor de los materiales o la mano de obra.

El genuino ámbito de la teoría de la imprevisión corresponde a las situaciones no zanjadas por la ley.

Los requisitos de admisibilidad que se plantean para la acción de revisión son:

- Que se trate de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, cuyo cumplimiento se encuentre pendiente.
- Que el contrato sea oneroso conmutativo.
- Que sobrevenga un suceso independiente de la voluntad de las partes, imprevisible al instante de la formación del consentimiento,
- Que ese suceso dificulte de manera considerable el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, no haciéndolo imposible, pero volviéndolo excesivamente oneroso.

3.3.1 La revisión judicial de los contratos en curso y la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente.

A. Tres posturas equivocadas a favor de la revisión judicial de los contratos.

a) *Cláusula rebus sic stantibus*: las partes contratan en consideración a las circunstancias existentes al momento de celebrar el acto, subentendiéndose la cláusula tácita de los contratantes, en virtud de la cual la intangibilidad del contrato quedaría subordinada a la persistencia del estado de cosas que existían al momento de la contratación.

Crítica: la cláusula es artificial. Si las partes hubieran querido la posible revisión del contrato, lo habría dicho. Lo que las partes no estipularon, no puede darse por tácitamente convenido, salvo que ello sea la real intención de las partes que sea descubierta en un proceso de interpretación por el juez.

b) *Enriquecimiento sin causa*: para que proceda la acción, deben concurrir los siguientes requisitos:

- i) Que haya enriquecimiento del demandado y empobrecimiento correlativo del demandante.
- ii) Que el enriquecimiento carezca de una causa que lo legitime o justifique.
- iii) Que el actor no tenga otro medio de obtener satisfacción.
- iv) Que la acción no se interponga para burlar una norma legal imperativa.

Crítica: en los casos de la teoría de la imprevisión, siempre un contrato sirve de justificación al enriquecimiento de una de las partes.

c) *Doctrina del abuso del derecho*: para que exista abuso del derecho deben darse tres condiciones:

- i) Que el hechor cause un daño al ejercer un derecho subjetivo.
- ii) Que no se trate un aquellos derechos llamados absolutos.
- iii) Que el ejercicio del derecho sea abusivo. ¿Cuándo ocurre esto? Todos están de acuerdo en que hay abuso cuando el derecho se ejerce con intención de causar daño, con dolo. Pero, ¿qué pasa si no hay dolo? Al respecto hay dos posibilidades:

uno) Hay abuso cuando el derecho se ejerce contrariando la finalidad social o económica en vista de la cual fue conferido. **Crítica:** este criterio es vago e impreciso, pues no siempre se puede apreciar exactamente la finalidad de cada derecho. Además, abre espacio a la arbitrariedad judicial.

dos) El abuso del derecho es una especie de acto ilícito, al cual corresponde aplicar las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, de la cual el abuso del derecho es una manifestación concreta. **Crítica:** esta tesis quedaría, en consecuencia, fuera de un tema contractual, como es la teoría de la imprevisión.

B. Tres posturas mejor fundadas a favor de la revisión judicial de los contratos.

a) *Tesis de las reglas de la responsabilidad contractual*: se basa en los artículos 1558 y 1547 del Código Civil. Como no hay dolo en el incumplimiento, no deben repararse los perjuicios que genera este suceso sobreviniente, pues se trata de daños imprevistos. Además, el deudor puede alegar la exención de responsabilidad, probando que el cumplimiento le significa una diligencia mayor a la exigida por la ley.

b) *Argumento de la buena fe objetiva*: se fundamenta en el artículo 1546, el cual sería violado por el acreedor que le exige a su deudor un cumplimiento mucho más gravoso del previsto al celebrar el contrato, susceptible incluso de arruinarlo. La buena fe impone tener en cuenta el cambio de circunstancias.

c) *Método de la libre investigación*: deben analizarse los dos elementos fundamentales del derecho de las obligaciones:

i) ¿La solución es moralmente justa? Es difícil negar que la revisión es justa frente a cambios bruscos e imprevistos. El principio moral del respeto a la palabra dada debe conciliarse con el principio de justicia conmutativa.

ii) Siendo justa, ¿es económicamente útil?

- Se sostiene que la revisión sería un factor de inestabilidad e inseguridad. Pero a menudo sucede lo contrario: la intangibilidad del contrato produce la ruina de una de las partes, lo que trae la inejecución del contrato. Esto genera más inseguridad que una revisión razonable que permita la ejecución.
- El problema es otro: la revisión llama a la revisión. Se genera un riesgo de provocar una reacción en cadena, que produzca un desequilibrio generalizado. Toda revisión impacta a la economía.

3.3.2 Resolución por excesiva onerosidad sobreviniente

Opera de la siguiente manera: la parte afectada por la imprevisión recurre a los tribunales, demandando la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente. El juez pondera las circunstancias y, en su caso, acoge la resolución. Pero el acreedor demandado puede enervar la acción, ofreciendo modificar equitativamente el contrato.

Este mecanismo no existe en el derecho positivo chileno.

3.3.3 Adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, por acuerdo de las propias partes. La cláusula “hardship” y otras técnicas de modificación de lo pactado.

En el plano del comercio internacional, se advierte una nueva práctica: incorporar en el texto del contrato inicial, cláusulas en virtud de las cuales las partes se comprometen a modificarlo, si se producen alteraciones no previstas.

Ej. Government take clause, first refusal clause, cláusula del cliente más favorecido, cláusula de alza y de baja, cláusula de fuerza mayor y cláusula hardship.

Cláusula hardship: permite a cualquiera de las partes exigir una adaptación del contrato si se produce un cambio en las circunstancias que las llevaron a vincularse, de modo que este cambio le ocasione un rigor (hardship) injusto.

Estas técnicas de adaptación anulan el esquema contractual tradicional: la idea de que el contrato es conciliación definitiva de intereses opuestos, dotado de fuerza obligatoria y de intangibilidad.

Demuestran que en los contratos a largo plazo, las estipulaciones no siempre son definitivas; que las partes son colaboradoras; que el ideal del contrato es que todos ganen, o al menos que nadie se arruine.

3.3.4 Reprogramación voluntaria de los contratos facilitada por la autoridad³⁵

Otras técnicas de modificación por las partes de contratos en curso no dependen de cláusulas pactadas de antemano, sino que de la fijación por la autoridad de ciertas bases que incentivan o permiten la reprogramación voluntaria de lo inicialmente pactado.

Ejemplo de lo anterior se produjo en Chile, en virtud del proceso de reprogramación de las deudas hipotecarias; fenómeno presente en la década de los 80 en nuestro país.

3.3.5 La terminación del contrato o el agotamiento de su fuerza obligatoria.

a) *Terminación normal*: las obligaciones generadas por el contrato se cumplen totalmente, a través del pago o de los modos de extinguir las obligaciones equivalentes al pago. También por el vencimiento del plazo, o por el desahucio de una de las partes.

b) *Terminación anormal o invalidación*: por la voluntad de las partes o por causas legales (artículo 1545 parte final del Código Civil).

b.1) *Voluntad de las partes o resciliación*. Es una *convención en que las partes interesadas consienten en dar por nula la obligación* (artículo 1567 inciso 1º del Código Civil). Las inexactitudes que cabe destacar de la citada disposición son:

³⁵ Téngase presente que en legislaciones de derecho comparado, uno de los remedios con que cuenta el acreedor o contratante diligente, frente al co-contratante que ha incumplido, es la “negociación”, en virtud de la cual, las partes arriban a un nuevo acuerdo que modifica el tenor literal del contrato celebrado entre ellos.

- i) No toda obligación puede extinguirse por resciliación.
 - ii) En ciertas situaciones es posible la resciliación unilateral, por lo que no es una convención. Luego, bajo ciertos supuestos el legislador entrega a las partes la posibilidad de resciliar unilateralmente el contrato, a través de la institución denominada “desahucio”, como en el contrato de arrendamiento, en el contrato de trabajo, etc.
 - iii) La obligación no se da por “nula”.
- b.2) *Causas legales*. Las principales son:
- Nulidad absoluta y relativa.
 - Resolución.
 - Resolución por excesiva onerosidad sobrevenida (derecho comparado).
 - Revocación (acción pauliana).
 - Caso fortuito, cuando produce la extinción de la obligación correlativa.
 - Muerte de uno de los contratantes (contratos intuito personae).

3.3.6 El recurso de casación en el fondo por infracción de la ley del contrato.

Problema:

¿Puede la Corte Suprema acoger un recurso de casación en el fondo por infracción de la fuerza obligatoria del contrato?

¿La ley del contrato (artículo 1545 del Código Civil) está comprendida en la expresión “ley” del artículo 767 inc. 1º Código de Procedimiento Civil?

Es indudable que sí³⁶. Razones:

a) A pesar de que la ley del contrato está lejos de ser una ley general, su obligatoriedad para las partes, y en especial para el juez, es suficiente para concluir que su violación autoriza la interposición del recurso.

Los tribunales deben aplicar las leyes generales no por otra razón que su carácter obligatorio, debiendo en consecuencia, aplicarse los contratos por la misma razón. Y donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.

b) En base a la libertad contractual, los particulares pueden celebrar las estipulaciones que quieran, bastando que no violen disposiciones de orden público. El resto de la legislación es supletoria de la voluntad de las partes; es esta voluntad la que configura la ley principal.

Si se sigue el criterio opuesto, los jueces podrían prescindir, en lo regulado por las partes, de las cláusulas estipuladas y resolver conforme a lo que les parezca más conveniente, pero en lo no estipulado, quedarían obligados por la ley supletoria. Se haría una diferencia inaceptable entre los contratantes prolijos que regulan todos los aspectos de su contrato, y aquellos que sólo regulan lo esencial.

³⁶ Esta es la opinión del profesor Jorge López.

c) La historia fidedigna del establecimiento de la ley así lo confirma. Además, así lo ha resuelto la jurisprudencia, pese a que en un principio no fue uniforme.

4. EL PRINCIPIO DEL EFECTO RELATIVO DE LOS CONTRATOS. EFECTO RELATIVO Y EFECTO ABSOLUTO U OPONIBILIDAD DE LOS CONTRATOS

4.1 Generalidades

Principio del efecto relativo de los contratos: los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a los terceros.

El Código Civil no lo consagra de manera expresa y general, pero la doctrina y jurisprudencia lo admiten. La ley del contrato sólo es ley para las partes³⁷.

Este principio es otra consecuencia lógica y necesaria del dogma de la autonomía de la voluntad: si la voluntad es fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales, sólo lo es a condición de que haya voluntad.

Sin embargo, la declinación de este principio, en el derecho contemporáneo, surge desde dos vías:

- a) Excepciones al efecto relativo: casos en que un contrato crea derechos u obligaciones para un tercero absoluto.
- b) Efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos: indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a personas que no revisten el carácter de partes.

4.2 Sujetos concernidos por el principio del efecto relativo de los contratos.

a) Las partes.

Son sujetos del contrato, en calidad de acreedor y deudor, aquellos que concurren a la celebración del contrato, sea de forma personal sea representados legal o convencionalmente. Aunque de perogrullo, las partes son quienes se obligan directamente al cumplimiento de lo pactado, sin perjuicio de que ello repercuta en otros sujetos que representan a las partes por derecho hereditarios; esto es, los herederos a causahabientes a título universal. Pero lo anterior, no es realmente una excepción al efecto relativo de los contratos, dado a que los herederos representan a la persona del causante en todos los derechos y obligaciones transmisibles, en términos del artículo 1097 del Código Civil³⁸.

³⁷ El artículo 1545 serviría para sustentar este principio “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.*”

³⁸ Recuérdese que “quien contrata para sí, contrata para sus herederos”.

Por excepción, ciertas obligaciones emanadas del contrato, no se transmiten a los herederos, sino que por el contrario se extinguen con la muerte de las partes. Ejemplos de lo anterior son el mandato, contratos en que se hubiere estipulado expresamente que la muerte de una de las partes acarrea la terminación del contrato, contratos que generan obligaciones que no alcanzan a ser satisfechas por los bienes que el heredero acepta con beneficio de inventario y en todos los casos en que la ley dispone la terminación del contrato por la muerte, tal como la renta vitalicia.

b) Terceros absolutos o penitus extranae.

Son aquellos que no concurren a la celebración del contrato ni tampoco le empecen sus efectos, dado a que no tienen vínculo ninguno con las partes.

c) Causahabientes a título singular.

Debe distinguirse entre aquellos causahabientes a título singular por acto entre vivos y mortis causa. Entre los primeros nos encontramos con el comprador, mutuuario, donatario, etc. Y los segundos son los legatarios. El problema de determinar los efectos de un contrato celebrado por una de las partes respecto de las mencionadas personas, radica sólo en el bien sobre que versa el contrato en cuestión. La posición doctrinaria mayoritaria afirma que los causahabientes a título singular son partes del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, nada nuevo agrega la postura descrita, respecto de los derechos reales, dado a que una de las características de esos derechos es, precisamente, que otorgan el derecho de persecución³⁹. La precisión en torno a la repercusión de los efectos del contrato en los causahabientes a título singular sólo tiene sentido respecto de los derechos personales. En este orden de cosas, cobra aplicación la teoría de las obligaciones ambulatorias o propter rem, esto es; aquellas de sujeto variable⁴⁰, en virtud de la cual, el rol de deudor lo asume quien se encuentre en la posición jurídica de dueño de la cosa⁴¹.

En materia civil, los casos no previstos por el legislador, la doctrina mayoritaria sostiene que el contrato celebrado sobre un bien específico, objeto del crédito del causahabiente a título singular, no le empece.

En el orden del derecho penal económico y de legislación que protege la libre competencia, la contravención a una cláusula contractual por un tercero que detenta el bien sobre el cual recaía, en calidad de dueño⁴², constituye delito.

³⁹ Por ejemplo, si el causante gravó con hipoteca o servidumbre el bien sobre el cual recae la asignación testamentaria del legatario, éste último es obligado para con el acreedor del derecho real.

⁴⁰ Los ejemplos entregados por el profesor Jorge López Santa María, son: obligación de no instalar un giro comercial determinado en un establecimiento de comercio y de no enajenar un determinado bien.

⁴¹ El ejemplo clásico de obligaciones propter rem o ambulatorias es la de pagar los gastos o expensas comunes, dentro de las imposiciones normativas de la Ley N° 19.537 de Propiedad Horizontal.

⁴² El profesor Jorge López Santa María entrega el ejemplo en que un sujeto celebre con otro un contrato en virtud del cual, el sujeto B se obligue a no instalar un supermercado en un determinado inmueble. Luego este sujeto

d) Acreedores de las partes.

Los acreedores, son terceros absolutos en los contratos en que su deudor celebra con otras personas. Sin perjuicio de que la doctrina se encuentre conteste en que puedan ser alcanzados por el efecto expansivo de los contratos. Ejemplo de lo anterior es la acción pauliana concedida por ley a los acreedores para impugnar los actos o contratos que su deudor ha celebrado en perjuicio de ellos⁴³. Lo anterior no es más que una consecuencia de la aplicación del artículo 2465 del Código Civil; derecho de garantía general de los acreedores.

4.3 Excepciones al efecto relativo de los contratos.

Las excepciones al efecto relativo de los contratos se encuentran constituidas por los casos en que un contrato produce efectos (derechos y obligaciones) respecto de un tercero absoluto.

a) Contratos colectivos.

En la primera parte de este apunte se analizaron las diversas clasificaciones doctrinarias de contratos, de entre las cuales aparecía la distinción entre contratos individuales y contratos colectivos.

Contrato colectivo es aquel que crea obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración (pudiendo incluso haber manifestado una voluntad contraria a su celebración). Ejemplo de lo anterior es el contrato colectivo de trabajo, convenio judicial de la quiebra, etc.

b) Estipulación a favor de otro.

Según dispone el artículo 1449 del Código Civil, *“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.*

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud de un contrato”.

En la estipulación por otro intervienen 3 personas: estipulante y prometiende, que son quienes celebran el contrato, y el tercero que recibe el beneficio.

enajena el bien raíz y el sujeto C instala un supermercado. En términos civiles al sujeto C, el contrato celebrado entre A y B no le empece. Pero en términos penales y de libre competencia, la infracción constituye delito.

⁴³ Otra implicancia práctica podría encontrarse en la titularidad de la acción de nulidad absoluta; toda vez que los acreedores, eventualmente, puedan ser de aquellos que tengan interés en su declaración (actual y patrimonial).

b.1) Teorías sobre la naturaleza jurídica de la estipulación en favor de un tercero.

i) Teoría de la oferta: la estipulación en favor de un tercero se descompone en dos convenciones:

Primer contrato: el prometiente se obliga frente al estipulante, quien se transforma en acreedor de la estipulación.

Segundo contrato: el estipulante ofrece su crédito al tercero, por cuya aceptación se forma este segundo contrato, que sirve de título traslativo a la cesión del crédito.

Críticas:

* El crédito contra el prometiente inicialmente ingresa al patrimonio del estipulante, por lo que podría ser embargado por sus acreedores.

* La cesión a título gratuito podría ser invalidada, a posteriori, a iniciativa de los herederos del estipulante, por la acción de inoficiosa donación.

* La oferta caduca por muerte o incapacidad del oferente. Si el estipulante muere antes de la aceptación del tercero, no es posible consolidar la operación.

ii) Teoría de la gestión de negocios ajenos: el estipulante obra como gestor de los negocios del tercero, como agente oficioso. Por la aceptación del tercero, se transforma retroactivamente la operación cuasicontractual en un contrato de mandato. El beneficiario es parte, no tercero.

Crítica: la teoría es ficticia porque:

* El estipulante actúa a nombre propio, no como agente oficioso. Faltan dos elementos de la agencia oficiosa: i) El interesado en la gestión debe cumplir las obligaciones contraídas por el agente si éste ha administrado bien el negocio (artículo 2290 del Código Civil). El tercero en la estipulación puede rechazarla; ii) El agente, después de iniciada la gestión, está obligado a proseguirla (artículo 2289 del Código Civil). El estipulante puede revocar la estipulación de común acuerdo con el prometiente, mientras no acepte el tercero.

iii) Teoría de la declaración unilateral de voluntad: el prometiente adquiere el rol de deudor (del tercero) por su exclusiva voluntad.

Críticas:

* Es dudoso que el derecho chileno acoja la declaración unilateral como fuente de las obligaciones.

* Desconoce el contrato que media entre estipulante y prometiente.

* No explica por qué es necesaria también la voluntad del estipulante para revocar la estipulación.

iv) Teoría de la adquisición directa del derecho: la figura es original, de carácter excepcional: hay una derogación del principio del efecto relativo. El derecho se crea

directamente en favor del tercero, desde el instante mismo en que se celebra el contrato entre estipulante y prometiende, aunque el tercero lo ignore. La aceptación es sólo un requisito para que él pueda exigir la prestación, un presupuesto de exigibilidad, pero no crea el derecho.

b.2) Efectos de la estipulación por otro

Entre estipulante y prometiende: son las partes en el contrato; se producen entre ellos los efectos normales de los contratos (reglas de resolución). Pero sólo el tercero beneficiario puede demandar lo estipulado. El estipulante puede exigirle al prometiende que le cumpla al tercero. Además, estipulante y prometiende pueden revocar el contrato mientras el beneficiario no haya aceptado. Tanto revocación como aceptación pueden ser actos jurídicos tácitos.

Entre prometiende y beneficiario: el prometiende se encuentra directamente obligado frente al beneficiario. El beneficiario es acreedor desde el momento de la celebración del contrato, y tiene acción, desde que acepta, para exigir el cumplimiento forzado y/o la indemnización moratoria o compensatoria, pero no tiene acción resolutoria. Si el beneficiario muere antes de aceptar, el derecho ya está en su patrimonio, por lo que transmite la facultad de aceptar.

Entre estipulante y beneficiario: jurídicamente son sujetos extraños.

c) La promesa de hecho ajeno

El artículo 1450 del Código Civil dispone que *“Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.”*

Esto no es una excepción al principio del efecto relativo, ya que el contrato no crea ningún derecho, y menos una obligación a cargo del tercero absoluto.

El único que resulta obligado es el prometiende, que se compromete a obtener que otra persona acepte efectuar la prestación en favor del acreedor. Lo que el deudor promete es un hecho propio.

Si el prometiende fracasa en cumplir su obligación de hacer, debe indemnizar al acreedor por los perjuicios que se deriven del incumplimiento.

Si el tercero acepta y después no cumple, se aplican las reglas de los efectos de las obligaciones entre acreedor y tercero, sin que el acreedor pueda demandar al prometiende, a menos que éste se hubiera obligado solidaria o subsidiariamente, o a través de otra caución.

Si el tercero no acepta, el acreedor sólo puede demandar al prometiende el cumplimiento forzado por equivalencia; no procede la ejecución forzada en naturaleza.

c.1) Fuente de la obligación del tercero

i) Cuasicontrato de agencia oficiosa: el prometiende, que no puede representar al tercero, actúa como gestor de negocios del mismo.

Crítica: la agencia oficiosa crea obligación para el interesado si el negocio ha sido bien administrado (criterio objetivo, artículo 2290 del Código Civil). En la promesa de hecho ajeno, todo depende de la voluntad del tercero (criterio subjetivo).

ii) Voluntad unilateral del deudor: la fuente de la obligación es la voluntad del tercero que ratifica.

Crítica: el artículo 1536 inc. 2º del Código Civil, referido a la cláusula penal, señala que la obligación puede no tener efecto por falta de "consentimiento". En consecuencia, la promesa de hecho ajeno implica, para su eficacia, un acuerdo de voluntades, y no la voluntad aislada del deudor.

iii) Es más simple admitir que la fuente de la obligación del tercero es la ley.

4.4 El efecto absoluto o expansivo de los contratos

El efecto expansivo no es excepción al efecto relativo.

En cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible invocar, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama efecto absoluto, expansivo, indirecto o reflejo de los contratos.

No hay propiamente una excepción al principio del efecto relativo, pues no surge un derecho u obligación para el tercero.

Los contratos, sin perjuicio de los derechos personales o obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho que tiene vigencia erga omnes.

4.4.1 Casuística del efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos.

a) En la quiebra, cuando un acreedor verifica su crédito, los demás no pueden desconocerlo o impugnarlo porque derive de un contrato que no les empece.

b) En los efectos de las ventas sucesivas de una misma cosa a dos o más personas, el comprador en desventaja resulta perjudicado por el efecto expansivo de la compraventa (artículo 1817 del Código Civil).

c) A veces el legislador confiere al acreedor una acción directa que le habilita para actuar en nombre propio, en sede contractual, contra el co-contratante del deudor. Ej. En accidentes del tránsito, la víctima puede accionar directamente contra el asegurador (seguro obligatorio, Ley 18.490). Ocurre algo parecido en algunos subcontratos⁴⁴.

d) Convenciones en perjuicio de terceros: el contrato fraudulento celebrado por el deudor con otra persona puede ser atacado por el acreedor (tercero absoluto), mediante la acción pauliana.

e) Contratos del derecho de familia, que producen efectos erga omnes. Ejemplo de lo anterior es la Adopción.

En todos estos casos, hay norma legal que sirve de fundamento al efecto expansivo. No es así en el siguiente caso: **oponibilidad de un contrato por terceros a las partes o viceversa, en materia de responsabilidad civil extracontractual** (derecho comparado):

* **Oponibilidad de un contrato por terceros a las partes:** se ha admitido que el incumplimiento de un contrato por una de las partes, sea invocado contra ella por un tercero como base fundamental de una demanda indemnizatoria en sede extracontractual.

* **Oponibilidad de un contrato por las partes a terceros:** se trata de la responsabilidad civil extracontractual del tercero cómplice de la violación de un contrato. En Chile, se ha aceptado la oponibilidad de un contrato por las partes a terceros en el caso del precario.

5. LA INOPONIBILIDAD DE LOS CONTRATOS⁴⁵

*La inoponibilidad es la sanción de ineficacia civil, consistente en la privación de efectos de un acto o contrato respecto de terceros.*⁴⁶ Por su parte, el profesor Meza Barros la define como *la sanción legal que consiste en el impedimento de hacer valer, frente a terceros, un derecho nacido de un acto jurídico válido o de uno nulo, revocado o resuelto.*

Cierta doctrina ha criticado la calidad de sanción de ineficacia de la inoponibilidad, dado a que a través del efecto relativo de los contratos se arriba a la misma conclusión: los contratos sólo producen efectos respecto de las partes que concurren a su celebración. Sin embargo, tal tesis es errada, dado a que la inoponibilidad encierra un concepto más amplio que el efecto relativo de los contratos, pues en muchas, ocasiones –como ya se analizó– los contratos producen efectos respecto de terceros absolutos.

⁴⁴ Téngase presente que en materia laboral, dentro del contexto de la subcontratación, tanto empresa principal como empresa contratista son solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.

⁴⁵ En el Derecho Alemán, a la inoponibilidad se le conoce como ineficacia relativa. Téngase presente lo anterior, para efectos de comprender su significación.

⁴⁶ Otro concepto de inoponibilidad es la *sanción civil que impide que se haga valer ante terceros un derecho.*

Para efectos didácticos entiéndase lo anterior con un ejemplo: La compraventa celebrada válidamente entre A y B, y respecto de la cual no concurre vicio alguno, no produce efectos respecto de C, a raíz del principio del efecto relativo de los contratos. Por otra parte, la venta de cosa ajena –cuyo dominio pertenece a C- produce sus efectos normales entre A y B –partes que concurren a su celebración-, pero no producen efectos respecto de C, ya no por el efecto relativo de los contratos, sino que porque la cosa le pertenecía en dominio; por tanto dicha venta le es inoponible.

Las herramientas con que cuenta el mencionado tercero, en ambos casos, hace la diferencia una y otra institución. En el primer caso (efecto relativo de los contratos), nada puede hacer C. Sin embargo, en el segundo caso, puede reivindicar la cosa en manos de B.

El Código Civil no la trata sistemáticamente. Si bien ella se produce, nunca la nombra.

Sin perjuicio de que la inoponibilidad comparte el carácter de sanción de ineficacia con la nulidad, existen entre ambas las siguientes diferencias.

a) La nulidad deriva de vicios producidos en el momento del nacimiento del acto. La inoponibilidad es independiente de la generación del acto por las partes; el acto es válido, pero otras circunstancias determinan su ineficacia frente a terceros.

b) La nulidad produce efectos entre las partes y respecto de terceros. La inoponibilidad, sólo respecto de terceros.

c) La nulidad es una sanción de orden público, que no puede renunciarse anticipadamente. La inoponibilidad está establecida exclusivamente en beneficio de los terceros, y es de orden privado: puede renunciarse.

d) La nulidad absoluta puede declararse de oficio. La inoponibilidad jamás.

Algunos autores sostienen que los terceros beneficiados con la inoponibilidad son sólo los relativos. Pero esto no es efectivo, en opinión de Jorge López, pues en algunos casos, beneficia a absolutos.

5.1 Causales de inoponibilidad⁴⁷

A. Inoponibilidad de un derecho nacido de un acto jurídico válido.

Hay formalidades que no se exigen para la constitución de un acto o contrato, sino para que los efectos de éstos puedan hacerse valer, oponerse contra terceros. La omisión de dichas formalidades es causal de las inoponibilidades de forma, que se reducen a dos:

⁴⁷ En cuanto a las causales de inoponibilidad se sigue en este apunte al profesor Ramón Meza Barros, FUENTES DE LAS OBLIGACIONES, Manual N° 39, Editorial Jurídica.

inoponibilidades por omisión de formalidades de publicidad e inoponibilidades por falta de fecha cierta.

Las inoponibilidades de fondo son aquellas que se basan en los efectos de un acto que hieren injustamente los derechos de terceros. Tales inoponibilidades son las siguientes: por falta de concurrencia, por clandestinidad, por fraude, por lesión de los derechos adquiridos y por lesión de las asignaciones forzosas.

A.1) Inoponibilidad de forma

i) **Inoponibilidad por omisión de formalidades de publicidad.** Son aquellas destinadas a que los terceros tomen conocimiento de un acto o contrato celebrado por las partes, o de la ocurrencia de un hecho de relevancia jurídica.

* Conforme al artículo 1707 del Código Civil, las contraescrituras públicas no producen efectos con respecto de terceros cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado o copia en cuya virtud ha obrado el tercero.

* Conforme al artículo 1902, la cesión de un crédito personal no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

* Conforme al artículo 2513, la sentencia judicial que declara una prescripción hace las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, pero no vale contra terceros sin la competente inscripción.

* Conforme al artículo 447 del CC, declarada en interdicción de administrar lo suyo una persona por disipación, la sentencia que hace la declaración deberá inscribirse en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces.

ii) **Inoponibilidad por falta de fecha cierta.** Los instrumentos privados, cuya fecha es susceptible de ser alterada por las partes, no hacen fe contra terceros en cuanto a la exactitud de ella, mientras no se produzca un hecho que a los ojos de la ley dé certeza a la fecha.

El artículo 1703 señala que la fecha de un instrumento privado no se cuenta contra terceros sino desde el fallecimiento de algunos de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que se haya tomado razón del o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal. Además, de acuerdo al artículo 419 del Código Orgánico de Tribunales, la fecha del instrumento privado se cuenta desde su protocolización.

Tratándose de asuntos mercantiles, el artículo 127 del Código de Comercio, dice que las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aún fuera de los casos del artículo 1703 del Código Civil.

A.2) Inoponibilidad de fondo

i) **Inoponibilidad por falta de concurrencia.** Se engloban los casos en que el acto o contrato no puede hacerse valer, oponerse, en contra de las personas que no han concurrido como partes a su celebración, por ejemplo, la venta de cosa ajena.

ii) **Inoponibilidad por clandestinidad.** No pueden oponerse a los terceros los actos o contratos celebrados ocultamente, por la imposibilidad de aquellos de tomar conocimiento de éstos, por ejemplo, las escrituras privadas que alteran las públicas.

iii) **Inoponibilidad por fraude.** Son inoponibles a los terceros los actos ejecutados en fraude de los derechos de terceros; la ley da a éstos ciertos medios para que aquellos actos no los afecten, por ejemplo, el fraude pauliano en perjuicio de los acreedores. El fraude difiere del dolo porque éste tiene lugar entre las partes cuando una de ellas se vale de engaño para perjudicar a la otra; en cambio, el fraude es una maniobra de mala fe ejecutada por una o ambas partes dirigida a perjudicar a terceros.

iv) **Inoponibilidad por lesión de los derechos adquiridos.** Comprende los casos en que los efectos de un acto no pueden hacerse valer contra terceros que tienen derechos adquiridos sobre las cosas a que el acto se refiere, por ejemplo, el decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido es inoponible a éste si reapareciera.

v) **Inoponibilidad por lesión de las asignaciones forzosas.** Si en un caso dado el testador nada asigna a sus hijos, el testamento no adolece de nulidad, es válido, pero inoponible a dichos hijos en cuanto los perjudica y ellos pueden solicitar la reforma de testamento para salvar ese perjuicio, conforme al artículo 1216 del Código Civil.

B. Inoponibilidad de un derecho nacido de la nulidad o resolución de un acto jurídico.

Hay casos excepcionales en que la nulidad de un acto o contrato no puede hacerse valer en contra de terceros, los cuales tienen el derecho de que respecto de ellos el acto o contrato se mire como perfectamente válido. Un ejemplo de lo anterior, es el artículo 2058 del Código Civil que consagra la inoponibilidad de la nulidad del contrato de sociedad por parte de los miembros de la sociedad de hecho en contra de los terceros de buena fe. Otro ejemplo lo encontramos respecto al estado civil de los hijos de un matrimonio putativo.

Aunque por regla general la resolución de los actos jurídicos opera con efecto retroactivo, la resolución judicialmente declarada es inoponible a los terceros de buena fe, conforme a los artículos 1490 y 1491.

5.2 Maneras de hacer valer la inoponibilidad

El juez no puede declarar de oficio la inoponibilidad; ésta debe ser alegada por el sujeto en cuyo favor se encuentra establecida. Generalmente la inoponibilidad se deduce como excepción por el tercero en contra del cual se pretende hacer valer el acto inoponible. En contados casos puede deducirse como acción, por ejemplo, la acción pauliana.

5.3 Extinción de la inoponibilidad

La inoponibilidad de forma se extingue por el cumplimiento de las formalidades omitidas. Se extingue la inoponibilidad por la renuncia del tercero, ya que mira a su personal interés. En fin, la inoponibilidad se extinguirá por prescripción en los casos en que debe hacerse valer como acción, las excepciones son generalmente imprescriptibles.

5.4 Efectos de la Inoponibilidad

La inoponibilidad, a diferencia de la resolución, protege a un tercero. La regla general es que afecte a los terceros relativos, pero también puede alcanzar a los terceros absolutos.

6. LA SIMULACIÓN DE LOS CONTRATOS⁴⁸

Simular es hacer aparente lo que no es, mostrar una cosa que realmente no existe. Disimular es ocultar al conocimiento de los demás una situación existente. En ambos casos existe un elemento común: el engaño. Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluta, o porque es distinto que como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.

Se define a la simulación como la *declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo* (Ferrara).

De esta definición es posible extraer los requisitos que supone toda simulación:

- a) Existencia de una declaración que deliberadamente no se conforma con la intención de las partes.
- b) Dicha declaración ha sido concertada de común acuerdo entre las partes.

⁴⁸ En esta materia se sigue al profesor Víctor Vial del Río, TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO, Editorial Jurídica de Chile.

- c) El propósito perseguido por las partes es engañar a terceros.

6.1 Clasificación de la Simulación.

a) **Simulación lícita e ilícita.** La simulación lícita es aquella en que las partes no persiguen el perjuicio de terceros. Si bien existe en la simulación lícita el ánimo de inducir a error o de engañar a terceros, no existe, en cambio, la intención de perjudicarlos. La causa de la simulación lícita hay que buscarla en cualquier móvil que no sea el perjuicio de terceros. La simulación ilícita, a diferencia de la anterior, tiene como propósito el perjuicio de terceros o la violación de la ley.

b) **Simulación absoluta y relativa.** La simulación absoluta se produce cuando se celebra un acto jurídico que no tiene nada de real y que es ficticio en su totalidad. La simulación relativa se produce cuando se ha querido realizar un acto diferente del manifestado, sea en su totalidad, como si se disfraza de compraventa una donación, sea sólo parcialmente, como si en un contrato se inserta una cláusula diferente de la convenida en verdad o se indica un beneficio distinto del real.

6.2 Formas de simulación.

Se distinguen tres formas principales de simulación, atendiendo a que ésta puede referirse a la existencia de un acto jurídico, a su naturaleza, o a las personas de los contratantes:

a) En la simulación referida a la existencia del acto jurídico las partes dan apariencia de realidad a un acto que no existe, a un cuerpo sin alma.

b) En la simulación referida a la naturaleza del acto jurídico las partes celebran un acto que sirve para esconder o disimular otro, que es realmente querido por ellas. Esta forma constituye una simulación relativa.

c) En la simulación referida a las personas de los contratantes, las partes celebran un acto real, en cuanto a su existencia y contenido, pero hacen figurar en calidad de partes a personas que, realmente, no la tienen. Esta forma constituye una simulación relativa por interposición de personas.

6.3 Desde qué momento existe simulación

Hay autores que estiman consumada la simulación sólo una vez que las partes pretendan hacer oponibles a terceros el acto simulado. Otros no comparten esta opinión, señalando que en el momento mismo de la celebración del contrato simulado, que produce la situación ilusoria, no se exige más, la simulación queda perfecta.

6.4 Simulación y Reserva Mental

La simulación y la reserva mental, que consiste en no aceptar en el fuero interno lo que se manifiesta como la voluntad real, se asemejan en que en ambas se declara lo que no se quiere con el propósito de engañar. Se diferencian en que la reserva mental existe sólo en una de las partes, el declarante, que en secreto se representa un pensamiento que contradice la declaración, en tanto que la simulación es compartida por ambas partes. Se diferencian también en el propósito perseguido por la reserva mental es el de engañar a la contraparte, a la persona a quién se destina la declaración; en tanto que el propósito perseguido por la simulación es el engaño de terceros. Se diferencian, finalmente, en que la reserva mental no atenta contra la validez de los actos jurídicos, en cambio, la simulación sí en los casos y condiciones que se analizarán.

6.5 La Simulación y el Fraude a la Ley

Con el fraude a la ley se persigue, a través de medios indirectos, burlar un precepto legal, de modo tal que éste, resulte ineficaz, frustrándose el espíritu de la disposición. Con el acto en fraude a la ley se pretende eludir un precepto legal, mientras que con la simulación se pretende esconder u ocultar la violación de un precepto legal.

6.6 La Simulación Relativa

La simulación relativa sólo es reprochable cuando es ilícita, es decir, cuando va en perjuicio de terceros. Se advierten con nitidez en la simulación dos actos jurídicos: el simulado o fingido, que es el verdadero acto declarado por las partes, y el disimulado u oculto, que es aquel que refleja la verdadera intención de las partes y que se encuentra encubierto por el primero. Por eso se dice que en la simulación relativa se simula algo, por una parte, y se disimula, por la otra. En cambio, en la simulación absoluta se simula algo y no se disimula nada.

Si el acto oculto no va en perjuicio de terceros ni infringe la ley, nos encontraríamos en presencia de una simulación lícita o inocente, como también se le llama. El acto disimulado, si reúne los requisitos de existencia y de validez, surtirá plenos efectos. Es importante tener

presente que no se sanciona la simulación en sí misma, sino que lo que puede estar afecto a sanción es el acto disimulado. Ello, porque el ordenamiento jurídico no contempla una sanción específica para la simulación, ni tampoco la prohíbe explícitamente. Por el contrario, implícitamente, y dentro de ciertos límites, la ley permite la simulación como se verá más adelante.

6.7 Consecuencias de la Simulación.

Si la simulación es absoluta, establecida que sea ésta el acto simulado se desvanece, quedando en suma, inexistente. Si la simulación es relativa, se desvanece y queda inexistente el acto simulado, que no va a producir efectos porque carece de causa o tiene una causa falsa o engañosa. En cambio, queda a la vista el acto disimulado, que puede tener una causa lícita o ilícita y se sancionará según los vicios que en él se adviertan. El acto disimulado o verdadero no es nulo por haberse recurrido a la simulación, sino porque puede existir en él un vicio que lo haga susceptible de anularse. Si el acto disimulado no adolece de vicios y cumple con los requisitos de existencia y de validez determinados por la ley, producirá válidamente sus efectos.

6.8 Liberalidad disfrazada bajo la forma de un contrato oneroso.

Se ha discutido en doctrina si sería válido un contrato disimulado solemne encubierto bajo un contrato consensual. Una vez verificada la simulación cabe establecer si el acto o contrato real o disimulado cumple o no con los requisitos de existencia y de validez, proceso que llevaría a concluir, en la hipótesis planteada, por ejemplo, que la donación sería nula. Debe tenerse presente, sin embargo, que un sector de la doctrina da validez al contrato simulado, aun cuando falte la solemnidad que para él prescribe la ley. La opinión mayoritaria es la contraria: si al acto disimulado le falta una solemnidad, éste será inexistente o nulo, en su caso, por dicha causal.

6.9 Simulación en el contenido del contrato: objeto, precio, fecha, modalidades y pactos accesorios.

La simulación relativa puede recaer en el objeto del acto, o en la fecha o puede recaer, finalmente, en las modalidades o pactos accesorios de un contrato.

6.10 Simulación en los sujetos o interposición ficticia de personas.

Ello ocurre cuando deben ser titulares del negocio jurídico personas distintas de aquellas que indican las palabras de la declaración.

6.11 Efectos de la Simulación.

a) Efectos de la simulación entre las partes. En las relaciones recíprocas de las partes el acto simulado no existe, rigiéndose éstas por su voluntad real. Es frecuente que las partes, junto con el documento que contiene el contrato simulado, extiendan otro, que deja constancia escrita de su voluntad real. A éste último se le denomina contraescritura, y constituye, precisamente, un medio para probar la voluntad real de los contratantes. La afirmación de que entre las partes prima la voluntad real por sobre la declarada se funda en lo dispuesto en el artículo 1707 del Código Civil que señala *“Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”*. Implícitamente la norma está señalando que entre las partes prima siempre su voluntad real, inclusive en el caso de que la voluntad real conste en una contraescritura privada y el acto simulado conste en una escritura pública.

b) Efectos de la simulación respecto de terceros. Para los terceros existe y afecta el acto ostensible, es decir, el contrato simulado que da cuenta de la voluntad declarada por las partes. La voluntad real de éstas, que mantuvieron encubierta, no afecta por regla general a terceros. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que los terceros tengan interés en prevalecerse de la voluntad real de las partes. Para ello será necesario que acrediten cuál fue la voluntad real de ellas, demostrando que el acto ostensible es simulado en su totalidad o parte. Por lo tanto, hay que distinguir entre dos tipos de terceros: los que quieren aprovecharse de la voluntad real y los que quieren aprovecharse de la voluntad declarada por las partes.

b.1) Terceros que quieren prevalecerse de la voluntad real. Los terceros a quienes la simulación perjudica pueden tener interés en que se declare cuál fue la voluntad real de las partes y que se apliquen al acto jurídico realmente querido las sanciones que eventualmente lo podrían afectar. O bien, si el acto disimulado no adolece de vicios, los terceros pueden querer prevalecerse de él, ejerciendo a su respecto las acciones que les competan.

b.2) Terceros que quieren prevalecerse de la voluntad declarada en el acto simulado. Hay terceros que pueden extraer a su favor consecuencias del acto simulado u ostensible y a quienes interesa, por lo mismo, que éste no sea impugnado. En esta categoría se encuentran quienes, haciendo fe del acto ostensible, han adquirido de una de las partes una determinada relación jurídica.

Encontrándose en conflicto los intereses de los terceros que quieren prevalecerse de la voluntad real con los intereses de los terceros que quieren prevalecerse del acto aparente u ostensible, debe analizarse cuáles intereses serían merecedores de tutela jurídica. Debe señalarse primeramente que el problema no está resuelto por nuestra legislación. La doctrina en forma unánime señala que las consecuencias de la simulación demandada por terceros no afecta a otros terceros que estaban de buena fe, y que por ende, tales consecuencias sólo serían

oponibles a los terceros que de alguna manera sabían o debían saber sin negligencia de su parte, que sus derechos derivaban de un título simulado. Esta solución no es extraña al CC, que para resolver conflictos similares atiende a la buena o mala fe. Se dice que ante terceros de buena fe la apariencia legítima de titularidad determina la adquisición o pérdida de los derechos.

6.12 Acción de Simulación

Se llama acción de simulación a aquella que es ejercida por lo terceros a quienes la simulación perjudica, con el objeto de que el juez declare cuál ha sido la voluntad de las partes.

Para ejercer la acción de simulación se requieren las siguientes condiciones:

- a) Ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente, en otras palabras, tener un interés jurídico.
- b) Probar el daño sufrido como consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado, daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.

Nuestro Código Civil no reglamenta la acción de simulación ni contiene disposiciones que se refieren a su extinción por no ejercerse oportunamente. Por lo mismo, hay quienes piensan que es imprescriptible, si bien lo que prescribiría es la acción de nulidad que resulta del vicio que podría tener el contrato disimulado. Se dice, entonces, que la acción de simulación pierde eficacia una vez transcurrido el plazo de prescripción para demandar la nulidad absoluta o la nulidad relativa. Esta interpretación, que nos parece atendible si el contrato que las partes ocultan adolece de un vicio de nulidad, no soluciona el problema, en el caso que el contrato realmente querido por las partes sea válido. Nos inclinamos por la interpretación que propugna la prescriptibilidad de la acción de simulación, por considerarla más adecuada con el espíritu general de nuestra legislación. Pensamos que el plazo de prescripción, a falta de norma expresa en la ley, sería el general de las acciones personales (cinco años), a menos que se estimara que la acción de simulación emana de un delito civil, en cuyo caso el plazo de prescripción sería de cuatro años, contados desde la fecha del contrato simulado.

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

La buena fe evoca la idea de rectitud, de corrección. En sede no jurídica, designa una persuasión subjetiva interna (carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente.

Proyectada al derecho civil, asume dos direcciones: buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Esta última pierde aquella fisonomía psicológica.

La buena fe es un principio general del derecho.

1. BUENA FE SUBJETIVA

Es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, de actuar conforme a derecho, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error. Por tanto, la buena fe es una noción justificativa del error.

Casos en que se recoge el concepto de *Bona Fides* en sentido subjetivo son:

- a) Posesión de buena fe (artículo 706).
- b) Matrimonio putativo (artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil).
- c) Pago de lo no debido (arts. 2300 y ss. del Código Civil).
- d) En materia de contratos: pactos de irresponsabilidad por el saneamiento (artículos 1842 y 1859), renuncia del socio (artículo 2110) y acción pauliana (artículo 2468).

2. BUENA FE OBJETIVA

Es la que más interesa en el ámbito de los contratos.

Artículo 1546 del Código Civil. *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”*

La regla de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato.

Es un estándar de conducta, un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio del juez, pero que tiene una unidad de significado básica e inamovible, que el juez debe acatar.

A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aprecia en concreto, la buena fe objetiva se aprecia en abstracto.

Como el estándar de la buena fe tiene valor normativo, no sólo por estar consagrada legalmente en el ordenamiento, sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos

jurídicos del contrato, resulta que su aplicación configura una cuestión de derecho. La decisión es susceptible de ser revisada por vía de casación en el fondo.

2.1 Diversas manifestaciones de la buena fe objetiva

Aun cuando el Código Civil sólo señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, hay una proyección normativa de la buena fe al completo íter contractual. El principio de la buena fe se proyecta en todo el íter contractual, impone a las partes el deber de comportarse leal y correctamente desde las negociaciones preliminares hasta el cumplimiento de las obligaciones, e incluso en las relaciones post contractuales.

A. Tratos preliminares

En la fase precontractual, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. Esta información de buena fe se refiere tanto a los sujetos (solvencia, salud mental, aptitudes, etc.) como al objeto (Ejemplo: materiales de la cosa en el seguro de incendio, condiciones de seguridad en el seguro contra robo).

El incumplimiento de estos deberes puede configurar dolo. Pero aun sin dolo, cuando se violan negligentemente los deberes de información, debe remediarse lo hecho a través de una indemnización por culpa in contrahendo. Esto dice relación con la responsabilidad precontractual.

Hay otros deberes precontractuales que pueden depender de la buena fe objetiva. Así, el deber de interrumpir las tratativas para quien advierte que no está en situación de concluir un contrato válido, o el deber de reserva respecto de las informaciones adquiridas.

B. Celebración del contrato.

Los deberes precontractuales subsisten en el instante de la conclusión del contrato. La buena fe impone cierto equilibrio mínimo a las utilidades características del contrato conmutativo (Ejemplo: Lesión). También impone el deber de redactar la convención con un mínimo de precisión.

C. Cumplimiento del contrato.

La responsabilidad por incumplimiento es más amplia si hay dolo (artículo 1558 del Código Civil). Pero no esto no es novedoso.

Progresos explicativos: en las instituciones vigentes, la buena fe contractual puede servir de argumento complementario, por ejemplo a la excepción de contrato no cumplido.

Novedades normativas posibles:

- a) Desestimación de la demanda de resolución por incumplimiento de poca monta.

- b) Admisión de la posibilidad de revisar los contratos en casos de excesiva onerosidad sobreviniente.
- c) Morigeración del sistema subjetivista de interpretación de los contratos.

D. Terminación del contrato y relaciones post contractuales.

Después de terminada la relación contractual, la regla de la buena fe objetiva sobrevive, imponiendo deberes específicos que dependen de las circunstancias. La idea general es impedir conductas mediante las cuales una parte pudiere disminuir las ventajas patrimoniales de la otra.

Entre las conductas que impone la buena fe después de la muerte del contrato, destaca la de secreto o de reserva.

2.2 Conclusión

El principio de la buena fe es un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tener literal del contrato, ya sea ampliándolo o restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias del caso.

La buena fe objetiva permite equilibrar la fuerza obligatoria del contrato con los requerimientos de la justicia.

CAPÍTULO IV

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

La hermenéutica legal es el proceso mediante el cual se fija o determina el verdadero sentido y alcance un contrato. La interpretación del contrato tiene una enorme importancia práctica, pues ella reconoce o determina los efectos jurídicos o alcance del mismo⁴⁹.

⁴⁹ Téngase presente los métodos de interpretación, distinguiéndose entre clásicos y modernos.

1. INTERPRETACIÓN SUBJETIVA DE LOS CONTRATOS

1.1 Generalidades

A. Los artículos 1156 francés y 1560 chileno, en cuanto bases del sistema subjetivo de interpretación contractual

La doctrina clásica de la voluntad prescribe que, en la interpretación de los contratos, el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones de quienes lo concluyeron.

El artículo 1560 del Código Civil establece que *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”*

Al aludir a la *“intención”*, ordena al intérprete una investigación psicológica. La meta del intérprete es la voluntad interna del sujeto. Esto no es tarea fácil.

¿Qué ocurre si el juez no puede encontrar la intención de las partes? De todos modos debe resolver la cuestión: debe buscar la voluntad *“virtual”* de las partes (cómo probablemente se habrían pronunciado las partes). Esto es aún más difícil.

Sin embargo, el artículo 1560 del Código Civil prescribe que el intérprete no puede pasar por encima de las palabras sino cuando llega a conocer claramente la intención de los contratantes. Por tanto, no hay lugar a intenciones virtuales, a diferencia del sistema francés. La intención debe tener un carácter de evidencia.

Pese a ello, en la práctica, cuando no se logra conocer con claridad la intención de las partes, y la declaración es oscura, el proceso interpretativo se ve forzado a recurrir a los mismos arbitrios que en Francia.

En consecuencia, en ambos sistemas, cuando el intérprete no logra reconocer la voluntad psicológica real de los contratantes, se ve en la necesidad de inducir de las circunstancias del caso, de los elementos intrínsecos y extrínsecos a la declaración, su voluntad virtual o probable.

B. Como descubrir la voluntad común *“probable”* de los contratantes; circunstancias de la especie.

La misión del intérprete es establecer presunciones de voluntad común.

Circunstancias de la especie: todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención. Constituyen el ambiente general del contrato. Pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes a la conclusión de la convención. Ejemplo, cláusulas de otro contrato celebrado entre las mismas partes (artículo 1564 inc. 2º del Código Civil).

C. Condiciones necesarias para que haya lugar a interpretación.

La pregunta es si el intérprete puede ir más allá de la declaración contractual incluso si ella es clara y precisa. Si no es así, la obscuridad del contrato es condición necesaria para la interpretación.

D. El problema de la obscuridad del contrato ante la doctrina y la jurisprudencia más recientes

En Chile, las opiniones están divididas:

- a) La interpretación sólo puede tener lugar cuando el sentido de una cláusula o del contrato adolecen de oscuridad o imprecisión⁵⁰.
- b) Todo contrato, claro u oscuro, puede ser interpretado. Esta tesis predomina actualmente.

E. Conclusiones frente al problema de la obscuridad del contrato como requisito de la interpretación

La tesis según la cual el contrato claro no debe ser interpretado exige distinguir perfectamente los contratos claros de los oscuros, lo que es prácticamente imposible. No existe un criterio objetivo.

La distinción es equívoca. Todo contrato puede ser interpretado; la oscuridad no es una condición para que haya lugar a la interpretación. Además, no hay que confundir voluntad psicológica con expresiones formales: que los términos sean claros no implica necesariamente que la voluntad lo sea.

La única condición para que haya lugar a la interpretación de un contrato es la existencia de una contienda entre las partes.

F. Causas de la contienda que toda interpretación contractual presupone

- a) Ambigüedad en el contrato: admite dos o más sentidos totalmente diferentes entre los cuales se puede dudar.
- b) Oscuridad en el contrato: no presenta ningún sentido determinado.
- c) Los términos del contrato pueden ser claros, pero insuficientes.
- d) Los términos pueden ser claros, pero excesivos.
- e) Los términos pueden ser claros en sí mismos, pero haber sido empleados de manera dudosa.

1.2 Las reglas de interpretación de los contratos.

Las reglas de interpretación son principios y moldes que sirven de base a los razonamientos del intérprete, y que le ayudan en la búsqueda de la intención común de los contratantes.

El intérprete debe servirse, en la medida de lo posible, de estas reglas para realizar su tarea, pero nada impide que tome también en consideración otros principios que no tengan sanción legal directa.

⁵⁰ Téngase presente los métodos de interpretación modernos.

El artículo 1560 del Código Civil, más que una regla de interpretación, sirve de principio rector a las reglas que le siguen. Su papel es superior al de una regla de interpretación, pues consagra en Chile, por sí solo, el sistema subjetivo tradicional de interpretación de los contratos.

1.2.1 Casos de interpretación legal

En los casos de interpretación legal, el legislador no se limita a dar una indicación al intérprete, sino que realiza, abstracta y anticipadamente, y en todas sus partes la interpretación, dictando una solución que el juez deberá aplicar a todos los casos que correspondan a la hipótesis prevista por la ley. En todos estos casos, la solución dada por el legislador se reputa corresponder a la voluntad virtual del o los emisores de la declaración.

* Casos en que el legislador fija el sentido que debe darse a una determinada cláusula dudosa si las partes la introducen sin explicar su extensión. Ejemplos: artículos 567 a 575 (muebles e inmuebles), 1823 (venta a prueba) y 1874 (pacto comisorio calificado), todos del Código Civil.

* Casos en que las partes no se pronuncian sobre un aspecto particular. La ley suple este silencio dando la solución que corresponde a la voluntad que las partes habrían tenido. Ej. Regulación sobre compraventa, arrendamiento, sociedad, etc.

* Casos en que la voluntad de las partes es interpretada por el legislador, frente a un silencio absoluto. Ej. Normas sobre sucesión intestada.

1.2.2 Reglas de interpretación relativas a los elementos intrínsecos del contrato

Interpretar a partir de los elementos intrínsecos significa interpretar el texto del contrato por sí mismo, considerando sólo los elementos que se encuentran, de una u otra manera, en la misma declaración contractual.

a) **Regla de la armonía de las cláusulas:** artículo 1564 inc. 1º del Código Civil. *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”*

b) **Regla de la utilidad de las cláusulas:** artículo 1562 del Código Civil. *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”*

c) **Regla del sentido natural:** artículo 1563 del Código Civil. *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”*

1.2.3 Reglas de interpretación relativas a los elementos extrínsecos del contrato

a) **Regla de la aplicación restringida del texto contractual:** artículo 1561 del Código Civil. *“Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”*

b) **Regla de la natural extensión de la declaración:** artículo 1565 del Código Civil. *“Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.”*

Aunque estas dos reglas parezcan contradictorias, la oposición es aparente, pues son manifestaciones distintas del mismo principio general: el que ordena al intérprete considerar todas las circunstancias de la especie. La aplicación de una u otra dependerá del caso concreto.

c) **Regla de los otros contratos de las partes sobre igual materia:** artículo 1564 inc. 2º del Código Civil. *“Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.”*

d) **Regla de la interpretación auténtica:** artículo 1564 inc. 3º del Código Civil. *“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.”*

Estas dos reglas también son manifestación del principio de que debe considerarse todas las circunstancias de la especie, aún las extrínsecas a la declaración.

1.2.4 Reglas subsidiarias de interpretación contractual

a) **Regla de las cláusulas usuales:** artículo 1563 inc. 2º del Código Civil. *“Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.”*

Esta regla es consecuencia de la referencia del artículo 1546 a la costumbre.

Tiene poca aplicación práctica porque la costumbre en materia civil sólo tiene valor según ley. El intérprete sólo los considera cuando las partes se han referido formalmente a ellos o han sido recogidos por las normas legales supletorias de la voluntad.

b) **Regla de la última alternativa:** Artículo 1566 inc. 1º de Código Civil. *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.”*

Esta regla es aplicación de la regla del onus probandi: incumbe probar las obligaciones al acreedor (Artículo 1698 del Código Civil).

c) **Regla de la interpretación del contrato en contra del redactor:** artículo 1566 inc. 2º del Código Civil. *“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."

1.2.5 Naturaleza de las reglas de interpretación. ¿son simples consejos o normas imperativas?

a) Constituyen consejos dados por el legislador a los jueces, son reglas técnicas destinadas a actuar como criterios directivos del prudente arbitrio del juez, que es soberano en su interpretación. Por tanto, su dictamen sólo puede revisarse por vía de apelación, no de casación. Este criterio ya no tiene mucha vigencia.

b) Se trata de verdaderas normas jurídicas de carácter imperativo, cuya inobservancia por parte del juez puede ser impugnada en casación. Esta es la única opinión justa. Dos argumentos:

i) Hay que buscar una forma para que las mismas normas de experiencia utilizadas por las partes lo sean también por el intérprete. Para ello, nada mejor que imponer al juez la utilización de ciertas reglas de interpretación. Así, se elimina la variabilidad de soluciones frente a un punto concreto.

ii) Estas reglas de experiencia constituyen derecho, pues constituyen proposiciones que integran una norma jurídica.

1.2.6 Reglas no legales de interpretación contractual

Hay reglas de interpretación, que no están legalmente consagradas, pero que pueden ayudar al intérprete en la fijación del sentido de la convención. Lo que es lógico si se tiene en cuenta que la meta de la interpretación es la determinación de la voluntad psicológica de las partes.

Estas reglas constituyen meras recomendaciones, pudiendo los jueces prescindir de ellas.

1.2.7 Críticas del profesor López al sistema subjetivo de interpretación contractual

a) **El carácter ficticio del sistema subjetivo de interpretación.** El intérprete es concebido más como un psicólogo que como un jurista.

Las voluntades de los seres humanos son frágiles, contradictorias, caprichosas; incluso arbitrarias. Además, la voluntad interna, la real voluntad psicológica es incognoscible.

Es un engaño insistir en la búsqueda de las intenciones comunes, pues hay una cantidad de aspectos que, habiendo sido considerados por las partes, lo fueron de un modo diverso por cada una.

Debería eliminarse de la interpretación toda referencia a voluntades tácitas, probables o virtuales de los contratantes. Estas nociones no tienen sentido. O hay elementos de convicción suficientemente fuertes y entonces la voluntad es real, o no los hay y entonces la voluntad es impenetrable.

Llegado el momento de la interpretación, el contrato no interesa como acto genético de constitución de la relación jurídica, sino que como relación jurídica ya formulada.

b) El carácter individualista del sistema subjetivo de interpretación contractual. El individualismo es una doctrina que, al afirmar que la sola voluntad del individuo es la fuente de los derechos subjetivos, no puede ser aceptada. En lo relativo a la interpretación de los contratos debería rechazarse el principio de la voluntad soberana, corrigiéndolo mediante la consideración, por el intérprete, de los elementos sociales susceptibles de proveer los modelos aptos para determinar, sin ficciones, los derechos y obligaciones que el contrato interpretado ha hecho nacer.

2. INTEPRETACIÓN OBJETIVA DE LOS CONTRATOS

2.1 Las normas del Código Civil Alemán sobre interpretación contractual.

En cuanto a la interpretación de los contratos, la nueva doctrina alemana ha significado la creación de un sistema objetivo, en el cual no interesa la voluntad que tuvieron las partes al concluir el contrato, debiendo fijarse el alcance a las cláusulas discutidas de acuerdo al sentido normal de la declaración, de manera que los efectos jurídicos serán los que cualquier hombre razonable atribuiría a la convención.

El juez, al interpretar objetivamente, no toma sólo en cuenta el texto de la declaración, sino que también todos aquellos matices que rodean las relaciones de las partes: las circunstancias de la especie.

2.2 Las circunstancias ostensibles de la especie. Comparación con el sistema subjetivo

En ambos sistemas hay una idea común: el rechazo a la interpretación puramente literal de los contratos. Ambos consideran las circunstancias de la especie. Sin embargo:

a) Los límites son mucho más amplios en el sistema subjetivo, pues en el objetivo sólo interesan las circunstancias notorias, que fueron conocidas, o debieron serlo, por las partes. En el subjetivo, interesan todas las circunstancias susceptibles de esclarecer el contrato.

b) Las finalidades son diferentes. En el sistema subjetivo, las circunstancias sirven al intérprete para establecer la común voluntad interna y para fijar el sentido y alcance de la

convención. En el sistema objetivo, sólo contribuyen a precisar y completar la declaración, que se interpreta después.

Principales aspectos a que se refieren las circunstancias de la especie:

- Objeto de la convención.
- Lugar donde se celebra.
- Finalidades generalmente económicas de las partes.
- Relación de parentesco o amistad entre las partes.

2.3 El hombre razonable como criterio de la interpretación objetiva

a) El intérprete debe preguntarse por el modo como el destinatario ha comprendido la declaración. Pero esto no soluciona el problema.

b) El intérprete debe hacer resaltar una voluntad contractual puramente jurídica, una voluntad ideal que no es ni la del oferente ni la del aceptante, sino la del hombre medio razonable. Pero este estándar es algo indefinido; sólo sirve como principio general orientador.

2.4 El intérprete debe considerar los resultados económicos perseguidos por los contratantes. Reglas de la experiencia. Síntesis del sistema objetivo de interpretación.

Dentro de las circunstancias de la especie, los resultados económicos perseguidos por las partes ocupan un lugar destacado.

Para precisar la finalidad económica, es necesario conocer el significado de los signos utilizados por las partes, lo que sólo se puede lograr con las reglas de la experiencia: el juez debe poner en práctica sus conocimientos extrajurídicos.

Síntesis del sistema objetivo:

- Las voluntades psicológicas, las intenciones no exteriorizadas, carecen de importancia.
- La interpretación literal de la declaración, aisladamente, es tan condenable como la interpretación subjetiva. El juez debe considerar las circunstancias objetivas de la especie.
- Las finalidades económicas deben ser materia de especial atención.
- El intérprete debe atribuir a la declaración el sentido que le otorgaría cualquier hombre medio.

2.5 La buena fe en la interpretación contractual objetiva

La buena fe impide establecer como contenido de la declaración, salvo reserva expresa de las partes, algo diverso a lo que es usual o normal. La interpretación en correlación con la buena fe es aquella que se efectúa de acuerdo a lo dispuesto por los usos.

Pero si las partes, de común acuerdo, atribuyen a la declaración un sentido diverso del usual, la buena fe exige respetar ese acuerdo, y prescindir en la interpretación de los usos.

Si no hay tal acuerdo, ni usos susceptibles de determinar el sentido de la convención, la buena fe exige, en último término, la aplicación del criterio del hombre correcto u hombre medio razonable. Esto no difiere mayormente de la interpretación conforme a la equidad.

3. CONCLUSIONES SOBRE SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

a) ¿Cuál es el mejor sistema? Desde un punto de vista estrictamente jurídico no hay respuesta.

b) Si el sistema subjetivo es individualista y ficticio, el objetivo también tiene sus inconvenientes: el criterio del hombre razonable es poco categórico, la buena fe no es un elemento autónomo de interpretación, los usos sociales tienen vocación limitada, y la equidad no elimina la subjetividad, pues la percepción personal del juez sobre la utilidad y la justicia tiene un rol activo.

c) Corresponde preguntarse cuál sistema es socialmente el más conveniente: para consagrar soluciones prácticas en armonía con el interés general de la comunidad, para proteger mejor a las mayorías nacionales y, especialmente, para eliminar del derecho las ficciones caprichosas alejadas de la realidad, debe imponerse la interpretación objetiva.

d) En el sistema objetivo, la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho, controlable por el mecanismo de la casación. Esta es la más valiosa garantía para los litigantes frente al riesgo de la arbitrariedad del juez.

4. INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS FRENTE AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

4.1 Consideraciones previas: calificación del contrato. Es posterior a la interpretación. Cuestiones de hecho y de derecho.

Calificar un contrato es establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos que regula la ley o en otro que, no estando considerado por ella, sea expresión de la

libertad contractual de las partes, operándose sobre la base de la esencia misma de los hechos que configuran el acto y no sobre la denominación que los contratantes pudieran haber empleado.

Hay casos en que sólo se interpreta, pero no se califica. En otros casos ocurre lo inverso (poco probable). Pero lo frecuente es que el juez deba interpretar y calificar el contrato. El problema está en determinar cuál proceso es previo.

Siempre la interpretación debe preceder a la calificación: una resolución acertada comienza por investigar cuál fue la voluntad de las partes, para que, una vez fijado el alcance del contrato, se proceda a la calificación. De lo contrario, existe el riesgo de prejuzgar las apariencias que pueden conducir a conclusiones erróneas.

Los hechos de la causa son objeto de prueba.

Dentro de los tres aspectos que se distinguen en los litigios, el primero, es decir, la determinación de la existencia o inexistencia de los hechos implica una cuestión de hecho. Todo lo que concierne a este primer aspecto es ajeno a la fiscalización de la corte de casación, salvo si se hubiere incurrido en alguna vulneración de las leyes reguladoras de la prueba. En cambio, los otros dos, la calificación de los hechos y las consecuencias o efectos que de ellas se derivan en vistas de la aplicación de la ley, importan cuestiones de derecho, que, como tales, pueden examinarse en casación.

4.2 Casación en el fondo por errónea calificación del contrato

Toda errónea calificación de los contratos autoriza a la parte agraviada para deducir el recurso de casación en el fondo. Una errónea calificación viola:

- a) La ley del contrato.
- b) La ley que define el contrato nominado.
- c) La ley que define el contrato que la equivocada calificación suponga celebrado.
- d) Las disposiciones legales que se pueden aplicar al contrato efectivamente celebrado, en el carácter de supletorias de la voluntad de las partes, como asimismo las disposiciones propias del contrato que la errónea calificación estima celebrado.

4.3 Casación en el fondo por errónea interpretación del contrato.

Improcedencia del recurso. Las reglas de interpretación son meros consejos para el intérprete. La interpretación de los contratos es una facultad exclusiva de los jueces de instancia:

- a) "Ley" en el artículo 767 Código de Procedimiento Civil se refiere al artículo 1º Código Civil, y no incluye la ley del contrato a que alude el artículo 1545 Código Civil.
- b) Siempre la interpretación de un contrato envuelve una cuestión de hecho.
- c) No puede sostenerse que la fijación del alcance del contrato infrinja la ley del mismo, pues el contrato es precisamente el que los jueces dan por celebrado.

Improcedencia del recurso, salvo desnaturalización del contrato. La interpretación es una cuestión de hecho, y el contrato es ley después de interpretado. Pero el artículo 1545 del Código Civil no es ajeno al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

Se admite en ciertos casos la casación. Las reglas de interpretación son leyes como cualquier otra.

Dentro de esta doctrina hay que distinguir:

- a) Doctrina francesa de la desnaturalización: la casación procede cuando una cláusula clara ha sido desnaturalizada por el juez. La interpretación de las cláusulas oscuras es privativa de los jueces del fondo, pero las claras deben ser respetadas, ya que no cabe interpretarlas. Si el juez pretende fijar el sentido de éstas, desnaturaliza el contrato.
- b) Doctrina de Luis Claro Solar: no comparte la distinción entre cláusulas claras y oscuras: ambas deben ser interpretadas. La interpretación es una cuestión de hecho. Pero acepta la idea de la desnaturalización. Se desnaturaliza el contrato cuando el juez da a la voluntad una inteligencia contraria a la realidad, desconociendo la voluntad de las partes. Pero esto es tan amplio que permite la casación frente a cualquier interpretación errónea, aún considerando que es una cuestión de hecho. La doctrina de la desnaturalización sólo se entiende en base a la distinción entre cláusulas claras y oscuras.

La jurisprudencia ha aceptado la doctrina de la desnaturalización, pero la mayoría de los fallos la han entendido en el sentido que la plantea Claro Solar.

Amplia procedencia de la casación en el fondo por errónea interpretación contractual. La distinción entre cláusulas claras y oscuras es inconsistente. Toda equivocada interpretación infringe la ley del contrato. La interpretación es una cuestión de derecho, pues no es objeto de prueba, y toca la esencia de los hechos, es decir, su significado jurídico. Por ende, procede la casación.