LOS CONTRATOS

PARTE GENERAL

Jorge López Santa María

QUINTA EDICIÓN

Actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis

AbeledoPerrot®
LegalPublishing®

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA

LOS CONTRATOS

PARTE GENERAL

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA POR
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

AbeledoPerrot®
LegalPublishing®

se comprueba que, además de aquéllas y de éstos, hay todavía otras categorías intermedias de sujetos respecto a las que es menester determinar cómo se comporta el principio del efecto relativo.

Por lo mismo, es útil diferenciar entre cinco grupos de personas: Las partes del contrato; los terceros absolutos; los causahabientes a título singular; los acreedores de las partes del contrato y los codeudores solidarios e indivisibles.

A. Las partes del contrato

Son partes en un contrato aquellas que concurren a su celebración, sea personalmente, sea representadas legal o convencionalmente. Pero también son partes, por regla general, y desde el instante del fallecimiento de los contratantes, los herederos o causahabientes a título universal, ya que representan a los contratantes, según la expresión del artículo 1097 del Código Civil, para sucederles en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.[539]

El Código Civil chileno sigue el sistema romano de sucesión en la persona. En Chile los herederos son los continuadores de la persona del difunto y, en tal calidad, reciben todo el patrimonio del causante con su activo y su pasivo, llegando a afirmarse que éste es uno de los principios fundamentales en los que se inspira el sistema sucesorio chileno.[540] Dispone el artículo 951 que se sucede a título universal "cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto". Agrega el artículo 954 que "las asignaciones a título universal se llaman herencias". Cierra esta idea el artículo 1097, cuando señala que "los asignatarios a título universal con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". "Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas". Queda claro, de esta forma, que los herederos, esto es los asignatarios a título universal, son los continuadores de la persona del difunto, y como tales son obligados al pago de las deudas que

[539] En Chile no hay causahabientes a título universal por acto entre vivos (arts. 1811 y 2056 CC). Salvo cuando se disuelve una sociedad limitada o anónima por la reunión de todos los derechos o acciones en manos de un socio, o cuando hay fusión de sociedades, o bien en el caso de cesión de un establecimiento de comercio, pues el adquirente pasa a ser el sujeto activo o pasivo de todos los derechos y obligaciones que tenía el cedente.

[540] Así DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho sucesorio*, Santiago, 1998, pp. 42 y ss.

contrajo el causante, aun cuando sean superiores a lo que ellos reciben en la sucesión. Es de aquí entonces de donde nace la regla según la cual la persona que contrata lo hace también para sus herederos, ya que los derechos y obligaciones que de ese contrato nacen, se transmiten, por causa de muerte a quienes sean sus herederos. Estas personas, que no fueron parte del contrato que otorgó en vida el causante, pasan, en su calidad de continuadores de la persona del causante, a ser parte de él, y titulares de los derechos personales que de él emanan.[541]

Es por eso que la Corte Suprema, en sentencia de fecha 22 de enero de 2009, resuelve acertadamente que "los herederos sustituyen al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, porque de acuerdo con la ley son continuadores de la personalidad de éste, representante del mismo; dice el Código Civil que los asignatarios a título universal son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1097, inc. 1º) (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., "Tratado de las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, año 2004, Volumen III, página 11)". "Que conforme a lo expuesto, no puede aceptarse la alegación de los demandados en orden a deslindar su responsabilidad por la deuda ejecutada, amparados en el cambio de la situación jurídica en que se encuentra la propiedad que la garantiza puesto que tal como se ha expuesto, no gozan ellos de derechos diferentes de los que les fueron transmitidos en la sucesión". "Que en razón de lo señalado, al rechazar la excepción deducida por los herederos de la cónyuge del deudor, los jueces del mérito no han incurrido en error de derecho y antes, al contrario, han dado correcta aplicación a lo que dispone el artículo 1740 del Código Civil que se denuncia infringido" (c. 3).[542]

B. Los terceros

Son terceros absolutos o *penitus extranei* (profundamente extranjeros)[543], aquellos que fuera de no participar en el contrato, ni personalmente, ni representados,

[541] El principio no se agota en materia contractual. Dispone el artículo 2316 del Código Civil en sede extracontractual que "es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos". De esta forma si el causante cometió un hecho ilícito, la obligación de indemnizar a los perjudicados no sólo recae en él, sino que se transmite a sus herederos. Se transmiten por causa de muerte también, y por regla general, los derechos reales, incluso el derecho real de concesión minera (art. 2º CMin.) y el derecho real de aprovechamiento de aguas (art. 21 CAg.). Se exceptúan el derecho real de usufructo y los de uso y habitación, los que se extinguen por la muerte del titular (arts. 806 y 819) (cfr. Elorriaga De Bonis, Fabián, *Derecho sucesorio*, LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 13 a 21).

[542] Rol 5456/2007 (*PuntoLex*).

[543] Cfr. Malaurie, Phillipe, *Droit Civil. Les Obligations*, Cujas, Paris, 1985, p. 257.

no están ligados jurídicamente con las partes por vínculo alguno. Frente a ellos, el contrato es *res inter allios acta,* no les empece.[544]

C. Los causahabientes a título singular

Reciben el nombre causahabientes a título singular quienes suceden a una persona, por acto entre vivos o bien *mortis causa,* en un bien específicamente determinado y no en la totalidad de su patrimonio, ni en una porción alícuota del mismo (arts. 951 y 954 CC).

Son causahabientes a título singular por acto entre vivos los que reciben una cosa en virtud de un título traslaticio de dominio, como el comprador, el donatario o el mutuario. Lo son *mortis causa,* los legatarios.

¿Cómo se comporta el principio del efecto relativo respecto a estas personas? ¿Afectan a los causahabientes a título singular los contratos celebrados por el causante o autor con otros sujetos?

El problema, por cierto, se circunscribe exclusivamente a los contratos celebrados por el causante, sobre la cosa o derecho que específicamente se transfiere o transmite al causahabiente singular, antes que éste pase a ocupar el lugar jurídico de su autor.

De acuerdo al artículo 1104.1 del Código Civil "los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan".

Según la mayoría de la doctrina debe tenerse a los causahabientes a título singular como partes del contrato otorgado por su causante respecto de la cosa en la que suceden. Pero los ejemplos de la doctrina casi siempre dicen relación con la constitución de derechos reales limitativos o desmembrados del dominio, por lo que la afirmativa resulta lisa y llanamente del derecho de persecución o efecto *erga omnes* propio de los derechos reales. Así ocurre cuando el causante, antes de trans-

[544] En aplicación de este principio, ha resuelto la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 4 de diciembre de 2009, que la pretensión del verdadero dueño del inmueble arrendado relativa a la terminación del arriendo, no resulta admisible, pues "la acción de terminación de un contrato de arrendamiento de cosas corresponde ejercerla a quienes tengan la calidad de partes en el mismo, calidad que el demandante evidentemente no tiene. La acción que dedujo en autos no consiste en una acción restitutoria del inmueble, en virtud de haber terminado el contrato de arrendamiento celebrado a su respecto, sino que de una acción enderezada por vía directa y principal a obtener una declaración judicial de terminación del contrato, que traerá como consecuencia la restitución de la cosa. El actor no puede exigir el término del contrato si no es parte en el mismo" (c. 6) (rol 121/2009, *PuntoLex*).

ferir un inmueble, lo había hipotecado o lo había gravado con una servidumbre. Evidentemente que, entonces, los respectivos contratos de hipoteca o de constitución convencional de una servidumbre empecen al comprador, o al causahabiente singular en general.

La cuestión en análisis sólo reviste interés, tornándose problemática, cuando el causante había limitado sus poderes sobre la cosa en el ámbito estrictamente de las obligaciones personales y no en el de los derechos reales desmembrados del dominio. Por ejemplo, si el causante se había obligado a no instalarse con un giro comercial determinado en su establecimiento o se había obligado a no enajenar un bien, al transferirse o transmitirse la propiedad del local comercial o del bien, ¿es oponible al causahabiente singular la cláusula de no competencia o la cláusula de no enajenar derivada de un contrato en que él no fue parte?[545]

Al través de la interesante doctrina de las obligaciones ambulatorias o *propter rem* se responde afirmativamente.[546] Son obligaciones ambulatorias aquellas cuyo sujeto pasivo es variable, de tal modo que el rol de deudor lo asume quien se encuentre en la posición jurídica de dueño de la cosa. Estas obligaciones se traspasan al causahabiente singular junto con la transmisión de la titularidad del derecho de dominio al cual van anejas.

En la legislación chilena existen situaciones en que, precisamente, se ordena que una obligación personal contraída por el antecesor se traspase al sucesor singular *inter vivos,* junto con la transferencia del dominio. Así ocurre con la obligación de pagar las expensas comunes, en el ámbito de la copropiedad inmobiliaria, es decir, tratándose de inmuebles acogidos a la ley Nº 19.537 de 1997. Esta obligación, que entre otros comprende los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble y los gastos de la administración del edificio, tiene carácter ambulatorio, pues va aparejada a la calidad de actual dueño de cada departamento, extendiéndose incluso a las expensas devengadas por los precedentes propietarios (art. 4º ley Nº 19.537). En materia de obligaciones tributarias del causante, ellas pue-

[545] Sobre el valor de las cláusulas de no enajenar o prohibiciones voluntarias de enajenar LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Sociedad anónima. Prohibición de enajenar las acciones frente al principio de la libre transmisibilidad de ellas. Sistema de acciones serie B, es un sistema de fideicomisos o es ilegal y debe suprimirse", en *Revista de Derecho,* Universidad Católica de Valparaíso, 3, 1979, pp. 115 y ss. y UGARTE GODOY, José, "El contrato de factoraje y la prohibición convencional de ceder créditos a un factor", en *RDJ*, 97, primera parte, pp. 65 y ss.

[546] Sobre este tema cfr., por ejemplo, ABERKANE, Hassen, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en Droit positif français,* LGDJ, Paris, 1957 y HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, Madrid, pp. 850 y ss.

den exigirse al comprador, cesionario o adquirente de la industria, negocio o bien del cual se trate.[547] En otras ocasiones, es el completo contrato que había celebrado el antecesor, el que por mandato de la ley queda *ipso iure* traspasado al causahabiente a título singular, por el solo hecho de transferirse la propiedad. Esto ocurre en los tres casos del artículo 1962 del Código Civil, respecto al contrato de arrendamiento, y en el caso del artículo 530 del Código de Comercio, respecto al contrato de seguro.[548]

Con todo, los casos anteriores implican textos legales que directamente disponen el traspaso de una o de todas las obligaciones contraídas por el causante a su sucesor en un bien determinado. Quedando todavía sin solución, en cambio, las hipótesis no previstas por el legislador. Aunque el asunto es discutible, a falta de norma expresa parece que el principio es que las obligaciones contraídas por el causante no empecen al causahabiente singular. Este último, en virtud del efecto relativo del contrato, podría sostener que la obligación convenida en relación con el bien en que él sucede, por su causante y el tercero, le es inoponible, o sea *res inter allios acta.* Al cocontratante del causante sólo le quedaría la posibilidad de demandar a este último por el incumplimiento de la obligación de que se trate, mas no podría exigirle el pago al causahabiente singular.

Si Pedro se obligó con Juan a no instalar un supermercado en determinado inmueble (cláusula de no competencia) y después Pedro enajena el local comercial a Diego, éste no estaría vinculado por aquella obligación de no hacer. A la luz

[547] De acuerdo al artículo 71.1 del Código Tributario cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto de las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido que afecten al vendedor o cedente. Para gozar del beneficio de excusión dentro del juicio ejecutivo de cobro de los respectivos impuestos, el adquirente, deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 2358 y 2359 del Código Civil.

[548] En el contrato de arrendamiento la regla general es que extinguido el derecho del arrendador se termina el contrato en los términos del artículo 1950.3º del Código Civil. De modo que si el arrendador vende la cosa que ha dado en arrendamiento, este contrato le es inoponible al comprador, salvo que se esté en alguna de las situaciones de excepción del artículo 1962 del mismo Código. Así, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia de 12 de diciembre de 2008, resolvió que "de acuerdo al artículo 1950 Nº 3 del Código Civil, el contrato de arrendamiento expira por la extinción del derecho del arrendador, situación que regula el artículo 1961 del mismo texto citado, estableciéndose que se deberán indemnizar los perjuicios al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho no esté obligada a respetar el arriendo. Que el actor no se encuentra en ninguna de las situaciones enumeradas en el artículo 1962 del Código Civil que la obligue a respetar dicho contrato y, por otro lado, el arrendamiento no ha sido contratado por escritura pública. Que así las cosas se dará lugar a la demanda de restitución de la propiedad arrendada por extinción del derecho del arrendador y al pago de las rentas adeudadas y las que se devenguen hasta que se efectúe la restitución" (c. 6) (rol 413/2008, *PuntoLex*).

del artículo 1555 del Código Civil, *prima facie* Juan podría solicitar una indemnización de perjuicios a su contraparte, o sea, a Pedro. Empero, en el ámbito del Derecho Penal Económico y de la legislación chilena protectora de la libre competencia, dicha cláusula de no hacer constituiría un delito y la convención o la cláusula tendría que declararse civilmente nula, por infringir los artículos 1461 y 1462 del Código Civil, vale decir, por no reunirse los requisitos del objeto de la obligación y por objeto ilícito.[549]

Lo que, además, por carambola, implica ausencia de causa en la obligación correlativa a la que carece de objeto.

La cuestión que se deja planteada, en torno a las obligaciones ambulatorias, reviste mucho mayor interés del que a primera vista pudiere parecer. Ha servido para idear un sistema de protección del medio ambiente, por motivos ecológicos, en varios países. Así, en el norte de los EE.UU. se donan bienes a los propietarios de extensiones forestales con el compromiso de que no talen los bosques; pero, ¿qué ocurre si el donatario después enajena su predio rústico?, ¿es oponible la obligación de no hacer al causahabiente singular? En el estado actual del Derecho chileno preguntas de esta especie carecen de una respuesta precisa.

Dentro del tema de los contratos celebrados por el causante y el posible traspaso al causahabiente singular de las obligaciones personales contraídas por el antecesor, inexplorado se halla el punto relacionado con la disolución y liquidación de las sociedades. Para limitar este breve comentario a las sociedades colectivas civiles y a las sociedades civiles de responsabilidad limitada,[550] de acuerdo al artículo 2215 del Código Civil, el haber de la sociedad y sus obligaciones se dividen entre los socios mediante aplicación de las normas del Derecho sucesorio (arts. 1317 y ss. CC). La disolución de la sociedad es legalmente asimilada a la muerte del *de cujus*. Las obligaciones que tenía la sociedad se traspasan a los socios, que son sus causahabientes.

En principio cada deuda de la sociedad disuelta se divide entre los socios a prorrata de sus cuotas o participaciones sociales (art. 1354 CC). Al igual que los herederos,

[549] El artículo 3º del decreto ley Nº 211, de 1973, sobre libre competencia, señala que el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en la misma ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

[550] De acuerdo al artículo 4.2 de Ley Nº 3.918, de 1923, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, en lo no previsto en esta ley, ni en el pacto social, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por las reglas de las sociedades colectivas. Tratándose de una sociedad civil de responsabilidad limitada, es pertinente el Título XXVIII, del Libro IV del Código Civil.

durante la liquidación los socios pueden convenir una distribución diferente de las deudas, pactando, por ejemplo, que todas las deudas que sobre tal inmueble había contraído la sociedad, las asuma el socio a quien se le adjudique dicho inmueble. Pero el acuerdo entre los indivisarios, fueren herederos del difunto o socios de la sociedad disuelta, no es ley para el tercero cocontratante del antecesor. Varias normas del Código respaldan esta situación, cuyo fundamento es el principio del efecto relativo de los contratos: 1340, 1358, 1359, 1526.4º.1. En el plano de la obligación a la deuda, el cocontratante de la sociedad disuelta puede demandar a todos los ex socios el pago de la obligación. Pero en el plano de la contribución a la deuda, después de satisfecho el acreedor, los ex socios distribuyen el desembolso respetando literalmente el acuerdo que celebraron durante la liquidación de la sociedad. En resumen, las obligaciones personales contraídas por una sociedad, luego de su disolución se traspasan, *inter vivos,* a los ex socios. Normalmente éstos convienen que el traspaso sea en detrimento del ex socio a quien se adjudique el dominio del bien con el cual se relacionan las obligaciones traspasadas. Tal convención sólo es completamente eficaz entre los ex socios o indivisarios, vale decir, en el ámbito de la llamada contribución a la deuda.

D. Los acreedores de las partes del contrato

Respecto a los acreedores de las partes que no disponen de preferencias, vale decir, los acreedores valistas o quirografarios, en el siglo pasado se sostenía que se equiparaban a las partes; que tomaban el lugar de su deudor en los contratos celebrados por éste, ya que los contratos del deudor repercuten en la llamada prenda general de los acreedores, contemplada en el artículo 2465 del Código Civil, para beneficiarlos o para perjudicarlos, según produzcan incremento o detrimento en el patrimonio del deudor.

Hoy está claro que los acreedores son terceros absolutos en los contratos que su deudor celebre con otras personas, pues estos contratos directamente no generan ni derechos ni obligaciones para los valistas. Otra cosa es que, indirectamente, los acreedores sean alcanzados por el efecto expansivo o efecto absoluto que tienen los contratos y que se verá más abajo. Distinto es que los acreedores puedan impugnar los contratos que el deudor celebre en perjuicio de ellos, por ejemplo, por medio de la acción de simulación, por medio de la acción pauliana o revocatoria, o por medio de la acción general de desconocimiento del contrato fraudulento.[551]

[551] Sobre esta última acción, en relación con la proliferación de los negocios jurídicos de los deudores destinados a burlar a sus acreedores, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "El contrato en perjuicio de terceros", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 175, 1984, pp. 101 y ss.

E. Codeudores solidarios e indivisibles

Quien se obliga como codeudor solidario, caucionando personalmente el deudor principal ante el acreedor en principio no es parte en el contrato entre estos dos últimos. Si bien la obligación caucionada es la misma para el deudor principal y para el codeudor solidario, (unidad de prestación naturalmente divisible es el rasgo distintivo de la solidaridad), no sólo puede nacer en momentos diversos para aquél y para éste, sino que el contrato entre el deudor principal y el acreedor es susceptible de generar varios o muchos otros derechos y obligaciones ajenos al codeudor solidario. Parece que sólo sería parte en el contrato el codeudor solidario "completo" que al momento de su celebración asumiere la totalidad del haz contractual, constituido por el ciento por ciento de los efectos del mismo, de modo tal que si el contrato fuera bilateral la solidaridad sería tanto pasiva como activa. El codeudor también sería acreedor solidario.

Prima facie, en las demás obligaciones con pluralidad de sujetos en que, al margen de un deudor principal, hay otras u otras personas que respondan por el total del debido, como acontece en las obligaciones indivisibles y en las excepciones a la divisibilidad del artículo 1526 del Código del Civil, la situación sería similar.

Esta cuestión está inexplorada en la doctrina chilena y comparada, de modo que lo aquí esbozado es sólo una primera e incompleta aproximación a un tema que puede tener harta importancia práctica. Imagínese, por ejemplo, un contrato bilateral completo, en el cual comparece un tercero asumiendo la obligación de constituirse como codeudor solidario de una de las partes principales dentro de noventa días. Cumple oportunamente con esta promesa de solidaridad. Después se produce un juicio arbitral. El codeudor solidario entabla demanda reconvencional indemnizatoria ¿Es competente el juez árbitro, designado para conocer las controversias contractuales entre las partes? Pareciera que no. Según se expresa más adelante, la acción del codeudor solidario tendría carácter extracontractual (pues él no fue parte en el contrato primitivo, en el cual figura la cláusula arbitral) y su conocimiento correspondería a la justicia ordinaria. Pero la respuesta debería ser afirmativa, si se acude a las acciones directas sin texto legal expreso.[552]

55. Excepciones al efecto relativo de los contratos. La estipulación por otro

Se está en presencia de excepciones al principio del efecto relativo cuando un contrato crea un derecho o impone una obligación a un tercero absoluto.

---

[552] *V. infra* 57 *b, c* y *d.*

Tal es el caso de los contratos o acuerdos colectivos, al menos tratándose de los convenios judiciales celebrados con relación a las quiebras y de los acuerdos de mayoría, adoptados en las asambleas de copropietarios de edificios o, en general, en cualesquiera comunidades.

En esas hipótesis surgen derechos y obligaciones para quienes no concurren a celebrar la convención colectiva e incluso para quienes votan en contra.[553]

Hasta hace poco había en Chile varios otros casos de excepciones al efecto relativo, los cuales han sido derogados por el legislador, corriendo igual suerte, desde el punto de vista del tema en análisis, que el contrato colectivo de trabajo.

De conformidad a los nuevos artículos 183 B y 183 D del Código del Trabajo, añadidos por la ley Nº 20.013, las obligaciones laborales y previsionales que los contratos de trabajo generan para los empleadores contratistas o subcontratistas frente a sus empleados, también rigen para la empresa principal. Esta, sin su voluntad, pasa a ser codeudor solidario o subsidiario, según los casos.

La estipulación por otro o contrato en favor de un tercero,[554] en la medida que se admita la doctrina de la creación directa del derecho, entre las varias que se formulan sobre su naturaleza jurídica, es otro importante caso excepcional, en el cual un contrato origina efectos en beneficio de un tercero absoluto.

LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE OTRO

A. Noción y antecedentes

El contrato en favor de un tercero fue repudiado por el Derecho Romano clásico: *alteri stipulari nemo potest.* No se podía estipular por otro. El vínculo jurídico era personalísimo; ni siquiera podía actuar un representante por un representado. Las palabras rígidas y formales de la *stipulatio* exclusivamente vinculaban a quienes las pronunciaban.[555] "Celebrada una estipulación entre Ticio y Cayo, por la que el primero obtenía del segundo la promesa de una ventaja para Sempronio. Ticio no tenía acción contra Cayo, porque no tenía interés, y sin

[553] En materia de acuerdos colectivos de entidades sin personalidad jurídica, cfr., a vía de ejemplos, la Ley Nº 19.386 de 1995, sobre Enajenaciones de Bienes Comunes Provenientes de la Reforma Agraria, y la Ley Nº 19.537 de 2002, sobre Copropiedad Inmobiliaria (arts. 17 y 19).

[554] Cfr. RAMOS PAZOS, René, "De la estipulación en favor de otro", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 193, 1993, pp. 7 y ss.

[555] Cfr. CORNIL, Georges, *Explication historique de la règle alteri stipulari nemo potest*, en Studi Riccobono, t. 4, reimpresión por Scientia Verlag Aalen, Alemania, 1974.

interés no hay acción, y Sempronio tampoco, porque no había intervenido en el contrato y nadie podía estipular por otro *(alteri stipulari nemo potest)*".[556] Pero con el correr del tiempo, el Derecho Romano mitigó su postura inicial admitiendo algunas hipótesis de estipulaciones en favor de un tercero, que recibieron tutela jurídica; la primera fue la de las donaciones modales, en que donante y donatario convienen que este último realizará una prestación o cumplirá una carga u obligación en beneficio del tercero o asignatario modal. Según Puig Brutau, el otro gran sistema jurídico occidental, o sea, el Derecho inglés, inicialmente tampoco admitió el contrato en beneficio directo de un tercero.[557]

En el extremo opuesto, la legislación germana figura como la más liberal, aprobando sin escrúpulos la amplia validez de la estipulación por otro. Después de violentas discusiones, durante la preparación del Código Civil de 1900, se impuso el siguiente raciocinio: si la voluntad humana es soberana para crear efectos jurídicos, no sólo debe protegérsela cuando actúa en interés propio, sino que igualmente cuando lo hace en interés de un tercero.[558] En definitiva, el punto de vista alemán se expresa, sin trabas, en el parágrafo 328 del BGB: "Por contrato puede estipularse una prestación en favor de tercero, de manera que este último adquiera inmediatamente el derecho de exigir la prestación".

El Derecho francés se sitúa en una posición intermedia. Restrictiva en los textos del Código Civil francés, pues el artículo 1119 señala que no se puede, en general, estipular en propio nombre más que para sí mismo. A lo cual el artículo subsiguiente sólo aporta un par de excepciones, declarando válida la estipulación en beneficio de un tercero, si fuere condición de lo que se conviene para uno mismo; o el modo o gravamen en favor de un tercero, que cumplirá el donatario. Pero la jurisprudencia francesa, en una clarísima manifestación de lo que debe ser la elaboración dinámica y pretoriana del Derecho, desde hace tiempo viene consagrando la amplia validez de la figura en comentario, dando por superadas las barreras de los artículos 1119 y 1121.

Cabe incluir al Código Civil español "en el grupo de la tendencia permisiva general de estas estipulaciones, representada por las legislaciones de Austria, Alemania, Suiza, Japón y también por los nuevos Códigos filipino, italiano y portugués. Pero no llega, sin embargo, a acoger una solución tan radical como la del Código Civil alemán, pues, a diferencia de éste, impone el requisito de la acepta-

[556] Castán Tobeñas, *Derecho Civil...*, cit., p. 637.

[557] *Fundamentos...*, cit., p. 278.

[558] Cfr. Dassen, Julio, *Contratos a favor de terceros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, pp. 29 y 30.

ción para que el tercero pueda exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor". Esta aceptación carece de trascendencia en Alemania.[559]

Separando el actuar por otro en virtud de la representación (art. 1448), del actuar por otro a nombre propio, sin que medie representación, lo cual es lo habitual en los contratos en favor de terceros, el artículo 1449 del Código chileno establece: Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo 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 del contrato.

Entre las numerosas definiciones analíticas de esta institución, mantiene actualidad la formulada por Pacchioni hace más de noventa años, quien sostiene que es "contrato en favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquel que, realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra efectivamente el atribuir a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél".[560]

La Corte Suprema señaló el 26 de agosto de 2008, que "la estipulación a favor de otro es un contrato en que la parte llamada estipulante contrata directamente con otra, denominada promitente, para que los aspectos favorables de la convención se radiquen definitivamente en el patrimonio de un interesado, al que se llama beneficiario, quien los acepta para sí. Se puede constatar que existen dos partes en el contrato, quienes verán afectados sus patrimonios de diversas forma, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente los derechos, de modo que el promitente se compromete a favor de esta tercero, persona que será su acreedor. En la estipulación en favor de otro hay que distinguir las etapas en el proceso contractual, es decir el iter contractual, pues desde las tratativas y hasta la celebración sólo se dan relaciones entre estipulante y promitente, luego de la celebración las vinculaciones se producen entre promitente y beneficiario. El derecho nace desde la celebración del contrato, y la aceptación del bene-

[559] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., p. 639.

[560] PACCHIONI, Giovanni, *I contratti a favore dei terzi,* Ed. Francesco Vallardi, traducción al español de la edición de Milano de 1912, Madrid, 1948, p. 18. Otras definiciones pueden verse en SALAS NEUMANN, Héctor, *La estipulación por otro,* memoria, Universidad de Concepción, 1941.

ficiario pone término a la facultad del estipulante y promitente de dejar sin efecto el contrato. En consecuencia, no existe vinculación entre estipulante y beneficiario" (c. 3).[561]

La misma Corte Suprema señaló el 28 de abril de 2009, que "del concepto que otorga la ley se desprende con claridad que en la estipulación a favor de otro intervienen tres interesados: el estipulante, que es quien contrata a favor del tercero; el promitente, quien se compromete a favor del tercero en calidad de deudor de éste; y el beneficiario, que es el acreedor de la estipulación efectuada a su favor".

"Esta institución supone la celebración de un contrato entre estipulante y promitente, pero el derecho que emana de éste, esto es, la calidad de acreedor, nace a favor del beneficiario, quien es ajeno a aquella relación. Dicho de otro modo, el estipulante contrata directamente con el promitente para que los aspectos favorables de la convención se radiquen en forma definitiva en el patrimonio del beneficiario, quien los acepta para sí. Así, existen dos partes en el contrato quienes verán afectados sus patrimonios de diversas formas, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente el derecho que emana de la convención, de modo que el promitente se compromete a favor de este tercero, persona que será su acreedor una vez que medie su aceptación. El derecho nace desde la celebración del contrato y la aceptación del beneficiario pone término a la facultad del estipulante y promitente de dejar sin efecto el contrato. De todo lo anterior se desprende que el beneficiario únicamente adquiere la calidad de tal, esto es, de acreedor del derecho que tiene su fuente en el contrato y no asume obligación alguna, es decir, no es deudor del estipulante ni del promitente" (c. 3).[562]

Hay numerosos casos prácticos de contratos en favor de terceros absolutos, cuya frecuencia también demuestra la importancia del tema en análisis. Entre ellos el seguro de vida, en cuya virtud se pacta entre asegurador y asegurado que al fallecimiento de éste, el asegurador pagará la indemnización estipulada al tercero que se designa. El contrato de transporte de mercaderías celebrado entre el expedidor y el porteador, que obliga al último a entregar la cosa, en el lugar del destino, al tercero destinatario o consignatario.[563] Los seguros de responsabilidad civil, para la indemnización de los daños que puedan ocasionar médicos u otros profesionales, conductores de vehículos motorizados, funcionarios a cargo de registros

[561] Rol 2658/2007 (*PuntoLex*).

[562] Rol 6895/2007 (*PuntoLex*).

[563] Es cierto, sin embargo, y así lo pone de relieve la definición del contrato de transporte del artículo 166 del Código de Comercio, que el expedidor o cargador puede ser la misma persona que el consignatario, pero ello no es habitual.

públicos, etc., los que envuelven una estipulación en beneficio de la víctima. El contrato de donación con carga en provecho de un tercero y, en general, cualesquiera contratos *cum modo,* siempre que el beneficiario con la asignación modal no sea una de las partes. Las ventas o enajenaciones de empresas, industrias o comercios, en que los contratantes convienen que el adquirente mantendrá a los mismos trabajadores que empleaba su antecesor, etc.[564]

B. Naturaleza jurídica

Son cuatro las principales doctrinas formuladas sobre la naturaleza jurídica de la estipulación en favor de un tercero. Las tres primeras intentan absorber la institución en otras, a fin de desconocer la independencia de la estipulación en beneficio ajeno y evitar que aparezca como excepción al principio del efecto relativo de los contratos. La cuarta, que es hoy la que disfruta de mayores adeptos, si bien acepta la autonomía de la figura y que ella es una excepción a dicho principio, se limita a simples afirmaciones, sin suministrar una justificación coherente, rigurosa y convincente.

a) La teoría de la oferta. Según ella, la estipulación en favor de un tercero se descompone en dos convenciones. Por un primer contrato el prometiente se obliga frente al estipulante, quien se transforma en acreedor de la estipulación. Posteriormente, el estipulante ofrece su crédito contra el prometiente al tercero beneficiario. La aceptación de este último forma una segunda convención, que sirve de antecedente o título traslaticio a la cesión del crédito. El crédito pasa así del patrimonio del estipulante al patrimonio del tercero, pero únicamente después que éste acepta.

Los principales inconvenientes de esta teoría radican en el hecho que el crédito contra el prometiente inicialmente ingresa al patrimonio del estipulante, pasando

[564] Se ha sostenido, en especial por los civilistas españoles contemporáneos, y en nuestro país por Domínguez, que el contrato en favor de persona que se designará o contrato por persona a nombrar es una variante o caso de estipulación en favor de un tercero (cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Los terceros y el contrato", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 174, 1983, p. 165). Sin embargo ello es dudoso. Normalmente el contrato por persona a nombrar descansa en un mandato, lo que ya parece distanciar a esta categoría, que se examinó a propósito de la estipulación por otro (*v. supra* 38). Pero, al margen de que haya o no mandato, existen otras circunstancias que militan contra dicho parecer. En el contrato por persona a nombrar la operación se desenvuelve entre dos partes o dos centros de intereses: el contratante inmutable y el contratante fungible (este último puede ser reemplazado). La estipulación por otro es una operación multilateral, que implica forzosamente tres centros de intereses: el estipulante, el prometiente y el beneficiario. El contrato por persona a nombrar es incompatible con el *intuito personae;* la estipulación por otro, al menos en su caso más característico, el del seguro de vida, reviste justamente este carácter.

a formar parte de la prenda general de sus acreedores, quienes podrían embargar tal crédito, frustrando así el propósito de favorecer al tercero. La cesión a título gratuito, que haría el estipulante al tercero, podría ser invalidada, *a posteriori,* a iniciativa de los herederos del estipulante, mediante la acción de inoficiosa donación (arts. 1425 y 1187 CC). Por último, de acuerdo con las reglas generales, la oferta caduca por la muerte o incapacidad del oferente; por ende, si el oferente (estipulante) fallece antes de la aceptación del tercero (lo que ocurre de ordinario en el caso del contrato de seguro de vida en favor de un tercero, pues éste sólo conoce la estipulación después de la muerte del estipulante) no sería posible consolidar la operación, pues la oferta ya estaría extinguida.

b) La teoría de la gestión de negocios ajenos. En esta doctrina el estipulante obra como gestor de los negocios del tercero, como agente oficioso suyo (art. 2286 CC), al obtener el compromiso del prometiente. Por la aceptación del tercero interesado, se transforma retroactivamente la operación cuasicontractual en un contrato de mandato: el estipulante ha obrado a nombre y en representación del tercero. De este modo se logra evitar que la institución tenga carácter excepcional, aplicándose las reglas generales de la agencia oficiosa y de la representación. El beneficiario es parte y no tercero.

Es cierto que con este planteamiento desaparecen los inconvenientes de la doctrina precedente, pero la teoría de la gestión de negocios ajenos es ficticia, pues, en el hecho, el estipulante actúa a nombre propio y no como agente oficioso. Además, dos caracteres esenciales de la agencia oficiosa no se encuentran en la estipulación a favor de otro: el interesado en la gestión de negocios debe cumplir las obligaciones contraídas por el agente si éste ha administrado bien el negocio (art. 2290 CC), o sea, que el interesado queda vinculado por la gestión del agente; esto no ocurre en la estipulación por otro, pues el tercero, aunque el negocio haya sido bien administrado, puede rechazar la estipulación. Por otra parte, el agente oficioso después de iniciada la gestión está obligado a proseguirla (art. 2289 CC), en cambio, el estipulante puede revocar la estipulación de común acuerdo con el prometiente, mientras no acepte el tercero.

c) La teoría de la declaración unilateral de voluntad. Según ella habría en la estipulación por otro una expresión de la voluntad unilateral del deudor como fuente autónoma de obligaciones. El prometiente adquiriría la calidad de deudor del beneficiario por su exclusiva voluntad.[565]

[565] JOSSERAND, inspirándose en COLIN, CAPITANT y DE LA MORANDIÈRE, expresa que "la estipulación por otro es una de las raras aplicaciones de la declaración unilateral de voluntad en nuestro derecho francés; el tercero beneficiario es acreedor en virtud de un acto jurídico unilateral, situado en un cuadro contractual

Fuera de que es dudoso que el Derecho chileno acoja, con amplitud, la promesa unilateral como fuente de obligaciones,[566] esta teoría desconoce el contrato que media entre estipulante y prometiente (art. 1449 CC). Además, no permite comprender por qué sería menester junto con la del prometiente, la concurrencia de la voluntad del estipulante, para revocar la estipulación antes de la aceptación del tercero.

d) La teoría de la adquisición directa del derecho. Siendo manifiesto el carácter excepcional de la estipulación en favor de un tercero, no sólo en cuanto permite crear un derecho a favor de un *penitus extranei,* sin su voluntad, sino que también en cuanto permite al estipulante y al prometiente retirar del patrimonio del tercero el derecho que ya había ingresado a éste (cuando se celebró la estipulación), mientras el tercero no acepta, lo más lógico es concluir que la figura en estudio es de carácter original, sin que quepa asimilarla a otras instituciones. De este modo, si bien es cierto que no se explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica del contrato en favor de un tercero, comprobándose simplemente su existencia autónoma e independiente, se logra, al menos, no entrabar su desarrollo mediante la aplicación a ella de regímenes jurídicos propios a instituciones diversas. Lisa y llanamente hay que partir de la base que hay aquí una derogación del principio del efecto relativo.

Se trata de la creación directa de un derecho en favor del tercero, desde el instante mismo en que se celebra el contrato entre estipulante y prometiente, aunque el tercero lo ignore. A este respecto afirma Domínguez con razón, que la declaración o aceptación del beneficiario es únicamente un requisito para que él pueda exigir la prestación. "Así, aunque se haya podido debatir sobre el rol de la aceptación, se ha concluido hoy en día, sin dudas, que ella no crea el derecho, sino que éste emana directamente del contrato. La aceptación no es sino un presu-

Continuación nota [565]

que le da vida y le asegura eficacia" (*Derecho Civil,* cit., 304). Obviamente, este cuadro contractual es la convención entre estipulante y prometiente, en la que se injertaría la obligación en favor del beneficiario, creada por la voluntad unilateral del prometiente.

[566] En el tríptico legal concerniente a las fuentes de las obligaciones, compuesto por los artículos 1437, 578 y 2284 del Código Civil, no figura la voluntad unilateral del deudor. Sobre esta posible fuente de las obligaciones, en la bibliografía nacional destaca el capítulo segundo del libro de PESCIO VARGAS, Victorio, *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el Derecho Civil chileno y comparado,* Prensas de la Escuela de Derecho, Valparaíso, 1961. La jurisprudencia, a propósito de las obligaciones que contrae quien acepta una letra de cambio o suscribe un pagaré, en varias ocasiones ha declarado que ellas nacen de un acto unilateral del deudor (Corte Suprema, 22 de octubre de 1980, en *Boletín del Colegio de Abogados de Valparaíso,* 82, p. 11 y Corte de Santiago, 7 de enero de 1981, *RDJ,* 78, 2, 16).

puesto de la exigibilidad del derecho. Pero, aunque sobre el punto no haya debate, es lo cierto que restan por resolver doctrinaria y prácticamente algunas cuestiones importantes. Desde luego, la razón misma del porqué se crea el derecho (para el tercero) directamente con el contrato, pues decirlo es una mera afirmación y no una explicación. Mientras ello no se solucione lógicamente, queda en dudas el saber si vale la estipulación en favor de quien no ha nacido o no es aún persona jurídica".[567]

El Código Civil del Perú reglamenta prolijamente el contrato en favor de tercero, en los artículos 1457 al 1469. Adhiere, sin ambages, a la doctrina de la creación directa del derecho. "El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente. La declaración del beneficiario puede ser previa al contrato. La declaración de hacer uso del derecho puede ser efectuada por los herederos del tercero beneficiario, salvo pacto distinto" (arts. 1458 y 1459 CC).

C. Efectos de la estipulación a favor de otro

En cuanto a los efectos de la estipulación por otro, éstos se producen entre estipulante y prometiente; entre prometiente y beneficiario; y entre estipulante y beneficiario.[568] A la luz de la doctrina de la adquisición directa del derecho, los efectos de la estipulación a favor de otro son los siguientes:

a) Efectos entre estipulante y prometiente

Son las partes en el contrato. En general entre ellos se producen los efectos normales o corrientes de los contratos. Sin embargo, nuestro artículo 1449 establece que sólo el tercero beneficiario podrá demandar lo estipulado. De manera que el estipulante, para sí mismo, no puede demandar a su contraparte el cumplimiento forzado de la prestación principal. Podría, en cambio, exigirle al prometiente que le cumpla al tercero. El interés pecuniario, y a veces moral, que llevó al estipulante a contratar con el prometiente, basta para que aquél tenga

[567] *Los terceros...*, cit., p. 164. Véase también Ramos Pazos, René, "Algunos aspectos de la estipulación en favor de otro", *Colección Estudios*, Universidad de Concepción, 4, 1981, pp. 72 y ss.

[568] Domínguez denomina a estos efectos triangulares, relación de cobertura, relación obligatoria y relación de voluntad (cfr. *Los terceros...*, cit., p. 164).

legitimación activa, pudiendo demandar judicialmente la ejecución en favor del tercero.[569]

Si se pacta una cláusula penal entre estipulante y prometiente, para el evento que éste no le cumpla íntegra y oportunamente al tercero, la obligación accesoria sería susceptible de ser exigida por el estipulante para sí.

En los casos en que el contrato celebrado por el estipulante y el prometiente fuese bilateral, y el prometiente estuviera en mora frente al beneficiario, en virtud de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 del Código Civil, el estipulante puede recabar la resolución del contrato, con más la indemnización de los daños que se acrediten. También son aplicables las reglas generales de la resolución del contrato derivada de una condición resolutoria ordinaria o de un pacto comisorio.

No obstante el ingreso del crédito al patrimonio del tercero desde el mismo día de la estipulación celebrada en su provecho, el estipulante y el prometiente pueden revocar el contrato, mientras el beneficiario no haya aceptado expresa o tácitamente.[570] Con frecuencia esta revocación es el paso previo a la sustitución de la persona del tercero beneficiario.

Como se ha dicho, la estipulación por otro es una clara excepción al principio del efecto relativo de los contratos, en cuanto crea un derecho para un tercero absoluto sin que intervenga su voluntad. Además la institución rompe con el Derecho común, en cuanto luego de ingresado el derecho al patrimonio del tercero, el estipulante y el prometiente, mediante la revocación, pueden extraer o eliminar tal derecho ya existente del patrimonio del beneficiario, sin su anuencia.

Tanto la aceptación por el tercero cuanto la revocación por las partes que celebraron el contrato, pueden ser actos jurídicos tácitos. Precisar cuándo un acto constituye revocación tácita de la estipulación por otro es algo que no puede establecerse *a priori* de manera general, sino que depende de las circunstancias concretas de cada caso particular.

Es muy interesante el caso resuelto por la Corte Suprema, en sentencia de casación del 30 enero 1989.[571] Se otorgó un contrato de seguro por daños a buses, en beneficio de un tercero (un banco). Producido el siniestro, la sociedad asegurado-

[569] A este respecto, dispone el artículo 1461 del Código peruano que "el estipulante tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación por el promitente". El mismo derecho le corresponde al tercero beneficiario una vez que haya aceptado, o a sus herederos.

[570] El artículo 1464 del Código peruano concede al estipulante el derecho de revocar unilateralmente el contrato en favor del tercero. En Chile esta revocación es, en cambio, convencional. Supone acuerdo de voluntades entre estipulante y prometiente.

[571] *FM*, 362, 932.

ra indemnizó al estipulante, dueño del autobús. El banco demandó a la prometiente y sostuvo que se había infringido el artículo 1449, al desconocerse la estipulación en su beneficio. La Corte rechazó el argumento, pues no constaba que el banco hubiese aceptado, expresa o tácitamente, el contrato de seguro en su favor.

b) Efectos entre prometiente y beneficiario

Porque la estipulación por otro es excepción al efecto relativo de los contratos, el prometiente se encuentra directamente obligado frente al beneficiario. Aunque no fue parte en el contrato, el beneficiario es acreedor del prometiente desde el momento de la celebración de la estipulación, incluso si ignora la existencia de ésta o si conociéndola, todavía no acepta.

El tercero beneficiario tiene acción contra el prometiente, una vez que acepta expresa o tácitamente, para exigirle el cumplimiento forzoso de la prestación y/o la indemnización de perjuicios moratoria o compensatoria. Pero no está legitimado para ejercer la acción resolutoria contra el prometiente, ya que esta acción incumbe exclusivamente a las partes contratantes.

Si el tercero beneficiario fallece antes de aceptar la estipulación, como el crédito ya está en su patrimonio, trasmite a sus herederos la facultad de aceptar. Con mayor razón, si fallece después de haber aceptado, trasmite a sus causahabientes *mortis causa,* el derecho a exigir el cumplimiento forzado de lo que le debía el prometiente.

c) Efectos entre estipulante y beneficiario

Jurídicamente son sujetos extraños, aunque en la vida real estén estrechamente relacionados (por algo en el seguro de vida, el estipulante designa a tal persona, generalmente su cónyuge, como beneficiario del capital o pensión que pagará al asegurado-prometiente).

El derecho del beneficiario nunca se radica en el patrimonio del estipulante. Los acreedores de éste carecen, por lo tanto, de derecho sobre el crédito derivado del contrato. Tampoco los herederos del estipulante podrían poner en tela de juicio la estipulación en favor del beneficiario, exigiendo la formación de los acervos imaginarios o entablando la acción de inoficiosa donación.

56. La promesa de hecho ajeno

El artículo 1450 del Código Civil se refiere a la promesa de hecho ajeno o contrato a cargo de tercero, en los siguientes términos: "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".

Hay quienes erradamente sostienen que esta institución es otra excepción al principio del efecto relativo de los contratos.[572] Pero la llamada promesa de hecho ajeno no es 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, en virtud del contrato a cargo de tercero, es el prometiente, quien se compromete a obtener que otra persona acepte efectuar una prestación en favor del acreedor. Esta obligación de hacer del prometiente deriva del contrato celebrado y nada tiene de excepcional.

El contrato a cargo de tercero o promesa de hecho ajeno confunde por la terminología que se emplea para identificar la figura. En verdad, lo que el deudor promete es su hecho propio: conseguir que otro consienta en dar, hacer o no hacer algo al acreedor. Mientras el tercero no exprese su voluntad, aceptando, éste no contrae obligación alguna.

De la llamada promesa de hecho ajeno únicamente surge la obligación de hacer del prometiente, la que consiste en que el tercero ratifique. Si el prometiente fracasa en su intento de lograr la voluntad del tercero, deberá indemnizarle al acreedor los perjuicios que se deriven de su incumplimiento. Así lo indica la parte final del precitado artículo 1450. En igual dirección el artículo 1381 del Código Civil italiano señala que "el que hubiere prometido la obligación o el hecho de un tercero queda obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero se negare a obligarse o no cumpliere el hecho prometido". Claro que este último efecto no tiene lugar en Chile, pues la obligación del prometiente sólo consiste en que el tercero acepte. Si esto ocurre, y después el tercero no cumple la prestación prometida al acreedor, se aplican las reglas de los efectos de las obligaciones entre estas dos personas, sin que el acreedor pueda demandar al primitivo prometiente. A menos que este último se hubiera obligado solidariamente o subsidiariamente o a través de otra caución, como una cláusula penal, punto que es ajeno a la institución reglamentada por nuestro artículo 1450.

Obviamente que si el tercero no ratifica, al acreedor sólo le queda el camino de la ejecución forzada por equivalente en contra del prometiente, es decir, exigirle

[572] DÍAZ MUÑOZ, Erika, *El Efecto Relativo de los Contratos,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pp. 62 y 83.

la indemnización contractual de los daños sufridos. La alternativa de la ejecución forzada en naturaleza es improcedente, pues el sistema jurídico es impotente para obtener el asentimiento del tercero, si éste lo rehúsa.

Si el tercero ratifica, recién nace a su cargo la obligación de dar, hacer o no hacer; obligación que el prometiente había especificado, al contratar con el acreedor.

La doctrina no se ha preguntado por la fuente de la obligación que asume el tercero. Sin pretender agotar la cuestión y apenas esbozándola, a primera vista parecería que la fuente fuese un cuasicontrato de agencia oficiosa. El prometiente, quien no puede representar al tercero por prescripción del propio artículo 1450, actuaría como su gestor de negocios ajenos. Serían aplicables los artículos 2286 al 2290 del Código Civil: el prometiente, que administra sin mandato los negocios ajenos, siempre resulta obligado; el tercero o interesado juzgará si el prometiente ha procedido adecuadamente al prometer que él se obligue y en caso afirmativo, o sea, si el negocio ha sido bien administrado, ratificará y quedará obligado a cumplir la prestación, predeterminada por su agente oficioso con el acreedor. Pero esta explicación tiene al menos un inconveniente: de acuerdo al artículo 2290, la agencia oficiosa crea obligación para el interesado (en la promesa de hecho ajeno, el interesado sería el tercero) "si el negocio ha sido bien administrado".

Un criterio objetivo, la buena administración o utilidad para el interesado, determina que él deba cumplir las obligaciones contraídas por el gerente o gestor de negocios ajenos. En cambio, en la promesa de hecho ajeno, todo depende de la voluntad del tercero, o sea, que el criterio es puramente subjetivo y no objetivo.

Los partidarios de la voluntad unilateral del deudor, como fuente autónoma de ciertas obligaciones, deberían ver en ella la causa eficiente de la obligación que asume el tercero al ratificar. Empero hay un argumento exegético contra esta hipótesis. En materia de promesa de hecho ajeno con cláusula penal, el artículo 1536.2 establece que "con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona". O sea, que la promesa de hecho ajeno implicaría, para su eficacia, un acuerdo de voluntades y no la mera voluntad aislada del deudor que acepta. "Consentimiento", en armonía con lo señalado por el Diccionario de la Lengua Española, es acuerdo o encuentro de al menos dos voluntades. El consentimiento, aunque fuere *a posteriori,* entre prometiente y tercero, es incompatible con la doctrina de la voluntad unilateral del deudor.

Es más simple admitir que la fuente de la obligación del tercero es la ley (art. 1450 CC). ¿No es esta sencilla posición la más realista, al repudiar la práctica secular de explicar las instituciones jurídicas mediante su absorción en otras?

57. EL EFECTO REFLEJO O EXPANSIVO DE LOS CONTRATOS

A. Concepto. El efecto expansivo no es excepción al efecto relativo

Al margen de la voluntad de las partes contratantes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. En alguna medida, 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 traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama el efecto absoluto de los contratos, o efecto expansivo o efecto indirecto o efecto reflejo de los contratos.[573]

No hay propiamente en esta situación otra excepción al principio del efecto relativo. Al referirnos a las excepciones al principio del efecto relativo, comprobábamos, en todos los casos, cómo un contrato creaba un derecho o imponía una obligación a un *penitus extranei* sin su consentimiento. En el caso del efecto expansivo no acontece lo mismo; no surge un derecho u obligación directamente para el tercero, sino que éste puede invocar un contrato ajeno o vérselo oponer en cuanto ese contrato indirectamente lo afecta en su situación jurídica y patrimonial. Dicho de otro modo, el efecto absoluto o expansivo del contrato se sitúa en una perspectiva más amplia que la del principio tradicional del efecto relativo. El efecto expansivo implica una superación de la rigidez y estrechez del efecto relativo, una suerte de abandono o sustitución de los marcos que encuadran la institución del efecto relativo, para situar el análisis jurídico a otra altura, menos dogmática y más realista.

La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de los contratos consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos constituyen una situación de hecho. Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que, por lo tanto, tiene vigencia *erga omnes*.[574] Así percibida

[573] Sobre el particular VIDAL OLIVARES, Álvaro, "El efecto absoluto de los contratos", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 6, 2006, pp. 51 y ss.

[574] Iguales expresiones empleó la Corte de Valparaíso en la sentencia de 14 de julio de 2003 (c. 2) (*LegalPublishing* 30748).

la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis, traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno. Sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo.

Dice acertadamente Domínguez que "no es efectivo que el contrato sea inoponible a terceros. Muy por el contrario, el contrato es, por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad. Se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un hecho social... Afirmar, pues, que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas, por mucho que se repita en alguna jurisprudencia... Hay todo un radio de repercusión del contrato que va desde las partes hasta terceros más próximos y otros cada vez más lejanos. Como se ha podido describir, ese efecto es semejante al de la caída de una piedra en el agua, que va formando, desde el centro, anillos cada vez más grandes que terminan, en los mayores y más lejanos, por mover apenas las aguas. Frente a terceros, el contrato tiene una eficacia menor o disminuida; pero la tiene y variada, aunque no para todos esa eficacia sea igual".[575]

B. Manifestaciones del efecto reflejo o expansivo de los contratos

El efecto reflejo de los contratos es una noción de cerramiento en el Derecho de daños, que permite solucionar problemas huérfanos de regulación legal concreta. Tal como ocurre con el enriquecimiento sin causa, en cuanto la *actio in rem verso* permite encontrar la fuente de una obligación determinada, que no ha nacido ni de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito ni de la ley, o sea de ninguna de las fuentes tradicionales a las que se refiere el artículo 1437 del Código Civil. En este sentido, ambas figuras jurídicas, el efecto reflejo de los contratos y el enriquecimiento sin excusa, son instituciones de carácter subsidiario.[576]

---

[575] *Los terceros...*, cit., pp. 153 a 155.

[576] En las quiebras, la verificación de un crédito contractual, no puede ser impugnada ni por el síndico ni por los demás acreedores so pretexto de que derivaría de un contrato que no les empece (arts. 131 y ss. del Libro IV del CCom.). También en las ventas sucesivas de una misma cosa a dos o más compradores distintos, situación regulada por el artículo 1817 del Código Civil, se favorece a uno de los compradores sobre el o los otros. El contrato del beneficiado se expande frente a los terceros, o sea frente al o a los

Las manifestaciones del llamado efecto absoluto de los contratos se restringen sólo a la oponibilidad de un contrato por terceros a las partes o viceversa, en materia de responsabilidad extracontractual; y a las acciones directas sin texto legal expreso, en el caso de las cadenas o grupos de contratos. Pero, para un mejor desarrollo de estas materias, parece útil comenzar la exposición por las acciones directas legales.

a) Acciones directas con base legal explícita

A veces el legislador confiere al acreedor una acción directa que le habilita para actuar a nombre propio, en sede contractual, contra el cocontratante de su deudor. Es decir, para oponer al demandado un contrato, en el cual sin embargo el demandante no fue parte directa.

Un caso muy importante de acción directa legal en el Derecho comparado se presenta en materia de daños en accidentes del tránsito, permitiéndose a la víctima accionar derechamente contra el asegurador. Aunque la víctima es un tercero absoluto en el contrato de seguro, puede actuar en el terreno de la responsabilidad civil contractual, esgrimiendo, a título personal, el contrato ajeno entre la compañía de seguros y el autor de los daños o asegurado. Esto ha sido admitido en Chile, en materia de seguro obligatorio contra riesgos personales derivados de la circulación de vehículos motorizados, por el artículo 10 de la ley Nº 18.490 de 1986.

Otra situación de acción directa legal en Chile es la contemplada en el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, modificado por la ley Nº 19.472, según el cual el propietario primer vendedor de una construcción será responsable por todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos en ella, sea durante su ejecución o después de terminada, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios. En el caso de que la construcción no sea transferida, esta responsabilidad recaerá en el propietario del inmueble respecto de terceros que sufran daños o perjuicios como consecuencia de las fallas o defectos de aquélla.

Según Rodríguez, sería acción de esta misma índole la que concede el artículo 1280.2 del Código Civil, ya que cuando el albacea actúa a través de un mandata-

Continuación nota [576]

compradores perjudicados por la norma del artículo 1817. En estos casos, sin embargo, es el legislador quien admite expresamente el efecto del contrato respecto de terceros, siendo por lo tanto innecesario acudir al efecto reflejo o expansivo de los contratos para justificarlas.

rio, "la responsabilidad por las operaciones del mandatario recae directamente en el albacea. De modo que cualquier perjuicio que se siga para los herederos o interesados, dará acción contra el albacea...".[577]

El Fisco tiene acción directa subsidiaria contra el adquirente del vendedor, o sea, se beneficia del efecto expansivo de la compraventa ajena, en los términos del artículo 71 del Código Tributario, que dispone que "cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o traspaso de sus bienes, negocios o industrias, la persona adquirente tendrá el carácter de fiador respecto a las obligaciones tributarias correspondientes a lo adquirido que afecten al vendedor o cedente...". Si bien la acción directa del Estado es en sede legal, bien sabido es que a falta de un estatuto autónomo para las obligaciones que derivan de la ley, muchos creen que se aplica el régimen de las obligaciones contractuales.[578]

Fuera de acciones legales directas sin subcontrato, como ocurre en los ejemplos precedentes, hay, por otro lado, acciones directas concedidas por el legislador en el ámbito de la subcontratación.[579] Así, en el submandato o delegación del mandato, el artículo 2138 del Código Civil permite al mandante ejercer acción directa contra el submandatario. Así, en el subarrendamiento, el arrendador, acorde al artículo 1973 del Código Civil, tiene derecho para expeler al subarrendatario, que hubiese tenido notoria mala conducta, de la casa o edificación. Así, en el caso del artículo 2003, regla quinta, parte final, del mismo Código, se permite a los subcontratistas perseguir el pago de sus remuneraciones u honorarios contra el constructor o empresario con quien contrataron, o bien, en subsidio, directamente contra el propietario de la obra. Esta última norma se halla ampliada por los artículos 183-A y siguientes del Código del Trabajo.[580]

---

[577] RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, vol. 2, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 247.

[578] Por todos, ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 762.

[579] Sobre la creación de relaciones contractuales por la vía de "acciones directas", en el ámbito de cadenas de contratos vinculados unos con otros, véase TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, cit., 476 y ss.

[580] Sobre la responsabilidad laboral de los empresarios por sus contratistas y subcontratistas véase UGARTE C., José Luis y LIZAMA P., Luis, *Subcontratación y suministro de trabajadores*, LexisNexis, Santiago, 2007; ALBORNOZ S., Marcelo; ALVIZ R., Christian y PÉREZ M., Enrique, *Subcontratación laboral y servicios transitorios*, LexisNexis, Santiago, 2007; PRADO LÓPEZ, Pamela, *La subcontratación y el suministro en el Derecho civil*, LegalPublishing, Santiago, 2009; "Crítica a la configuración de la responsabilidad civil de la empresa principal y de la empresa usuaria en la ley Nº 20.123", en *Estudios de Derecho Civil*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, LexisNexis, Santiago, 2008, pp. 857 y ss. y "Breves notas sobra la responsabilidad civil del empleador en el nuevo procedimiento de tutela laboral", en *Estudios de Derecho Civil*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 383 y ss.

b) Acciones directas sin base legal explícita

También existen las acciones directas, sin texto legal expreso que les sirva de causa eficiente. Ámbito en el cual es sobresaliente el efecto expansivo de un contrato ajeno. Habilitan para actuar a nombre propio, en el terreno de las indemnizaciones contractuales, contra el cocontratante del deudor.[581]

La doctrina y la jurisprudencia comparadas admiten, cada vez con menos reservas, que cuando existe un grupo de contratos caben acciones indemnizatorias contractuales dirigidas por un demandante contra un demandado que, entre ellos, no celebraron contrato alguno. Esto significa un fuerte deterioro para el principio del efecto relativo de los contratos. Es que al lado del efecto relativo existe el efecto expansivo de los contratos.[582]

Algunos piensan que la perspectiva precedente, muchas veces acogida por los tribunales supremos de países como España, Francia, Italia, significa destruir el principio del efecto relativo de los contratos. Con todo, nunca este principio, *res inter allios acta,* ha sido absoluto. Hoy casi todo el mundo admite que la estipulación por otro, regulada en el artículo 1449 del Código Civil chileno, es una clara excepción al principio del efecto relativo. Y, por otro lado, se ha hecho indispensable, como escribe Pizarro, "adaptar el principio del efecto relativo a las necesidades actuales del Derecho de los contratos. La relatividad de las convenciones ha tomado una nueva andadura o funcionamiento: ahora se aplica el principio al conjunto de los contratos componentes de la cadena o grupo contractual, siendo

[581] Mientras algunos sólo conciben las acciones directas legales (cfr. JAMIN, Christopher, *La Notion d'Action Directe,* LGDJ, Paris, 1991,1) otros destacados autores franceses, con apoyo en la jurisprudencia, entienden que bien pueden existir acciones directas contractuales extralegales (cfr. TEYSSIE, *Les groupes de contrats,* cit., 476 y ss. y de BACACHE-GIBEILI, Mireille, *La Relativité des Conventions et les Groupes de Contrats,* LGDJ, Paris, 1996).

[582] Sobre la doctrina y jurisprudencia francesas, LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat.* t. 3, 5ª ed., Ed. Económica, París, 2003, 789 al 791 bis. Sobre el tópico trascendental de las acciones indemnizatorias contractuales directas, en situaciones de grupos de contratos sucesivos, PIZARRO WILSON, Carlos, *Estudio Crítico de la Responsabilidad Contractual en el Derecho Positivo Chileno,* tesis doctoral, Universidad de París II, 2003. En ella se lee que en el caso de ventas sucesivas de cosas muebles ya la Corte de Casación resolvió, en París, en 1884, que el subadquirente tiene acción directa contractual en contra del primitivo vendedor. En otra sentencia de la misma Corte, pronunciada casi un siglo más tarde, el 9 de octubre de 1979, se estableció "la naturaleza necesariamente contractual de la acción del subadquirente en contra del fabricante o del vendedor mayorista" (nota 443). Añade que "uno se percata de que la responsabilidad extracontractual no es la vía más adecuada para conceder acción indemnizatoria a los terceros víctimas de un daño consecuencial al incumplimiento de un deudor de la cadena contractual... La alternativa de rehusar toda reparación sería profundamente injusta para la víctima (como lo ha señalado el profesor Christian Larroumet, director de la tesis doctoral en comento). La vía contractual se impone como necesidad irrebatible" (p. 244).

el acreedor extremo parte en el contrato inicial".[583] Esta nueva lectura del principio del efecto relativo del contrato permite al acreedor extremo, situado al final de la cadena, el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual en contra del deudor incumplidor, situado al inicio del grupo de los contratos sucesivos, aunque entre ellos dos no haya un contrato autónomo.

La conexión contractual no agota sus consecuencias o efectos en las acciones indemnizatorias directas entre personas integrantes de la cadena que no contrataron entre sí y que posiblemente ni siquiera se conocen. Hay otras materias relevantes y novedosas, por ejemplo, la de las sanciones ambulatorias: Si un eslabón contractual es ineficaz, por inexistencia, nulidad civil, resolución, exclusión de un socio, etc., ¿los otros contratos de la misma cadena mantienen vigencia o son también ineficaces? A la luz del Derecho comparado contemporáneo, bien puede aplicarse el apotegma *simul stabunt, simul cadent.*[584] Como regla general, los varios o los muchos contratos conexos deben estar "simultáneamente de pie o simultáneamente en el suelo".[585] Pero este último tema es ajeno al efecto expansivo de los contratos, el cual se relaciona con contratos válidos y no con actos jurídicos viciados de nulidad o ineficaces por otra causal o motivo.

c) La oponibilidad de un contrato por terceros a las partes en sede de responsabilidad civil extracontractual

Reiteradamente, tribunales extranjeros han admitido que la inejecución o 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. No se trata de la hipótesis, parecida, es cierto, de la acción directa, puesto que no existe ahora un precepto legal expreso que tutele la mencionada actividad ante el órgano jurisdiccional. Además, la acción directa es de orden contractual.

Así, por ejemplo, si un mecánico deja mal reparados los frenos o la rueda de un vehículo, la víctima del accidente del tránsito, provocado por el mal funciona-

---

[583] *Estudio crítico...*, cit., p. 245.

[584] López Santa María, Jorge, "Las cadenas de contratos o contratos coligados", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, 19, 1998, pp. 159 y ss. También en *Contratación privada*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 305 y ss.

[585] Que se caigan todos los contratos de la cadena o grupo al suelo no significa necesariamente que les afecte la misma sanción civil (cfr. López Santa María, Jorge, "Informe en Derecho sobre contrato de colaboración empresarial", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, 2, 2004, pp. 107 y ss.).

miento de los frenos o por el desprendimiento de la rueda, ha sido admitida a exigir indemnización contra el propietario del taller, oponiéndole el contrato de reparación en que la demandante no tuvo intervención alguna. La víctima de un *shock* producido en virtud de una transfusión sanguínea puede accionar contra el Banco de Sangre que contractualmente proporcionó la sangre (en mal estado) al médico o a la clínica tratante. En iguales términos, también se han acogido demandas de víctimas de daños derivados del despeñamiento de un ascensor mal reparado; como, asimismo, demandas de víctimas del derrumbe de una construcción efectuada de manera deficiente. En todos los casos la legitimación pasiva ha incumbido al cocontratante del hechor directo.

d) La oponibilidad de un contrato por las partes a terceros

Los ingleses disponen, en la materia, de la institución denominada *tort of interference*, que Puig Brutau ha comparado con la *actio doli* de los romanos.[586] Se trata de la responsabilidad civil extracontractual del tercero cómplice de la violación de un contrato. Hoy en día es lo que se denomina la tutela aquiliana del crédito.[587]

Si una de las partes de un contrato lo incumple con el concierto o intervención de otra, la parte perjudicada no sólo dispone de la acción contractual por incumplimiento de lo estipulado, sino que, además, le corresponde la acción de responsabilidad extracontractual en contra de quien, a sabiendas, colaboró en el incumplimiento del contrato. El tercero colaborador o ayudista es autor de un hecho ilícito de carácter civil que genera su responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado a la parte perjudicada con el incumplimiento.

Los tribunales franceses han acogido la demanda del prometiente comprador contra el comprador que incitó al prometiente vendedor a dejar incumplido el

[586] *Fundamentos...*, cit., p. 267.

[587] Véase CAFFERA, Gerardo y MONTERO, Elías, "Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 223 y 224, 2008, pp. 45 y ss.; PÉREZ GARCÍA, María José, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005 y VATTIER FUENZALIDA, Carlos, "La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos", en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 1989, pp. 845 y ss. En Chile, BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, "El perjuicio del crédito por acto de tercero (Los contratos incompatibles como hipótesis de lesión del derecho de crédito)", en *Estudios de Derecho Civil II*, coordinados por Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto, LexisNexis, Santiago, pp. 363 y ss.

contrato de promesa, vendiéndole al demandado en lugar de hacerlo al demandante. En la jurisprudencia y doctrina españolas esta figura se vincula con la del contrato otorgado en perjuicio de tercero. Una de las partes contrata con un tercero, provocando con dicho acto el incumplimiento de un contrato anterior y el consiguiente daño al acreedor de ese contrato. Al acreedor perjudicado se le reconoce el derecho o a la inoponibilidad del contrato posterior; o a la acción de nulidad absoluta por causa ilícita; o a la acción de responsabilidad civil en contra del deudor incumplidor; y respecto del tercero, la acción de responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado.[588] También la acción de reparación extracontractual en contra del nuevo empleador que incitó al trabajador a violar un anterior contrato laboral, con cláusula de exclusividad, que el trabajador había concluido con el demandante. Si la Universidad de Concepción trae al país, por un semestre, a un prominente científico extranjero, celebrando con él un contrato de prestación de servicios académicos, con cláusulas de exclusividad, el efecto absoluto o expansivo de este contrato impide a otra institución educacional, supongamos un instituto privado, en conocimiento de los antecedentes indicados, contratar a su turno al científico de marras. Hoy, muchos dirían en Chile que la Universidad sólo podría demandar al científico por incumplimiento del contrato. ¿Y si se regresó al extranjero o si tuviere inmunidad diplomática o si fuere insolvente? Ante éstas u otras dificultades, conforme al efecto absoluto de los contratos, en Francia se ha acogido la demanda contra quien hubiese sido cómplice en la violación del contrato; contra el instituto privado en el ejemplo. Es razonable y justo. Basta para admitirlo con desprenderse de los excesos de la autonomía de la voluntad; o sea, en esta materia, con dejar de lado el principio del efecto relativo elevado a la altura inmerecida de un dogma intangible.

Relacionada con la oponibilidad del contrato por las partes a un tercero absoluto, cabe mencionar en Chile la jurisprudencia en materia del precario, institución contemplada en el artículo 2195.2 del Código Civil: "Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño". Dados estos supuestos, el propietario de la cosa puede exigir judicialmente su restitución, en juicio sumario, de acuerdo al artículo 680.6º del Código de Procedimiento Civil. Pero en numerosas sentencias, los tribunales han resuelto que debe rechazarse la acción de precario si el demandado acredita que tiene la cosa en virtud de un contrato que había celebrado con otra persona distinta al demandante.

[588] Cfr. VIDAL, *El efecto...*, cit., p. 82.

A veces el adquirente de un inmueble, al querer tomar posesión material de lo comprado, se encuentra con otra persona instalada en el bien raíz, con quien no le liga relación contractual alguna. El demandado, sin embargo, sostiene estar en el predio con título, porque es arrendatario de un dueño anterior o porque celebró un contrato de promesa de compraventa con otro propietario precedente, en el cual se le entregaba desde ya la cosa. El artículo 1545 señala que el contrato es eficaz entre las partes, pero es *res inter allios acta* para el adquirente (tercero). ¿No podría entonces éste demandar de precario al tenedor del bien raíz, porque frente a él dicho tenedor no tiene ningún título que justifique su tenencia y que pueda serle, por tanto, oponible al demandante? "Más de algún litigante así lo pensó y más de algún tribunal llegó a resolverlo de este modo. Pero, finalmente, ya es jurisprudencia establecida que, en situaciones como la descrita, no es posible que el nuevo dueño se encuadre en la situación del precario, desconociendo sin más el contrato que haya podido justificar el ingreso del tenedor en el inmueble. Para recuperar su inmueble, el demandante deberá usar otras acciones: las propias de la terminación del arrendamiento –lo que supone naturalmente reconocer y aceptar su existencia– o las que deriven del dominio, que tienen, en definitiva, igual sentido frente al contrato de promesa u otro que aduzca el detentador".[589]

58. LA INOPONIBILIDAD DE LOS CONTRATOS

La inoponibilidad no ha sido tratada sistemáticamente por el Código Civil; en él sólo existen menciones ocasionales a esta forma de ineficacia jurídica.[590] Así

[589] Cfr. DOMÍNGUEZ, *Los terceros...*, cit., p. 155 y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, en *Revista de Derecho Español y Americano,* año VI, 25, Madrid, 1971.

Con relación esta cuestión, hace varios años se ventiló un interesante caso ante la justicia ordinaria en Valparaíso. Se demandó una elevada cantidad por incumplimiento de un contrato de fletamento. El conocimiento de embarque hacía mención a un determinado tonelaje de lúpulo, producto que se emplea en la fabricación de la cerveza. El consignatario o importador chileno recibió una parte ínfima del producto. Había, eventualmente, incumplimiento del contrato de venta internacional CIF, o bien del contrato de fletamento y, allí, un problema de responsabilidad contractual. Pero, además, había un tercero cómplice de la violación de ese contrato, contra quien se podía esgrimir el efecto absoluto del fletamento, y al que se demandó en sede extracontractual. Este tercero era la agencia de naves, que, en conocimiento de que la mercadería que estaba faltando había llegado en otro buque al puerto de Valparaíso, omitió, según el demandante, las diligencias y avisos para que el consignatario chileno las retirare oportunamente e impidiera el deterioro que se produjo por la excesiva permanencia de la mercadería en los recintos portuarios. El pleito concluyó por transacción, lo que nos privó de una jurisprudencia que a lo mejor habría sido muy pertinente en materia de efecto absoluto de los contratos.

[590] Para Francia véase BASTIAN, Daniel, *Essai d'une Théorie Générale de l'Inopposabilité,* tesis doctoral, Paris, 1929. En Chile BALTRA CORTÉS, Alberto, *Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles,* memoria, Universidad de Chile, Imprenta Dirección General de Prisiones, Santiago, 1935.

ocurre, por ejemplo, en el artículo 1757.2, que declara inoponible a la mujer, a sus herederos o a sus cesionarios, los contratos de arrendamientos celebrados por el marido sobre inmuebles sociales sin autorización de ella, en lo que excedan los plazos establecidos en el artículo 1749. También así acontece en la regla 10 del artículo 1337, que declara que el derecho de habitación que se conceda al cónyuge sobreviviente sobre la que fuera la vivienda principal de la familia, no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. La expresión inoponibilidad también se encuentra en otros textos legales, entre los que destacan los artículos 72, 74, 76 y 80 del libro Cuarto del Código de Comercio, sobre quiebras. No obstante lo dicho, los fallos de los tribunales superiores en materia de inoponibilidad son hoy numerosos.[591]

Luego de explicar que la inoponibilidad es una categoría jurídica distinta a la nulidad relativa, que también conduce a la pérdida de eficacia de la convención, Bastian la define diciendo que "es la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico".[592]

La inoponibilidad es la sanción civil que impide que se haga valer ante terceros un derecho nacido ya sea de la celebración de un negocio jurídico, ya sea de la nulidad del mismo o de otra causal de terminación anormal de un negocio jurídico, como la resolución o la revocación. Si bien la inoponibilidad no sólo es susceptible de afectar a los contratos, lo cierto es que las más de las veces tiene lugar respecto de ellos y no a propósito de otros negocios jurídicos diversos a los contratos.[593]

La inoponibilidad tiene varias diferencias con la nulidad. Ésta deriva de infracciones legales o vicios que se producen en el momento del nacimiento del acto jurídico. La inoponibilidad, en cambio, es independiente de la generación del acto por las partes; el contrato es válido, pero otras circunstancias determinan su ineficacia frente a terceros. En concreto, las causas o motivos de nulidad y de inoponibilidad son completamente diversos.

---

[591] Véase, por ejemplo, *RDJ*, 39, 1, 12; 39, 1, 439; 40, 1, 304 y 62, 2, 1.

[592] *Essai...*, cit., p. 3.

[593] La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, el 26 de agosto de 2008, señaló que "la inoponibilidad es la ineficacia respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico, esto es, que los actos jurídicos no producen efectos sino entre las partes que los han celebrado, pero tales efectos no alcanzan a los terceros; la inoponibilidad es un derecho de los terceros, su protección se logra privando al acto de los efectos perjudiciales, en la medida que les perjudiquen; pero puede aprovechar de sus efectos, y renunciar a la inoponibilidad" (c. 18) (rol 693/2007, *PuntoLex*).

La nulidad produce efectos tanto entre las partes que celebraron el acto anulado, cuanto respecto de terceros. La inoponibilidad exclusivamente dice relación con los terceros.

La nulidad es una sanción de orden público, y, por lo mismo, no puede renunciarse de antemano. La inoponibilidad, establecida únicamente en beneficio de los terceros que pueden prevalerse de ella, es de orden privado. Estos, por lo mismo, pueden abdicar del derecho a invocarla. Si aparece de manifiesto en el acto o contrato, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el sentenciador; nunca la inoponibilidad puede pronunciarse de oficio.

Vodanovic, manifiesta que el grupo de los terceros que pueden beneficiarse con la inoponibilidad es sólo el de los terceros relativos, vale decir, los causahabientes a título singular y los acreedores de las partes.[594] Lo cual no siempre es efectivo, pues en algunos casos la sanción beneficia a terceros absolutos o *penitus extranei.*[595]

Principales motivos de inoponibilidad

A. Inoponibilidades por omisión de las formalidades de publicidad

Las formalidades de publicidad están destinadas a divulgar ante terceros la celebración de un acto o contrato o el acaecimiento de un determinado suceso de relevancia jurídica. Persiguen enterar a terceros que eso ha ocurrido. El incumplimiento de ellas acarrea la inoponibilidad del acto frente a terceros.

Es ejemplo de formalidades de publicidad cuya omisión se sanciona con la inoponibilidad, el del artículo 1707 del Código Civil, según el cual las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros, como tampoco 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. También es ejemplo de la cuestión el artículo 1902

[594] Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, por VODANOVIC H., A., *Curso de Derecho Civil,* t. 4, vol. 1, Nascimento, Santiago, 1942, Nos. 358 y 359.

[595] De hecho, sin hacer esta distinción, señaló la Corte de Apelaciones de Chillán, en fallo de 24 de septiembre de 2007, que "la doctrina ha definido la inoponibilidad señalando que es la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico. (*Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles,* Alberto Baltra Cortés). Esto viene a significar que en la inoponibilidad, el acto es ineficaz sólo respecto de los terceros, conservando su validez para regir las relaciones entre las partes. En otros términos, entre las partes el acto es válido y eficaz, pero no es oponible a los terceros: éstos pueden considerarlo como no celebrado" (c. 9) (rol 28138/2004, *PuntoLex*).

del Código Civil, conforme con el cual la cesión de derechos personales no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.[596] Asimismo, el artículo 2114.3º del Código Civil, de acuerdo con el cual la disolución de la sociedad no podrá alegarse contra terceros sino cuando se ha dado noticia de la disolución por medio de tres avisos publicados en un periódico del departamento o de la capital de la provincia, si en aquél no lo hubiere. Finalmente, pero entre muchos otros casos, es medida de publicidad cuya omisión provoca la inoponibilidad la prevista en el artículo 2513 del Código Civil, según el cual la sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción. Esta inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces obviamente no es tradición; sólo constituye una formalidad de publicidad, destinada a mantener la historia del inmueble del cual se trate. Mientras no se practique la inscripción, la prescripción es inoponible a terceros.[597]

Fuera del Código Civil, para que la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble o para que el embargo trabado en bienes raíces afecten a terceros, es *sine qua non* que la correspondiente resolución judicial se inscriba en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Si no se cumple con esta exigencia, formulada en los artículos 297.1 y 453 del Código de Procedimiento Civil, la prohibición o el embargo son inoponibles a terceros. Acorde con el artículo 35.2

[596] En una interpretación muy estricta, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en fallo de fecha 4 de diciembre de 2009, resolvió que a los efectos de la cesión de un crédito no basta la notificación al deudor, sino que "la cesión de crédito se notifica, con exhibición del título, según reza el artículo 1903 del Código Civil, y lo repite el artículo 162 del Código de Comercio. Es evidente que la exigencia legal resulta lógica, porque el deudor debe saber exactamente qué se ha cedido, y en qué términos, puesto que claro está que un crédito puede cederse de modo sólo parcial como aquí ocurrió" (c. 14) (rol 474/2009, *PuntoLex*).

[597] La jurisprudencia ha resuelto varias veces que no puede oponerse a terceros el pacto de separación de bienes efectuado conforme al artículo 1723 del Código Civil, en perjuicio de sus derechos. Así, por ejemplo, la sentencia de fecha 17 de octubre de 2006 de la Corte de Apelaciones de Temuco, señala que "si bien el artículo 1723 del Código Civil dispone que el pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que la escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial, no es menos cierto que esa misma disposición agrega que el pacto de separación de bienes no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer". Por lo mismo, "si la demandante prestó servicio al demandando se deriva de manera indiscutible que se trata de una deuda social que no afecta los derechos que la demandante adquirió contra la sociedad conyugal y, por lo tanto, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal le es inoponible" (c. 5 y 6) (rol 1423/2006, *PuntoLex*).

de la Ley Nº 18.290, sobre Tránsito, son inoponibles a terceros los gravámenes, prohibiciones, embargos y medidas precautorias que afecten a los vehículos, mientras no se anoten en el Registro de los Vehículos Motorizados.[598]

B. Inoponibilidades por falta de fecha cierta

Los instrumentos privados son susceptibles de antedatarse o posdatarse por los otorgantes, por lo cual carecen de certeza en cuanto a su fecha; es decir, que son inoponibles a terceros respecto al día en el cual aparecen suscritos. Pero esto no podría ser absoluto, ya que existen circunstancias que a partir de su acaecimiento acarrean plena claridad de la fecha de los documentos privados. Hay, entonces, seguridad que la fecha real no es posterior, desapareciendo este motivo de inoponibilidad.

Por ello, el artículo 1703 del Código Civil dispone que "la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno 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 haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en el carácter de tal".

Cabe tener presente que el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece cuatro casos en los cuales un instrumento privado emanado del litigante contra el cual se presenta se tiene por reconocido. Y, como lo ha dicho la jurisprudencia, el instrumento privado reconocido judicialmente tiene valor de escritura pública, incluso aunque no esté firmado.[599]

---

[598] La Corte de Apelaciones de Santiago, señaló, en fallo de 2 de noviembre de 2005, que la compañía de seguros denunciada no cumplió con la obligación de informar a la asegurada "ni verbal ni por escrito la determinación de la Superintendencia de Bancos, en orden a que todo pago adicional debe ser informado a los clientes para que éstos los ratifiquen". "Que es un principio no controvertido en derecho para que una obligación sea oponible al obligado es necesario que tome conocimiento de ella aquel que deba cumplirla". "Que nos encontramos ante un caso de inoponibilidad de forma por falta de publicidad y, por consiguiente, no habiendo cumplido la denunciada con la obligación de informar de la exigencia de la Superintendencia de Bancos, lo que motivó el no pago de las primas, la póliza continuó vigente para la asegurada y también el seguro de desgravamen contratado, debiendo la compañía Bancondell S.A. responder de los perjuicios que esta situación le acarreó al beneficiario del seguro". "Que, en consecuencia, la denunciada y demandada ha faltado al principio del *pacta sunt servanda*, esto es, a la palabra empeñada y a la obligatoriedad, entre las partes, de las estipulaciones contenidas en un contrato y, por lo tanto, incurrió en infracción a lo dispuesto en los artículos 12 y 23 de la ley Nº 19.496 de defensa del consumidor" (c. 2, 3, 4 y 5) (rol 79/2005, *PuntoLex*).

[599] Corte Suprema, 27 de abril de 1976 (*FM*, 209, 37).

Por otro lado, para las materias mercantiles, el artículo 127 del Código de Comercio prescribe que "las escrituras privadas que guarden uniformidad con los libros de los comerciantes hacen fe de su fecha respecto de terceros, aun fuera de los casos que enumera el artículo 1703 del Código Civil".

C. Inoponibilidades por falta de consentimiento

Se produce la inoponibilidad por falta de consentimiento cuando una persona no ha concurrido al negocio que se pretende hacer valer en su contra.[600] Si bien en Chile es válida la venta de cosa ajena, el contrato es inoponible al dueño de la cosa, ya que éste no consintió en la venta. Mientras el comprador *a non domino,* que se convierte en poseedor del bien, no se transforme en propietario en virtud de la prescripción adquisitiva, el dueño de la cosa puede reivindicarla. También, concurriendo las exigencias legales, podría recuperarla el dueño a través de las acciones posesorias, o acaso mediante las acciones civiles restitutorias emanadas de delitos penales como el hurto, el robo o la usurpación. El artículo 1815 del Código Civil establece que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los dere-

[600] En este sentido señala la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 25 de octubre de 2006, que "se ha dicho que la inoponibilidad consiste en que los actos jurídicos no producen efectos más que para las partes que, personalmente o representadas, los han celebrado, y no aprovechan ni perjudican a terceros, ni su nulidad los alcanza. La inoponibilidad no puede ser, como se ve, una sanción a los actos jurídicos, pues ella no afecta al acto en sí, el que es válido y obligatorio para las partes que lo han realizado; tampoco es un efecto de tales actos, pues no puede serlo la no producción de derechos y obligaciones respecto de ciertas personas. Se trata, simplemente, de una limitación de los efectos de los actos jurídicos, en cuya virtud las convenciones y su eventual nulidad no vinculan más que a las partes, y no alcanzan a terceros (Juan Agustín Castellón Munita, Nuevas consideraciones acerca de la teoría de la inoponibilidad, Gaceta Jurídica Nº 129, páginas 7 y siguientes). Esta institución no está tratada sistemáticamente en nuestra legislación, ni civil ni procesal, aun cuando hay artículos de una y otra que la consagran, y que permiten sostener que la inoponibilidad puede hacerse valer tanto como acción que como excepción. Se dice que nuestro Código Civil no establece una teoría general de la inoponibilidad, como lo hace con la nulidad, pero ella está contemplada en numerosos preceptos, y su existencia está reconocida por todos los autores y la jurisprudencia. Que en doctrina se distinguen diversos modos de inoponibilidad y así, por ejemplo, se alude a inoponibilidades por falta de publicidad, por defectos de forma, por falta de fecha cierta, por fraude, por clandestinidad, por lesiones de derechos adquiridos, por falta de concurrencia, por lesiones de las asignaciones forzosas, y por nulidad de un acto (Alberto Baltra Cortés, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, año 1935, Ensayo de una Teoría General de los Actos Imponibles). Otros hablan de inoponibilidades por causa de forma e inoponibilidades por causa de fondo y, entre estas últimas, indican como las más frecuentes las que derivan de la falta de concurrencia y del fraude (René Abeliuk M. *Las Obligaciones*, Tomo I, números 151, 152 y 153). En la especie el actor, como se ha visto, basó su demanda de inoponibilidad en los artículos 1445 y 1815 del Código Civil, vale decir, en la llamada en doctrina, falta de concurrencia" (c. 7 y 8) (rol 3014/2004, *PuntoLex*).

chos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".[601]

También el arrendamiento de cosa ajena es inoponible al dueño de la cosa arrendada. "Puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción" (art. 1916.2 CC). Lo mismo que la prenda de cosa ajena es inoponible al dueño o tercero absoluto que no consintió en la pignoración (art. 2390 CC).

Estas inoponibilidades de contratos al dueño de la cosa, por ausencia de su consentimiento, ceden en beneficio de un tercero absoluto o *penitus extranei*. Este es el carácter, en efecto, del verdadero dueño de la cosa, en los casos de contratos de compraventa, arrendamiento o prenda sobre bienes ajenos.

Otras interesantes situaciones de inoponibilidad por no concurrencia se encuentran contempladas, en materia de mandato, en los artículos 2160 y 2136 del Código Civil. Son inoponibles al mandante los actos celebrados por el mandatario que excedan los límites del poder de este último; salvo que el mandante después ratifique o valide *a posteriori* dichos actos. Son inoponibles al mandante los actos celebrados por el delegado o submandatario, si el mandante no había auto-

[601] Dijo la Corte Suprema el 15 de mayo de 2006 que "el artículo 1815, está bien aplicado porque lo que se alega es que una parte de lo vendido ya no era de propiedad del vendedor justamente por habérselo vendido anteriormente al demandante. El error del recurrente es que en nuestra legislación la venta de cosa ajena no es nula, que es la acción que ha ejercido el recurrente, sino que inoponible al verdadero dueño, y esta es la razón fundamental por la cual la sentencia impugnada rechaza la demanda (...) "En conclusión, no hay error de derecho en la sentencia recurrida, puesto que ella se funda en una aplicación acertada del artículo 1815 del Código Civil y del principio de que la compraventa de cosa ajena no es nula, sino que inoponible al verdadero dueño, indistintamente que éste lo haya adquirido del anterior dueño o de un tercero" (c. 6) (rol 1211/2004, *PuntoLex*).

De manera más reciente también ha dicho la Corte Suprema, en fallo de 23 de octubre de 2008, que "de acuerdo al artículo 1815 del Código Civil, la venta de cosa ajena en el caso de autos, de parte de cosa ajena es válida, esto es, no adolece de vicio de nulidad alguno, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida –en el caso de autos, de los otros dueños–, mientras no se extingan por el lapso de tiempo. Es por lo anterior que la situación que se configura en la especie es una de inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia de la venta y de la consecuente tradición respecto de las actoras, en lo que exceda el cincuenta por ciento de los derechos sobre la cosa vendida, que son aquellos que les corresponden a ellas y no al vendedor" (c. 8) (rol 4948/2007, *PuntoLex*).

Muchas otras normas legales se relacionan con la hipótesis de venta y tradición de cosa ajena. Por ejemplo, los artículos 683 y 1837 y siguientes del Código Civil. El primero dice que la tradición da al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el vendedor-tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Los otros artículos regulan el saneamiento de la evicción: si el comprador es demandado por el verdadero dueño, debe citar de evicción a su vendedor, para que judicialmente comparezca a defenderlo. Si gana el pleito el actor, entonces el vendedor de la cosa ajena debe indemnizarle al comprador los daños derivados de la evicción o pérdida del todo o parte de la cosa por sentencia judicial.

rizado al mandatario para delegar, ni ratifica lo obrado.[602] En la partición de bienes pueden presentarse casos de inoponibilidad, por falta de concurrencia de algún indivisario.

D. Inoponibilidades derivadas de nulidades u otras causales de ineficacia de los actos jurídicos

i. La nulidad absoluta o relativa de un acto jurídico, judicialmente declarada, confiere acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aunque éstos se hallen de buena fe. Así resulta del artículo 1689 del Código Civil.[603]

Hay, empero, varias excepciones a esta regla, todas las cuales constituyen, por lo mismo, casos en que la nulidad civil es inoponible a terceros. Entre estos casos puede mencionarse el contemplado en el artículo 1895 del Código Civil: si se rescinde por lesión enorme la compraventa de un inmueble, el vendedor que obtiene en el juicio de nulidad no puede oponer la rescisión a los terceros en cuyo beneficio el comprador-demandado había constituido una hipoteca u otro derecho real. El caso tal vez más importante es el del tercero que adquiere por usucapión:

---

[602] Esto último no ocurre en el ámbito del mandato judicial. El artículo 7.1 del Código de Procedimiento Civil, contempla entre las facultades ordinarias de los procuradores judiciales, salvo prohibición expresa, la de delegar el mandato.

Ha dicho la Corte de Apelaciones de Arica, el 16 de noviembre de 2006, que si "el mandatario, actuando como representante de su mandante, se vendió a sí mismo, como persona natural, parte de los derechos, sin que se le hubiere conferido la facultad de auto contratar, la sanción a dicho acto es su inoponibilidad al mandante y no la nulidad como se pretende (Corte Suprema, rol 3330/2003, Corte Suprema rol 2569/2001), por estar debidamente cumplidos los requisitos de los artículos 1445, 1446, 1448 del Código Civil" (c. 4) (rol 554/2006, *PuntoLex*).

[603] Las resoluciones dictadas en juicios en que alguien no ha sido parte, le son inoponibles. Según resolvió la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 22 de junio de 2006, "la prescripción de la acción de inoponibilidad de una sentencia sólo puede empezar a correr desde que por medio de actos jurisdiccionales o de autoridad, se trate de hacer cumplir el fallo de que se trate. Mientras eso no ocurra, ninguna obligación tiene un tercero ajeno al juicio –por mucho que conozca la existencia de la resolución– de instar para que se declare que no le afecta, pues claro es que no puede afectarle sin que se precise de ninguna declaración expresa en tal sentido, dado que precisamente porque no le empece, no altera ni menoscaba sus derechos. Que entonces la situación cambia únicamente cuando no por vías de hecho, sino por decisiones de autoridad, se intenta hacer cumplir el fallo contra ese tercero, como ocurriría, por ejemplo, si en juicio reivindicatorio de inmueble se ordena en cumplimiento del fallo que acoge la acción, cancelar la inscripción posesoria del mismo inmueble, existente a nombre de un tercero ajeno al pleito. Desde luego, conocida esa decisión por el tercero, nace para él el interés de dejar asentado que la sentencia no puede afectarle, y de obtener, por ende, que no se cumpla en su perjuicio. La acción de inoponibilidad, pues, no es imprescriptible, pero su prescripción no se cuenta desde que el tercero conoce la sentencia en cuestión, sino desde que con fuerza de autoridad se trata de ejecutarla, en su perjuicio" (c. 1 y 2) (rol 831/2005, *PuntoLex*).

contra él no existe acción reivindicatoria en virtud de la declaración de nulidad del negocio jurídico que había celebrado el causante del tercero. Por ejemplo, si A vende y transfiere un inmueble a B, y luego B lo enajena a C, pudiendo este último acreditar que ya es dueño por prescripción adquisitiva, la nulidad del contrato entre A y B es inoponible a C; la acción reivindicatoria contra C, de quien logra que se acoja la demanda del juicio entre A y B, se extinguió por prescripción.[604]

Por otra parte, en conformidad al artículo 2058 del Código Civil, la nulidad del contrato de sociedad es inoponible por los socios de la sociedad de hecho, como excepción, en los pleitos que les entablen terceros de buena fe.

ii. En el Derecho de Familia, la nulidad del matrimonio es inoponible a los hijos en lo que hace a su filiación (art. 51 de la ley Nº 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil).

iii. Al igual que en materia de nulidad, también la resolución de los negocios jurídicos, por regla general, opera con efecto retroactivo. Pero la resolución judicialmente declarada es inoponible contra terceros de buena fe (arts. 1490 y 1491 CC).

iv. En materia de contratos de donación, el artículo 1432 del Código Civil establece que normalmente, salvo que concurran los supuestos que indica, la resolución, la rescisión y la revocación son inoponibles en contra de terceros poseedores de los bienes donados.

E. Inoponibilidades derivadas de las quiebras

En el caso de quiebra de cualquier deudor, al margen de cual fuese su actividad, la normativa sobre quiebras declara inoponibles a los acreedores una serie de contratos celebrados por el fallido, sin que sea preciso probar mala fe o fraude como en la acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil. Así, son inoponibles a los acreedores todos los actos y contratos celebrados o ejecutados después de dictada la sentencia que declara la quiebra. También les son inoponibles todos los actos y contratos a título gratuito celebrados o ejecutados por el deudor fallido

[604] Suélese añadir entre las excepciones al efecto retroactivo de la nulidad frente a terceros, la hipótesis del artículo 94, regla 4ª del Código Civil. Pero aquí no hay, propiamente, nulidad civil de un negocio jurídico, sino que caducidad o ineficacia de la resolución judicial que había concedido la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Ello, en razón de la reaparición del muerto presunto. En todo caso, éste recupera los bienes en el estado en que se encuentren, sin que él pueda oponer la "rescisión" del decreto de posesión definitiva a los terceros en cuyo favor se había enajenado bienes o constituido derechos reales desmembrados del dominio, como una hipoteca o un usufructo.

desde diez días antes de la cesación de pagos hasta el día de la quiebra.[605] En cuanto a los contratos a título oneroso, se observará lo prevenido en el artículo 2468 del Código Civil, o sea, que se aplican los criterios restrictivos de la acción pauliana, que presuponen para el acreedor demandante la difícil prueba de la mala fe, tanto del deudor cuanto del cocontratante del deudor. Tratándose de la quiebra del deudor comerciante, industrial, o del deudor que ejercía una actividad minera o agrícola, son inoponibles a los acreedores, y por lo tanto ineficaces, los siguientes actos y contratos celebrados por el fallido desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la quiebra: 1. Todo pago anticipado, sea de deuda civil o comercial, y sea cual fuere la manera en que se verifique. Se entiende que el fallido anticipa también el pago cuando descuenta efectos de comercio o facturas a su cargo, y cuando lo verifica renunciando al plazo estipulado a su favor; 2. Todo pago de deuda vencida que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero; y 3. Toda hipoteca, prenda o anticresis constituida sobre bienes del fallido para asegurar obligaciones anteriormente contraídas (arts. 72, 74, 75 y 76 del libro IV CCom.).

F. Inoponibilidades por simulación

En los casos de contratos simulados, las partes no pueden oponer el acto secreto u oculto a terceros.

Los terceros pueden optar, vale decir, que pueden prevalerse del acto ostensible, externo o aparente; o bien del acto secreto. En este último caso tienen que probar la existencia del negocio oculto ejerciendo la acción de simulación.

G. Inoponibilidades por fraude

En términos generales el fraude civil se configura cuando se usa una regla jurídica para un fin ilícito no tolerado o aceptado por el derecho.[606] Por eso es

[605] O desde ciento veinte días antes de la cesación de pagos, si el contrato lo celebró el fallido en beneficio de un descendiente, ascendiente o colateral dentro del cuarto grado, aunque se hubiese procedido mediante interposición de la persona de un tercero. En cuanto a la fecha de la cesación de pagos, es fijada por el juzgado de la quiebra según los antecedentes del caso, pudiendo preceder a la fecha de la quiebra hasta en un máximo de un año (arts. 61 al 63 del Libro IV del CCom.).

[606] Cfr. Domínguez Águila, Ramón, *"Fraus omnia corrumpit.* Notas sobre el fraude en el Derecho Civil", en *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, 189, 1991, pp. 7 y ss. Véase también Peñailillo Arévalo, Daniel, "El pacto de separación de bienes y el perjuicio de los acreedores", en *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, 173, 1983, pp. 145 y ss.

algo parecido al fraude a la ley, por cuanto en este último también se persigue eludir la aplicación de una regla jurídica. En palabras de Albaladejo "se defrauda la ley cuando se elude su cumplimiento. En tal sentido, fraude a la ley es eludir aquél".[607] Así el artículo 6.4º del Código Civil español señala que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". En el fraude civil, se persigue, de la misma forma, eludir los derechos que las leyes conceden a los terceros, causándoles un necesario perjuicio.

Tanto el fraude como la simulación ilícita tienen como propósito perjudicar a terceros. En el primer caso mediante el otorgamiento de negocios efectivamente deseados con las partes; en el segundo aparentando un negocio que en verdad no existe. La diferencia entre uno y otro caso supuesto radica en que el negocio fraudulento no es simulado sino que es real; las partes quieren este acto como forma de dañar los derechos de un tercero. En la simulación ilícita, en cambio, el acto aparente no es querido en verdad por sus otorgantes, es sólo un manto que oculta la realidad.

A pesar de que no existe una norma general que establezca esta consecuencia, buena parte de la doctrina entiende que la sanción para el fraude es la inoponibilidad de negocio fraudulento a quienes pretendían perjudicarse con su otorgamiento.[608]

59. La simulación de los contratos

A. Noción

La simulación descansa en la falta de sinceridad de las partes, quienes emiten una declaración de voluntad que no corresponde a la realidad. Detrás del acto jurídico ostensible, que aparece a la vista, se oculta el acto verdadero o secreto. Existe conflicto entre la voluntad declarada y la voluntad real o efectiva.[609] Hay

[607] ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, t. 1, vol. 1, Bosch, 14ª ed., Barcelona, 1996, p. 185.

[608] En este sentido DOMÍNGUEZ, *Fraus...*, cit., pp. 27 a 30.

[609] Sobre la simulación FERRARA, Francesco, *La Simulación en los Negocios Jurídicos*, traducción de la quinta edición italiana, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión, 1960. En el Derecho francés DAGOT, Michel, *La Simulation en Droit Privé*, LGDJ, Paris, 1965. En Chile DÍEZ DUARTE, Raúl, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense*, Fallos del Mes, Santiago 1982; MEZA BARROS, Ramón, "La simulación en los negocios jurídicos", en *Estudios de Derecho Civil en Memoria del Profesor Victorio Pescio*, Edeval, Valparaíso, 1976, pp. 265 a 324; PAILLAS PEÑA, Enrique, *La*

simulación cuando los efectos de un acto aparente o simulado son modificados o completamente suprimidos por otro acto destinado a permanecer en secreto.

El Código Civil chileno no legisla armónicamente sobre la simulación, a pesar de que ella es un fenómeno harto frecuente. La doctrina y la jurisprudencia nacionales han ido construyendo el estatuto jurídico no penal de la simulación, básicamente a partir del artículo 1707.1 que señala que "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros".[610]

Como dice Meza: "La simulación es un fenómeno de todos los tiempos. Siempre han existido personas que, prevaliéndose de una ficción, han pretendido inducir a engaño a sus semejantes. Pero no parece dudoso que la creciente complejidad

---

Continuación nota [609]

Simulación. Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Jurídica de Chile, 1984; Parra Labarca, Ricardo, *Simulación: doctrina y jurisprudencia,* Santiago, La Ley, s.f.; Peñailillo Arévalo, Daniel, "Cuestiones Teórico-prácticas de la Simulación", en *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, 191, enero-junio 1992, pp. 7 y ss.; Rosende Álvarez, Hugo, "La simulación y la jurisprudencia", en *Actualidad Jurídica,* Universidad del Desarrollo, 11, enero, 2005, pp. 53 y ss. y "La simulación y los actos fiduciarios", en *Teorías del Derecho Civil Moderno,* Curso de Actualización Jurídica II, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2005, pp. 9 y ss.

[610] El Código Civil argentino se refiere a la simulación en los artículos 955 a 960: "955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. 956. La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. 957. La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. 958. Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero. 959. Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación. 960. Si hubiere sobre la simulación un contra-documento firmado por alguna de las artes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero. Sólo podrá prescindirse del contra-documento para admitir la acción si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación".

El Código peruano de 1984 dispone, en el Título VI, del Libro II, artículos 190 a 194: "190. Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo. 191. Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma, y no perjudique el derecho de tercero. 192. La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona. 193. La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso. 194. La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente".

de la vida social y económica de la era contemporánea determina una extraordinaria proliferación de los negocios simulados, a la vez que multiplica las formas de la ficción". "El propósito de impedir que ciertos bienes pasen a determinadas personas, en razón de un desafecto que se intenta prolongar más allá de la tumba, a menudo da motivo para la celebración de actos simulados". "Será otras veces un sentimiento inverso, el deseo de amparar a ciertas personas, ante el temor de dejarlas en la indigencia y el desamparo, el motivo que induzca a transferirles bienes simuladamente". "Las guerras que han ensangrentado el mundo –y prosiguen ensangrentándolo– mueven a la celebración de contratos simulados, en un intento de los vencidos de ponerse a cubierto del despojo por sus vencedores. *Vae victis,* decían los romanos". "Y lo propio cabe decir de las persecuciones políticas, cuyas consecuencias se hacen extensivas a las personas y también a los patrimonios de las víctimas de tales persecuciones. El temor a las confiscaciones, que acarrea la miseria de los desposeídos, será frecuentemente la causa de la celebración de negocios simulados, encaminados a evitar o paliar sus consecuencias". "El creciente aumento de los impuestos aguza el ingenio de los que intentan burlarlos o temperar su excesivo rigor, y será frecuentemente la simulación el medio que se repute idóneo para eludirlos o reducir sus efectos". "La cada vez más amplia injerencia del Estado en la vida económica, que se traduce en limitaciones o cortapisas a la actividad de las personas, crea un vasto campo para la celebración de negocios simulados, tendientes a sortear las limitaciones o prohibiciones legales". "Es, pues, la simulación en los negocios jurídicos un asunto de muy actual y creciente interés".[611]

B. Simulación lícita e ilícita

La simulación no siempre es reprobada por el Derecho. Incluso más, existen otras instituciones que, como la simulación, también descansan en la insinceridad, y que no obstante reciben tutela, amparo o protección del ordenamiento jurídico. Es el caso del mandato sin representación, que le permite al mandatario ocultar tal carácter a la persona con quien contrata. El mandatario actúa a nombre propio, como si no hubiese mandato. Pero éste existe, y después el mandatario deberá transferir a su mandante los efectos derivados del contrato celebrado con dicha persona (art. 2151 CC). Otro ejemplo es el del contrato de asociación o cuentas en participación, en que uno solo de los asociados, el gestor, a nombre

[611] *La simulación...*, cit., pp. 265 y 266.

propio celebra actos y contratos con terceros, ocultándoles la existencia del contrato de asociación, en cuya virtud el gestor comparte con sus asociados secretos las ganancias o las pérdidas de las operaciones realizadas (arts. 507 a 511 del CCom.).

La simulación ilícita es únicamente la que tiene por preciso objeto burlar a los terceros, por ejemplo, a un acreedor, a un legitimario en el plano del Derecho Sucesorio, o al Fisco. La simulación ilícita, fuera de sus efectos civiles, en sede criminal está tipificada como delito por el artículo 471.2º del Código Penal.[612]

La simulación lícita puede estar inspirada en muy heterogéneas razones. El donante que por modestia no quiere aparecer ante el donatario y ante terceros como el autor de la liberalidad, o el acreedor pusilánime que desea soslayar su carácter de ejecutante o cobrador del amigo, recurren a una persona interpuesta, a un "palo blanco", para celebrar el contrato de donación o para demandar judicialmente el pago de la deuda. Con fines de ostentación, se puede simular un gran regalo o inflarse artificialmente una fortuna. "No debe olvidarse que una simulación puede combinarse por las partes sin propósito de fraude. Y esto no sólo en la simulación relativa, sino también en la absoluta. Intereses legítimos, como la necesidad de sustraerse a disgustos o solicitaciones, o un fin de vanidad o de réclame, o el interés de conservar el crédito y ciertas apariencias sociales, pueden dar lugar a la producción de una apariencia, con plena seriedad de las partes, sin causar una lesión en el derecho de los terceros. Así, uno, para sustraerse a las insistencias y amenazas de un aspirante a su herencia, enajena fingidamente sus bienes a un amigo y se reduce a la condición del que no tiene nada. Un industrial, para hacer que se aprecie en Italia la bondad real de sus productos, finge la venta de grandes partidas a importantes casas extranjeras, etc. La simulación en sí, podría decirse que es incolora y se califica según los fines de los que la emplean".[613]

Por eso es que la jurisprudencia chilena ha establecido que la simulación, no mediando perjuicio de tercero, es perfectamente lícita; y que para establecer las verdaderas relaciones jurídicas que han existido entre las partes, hay que prescindir del acto simulado y atenerse al acto real, considerando la prueba rendida.[614]

---

[612] Según la sentencia de la Corte Suprema, de 1 de julio de 1972, el delito de otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado es una figura penal propia de nuestro Código Punitivo. No se contemplan en su establecimiento únicamente elementos civiles, y así los hechos que configuran la simulación pueden perfectamente ser acreditados dentro del juicio criminal por los medios de prueba que la ley contempla para tal juicio (*FM*, 165, 196).

[613] Ferrara, *La Simulación...*, cit., pp. 47 y 48.

[614] Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12 junio 1935 (*RDJ*, 33, 2, 17, con nota de Francisco Carrera).

C. Simulación absoluta y relativa

i. La simulación es absoluta cuando el acto ostensible no oculta realidad alguna. Tras el acto simulado existe la no contratación. Ejemplo estereotipado es el del deudor que ante la amenaza de ver sus bienes raíces perseguidos por sus acreedores y embargados judicialmente, simula enajenarlos a un tercero. Se extiende la escritura pública de venta, y luego se inscribe en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces a nombre del tercero, o sea, a nombre del testaferro u "hombre de paja". Además puede otorgarse una escritura privada o resguardo, en la que se deja constancia de la verdad: de que no se celebró venta ni acto jurídico alguno.[615]

ii. En la simulación relativa se celebra un acto jurídico real, pero las partes lo disfrazan o disimulan bajo una apariencia distinta. Ora alterando la naturaleza jurídica del contrato, por ejemplo, aparentando una compraventa, cuando en verdad existe donación, ora modificando una o más cláusulas, por ejemplo, indicando en la escritura un precio de venta inferior al efectivo.[616]

D. Simulación por fraude a la ley o por interposición de persona

A fin de burlar las incapacidades y las prohibiciones legales, por ejemplo, las que establecen los artículos 966, 1796 y siguientes, 2144 del Código Civil, se utiliza un intermediario o testaferro, quien, con su intervención consciente y deliberada, permite la burla o el fraude a la ley. Por ejemplo, el legislador prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente; como el marido no puede

---

[615] Cfr. *RDJ*, 46, 1, 737.

[616] Diversas razones podrían explicar (aunque no justificar, pues la simulación es ilícita) que se finja una compraventa, cuando la realidad de las cosas es una donación. Por ejemplo, evitar la diligencia *ad solemnitatem* de la aprobación judicial previa de la donación, denominada *insinuación*, pues se teme que el tribunal rechace la donación proyectada, por ser excesiva en relación a la fuerza del patrimonio del posible donante (arts. 1401 CC, y 889 y 890 CPC). Evitar que los herederos del donante, una vez fallecido éste, cuestionen la donación, exigiendo la formación de los acervos imaginarios y entablando, en su caso, la acción de inoficiosa donación, con lo cual quedaría sin efecto la donación y frustrado el propósito de un contratante de favorecer al otro. En lugar de donarse con este riesgo o peligro, simúlase vender. Esta simulación relativa es ilícita, pues se concluye en fraude de los herederos forzosos. Evitar el pago de impuestos, pues, a través de múltiples reformas a las leyes tributarias, se comprueba que en distintos momentos el impuesto a las donaciones ha sido más alto que el impuesto de transferencia de un bien raíz, en razón de compraventa u otro título oneroso.

Sobre un caso de simulación relativa, en que se aparentó una compraventa de trigo cuando en realidad la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de mutuo de dinero con intereses, cfr. el fallo de la Corte de Temuco, de 7 de diciembre de 1955 (cfr. *RDJ*, 52, 2, 60).

venderle el bien del cual se trate a su mujer, simula que él se lo vende a un tercero y más tarde éste lo enajena a la cónyuge.

En un interesante fallo, concerniente a la hipótesis del artículo 2144, la Corte Suprema estableció que para que exista interposición de personas no es suficiente comprobar la sucesión de dos actos jurídicos, sino que además precísase que haya existido la intención de que la persona que participa en los dos contratos sea un mero intermediario, quien presta su nombre, premeditadamente, a fin de que se concluya la relación jurídica prohibida por la ley.[617]

E. Efectos de la simulación

Para estudiar los efectos de la simulación, en países como el nuestro es fundamental distinguir lo que acontece entre las partes de lo que acontece respecto a terceros. Pero no es igual en todas las legislaciones. En Alemania, a la luz del parágrafo 117 del BGB, el acto aparente u ostensible es nulo, lo mismo entre las partes contratantes que frente a los terceros; o sea, que se confiere validez *erga omnes* al acto secreto u oculto.[618]

a) Efectos entre las partes

En nuestro sistema jurídico de corte subjetivista, respetuoso de la voluntad interna de los contratantes, resulta lógica la regla según la cual entre las partes prevalece el acto secreto y no el aparente. Tal es el efecto directo de la simulación entre las partes, una vez que ella es probada. La inexistencia o ineficacia entre las partes del acto externo, aparente, ostensible o simulado, se ha colegido de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 1707 del Código Civil. Pues si esta norma declara que las escrituras privadas o contraescrituras hechas por los contratantes para alterar lo pactado no producen efectos contra terceros, significa que sí son válidas y eficaces entre las partes.

Probada la simulación, se desconoce o esfuma el acto que aparecía a la vista, queda sin valor o descartado el acto ostensible. ¿Y qué ocurre con el acto secreto o

---

[617] *RDJ*, 27, 1, 656 con nota de Gonzalo Barriga Errázuriz.

[618] El párrafo 117 del BGB es más que sorprendente. Consagra una solución que puede ser perjudicial para los terceros, inspirada en un respeto estricto a la voluntad subjetiva interna de las partes contratantes. Esto es una contradicción del Código Civil, célebre por el triunfo de la *Erklärungstheorie* sobre las *Willenstheorie,* por el predominio de la voluntad declarada respecto a la voluntad subjetiva de las partes, por el afán de proteger a los terceros de buena fe. Estos parámetros habrían tenido que llevar a dar primacía al acto aparente y no al secreto, respecto a los terceros.

real, que ahora se ha puesto de manifiesto? No existe una respuesta unitaria. Dependerá de las circunstancias. El criterio es que el acto jurídico, que se ha descubierto mediante la acción de simulación, hay que aplicarle las reglas generales.

La acción de simulación no es una acción de nulidad, sino que una acción de certeza, meramente declarativa, sólo destinada a conseguir que el órgano jurisdiccional reconozca que detrás del negocio jurídico, que se tiene a la vista, o no hay acto alguno o existe otro acto distinto. Pero nada impide, de acuerdo al artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que en el mismo juicio ordinario además se ejerza otra acción, destinada a obtener una condena, consecuencial y derivada de la simulación, por ejemplo, una acción de nulidad del acto secreto o de revocación o de rebaja del precio excesivo, etc. Esta última acción, si no se entabla en el mismo pleito en que se tramita la declaración de simulación, podrá después ser materia de otro juicio diverso, en el entendido que no se haya extinguido por la prescripción.

Demostrada la simulación absoluta, nuestros tribunales han resuelto que existe nulidad absoluta por falta de consentimiento de las partes.

En verdad, la simulación absoluta es la nada. Desaparece el acto aparente, que encubría un acto secreto de no contratación. Todo queda igual que antes de celebrado el acto jurídico ostensible. La genuina sanción civil de la simulación absoluta debería ser, al menos entre las partes, la inexistencia jurídica de toda la operación.

Demostrada la simulación relativa o la interposición de personas y habiendo quedado a la vista el acto secreto, por aplicación de las reglas generales de forma y fondo de los actos jurídicos, él puede tener variados destinos, según el caso concreto al cual nos enfrentemos. Si se descubre que el acto secreto era una donación (y no una compraventa, como se había aparentado) destinada a perjudicar a los acreedores, éstos podrán pedir que sea revocada, ejerciendo la acción pauliana, siendo suficiente para que prospere que el actor pruebe la mala fe del deudor, ya que el artículo 2468.2 del Código Civil dispensa acreditar la mala fe del adquirente. Si se descubre que el acto real era una donación de un inmueble (y no una compraventa) destinada a beneficiar a un hijo mayor, en detrimento de los derechos hereditarios de los restantes hijos, éstos podrán exigir, fallecido el padre, que la donación se acumule imaginariamente al acervo partible y que le sea imputada al donatario, al momento de pagársele su legítima, de acuerdo a los artículos 1185 y 1198 del Código Civil. Si se descubre que a través de una interposición de personas pretendíase burlar una incapacidad o una prohibición legal, el acto secreto será absolutamente nulo, pues existe objeto ilícito en los contratos prohibidos por la ley. Si queda a la vista que el acto real era un mutuo o préstamo de dinero (y no una compraventa), en el cual se habían pactado intereses desmesurados, la san-

ción será la rebaja de los intereses y no la nulidad relativa, pues la lesión enorme en este caso, de conformidad al artículo 2206 del mismo Código, no acarrea la rescisión. Pero si una vez desvanecido el acto aparente, el acto secreto no adolece de vicios, ni se ha otorgado en perjuicio de terceros, producirá plenos efectos civiles, pues estaremos frente a un acto válido.

b) Efectos respecto de terceros

Por terceros se entienden aquí los terceros relativos, vale decir, los causahabientes o sucesores de las partes, a título universal o singular, por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y también los acreedores suyos.

La regla es que el acto secreto, que se descubre mediante la acción de simulación, es inoponible a los terceros relativos. Así resulta del artículo 1707.1 del Código Civil, según el cual, "las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública no producirán efecto contra terceros", tomado del artículo 1321 del Código francés, que con mayor amplitud y exactitud señala que "las contraescrituras sólo pueden tener efecto entre las partes contratantes; pero jamás tienen efecto contra terceros".[619]

Si bien las partes no pueden oponerle a los terceros el acto secreto, en cambio, estos últimos sí que están autorizados para invocarlo, a condición que puedan probarlo. Los terceros contra quienes se urdió la maquinación (por ejemplo, el Fisco, acreedor de los mayores tributos que devenga el acto real) tienen interés en valerse del acto secreto para lograr que se apliquen las normas que las partes quisieron violar o soslayar mediante la simulación. Mas otros terceros, los que actuaron en vista de la apariencia generada por el acto ficticio u ostensible, preferirán servirse de este acto y no del secreto. Por eso que, en verdad, la simulación confiere a los terceros un derecho de opción, para que invoquen, según fuere su interés concreto, el acto aparente o el acto oculto.

Bien puede ocurrir que haya conflicto entre terceros: uno desea prevalerse del acto aparente y otro del acto secreto. Por ejemplo, Pedro finge vender su inmueble a Juan, para evitar que sea embargado por su acreedor y judicialmente subastado. Después de inscrita la cosa en el Conservador de Bienes Raíces a nombre de Juan, éste traiciona la "confianza" que en él tuvo Pedro, y, amparándose en su aparente calidad de comprador y poseedor inscrito, a su turno enajena el inmue-

[619] Nótese que el artículo 1707 chileno contempla dos causales de inoponibilidad. El inciso primero establece una inoponibilidad por simulación y el inciso segundo una inoponibilidad por incumplimiento de la formalidad de publicidad que el mismo precepto establece.

ble a María. Hay aquí dos terceros con intereses divergentes. Por un lado el acreedor de Pedro, supongamos un Banco que logra acreditar la simulación absoluta y, consecuencialmente, quiere embargar el inmueble en el patrimonio de Pedro para hacerse pago de su crédito. Por el otro, María, quien amparándose en el acto ostensible, la compraventa entre Pedro y Juan, se resiste a restituir el inmueble. El problema no está resuelto en el Código Civil, existiendo una laguna legal. Pero hay consenso en el sentido de que debe ser preferido el tercero que estuviese en posesión del bien, María en el ejemplo. Ello por dos razones. Pues conforme al artículo 1707, la contraescritura o resguardo con el cual se acredita la simulación no producirá efectos contra terceros, y si se cautelara la pretensión del Banco se estaría oponiendo el acto secreto a María, lo que implicaría contravenir esta norma legal. Debe, además, preferirse a María, y no al Banco, por aplicación del adagio según el cual, en igualdad de situación, mejor es la posición jurídica del poseedor: *in pari causa mellior est causa possidentis.*[620]

La situación de los terceros frente a un caso de otorgamiento de contrato simulado demuestra que el régimen chileno de la simulación es flexible y no rígido, pues unas veces predominará el acto secreto y otras el acto aparente.

El voluntarismo jurídico, que rinde culto a la voluntad subjetiva interna de los contratantes, habría debido conducir a postular que siempre vale el acto secreto, pues sólo éste refleja la voluntad real de las partes. Una de las paradojas del Derecho Civil comparado es que en países supuestamente antivoluntaristas, como Alemania, en materia de simulación se confiere valor únicamente al acto secreto, incluso respecto a terceros. Mientras que en otros, como Francia y Chile, que habitualmente se alinean entre los partidarios de soluciones inspiradas en la voluntad subjetiva de las partes, en este tema se acoge la doctrina de la voluntad declarada, en cuanto se permite a los terceros valerse del acto aparente, y en cuanto si hay conflicto entre terceros predomina el interés de quien invoca el acto externo.

F. Prueba de la simulación

Entre las partes, la forma ordinaria de acreditar la simulación es mediante la exhibición del documento denominado resguardo o contraescritura, en el cual se dejó constancia de la verdadera intención de las partes contratantes. No es posible probar la simulación acudiendo sólo a la testifical, ya que son aplicables entre las

[620] Este adagio ha sido recogido y consagrado por el artículo 1817 CC, zanjando las desavenencias entre los compradores sucesivos de un mismo bien: "Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro...".

partes los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, que limitan la admisibilidad de la prueba de testigos. Pero podría excepcionalmente recurrirse a la testimonial, si hubiese un principio de prueba por escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1711.1 del mismo Código. También podría, al menos teóricamente, probarse la simulación mediante la confesión o absolución de posiciones. Y, sobre todo, mediante presunciones judiciales.

Respecto a los terceros, que persiguen poner de manifiesto la simulación, ésta puede acreditarse por todos los medios de prueba, sin que se apliquen las limitaciones legales a la admisibilidad de la testifical. Así se ha fallado reiteradamente por la Corte Suprema.[621] Pero, en realidad, la reina de las pruebas en materia de simulación, para los terceros, es la prueba de presunciones judiciales. Como expresa Ferrara, "los terceros, a pesar de esta amplitud de prueba, se encuentran siempre en situación difícil para descubrir la urdimbre sutil de engaños tramada en la sombra y las astutas ficciones y el disfraz de las relaciones contractuales. En efecto, los terceros, salvo en casos excepcionales, no pueden tener la esperanza de utilizar la contradeclaración que las partes pudieran haber hecho, pues seguramente se les ocultaría con todo cuidado y permanecería ignorada de ellos. Tampoco pueden confiar en la confesión de los propios contratantes, pues si éstos realizaron la simulación para engañar a todos, no han de ser tan ingenuos que declaren su engaño... Más dudosa resulta todavía la prueba de testigos, porque generalmente la simulación se urde en el misterio y con él se la rodea, sin que deje huella tras de sí. Verdaderamente eficaz, y de resultado, sólo tenemos la prueba de presunciones, que es el auxilio a que normalmente acuden los terceros al impugnar la simulación. La simulación, como divergencia sicológica que es de la intención de los declarantes, se sustrae a una prueba directa, y más bien se induce, se infiere del ambiente en que ha nacido el contrato, de las relaciones entre las partes, del contenido de aquél y circunstancias que lo acompañan. La prueba de la simulación es indirecta, de indicios, de conjeturas, y es la que verdaderamente hiere a fondo a la simulación, porque la combate en el mismo terreno.[622]

[621] Véanse, por ejemplo, *RDJ*, 17, 1, 279, y 22, 1, 272.

[622] *La Simulación...*, cit., pp. 383 y 384.

Capítulo Sexto
El principio de la buena fe contractual

60. Generalidades conceptuales

El principio de la buena fe, y sus variadas y heterogéneas proyecciones en el Derecho, es un tema centenario. Los romanistas polemizan en cuanto a sus alcances; otro tanto acontece entre los canonistas y entre los historiadores del Derecho en general.[623]

En el Derecho Civil comparado, la buena fe viene adquiriendo enorme importancia desde que las escuelas exegéticas han comenzado a batirse en retirada.[624] Especialmente en Europa, sobre todo en Alemania e Italia, aunque también en Francia y en España, la doctrina ha consagrado, en los últimos decenios, no pocos desvelos al estudio de esta materia.[625]

---

[623] Cfr. López Santa María, Jorge, "Problemas actuales en el derecho de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil en Memoria del profesor Victorio Pescio,* Edeval, Valparaíso, 1976, pp. 96 y ss. También De los Mozos, José Luis, *El Principio de la Buena Fe. Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español,* Bosch, Barcelona, 1965, y además su contribución sobre el tema en la *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil,* t. 1, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 789 y ss. Véase igualmente Fueyo Laneri, Fernando, "El principio general de la buena fe o el principio de la buena fe como integrador y creador de conductas, normas y decisiones" y "La ejecución de buena fe del art. 1546 del Código Civil, es uno de los requisitos legales del pago y como tal se proyecta como fundamento de la indexación y de la desindexación", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 139 y ss. y 171 y ss.

[624] Sobre el método exegético Bonnecase, Julien, *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil,* traducción del francés, Ed. José M. Cajica, Puebla, México, 1944.

[625] En nuestro continente, la preocupación doctrinaria en torno a la buena fe provocó en Argentina la promulgación de la muy importante ley Nº 17.711, de 1968, que introdujo numerosas y significativas reformas al Código Civil de Vélez Sarsfield. Según palabras de Mosset Iturraspe: "la buena fe es el eje sobre el cual se mueve la reforma de la ley Nº 17.711 en la temática de las relaciones patrimoniales" (*Teoría general...*, cit., p. 322). Pero la buena fe objetiva regía las materias contractuales desde antes de esta modificación, pues "la jurisprudencia era uniforme en cuanto a que los contratos debían celebrarse, interpretarse y cumplirse conforme a sus dictados (los de la buena fe), pues no puede admitirse que tal omisión (el que la norma de la buena fe no figurase todavía en el Código Civil) significara un repudio de la regla clásica, ya

La buena fe es un principio general del derecho. Así lo ha establecido el artículo 2º del Código Civil suizo, al señalar que "cada uno obrará según la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. El abuso manifiesto de un derecho carece de protección legal". Un precepto similar se halla hoy en el artículo 7.1 del Código Civil español, que prescribe que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". En igual sentido, los recientes artículos 6º y 7º del Código Civil de Quebec; según el primero "toda persona es debe ejercer sus derechos civiles según las exigencias de la buena fe", en tanto que, de acuerdo al segundo, "ningún derecho puede ser ejercido con el fin de dañar a otros o de manera excesiva e irracional, o en contra de las exigencias de la buena fe".

La buena fe de un principio jurídico heredado de los romanos, que, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, sirve de asidero al principio de la probidad procesal,[626] coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, *venire contra factum proprium non valet*;[627] e incluso se manifiesta en el Derecho Tributario.[628]

Incluso artículo 7.1º de la Convención de las Naciones Unidas, del año 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, dispone que en la interpretación de esta Convención se tendrá en cuenta "la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".

Continuación nota [625]

que ello hubiese importado prescindir de una de las normas fundamentales de la convivencia social, principio aplicable a toda clase de contratos" (SALAS-TRIGO REPRESAS, *Código Civil Anotado*, t. 2, Buenos Aires, 1976, nota 3 al artículo 1198, citado por GALVÁN, *El principio...*, cit., p. 105).

[626] En el Código de Procedimiento Civil son concretas manifestaciones del principio de la buena fe-probidad procesal, las disposiciones de los artículos 84, 85 y 88 sobre incidente; y el artículo 773 sobre preparación del recurso de casación en la forma.

[627] Sobre la doctrina de los actos propios o *estoppels*, que impide a una parte contravenir sus propias actuaciones LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Los intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o *estoppel*", *RDJ*, 82, primera parte, pp. 33 y ss. y EKDAHL ESCOBAR, Fernanda, *La Doctrina de los Actos Propios*, Ed. Jurídica de Chile, 1989.

[628] De acuerdo con el artículo 26 del Código Tributario "no procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentadas por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular". "En caso que las circulares, dictámenes y demás documentos mencionados en el inciso 1º sean modificados, se presume de derecho que el contribuyente ha conocido tales modificaciones desde que han sido publicadas de acuerdo con el artículo 15".

Los textos legales de los siglos XX y XXI que han consagrado, con amplitud, el pleno vigor del principio de la buena fe en materia contractual, son abundantes.[629] Destaca, entre ellos, el artículo 422 del Código Civil del Brasil, cuando dispone que "tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución, los contratantes están obligados a respetar los principios de probidad y de buena fe". También se advierte en la jurisprudencia comparada el pronunciamiento de importantes fallos que extraen consecuencias jurídicas de la buena fe, aun a falta de texto legal expreso que les sirva de apoyo inmediato. Acaso la perspicacia de los abogados conducirá, en los años que vienen, a resultados jurisprudenciales semejantes en nuestro país.[630] Una sentencia en Chile abrió el camino adecuado: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos ni a un derecho estricto. No deben las partes asilarse en la literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, ha de dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Tampoco debe dejarse de atender a factores extraliterales que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley".[631]

Ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de octubre de 2008, que "la buena fe constituye, desde luego, un elemento de hermenéutica contractual, derivado del artículo 1546 del Código Civil, conforme al cual las cláusulas de una convención deben interpretarse en armonía con el sentido ético jurídico presente en el orden económico y social imperante". "Es también un principio informador de nuestro ordenamiento jurídico". "Así, en los casos en que el ejercicio de un derecho sobrepasa las exigencias que de él dimanan, se corre el riego de incurrir en abuso del derecho o en un enriquecimiento sin causa, entre otros extremos indeseados". "La buena fe se erige, entonces, en un estándar jurídico que no es posible obviar y que, al tiempo de cumplir un contrato, impone tanto al acreedor como al deudor la necesidad de ajustarse a la forma, términos y sentido que se

[629] Sobre la buena fe contractual MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, pp. 175 y ss.

[630] El ejemplo de la reajustabilidad de las indemnizaciones de perjuicios, contractuales y extracontractuales, dispuesta por los tribunales chilenos sin necesidad de reforma legal alguna (sobre este tema: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Obligaciones y Contratos frente a la inflación*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1980), bien podría terminar resultando un hito, o un ejemplo digno de imitación, en la renovación del Derecho patrio por la obra conjunta del legislador, de los jueces y de los abogados, pues nada justifica, hoy por hoy, la pretensión de que dicha renovación sólo incumba al legislador.

[631] Corte Presidente Aguirre Cerda, 4 marzo 1988, (*RDJ*, 85, 2, 9). También Corte Suprema en fallo de 3 octubre 1996 (*GJ*, 196, 37).

adecuen a su recta ejecución y naturaleza, de manera de evitar la obtención de beneficios, que no tengan justa causa" (c. 1).[632]

Mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad. En sede no jurídica, la expresión "buena fe" designa una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente. Proyectada al terreno del Derecho Civil, la buena fe asume dos direcciones. La primera, la buena fe subjetiva, conserva aquella fisonomía psicológica. La segunda, la buena fe objetiva, que es la que mayormente interesa en materia de contratos, la pierde.[633]

61. BUENA FE SUBJETIVA

Bona fides, en sentido subjetivo "es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra el Derecho".[634]

Es la convicción interna o sicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error. Como el Derecho ampara la convicción de regularidad, en algunas ocasiones disculpa o excusa el error, con lo que deja de lado una aplicación implacable de normas técnicas que conduciría a la nulidad con efecto retroactivo o a otras consecuencias enojosas para quien está persuadido de la regularidad de su situación. De consiguiente, la buena fe subjetiva es una noción justificativa del error.

En materia de error común, se afirma que éste forma derecho: *error communis facit ius.* La manifestación más clara de esta doctrina se encuentra en el artículo 1013 del Código Civil, según el cual si alguna de las causas de inhabilidad de un testigo del testamento no se manifestare en el aspecto o comportación de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará

[632] Rol 9433/2004 (*PuntoLex*).

[633] PEÑAILILLO no acepta la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva (cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "Los elementos subjetivos en las instituciones y conceptos del derecho civil y su establecimiento", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil,* Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Ed. ConoSur, Santiago, 1996, pp. 34 y ss.). Sobre la concepción unitaria de la buena fe, y en el mismo libro, el trabajo de SAAVEDRA, Francisco, "El principio general de la buena fe", en especial pp. 365 y 366. En este mismo sentido unitario, desde perspectivas del Derecho Romano, GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Derecho,* 29, 1, 2002, pp. 11 y ss.

[634] Cfr. VON THUR, Andreas, "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual", en *Revista de Derecho Privado,* 146, Madrid, 1925, p. 337. En igual sentido JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "El principio de la buena fe", en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI,* Homenaje al profesor Roberto López Cabana, dirigidos por Óscar Ameal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 766.

el testamento por la inhabilidad real del testigo. Otro caso es el del artículo 426.1 del Código Civil, según el cual "el que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja. También, según lo prevenido en el artículo 1576.2 del Código Civil, "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". Finalmente, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2058 del mismo Código, "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

El caso más antiguo y probablemente el más importante, en que se ha puesto de relieve la dimensión subjetiva de la *bona fides,* es el de la posesión de buena fe de una cosa ajena. Acorde al artículo 706.1 del Código Civil chileno, "la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio"; aunque así no sea, habría podido agregar el precepto para poner de manifiesto que la buena fe posesoria es una causal de justificación del error. Como señala el artículo 1950 del Código Civil español: "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio".

De manera que, en el campo de los derechos reales, el poseedor *a non domino* que esté de buena fe es protegido por el ordenamiento; éste disculpa su error, permitiéndole llegar a ser dueño por prescripción adquisitiva ordinaria. Además, en el caso de reivindicación del verdadero dueño, el poseedor de buena fe demandado recibe un tratamiento privilegiado respecto a las prestaciones mutuas, tanto por concepto de frutos, cuanto por concepto de deterioros y de mejoras útiles.[635]

[635] De conformidad con el artículo 906 del Código Civil, el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos. Agrega el artículo 907 que el poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. También señala el artículo 909 que el poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. Sólo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el artículo siguiente se conceden al poseedor de mala fe.

En el derecho de las personas y de la familia el mayor favor dispensado por la ley a la buena fe subjetiva se halla en la institución del matrimonio putativo,[636] el que se caracteriza por la circunstancia de que la nulidad sólo se proyecta hacia el futuro, careciendo de efecto retroactivo.

En el derecho de las obligaciones, el monto de la restitución que debe efectuar el *accipiens,* que hubiese recibido un pago de lo no debido, viene determinado por su buena o mala fe subjetiva, conforme indican los artículos 2300 y siguientes del Código Civil.

Incluso en materia de contratos, a veces la buena o la mala fe actúan como convicción subjetiva, de orden sicológico. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en los artículos 1842 y 1859, respecto a los pactos de irresponsabilidad en casos de evicción o de vicios ocultos de la cosa vendida, los que son ineficaces si el vendedor sabía que existía la causa de evicción o el vicio redhibitorio. Lo mismo que en la hipótesis contemplada en el artículos 2110 del Código, según el cual no vale la renuncia que se hace a "la sociedad de mala fe o intempestivamente"; y en las previstas en los números 1 y 2 del artículo 2468 del Código Civil, el que, a propósito de la acción *pauliana* o revocatoria, dispone que "los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero", y que "los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores".[637]

[636] Dice el artículo 51 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, Nº 19.947 de 2004, que "el matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges". "Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad". "Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio". "Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges". Agrega el artículo 52, que "se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declare en la sentencia".

[637] Para un análisis más completo de la buena fe subjetiva, véase LYON-CAEN, Gérard, "De l'évolution de la notion de bonne foi", en *Revue trimestrelle de droit civile,* Paris, 1946, pp. 75 y ss.

62. BUENA FE OBJETIVA

Esta es la noción que mayormente interesa en el ámbito de los contratos. A ella se está remitiendo el artículo 1546 del Código Civil cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que, de consiguiente, los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa.

"El gran civilista holandés Meijers afirma que los efectos obligatorios del contrato, al igual que la cesación de los mismos, dependen de dos elementos: la voluntad de las partes y la buena fe. De averiguar lo que sea la primera y, muy especialmente, de imponer la segunda están encargados los órganos de aplicación del Derecho: los jueces".[638]

Toda disciplina social exige un mínimo de fijeza y de certidumbre. Las normas legales se la confieren al Derecho, salvaguardando el valor de la seguridad. Frente a reglas legales precisas y terminantes, los jueces deben aplicarlas estrictamente. Pero el Derecho no está conformado sólo por leyes. Sea por ausencia o ambigüedad de la ley; sea por las peculiaridades de las circunstancias de cada especie; sea por la remisión del propio legislador a estándares, módulos o criterios flexibles, y aun por otras razones, con bastante frecuencia la decisión de un litigio contractual queda entregada al poder discrecional del sentenciador. Es decir, que el desenlace del litigio depende del juez y no de la ley. Si la ley reina, la jurisprudencia gobierna.

Pero, en rigor, fallo discrecional no es aquel en que el juez dice lo que quiera. A través de diversos expedientes, la ley restringe el empleo del poder discrecional. Uno de ellos está configurado, justamente, por el establecimiento de reglas legales flexibles, estándares, módulos, patrones o conceptos válvulas.[639]

Un estándar es una regla que en lugar de formular una solución rígida, recurre a un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio, prudencia y sabiduría del juez de la causa. Se trata, como es sabido, de conceptos susceptibles de asumir un contenido empíricamente variable, pero que, no obstante, tienen una unidad de significado básica e inamovible, la cual debe ser acatada por el sentenciador.

La buena fe, objetivamente considerada, no es, por lo demás, el único estándar legal que actúa en el campo de las obligaciones y de los contratos. Igual naturaleza revisten otras nociones como "buen padre de familia", "buenas

[638] PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, t. 2, vol. 2, cit., p. 369.

[639] Sobre el tema de las reglas legales flexibles, GALVÁN, *El principio...*, cit., pp. 71 a 99.

costumbres"[640], "orden público", "información esencial",[641] "deber de no contrariar conductas propias pasadas", "desnaturalización del contrato", "sano juicio de una persona", etc.[642]

La regla o principio 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 ulteriores a la terminación del contrato.[643]

A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aprecia *in concreto* por el sentenciador, mediante averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia *in abstracto,* prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar, él, la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable.

Frente a la indeterminación o variabilidad del estándar de la buena fe, Santos Briz, inspirado especialmente en la doctrina alemana, ha propuesto los postulados que siguen:

"A. La buena fe debe ser considerada como un módulo de carácter objetivo;

B. Su determinación se llevará a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de cultura de la Sociedad;

C. Sin embargo, la objetividad del principio no debe ser exagerada y han de atenderse, en primer lugar, las circunstancias del caso concreto;

D. Partiendo de esta base ha de aspirarse a un justo equilibrio de los intereses de las partes, y

---

[640] Se comprenden en las buenas costumbres "los principios de competencia leal y ética mercantil", acorde al nuevo artículo 20 K de la Ley Nº 19.039 sobre Propiedad Industrial, sustituido por la ley Nº 19.996 de 2005.

[641] Sobre este último estándar, es pertinente el artículo 9º de la Ley Nº 18.045, de 1981, sobre el Mercado de Valores, cuando dispone que "la inscripción en el Registro de Valores obliga al emisor a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta". "Se entiende por información esencial aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión".

[642] El sano juicio de una persona, con relación a la fuerza como vicio de la voluntad, constituye un estándar jurídico. Así lo resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, el 21 de enero de 1982 (*RDJ*, 79, 2, 2).

[643] Ha dicho la Corte de Apelaciones de Iquique, en fallo de 8 de junio de 2007, que "el principio de buena fe que rige las actuaciones de las partes en materia de contratación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil" (...) "obliga a mantener una conducta leal y coherente" (c. 8) (rol 863/2005, *PuntoLex*).

E. No debe llegar a eludirse la voluntad del legislador expuesta en preceptos coactivos o en fórmulas rígidas, por ejemplo, al señalar los plazos de prescripción".[644]

En realidad, como lo ha dicho Del Vecchio, la máxima según la cual los contratos deben ejecutarse de buena fe representa una notable victoria del espíritu sobre la letra.[645]

El Tribunal Supremo de España, en sentencia de 29 de enero de 1965 –interpretando el artículo 1258 del Código Civil hispano y el artículo 57 de su Código de Comercio– advirtió que el significado o alcance del principio de la buena fe contractual "más se atisba o se intuye que se define y concreta".[646]

"El campo de aplicación de la buena fe en materia de obligaciones no puede deslindarse mediante reglas taxativas. Necesariamente hay que dejar al tacto jurídico y al sentido práctico del juez el decidir cuándo y en qué medida cabe apartarse de la letra del contrato en vista de las circunstancias del caso concreto. El es quien ha de buscar la solución que mejor se acomode a la voluntad real de las partes y a sus legítimos intereses y que más cumplidamente satisfaga el sentimiento jurídico de las personas razonables y entendidas. Por eso la aplicación del Derecho no es un simple problema lógico, sino también un arte que sólo puede enseñar la experiencia".[647]

La buena fe contractual corresponde a la moral del deber, sobre la cual ha escrito Barros, distinguiéndola de la moral de aspiración: "El objetivo de una moral del deber no es hacer de cada persona un héroe o un santo, sino un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social... De lo que se trata es de excluir el abuso y la mala fe y no de prescribir el altruismo y la perfección". En la evolución del derecho privado de los últimos cuarenta años, añade Barros: "Ante todo resalta el creciente valor atribuido a la idea de confianza. De acuerdo al pensamiento de la ilustración francesa, los contratos deben ser interpretados según la voluntad real de las partes.

Así surge, eventualmente, un conflicto de expectativas con la contraparte que confía en que la voluntad expresada sea también la efectiva. El derecho privado

---

644 SANTOS BRIZ, Jaime, "Tendencias modernas en el Derecho de Obligaciones", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 44, 1960, p. 569.

645 DEL VECCHIO, Giorgio, *Los Principios Generales del Derecho,* 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1971, p. 121.

646 Citada por SANTOS BRIZ, Jaime, en *La Contratación Privada,* Montecorvo, Madrid, 1966, p. 288.

647 VON THUR, *La buena fe...*, cit., p. 341.

comparado muestra una evolución en el sentido de que debe tenerse en cuenta la confianza como elemento básico de las relaciones contractuales... La interpretación de los contratos, de acuerdo con patrones preferentemente objetivos, es un reconocimiento de esta realidad. Vinculado a la idea de confianza está el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de buena fe... El principio de buena fe ha sido empleado, entre muchos otros campos, para paliar los efectos de la desvalorización monetaria; para limitar el ejercicio abusivo de los derechos personales; para permitir que se rescinda (o resuelva) un contrato cuando han desaparecido las razones que evidentemente tuvieron en vista las partes para celebrarlo; para revisar jurisprudencialmente las cláusulas modificatorias de la responsabilidad; para determinar judicialmente obligaciones conexas con lo principal, pero que no han sido pactadas expresamente; en general para revisar, de acuerdo a pautas de buen sentido y de equidad, las condiciones generales de contratación. Una evolución semejante en torno a la idea de buena fe se observa en los Estados Unidos y en todos los países del Occidente de Europa. La tendencia jurisprudencial española de los últimos quince años es especialmente ilustrativa. En Francia la evolución ha sido más tímida, lo mismo que en Inglaterra, lo que muestra, por lo demás, que el desarrollo descrito es independiente de la distinción clásica entre el derecho romano-germánico y el anglosajón".[648]

Como el estándar o regla de la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento (art. 1546 CC), sino por autorizar al tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del negocio jurídico según las circunstancias, resulta que su aplicación configura una cuestión de derecho. La decisión es susceptible, por ende, de ser revisada por la Corte Suprema, por la vía de la casación de fondo. Este recurso extraordinario, de consiguiente, es la valla que impide a los jueces de instancia, amparándose en la imprecisión de la buena fe, dictaminar de manera arbitraria o inicua. Acaso por falta de reflexión suficiente de los autores en torno a la buena fe y/o por ausencia de exactitud en la fundamental distinción de las cuestiones de hecho y de derecho, la E. Corte Suprema ha podido incurrir en el yerro de estimar que es improcedente invocar la infracción del artículo 1546 como motivo de casación de fondo, añadiendo que es cuestión de hecho decidir sobre las obligaciones que del contrato derivan.[649]

[648] BARROS BOURIE, Enrique, "Derecho y Moral", en *RDJ*, 80, primera parte, pp. 45 y ss.

[649] Sentencia de 8 de enero de 1973, en *FM*, 170, p. 327. También en *RDJ*, 70, 1, 3.

63. Diversas manifestaciones de la buena fe objetiva

Como se ha dicho el estándar de la buena fe objetiva tiene un valor normativo flexible, que se va precisando de modo casuístico, según las circunstancias de cada especie.[650] Por lo mismo, no es posible inventariar exhaustivamente las manifestaciones concretas de la buena fe durante todo el íter contractual. A vía de ejemplificación, sólo es posible señalar algunas. Al efecto, pueden distinguirse en el desenvolvimiento del contrato cinco momentos: los tratos preliminares, el instante de la celebración, el cumplimiento, las relaciones poscontractuales y su interpretación.[651]

En este sentido ha dicho la Corte Suprema en fallo de 11 de junio de 2007, que "el principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituida por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto". "Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto". "Esta es empleada como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad" "Es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico, orbitando todo el iter contractual, desde los tratos preliminares, celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales" (c. 9).[652]

---

[650] Ver Corral Talciani, Hernán, "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. 2, pp. 207 y ss. y en *Cuadernos de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales, 3, 2006, pp. 187 y ss.

[651] La mayoría de los Códigos, tal como hizo el chileno siguiendo al modelo francés, sólo preceptúan que los contratos deben ejecutarse o cumplirse de buena fe. Así el artículo 1134.3 del francés; el parágrafo 242 del alemán y el artículo 1258 del español. Sin embargo, los autores no discrepan en cuanto a la proyección normativa de la buena fe al completo íter contractual. Para evitar discusiones, textos legales recientes lo han establecido de manera expresa. Así el Código italiano declara que "el deudor y el acreedor debe actuar de acuerdo a las normas de equidad" (art. 1175); que "las partes en el desarrollo de las negociaciones y la formación del contrato, deben actuar de buena fe" (art. 1337), que "el que es obligado o se ha enajenado un derecho en virtud de una condición suspensiva, o lo ha adquirido en virtud de la condición resolutoria, debe, en espera del cumplimiento de la condición, actuar de buena fe para conservar intactos los intereses de la otra parte (art. 1358); que el contrato debe ser interpretado de buena fe (art. 1366), y que "el contrato debe ser ejecutado de buena fe" (art. 1375). También, según el artículo 1198.1 del Código Civil argentino, "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". De acuerdo al artículo 1362 del Código peruano "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes", y conforme su artículo 168, "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

[652] Rol 2049/2005 (*PuntoLex*). La misma idea está presente en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 29 de noviembre de 2007, cuando señala que "la buena fe contractual que exige el artículo 1546 del Código Civil, ha de estar presente en todas las etapas de desenvolvimiento del contrato,

A. Los tratos preliminares

Durante la fase precontractual, que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas, como igualmente de un silencio o reticencia que pueda conducir a una equivocada representación de los elementos subjetivos u objetivos del contrato que se vislumbra. Durante la fase de las "tratativas", cada negociador procura representarse de manera exacta al sujeto con quien se va a vincular y a las prestaciones que el contrato proyectado haría nacer.[653] Los actos e informaciones encaminados a ilustrar al interlocutor deben enmarcarse en una línea de corrección y lealtad.[654]

La información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no se incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores, sobre su salud mental, sobre sus aptitudes laborales o destrezas técnicas o artísticas según los casos. En relación al objeto, en el seguro contra el incendio es preciso informar fielmente sobre la naturaleza de los materiales de que se compone la cosa asegurada; si se trata de un vehículo asegurado contra robo, será vital conocer por el asegurador si se guarda cotidianamente en una cochera particular o pública; o bien, si queda a la intemperie durante las noches.

Cierto que la violación de algunos de los deberes susodichos puede configurar dolo en la conclusión del contrato, siendo entonces aplicable el artículo 1458 del Código Civil, ya sea en cuanto permite la anulabilidad o rescisión del contrato

---

Continuación nota [652]

esto es, desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución del mismo, hasta las relaciones posteriores al término del contrato, inclusive. La buena fe exige, pues, que al momento de negociar el contrato, las partes hablen claro (como dice el profesor López Santa María), lo que implica que se abstengan de hacer afirmaciones inexactas o de guardar silencio sobre aspectos que puedan conducir a la otra parte a una errada representación de los elementos del contrato. La expectativa es que, en esa etapa, los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad" (c. 6) (rol 3073/2003, *PuntoLex*).

[653] Sobre el particular, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "Responsabilidad precontractual", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2, 2005, pp. 165 y ss.

[654] En la sentencia de 29 de enero de 1965 del Tribunal Supremo español, antes mencionada, respecto a la conculcación de la buena fe objetiva en las negociaciones preliminares se afirma que ello ocurre "cuando con finalidad de obtener un provecho, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se va contra los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella".

(inciso 1º) o en cuanto autoriza una acción indemnizatoria (inciso 2º).[655] Pero la riqueza normativa de la buena fe en los tratos preliminares radica en la necesidad de concluir que, aun sin dolo, toda vez que se violan negligentemente los deberes de información, ha de remediarse lo hecho a través de una indemnización por culpa *in contrahendo*. Vinculándose de consiguiente esta materia al tema de la responsabilidad civil precontractual.[656]

Hay muchos otros deberes precontractuales que pueden hacerse depender de la buena fe objetiva.[657] Así, el deber de interrumpir las "tratativas", que incumbe a quien advierta que no está en situación de concluir un contrato válido. Así, el deber de guardar los secretos conocidos a raíz de las negociaciones preliminares. La buena fe impone reserva respecto a las informaciones adquiridas en torno al estado de los negocios del otro, a sus proyectos comerciales y a los demás aspectos de su actividad cuya divulgación pudiere causarle perjuicio.

La libertad de contratar o de no contratar, que perdura durante los tratos preliminares, no autoriza para convertirla en motivo de traiciones. Violaría grave-

---

[655] Explican los DOMÍNGUEZ la independencia de las dos acciones contempladas en nuestro artículo 1448, y que incluso si el dolo es principal y determinante procede la acción indemnizatoria (aunque no se recabe la nulidad) (cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, en "Comentarios de Jurisprudencia", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 197, 1995, p. 217).

Algo así ocurrió en el caso resuelto por la Corte Suprema en fallo de 27 de julio de 2007. En una compraventa se estipuló que las partes conocían el estado del automóvil objeto del contrato, y que el comprador renunciaba a las acciones de saneamiento. Las fallas del vehículo hicieron que el comparador demandase al vendedor. La Corte Suprema señaló que "el artículo 1465 del Código Civil dispone la condonación del dolo futuro no vale, respecto de la cual se ha dicho que se trata de una disposición prohibitiva y, en consecuencia, su sanción es la nulidad absoluta, la sanción se produce por ser contraria a la buena fe que debe regir en materia contractual" (c. 6). Desconoció así el valor de la cláusula y admitió la demanda en contra del vendedor (rol 6658/2005, *PuntoLex*).

[656] Sobre la responsabilidad civil o indemnización de los perjuicios causados a propósito de la formación del consentimiento ABELIUK, *Las obligaciones* cit., p. 763; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, t. 2, vol. 1, Bosch, 9ª ed., Barcelona, 1994, pp. 365 a 367; BREBBIA, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires 1987, pp. 88 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit. vol. II, p. 81; DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1994, pp. 236 y 237; GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil*, t. 2, LGDJ, Paris, 1988, p. 251; GOLDENBERG, Isidro, *Indemnización por daños y perjuicios*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 162 y 163; LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, t. 3, Económica, París, 1990, pp. 221 y 222; LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, t. 3, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 76; RISUEÑO, Manuel, *De las obligaciones precontractuales*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1933; ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Precontractual*, Ed. Universitarias de Valparaíso, 1979; SCHMIDT, Joanna "La sanction de la faute précontractuelle", en *Revue Trimestrielle de droit civil*, (1974), t. 72; SAAVEDRA, *Teoría del consentimiento*, cit., pp. 267 y ss.; STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992 y ZULOAGA RÍOS, Isabel, *Teoría de la responsabilidad precontractual*, LexisNexis, Santiago, 2006.

[657] Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría...*, cit., pp. 178, 179 y 241.

mente la buena fe precontractual quien se hiciere mostrar o ilustrar en cuanto a patentes de invención o a modelos industriales de una persona dada, en vista a una posible contratación con pago de *royalties* o regalías, y, luego de abandonar los tratos, sacara provecho de las ideas recibidas.

B. La celebración del contrato

Los deberes precontractuales subsisten en el instante de la conclusión del contrato. Otras interesantes consecuencias prácticas pueden colegirse de la necesidad jurídica de celebrar los contratos conforme a la normativa de la buena fe.

Así, por ejemplo, y es lo que prescribe el artículo 1338 del Código Civil italiano, la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causal de invalidez del contrato, no la ha informado a la otra, debe resarcir el daño sufrido por esta última al confiar, sin culpa suya, en la validez del acto.

Por otra parte, si bien conforme al artículo 1815 del Código Civil chileno la venta de cosa ajena es válida, las indemnizaciones a que tiene derecho el comprador *a non domino,* en caso de ser evicta la cosa, bien podría vincularse con la buena fe objetiva.

Frente a la pacata concepción actual de la lesión enorme en Chile, que apenas opera en siete estrechos casos y que no permite anular –a diferencia de lo que acontece en el Derecho comparado– contratos a través de los cuales una de las partes hubiese explotado el estado de necesidad o la inexperiencia de la otra, obteniendo ventajas patrimoniales desproporcionadas e ilegítimas; cuanto menos estas abyectas situaciones de hecho podrían ser sancionadas en tanto vulneratorias del deber de rectitud y lealtad contractuales que la buena fe impone, otorgando una indemnización al afectado.[658]

[658] En Chile solamente se admite el vicio de lesión enorme en la compraventa y permuta civil de inmuebles (arts. 1888 y 1900 CC), aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234 CC), cláusula penal (art. 1544 CC), partición (art. 1348 CC), mutuo con interés (art. 2206 CC) y anticresis (art. 2443 CC). En este sentido ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 23 de abril de 2009, que "se debe concluir que el negocio jurídico de que da cuenta la escritura pública ya referida no es un contrato de compraventa, sino una transacción celebrada con la finalidad de solucionar diferencias surgidas entre las partes y dentro de las concesiones recíprocas acordadas estaba la transferencia del dominio del inmueble a que se hace referencia, por lo cual se desestimará la acción interpuesta" y "que, finalmente, se debe tener presente que la institución de la lesión enorme en nuestro sistema jurídico, es de carácter casuístico y objetivo. Es decir, sólo recibe aplicación en los casos expresamente previstos por el legislador, y siempre y cuando se satisfagan sus condiciones objetivas de procedencia, siendo claramente improcedente en estos autos" (c. 5 y 6) (rol 6513/2007, *PuntoLex*).

La situación es distinta en el parágrafo 138 del BGB; artículo 1448 del Código Civil italiano; artículo 954 del Código Civil argentino y el artículo 1447 del Código Civil peruano.

Vale decir, que la buena fe impone cierto equilibrio mínimo a las utilidades características del contrato conmutativo. También impone el deber de redactar la convención con un mínimo de precisión.

C. El cumplimiento o incumplimiento del contrato

Respecto a la fase de ejecución de los contratos, desde luego la responsabilidad civil por incumplimiento, a la luz del artículo 1558 del Código Civil, es más amplia si la incorrección o deslealtad del deudor llega a ser constitutiva de dolo, pues entonces alcanza no sólo a los perjuicios previstos, sino que también a los imprevistos. Pero esto no es novedad.

En cambio, sobre la base del artículo 1546 del Código, bien podrían alcanzarse progresos explicativos y, sobre todo, novedades normativas de la mayor importancia práctica.[659]

Entre las instituciones legales o jurisprudenciales ya vigentes, la buena fe contractual podría servir de argumento complementario, por ejemplo, a la excepción de contrato no cumplido y a la reajustabilidad de las indemnizaciones por la mora en el pago de una obligación dineraria de origen contractual.[660]

---

[659] La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 12 de noviembre de 2007, señaló que "conforme lo dispone el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, lo que exige un cumplimiento adecuado y cabal de las obligaciones asumidas". De acuerdo a lo antes razonado, cabe concluir que la demandada ha incumplido su obligación de hacer al entregar los departamentos "en forma defectuosa o imperfecta, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1556 del mismo cuerpo legal genera la obligación de indemnizar los daños causados como consecuencia de su infracción contractual, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra de la constructora del edificio" (c. 10) (rol 5757/2002, *PuntoLex*).

También la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de julio de 2009, señaló que dado el largo tiempo por el cual se extendieron los negocios entre las partes, el modo como éste operó, y "habida cuenta que, como reza el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, cabe concluir que aún en el evento de haber existido alguna irregularidad, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1449 y 1450 del mismo cuerpo legal, aplicables en la especie, ella se ha subsanado por la ratificación tácita del demandante, el cual, sólo ex post, constatada la apropiación indebida en que incurrió su dependiente, ha pretendido desconocer las numerosas operaciones efectuadas por éste a su nombre, no siendo procedente, a juicio de esta Corte, que pretenda que se atribuya responsabilidad por los perjuicios causados por un dependiente de comercio al contratante que ejecutó de buena fe el contrato habido entre ambas empresas" (rol 5036/2007, *PuntoLex*).

[660] Aplicando la regla del artículo 1546 del Código Civil, en el sentido que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, resolvió la Corte de Apelaciones de Concepción, el 4 de diciembre de 2009, que el Banco mandatario para la contratación de un seguro de desgravamen en beneficio de un deudor hipotecario fue negligente en el cumplimiento del encargo encomendado "desde que si bien contrató un seguro de

Como novedades normativas posibles, deseables y susceptibles de derivarse de la buena fe, cabe mencionar a título ejemplar:

a) La ejecución de buena fe de las convenciones es un principio general del orden público internacional;[661]

b) Desestimación de la demanda de resolución de un contrato fundada en un incumplimiento parcial de poca monta.[662] Y rechazo de la *exceptio non rite adimpleti contractus;*[663]

c) Desestimación de la demanda indemnizatoria por incumplimiento de un contrato, cuando la aplicación de la buena fe tipificare una causal de inexigibilidad.

Por ejemplo, respecto al artista que no se presentó al espectáculo público a que se había comprometido, en razón del fallecimiento o enfermedad grave de un familiar cercano;[664]

d) Admisión de la tesis del profesor Fernando Fueyo, según la cual a los requisitos legales del pago: ejecución literal e integridad (artículos 1569 y 1591), hay que añadir la buena fe del *solvens* y del *accipiens*;[665]

e) Admisión por los tribunales, haciéndose eco del sentir doctrinario, de la posibilidad de revisar los contratos en ciertos casos de excesiva onerosidad sobrevenida;[666]

Continuación nota [660]

desgravamen, no cuidó de indicarle al asegurado los términos del mismo, fundamentalmente, de la obligación de comunicar al Banco o a la compañía de seguros, dentro del término de 60 días contados desde que el Banco tomó conocimiento y, en todo caso, dentro del plazo de 180 días contados desde la fecha del fallecimiento del deudor, para que así operara el seguro de desgravamen. El mínimo de diligencia exigible al mandatario es comunicar a su mandante los términos del contrato suscrito en su nombre y representación o, al menos, la forma y oportunidad de comunicar el siniestro, para así lograr el cumplimiento del mismo" (c. 13) (rol 2031/2008, *PuntoLex*).

[661] Así se ha resuelto muchas veces en materia de nulidad del laudo en el arbitraje internacional (cfr. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'Arbitrage Commercial International,* Litec, Paris, 1996, p. 976).

[662] Cfr., artículos 1455, 1525 y 1564 del Código italiano de 1942. Sobre la jurisprudencia española SANTOS BRIZ, *Tendencias...*, cit., p. 570. *V. infra* 92.

[663] Así se llama a la excepción de contrato no cumplido opuesta por el demandado, sobre la base de que el demandante ha dejado sin cumplir una parte mínima o insignificante de sus obligaciones. A la luz del artículo 1460.1 del Código Civil italiano, esta excepción es contraria a la buena fe y, por lo tanto, debe ser declarada sin lugar por el juez. En igual sentido, el artículo 320 del BGB. *V. infra* 91.

[664] SANTOS BRIZ, *Tendencias...*, cit., p. 571.

[665] Cfr. FUEYO LANERI, Fernando, "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", en *RDJ,* 55, primera parte, pp. 95 y 155.

[666] Sobre la teoría de la imprevisión, que postula la revisión judicial de los contratos o su resolución, si el cumplimiento se transformare en excesivamente gravoso para una de las partes, *v. supra* 48 y 49.

f) Morigeración, cuanto menos, y mientras siga vigente el artículo 1560 del Código Civil, del sistema subjetivista de interpretación de los contratos, tan plagado de ficciones;[667]

g) Consagración de la doctrina del *estoppel,* que en ciertos casos impide a un contratante contradecir su conducta pasada *(venire contra factum proprium non valet);*[668]

---

[667] Habría sido examinar en este lugar las proyecciones de la buena fe objetiva en la interpretación el contrato, estadio del íter contractual distinto al del cumplimiento. Pero, a fin de evitar repeticiones, es preferible remitirse a la cuarta parte de este libro. Con todo, menciónese la sentencia alemana de 29 de junio de 1927, la que es ilustrativa del alcance de la interpretación de buena fe del contrato, citada por FARIÑA, Francisco, *Derecho Comercial Marítimo,* t. 2, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, p. 106 y nota 3. El buque *Hansa* fue fletado para un viaje de Stettin a un puerto danés, estipulándose que si no se encontraba listo para recibir la carga el 30 de diciembre a mediodía, el fletador o cargador podría rescindir el contrato. El buque estuvo dispuesto el día convenido, pero a mediodía y 20 minutos según el armador, y entre las 12.30 y las 13.00 horas según el fletador, quien invocando la cláusula estipulada, declaró que rescindía el contrato y reclamó el pago de los 2/3 del flete, como falso flete. El tribunal de Stettin accedió a la pretensión. Apelada la sentencia ante el tribunal del imperio alemán, éste anuló las decisiones anteriores, declarando que cuando el buque se encuentra listo para la carga media hora después de lo estipulado, el fletador no puede rescindir el contrato a causa de este retardo, pues una interpretación tan rigurosa está en oposición con la buena fe que debe siempre presidir la interpretación de los convenios entre las partes, y es evidente que un retardo sólo de algunos minutos no ha podido ocasionar perjuicio al fletador, siendo lo más probable que el invocar esta cláusula sea solamente un pretexto por su parte.

[668] Cfr. EKDAHL, *La doctrina...,* cit. Sobre la doctrina de los actos propios: ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto, "La virtualidad de los actos propios en el Derecho argentino", *La Ley,* t. 1984-A; ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, Roberto, "La doctrina de los actos propios en el Código Civil", en *Cuestiones de responsabilidad civil,* Buenos Aires, 1988; AMADEO, José, "La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española", *La Ley,* 1984, vol. A, pp. 519 y ss.; ATAZ LÓPEZ, Joaquín, "Renta vitalicia. Donación remunerativa. Forma de aceptación. Doctrina de los actos propios", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 14, 1987; BARBIER, Eduardo, "Contrato. Vicios redhibitorios y reparación de daños (los actos propios en la interpretación postcontractual y en el proceso judicial", *La Ley,* 1990, vol. B, pp. 581 y ss.; BERCOFF, Eduardo, "Doctrina de los actos propios y contrato de seguro", *La Ley,* 1994, vol. E, pp. 1182 y ss.; BIANCHI, Enrique e IRIBARNE, Héctor, "El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum propium non valet",* en *El Derecho,* t. 106, pp. 858 y ss.; Blasco Gascó, Francisco, "Forma en el testamento, nulidad por defecto de forma y doctrina de los actos propios. Comentario a la sentencia del T.S.J. de Cataluña, Sala Civil, de 7 de enero de 1992", en *La Llei* (Catalunya), 1992-1; BORDA, Guillermo, *Teoría de los actos propios,* Buenos Aires, 1987; CLARO CASADO, Fernando, "Estudio sobre la doctrina de los actos propios en el derecho tributario", en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública,* 178, 1985; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de voluntad", en *La Ley,* 1985, vol. A, pp. 1003 y ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Doctrina de los actos propios,* Barcelona, 1963; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "La máxima *nemo auditur* en la jurisprudencia chilena", en *Estudios de Derecho Civil en honor a Castán Tobeñas,* t. 1, Pamplona, 1969; EYZAGUIRRE BAEZA, José María, *La doctrina de los actos propios,* memoria, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1985; FUEYO LANERI, Fernando, "La doctrina de los actos propios. *(Venire cum factum propium non valet).* (No puede irse válidamente contra actos propios)", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno,* Santiago, 1990; MAIRAL, Héctor, *La doctrina de los actos propios y la administración pública,* Buenos Aires, 1988; MINOPRIO, César, "El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los actos propios", en *Revista del Notariado,* 742, julio-agosto, 1975; MOISSET DE ESPANÉS,

Continuación nota [668]

Luis, "Teoría de los actos propios y renuncia tácita", en *La Ley*, 1983-D; MORELLO, Augusto, "La teoría del acto propio", en *Dinámica del contrato*, La Plata, Argentina, 1985; MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Rubén, "La doctrina del acto propio", en *La Ley*, 1984; NAVARRINE, Susana, *La doctrina de los actos propios: Su aplicabilidad en el Derecho tributario*, Buenos Aires, 1987; PIZZA DE LUNA, Isabel, "La doctrina de los actos propios y su aplicación en las legislaciones modernas", en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957; PUIG BRUTAU, José, *Estudio de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951 y ROVIRA BURGADA, José, "Principio de los actos propios en materia fiscal", *Revista de la Administración Pública*, Madrid, 1951.

Recientemente ha dicho la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 13 de mayo de 2008, que el principio de los actos propios, *venire contra propium factum nulli conceditur*, "constituye un principio general del derecho que, evidentemente, informa todo nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, como se ha dicho por esta Corte y por la Excma. Corte Suprema de Justicia, tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el referido artículo 1546 del Código Civil. Son requisitos de procedencia de esta teoría: a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica" (c. 5) (rol 5958/2006, *PuntoLex*).

Otra aplicación judicial del principio está en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, de 8 de junio de 2007, que desestimó la defensa de una empresa que alegaba la inoponibilidad de ciertos créditos al haber sido aceptadas las cesiones solamente por el contador general de la empresa, en circunstancias que esa era la forma habitual en la que se verificaban las aceptaciones anteriores. Según la Corte, "el principio de buena fe que rige las actuaciones de las partes en materia de contratación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, todo lo cual obliga a mantener una conducta leal y coherente, apreciándose que con el planteamiento formulado por la demandada se perjudica claramente la posición jurídica del actor, cuya buena fe en la materialización de las cesiones no ha sido cuestionada, y por el contrario, aparece avalada por las distintas actuaciones que en situaciones similares efectuara un agente de la empresa deudora", al aceptar a nombre de la empresa las cesiones de créditos que recaían sobre facturas emitidas por el contratista (rol 863/2005, *PuntoLex*).

También aplicando esta regla, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 18 de octubre de 2007, señaló que "una reflexión especial merece el número de contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes durante aproximadamente diez años y que denotan la voluntad definida y persistente de éstas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, lo que permite, como lo ha dicho el Tribunal Supremo, recurrir a la denominada Teoría de los Actos Propios, basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos anteriores que expresan la voluntad del sujeto y definen su posición jurídica en una materia determinada y que se funda, en último término, en el principio más general de la buena fe, la que, ciertamente, tiene plena cabida en el ámbito laboral de que se trata, pues como reiteradamente lo ha decidido esta Corte, la legislación laboral no puede considerarse en forma aislada del ordenamiento jurídico general, que regula las vinculaciones que generan los sujetos del derecho y que, en el caso, se ha traducido en la aceptación por parte del demandante de la existencia de una relación de naturaleza civil con sus respectivas consecuencias, durante más de quince años, sin haber formulado reclamo alguno en tal sentido (Corte Suprema 20 de diciembre de 2006, rol 2450/05, *PuntoLex*). Y agrega nuestro Máximo Tribunal que conforme a lo anotado precedentemente, resulta claro que se ha quebrantado también el artículo 1546 del Código Civil, norma en la cual se establece el principio de la buena fe contractual, la que debe primar en la ejecución de los contratos, por cuanto, no obstante que el actor definió su posición jurídica en la vinculación con la demandada en los términos señalados, ahora desconoce esa definición, pretendiendo obtener beneficios improcedentes y que derivarían de una relación de naturaleza distinta a la aceptada y fijada por los contratantes (sentencia citada)" (c. 15) (rol 146/2007, *PuntoLex*).

h) Obligación del acreedor de la indemnización por incumplimiento del contrato de mitigar o minimizar los daños[669], y

i) El imperativo ético que le asiste a cada una de las partes del contrato de no realizar actividades paralelas a la relación contractual que causen perjuicio a la contraparte.[670]

j) El acogimiento de la doctrina de la apariencia, según la cual la parte contractual que con sus actuaciones permanentes genera en la otra ciertas convicciones acerca de la realidad de las cosas, debe hacerse responsable por ello a pesar de que la apariencia no corresponda exactamente con la realidad material o jurídica.[671]

Respecto a las proyecciones de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, la Corte Suprema en fallo de 14 de marzo de 1973, el que pone de relieve

---

[669] Véase LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado", en *Los contratos en el Derecho Privado,* Ed. Legis, 2005, pp. 325 y ss. y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre el deber de indemnizar el daño", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 5, pp. 73 y ss.

[670] El artículo 404.4º CCom. prohíbe a los socios explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin el consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 11 de enero de 2005, aplicando este principio, resolvió que, si el trabajador cumplía funciones de gerente de la división de electrónicos de consumo, y no obstante éstas, desarrolló actuaciones de índole comercial al asociarse con su subalterno para desarrollar actividades comerciales de las mismas características de aquellas que debía ejecutar por cuenta del empleador, mediante la constitución de algunas sociedades, llegando incluso a operar con éste a través de un tercero, incurre en la causal de despido por incumplimiento grave de sus obligaciones. Por este motivo, no hay despido injustificado, aunque tales hechos no hayan sido previstos por las partes en el contrato de trabajo, tanto porque no corresponde a las partes establecer anticipadamente motivos de exoneración con efecto vinculante, atendido que ésta es materia de orden público, cuanto porque no puede menos que reconocerse que en toda relación entre personas y partes existen siempre exigencias éticas no expresadas pero que son de su esencia y que cuando no son cumplidas hacen imposible la sobrevivencia del lazo (c. 1 y 2). La Corte Suprema desestimó la casación en fallo de fecha 30 de octubre de 2005 (rol 860/05, *PuntoLex*).

[671] En aplicación de esta doctrina la Corte Suprema resolvió el 23 de noviembre de 2009, que "como ha señalado anteriormente esta Corte, en las manifestaciones de la vida jurídica, al igual que en otros dominios, no siempre la realidad concuerda con las apariencias. Frente a la dualidad de apariencia y realidad surge el deseo de proteger a los terceros". "Las apariencias merecen fe, por cuanto resulta difícil precisar si ellas corresponden o no a la realidad. Es así que cuando el interés de los terceros de buena fe lo hace necesario, los jueces no deben considerar totalmente ineficaz un acto ejecutado por quien se ha comportado como titular verdadero del derecho y lo hace oponible al titular real". "En consecuencia, la apariencia de personalidad, de titularidad o de legitimación equivale a la personalidad, titularidad o legitimación mismas. Existen, por consiguiente, situaciones por las cuales quienes han confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada ante una apariencia determinada, y se han comportado de acuerdo con tal manifestación o apariencia, tienen derecho a contar con ellas, aunque no correspondan a la realidad, especialmente cuando se la ha permitido de hecho o se ha omitido reacciones por la entidad en tales condiciones representada" (c. 4) (rol 6673/2009, *PuntoLex*).

cómo las otrora insospechadas consecuencias de la buena fe también comienzan a hacerse realidad en nuestro país.[672]

Se trató, en la especie, de una demanda de indemnización de perjuicios contra un vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar el microbús vendido. Si bien se había hecho la tradición del vehículo, los tribunales del fondo estimaron incumplida la obligación de entregar, por cuanto el vendedor no había pagado los impuestos que adeudaba al Fisco, lo que impidió al comprador obtener el certificado de término de giro y la autorización administrativa para lograr trabajar el microbús en la locomoción colectiva. Como consecuencia de lo cual, durante 169 días, el comprador estuvo imposibilitado de explotar el vehículo y debió cancelar los tributos adeudados por el vendedor al Fisco.

Acogida la demanda indemnizatoria, en primera y en segunda instancia, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo, sosteniendo que "el pago de los impuestos a que estaba obligado el vendedor por la explotación del vehículo que vendió, era una obligación de dar frente al Fisco, acreedor de esos impuestos, pero su omisión significó el incumplimiento de la obligación de entregar la especie vendida en el momento convenido y en forma completa, con todo lo inherente a ella para servir al fin a que estaba destinada y que era el motivo que indujo al comprador a adquirirla, de acuerdo con lo que establecen los artículos 1828 y 1546 del C. Civil" (c. 5).

La Corte de Apelaciones de Concepción, el 13 de julio de 2000, resolvió que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, entendida ésta "como la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente" (c. 13).[673]

En otra hipótesis contractual, relativa al contrato de salud, la Corte de Apelaciones de Concepción, acogiendo el recurso de protección, resolvió el 6 de abril de 2004, "que es necesario tener presente que el artículo 1546 del Código Civil establece una regla fundamental relativa a los efectos del contrato entre los contratantes, esto es, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo cual significa que deben cumplirse conforme a la intención de las partes y a las finalidades que se han propuesto al contratar". Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.[674]

---

[672] *FM*, 173, 31.

[673] *LegalPublishing* 22139.

[674] *LegalPublishing* 30068.

Más recientemente, la Corte Suprema ha recurrido a la buena fe para reprochar a los trabajadores su falta de colaboración con los fines de la empresa. En fallo de fecha 4 de diciembre de 2008, señaló que "como lo ha declarado esta Corte en otras oportunidades, el contrato de trabajo se encuentra también marcado por un contenido ético, es decir, por el imperio de ciertos principios que las partes deben respetar, entre ellos, el deber de fidelidad y lealtad a que ambas se encuentran obligadas, atendidas, entre otras, las circunstancias de alta competitividad en el que se desarrollan en el mundo moderno las actividades empresariales". "En efecto, el mayor o menor éxito de una empresa radica en la calidad y variedad de los productos que ofrezca a los consumidores de los mismos, características que, a su vez, dependen de un acertado proceso de producción en el que, sin duda, los trabajadores juegan un rol principal". "Por lo mismo, las relaciones laborales han de desenvolverse en un clima de confianza, el que se genera en la medida que las partes cumplan con sus obligaciones en la forma estipulada, fundamentalmente, de buena fe, principio del cual se encuentra imbuido toda nuestra legislación y consagrado, especialmente en materia contractual, en el artículo 1546 del Código Civil". "De esta manera, los mencionados deberes de solidaridad y colaboración, integrantes de la carga ética aludida, son claras directrices del comportamiento de los contratantes durante la vigencia de su vinculación, sujetándolos a varios deberes que si bien no han sido explicitados en el texto del contrato pertinente o consensuados expresamente, emanan de la naturaleza de la relación laboral, por ejemplo, que ninguna de las partes actuará en perjuicio o detrimento de la otra". "Que como consecuencia de lo señalado, ante ciertas conductas del trabajador, graves y debidamente comprobadas, el legislador autoriza al empleador a poner término a la vinculación, sancionando a aquél con la pérdida de las indemnizaciones que, en ausencia de las primeras, le habrían correspondido, como ocurre con la invocada por la demandada para justificar el cese de los servicios de los demandantes, pues ella implica que la convención no se está realizando de buena fe o el contratante respectivo no está siendo diligente al desarrollar las funciones para las que se le contrató" (c. 6 y 7).[675]

La Corte Suprema vuelve a aplicar el principio de la buena fe al cumplimiento de un contrato, señalando, en fallo de 30 de julio de 2009, que "la Municipalidad puso término al contrato por incumplimiento en la ejecución de las obras en el plazo estipulado en la oferta (diez meses), argumento que la actora rebate con el planteamiento que dicho plazo no ha empezado a correr, sin embargo, si bien la

[675] Rol 6072/2008 (*PuntoLex*).

reclamante hace caudal del principio consagrado como la ley del contrato, debe recordar también el principio de la buena fe consagrado en el artículo 1546 del Código Civil y según el cual 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. Así si se estipuló un plazo para construir a partir de la obtención del permiso de edificación, lo mínimo exigible a un contratante diligente es iniciar los trámites de rigor para la obtención del mencionado permiso, pero ya habían transcurrido un año y cinco meses sin que dicho trámite se iniciara y más aún los actos de la concesionaria sólo demostraban que no había intención de cumplir al comunicar a la municipalidad la inviabilidad económica del proyecto y el aviso de remate de la concesión, de tal suerte que puede hablarse con certeza de incumplimiento del contrato" (c. 10).[676]

La necesidad de que el principio de la ejecución de las convenciones según la buena fe conduzca a tener en cuenta las finalidades perseguidas mediante el contrato ha quedado reforzada en los contratos de consumo, ya que, acorde al nuevo artículo 16 letra g) de la ley Nº 19.496, no producen efecto alguno en los contratos de adhesión a los que se refiere la ley del consumidor, las estipulaciones contrarias a las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. "Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen".[677]

D. La interpretación del contrato

La interpretación de los contratos debe tener lugar aplicándose el estándar de la buena fe, y ésta tiene una función importante que jugar en regímenes subjetivos de interpretación contractual, como es el caso de los sistemas vigentes en Francia y en Chile, o en sistemas mixtos.

En materia de interpretación de tratados y de convenciones internacionales, el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prescribe

---

[676] Rol 667/2008 (*PuntoLex*).

[677] Norma agregada por la ley Nº 19.955 de 2004. Sobre la presunción legal de contrato del artículo 9º del Código del Trabajo y la ejecución de buena fe del contrato individual de trabajo, cabe remitir al fallo de casación de la Corte Suprema pronunciado el 17 de marzo de 2003, en el caso *Sternsdorf con Manaplast S.A.*, comentado por Gamonal Contreras, Sergio, en *I Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004, p. 749.

que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".[678] Son pertinentes a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, los artículos 26 al 38 de la Convención de Viena, publicada en el Apéndice de las últimas ediciones oficiales del Código de Derecho Internacional Privado.

El 29 de abril de 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que "la interpretación de los contratos debe hacerse siguiendo, entre otras bases, la buena fe, principio general del derecho. De acuerdo a esto, los contratos deben interpretarse presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades. Tal principio implica asimismo que el contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas".[679]

E. La terminación del contrato y relaciones poscontractuales

En los contratos a plazo o de tracto sucesivo que sirven para la fabricación o comercialización de productos y servicios, implicando importantes inversiones para el productor, licenciado o distribuidor, la contraparte que decide poner fin a la relación contractual, aunque se apoye en una cláusula que la habilite para hacerlo, debe actuar de buena fe, sin abusar de su derecho a la terminación unilateral del contrato.

Incluso, después de terminada la relación contractual, durante la fase de liquidación del contrato, la regla de la buena fe objetiva sobrevive, imponiendo deberes específicos que dependen de las circunstancias. La idea general es impedir cualesquiera conductas mediante las cuales una parte pudiere disminuir las ventajas patrimoniales legítimas de la otra. Sería el caso del arrendamiento de una industria, que impone que al término del contrato los locales sean dejados de tal forma que el arrendador pueda proseguir la actividad industrial que en ellos se

[678] Sobre la sentencia de la Corte Suprema del 1 de abril de 2003, relativa al impuesto al lujo que grava la importación de automóviles frente a la interpretación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, cfr. los comentarios de Fuentes Torrijos, Ximena, en *I Revista de Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2004, pp. 728 y ss.

[679] *LegalPublishing* 29891.

ejercía. A igual conclusión podría arribarse en Chile, sobre la base del artículo 1947 del Código Civil, posiblemente en relación con el artículo 1546, corroborado éste por el artículo 1938, en la reglamentación legal del contrato de locación.

Terminado un arrendamiento de oficinas o locales comerciales, el propietario tiene la obligación jurídica de permitir a su antiguo arrendatario colocar un rótulo o aviso en la puerta del inmueble que ocupaba, anunciando el lugar al que se ha trasladado.[680]

Entre las conductas que impone la buena fe después de la muerte del contrato, destaca la de secreto o de reserva. Dice Mosset Iturraspe que "es éste el más evidente de todos los deberes. Aquellas cuestiones que uno de los contratantes hubiere conocido con motivo o en ocasión del contrato celebrado y ejecutado, y cuya difusión o conocimiento por terceros puedan dañar a la contraparte, deben permanecer en el secreto o reserva".[681] La obligación de secreto no sólo concierne a los contratos terminados de licencia, de *know-how,* u otros relacionados con la propiedad industrial (patentada o no), sino que muy particularmente a los contratos de servicios profesionales, por ejemplo, al secreto profesional que liga de por vida al abogado con su ex cliente.

Tal como el tema de la buena fe objetiva en los tratos preliminares ha podido engarzarse en la noción de la culpa *in contrahendo,* las proyecciones de la buena fe objetiva luego de terminado el contrato podrían vincularse a la reciente noción germánica de la culpa *post contrahendum.*

F. Conclusión

El principio de la buena fe, entendido con la amplitud que le pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias al caso que los tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato) con los requerimientos de la justicia, máximo desiderátum del Derecho.

---

[680] Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., p. 259.

[681] MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación Económica de los Contratos,* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1994, p. 215.

Cuarta Parte
Interpretación
de los contratos

64. Generalidades

Hay muchos tipos de interpretaciones que tienen una función cognoscitiva, una función representativa o reproductora, o bien una función normativa. Sobresalen, entre dichos tipos, la interpretación filológica, la histórica, la inherente a la traducción de un texto a otro idioma, la interpretación dramática, la musical. Forman parte de la interpretación normativa, la interpretación jurídica, la teológica y la psicotípica. Esta última tiene por objeto situaciones sicológicas y valoraciones morales; todos la realizamos cotidianamente en nuestra vida de relación.[682]

En lo que hace al pequeño ámbito de la interpretación contractual, es justo comenzar con unas breves notas introductorias tomadas de la obra de Betti, quien afirma que "doquier nos encontremos en presencia de manifestaciones a través de las cuales otro espíritu nos habla, haciendo un llamado a nuestra inteligencia, entra en movimiento nuestra actividad interpretativa para entender qué sentido tengan tales manifestaciones, qué cosa ellas nos quieren decir.

Del vivo discurso hablado al inmóvil monumento o documento; de la escritura al signo material, a la cifra y al símbolo artístico; del lenguaje articulado, poético, narrativo, deductivo, al lenguaje no articulado, como el figurativo y el musical; de la declaración al comportamiento particular; de la fisonomía a la línea de conducta global; todo cuanto nos proviene de otro espíritu, dirige una invocación a nuestra sensibilidad e inteligencia para ser comprendido". "Ambiguo y fuente de equívocos es, ciertamente, el uso y el abuso que se hace en la vida pública y privada de la expresión interpretar la voluntad. Expresión ésta, al menos elíptica, ya que objeto de la interpretación no puede ser una entidad sicológica interna, inasible en cuanto tal, sino que exclusivamente las manifestaciones externas en las

[682] La bibliografía sobre interpretación del derecho es inmensa. Por todos véase *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*, libro colectivo fruto del Congreso que, sobre estas materias, organizaron la Universidad de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez, en mayo de 1991, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

cuales la voluntad se hizo socialmente reconocible... Con excesiva frecuencia los *indicia voluntatis* son deformados y mal comprendidos por quienes son llamados a interpretarlos.[683]

No cabe entonces disimular que las complejidades e incertidumbres de la interpretación a veces generan frustración intelectual y desencanto, incluso más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas.[684]

La interpretación de los contratos reviste enorme importancia práctica. Toda vez que las partes contratantes, o quienes legalmente toman su lugar, discuten el significado o resultado generados por la convención, vale decir, cuando no existe acuerdo respecto a las consecuencias producidas por el negocio jurídico, es menester interpretarlo. La interpretación contractual surge como necesidad a propósito de las discrepancias de las partes en temas específicos. Por ejemplo, si la cláusula que exime de responsabilidad por el lucro cesante al contratista que debe reparar las turbinas de una generadora de energía eléctrica, sólo se aplica durante los trabajos previstos de cuatro meses, o también a futuro, si después alguna turbina falla y hay que volver a parar la planta. La interpretación del contrato determina los efectos jurídicos, o sea, que de ella depende el alcance de la convención. La trascendencia concreta de cualquier contrato sobre el cual las partes discrepan es el resultado de la interpretación.[685]

Para interpretar el contrato, las partes y a falta de acuerdo suyo, el juez, considerarán como material u objeto de su labor no sólo las palabras del contrato o declaración formal de las partes o elementos intrínsecos de la convención.[686]

---

[683] BETTI, Emilio, *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici,* 2ª ed., Giuffré, Milano, 1971, pp. 4, 5, 39, 42 y 58. Del mismo autor véase *Teoria Generale della Interpretazione,* Giuffré, Milano, 1955.

[684] De allí que hasta en la poesía se desconfíe muchas veces de las palabras, HUIDOBRO, Vicente, *Altazor*, edición facsimilar de la primera edición, Ed. Universitaria, Santiago, 1931, p. 40.

[685] Cfr. ALPA, Guido; FONSI, Gianluca y RESTA, Giorgio, *L'interpretazione del contrato. Orientamenti e tecniche della girisprudenza,* Giuffré, 2ª ed., 2001.

[686] La labor de interpretación del contrato corresponde esencialmente a las partes. A falta de acuerdo, ella recaerá en el juez o el árbitro al que las partes han encomendado la resolución de sus conflictos. No corresponde esta función ni a la Contraloría General de la República ni a la Inspección del Trabajo. El 7 de abril de 1993, la Corte Suprema resolvió que no le corresponde a la Contraloría General de la República "incursionar en el ámbito de la interpretación contractual privada", incursión tanto más impertinente cuanto el órgano contralor procuró desentrañar la voluntad e intención de los contratantes (*FM,* 413, 146). El 12 de diciembre de 2001 la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 20 de noviembre de 2001, según el cual no procede que un Inspector del Trabajo interprete un contrato colectivo, función privativa de los Tribunales del Trabajo (Memorándum Oficina Coordinadora, Santiago, 5, 2002). La Corte Suprema en fallo de mayoría, de 17 de julio de 2007, resolvió que "un Inspector del Trabajo ha interpretado jurídicamente contratos de trabajo que constan por escrito, arrogándose

Continuación nota [686]

así funciones propias del conocimiento y resolución de los Tribunales Laborales". "Que si bien el artículo 5º letra d) del D.F.L. Nº 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social otorga a la Dirección del Trabajo la facultad de interpretar la ley, ello no significa que pueda resolver materias contingentes y controvertidas relativas a la existencia de determinadas prestaciones a las que hacen referencia los contratos suscritos entre empleador y trabajadores" (c. 2 y 3) (*Corporación Educacional Masónica de Concepción con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción,* rol 2089/2007, *PuntoLex*). También la Corte Suprema, en sentencia de 14 de abril de 2008, señala que la Inspección del Trabajo al efectuar una interpretación de los contratos de trabajo "se excedió del marco de competencia que le fijan los artículos 474 y siguientes del Código del Trabajo y 23 y siguientes del D.F.L. Nº 2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, incursionando en el ámbito de materias cuyo conocimiento corresponde a los tribunales del trabajo, acorde con lo establecido en el artículo 420 Nº 2 del Código del ramo" (c. 7) (*Prunesco S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Cordillera,* rol 503/2008, *PuntoLex*). La misma doctrina está en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 11 de julio de 2007, según la cual "si bien la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación administrativa corresponde a la Dirección del Trabajo, debe siempre advertirse que el artículo 420 en su letra a) del Código del Trabajo, otorga competencia a los tribunales de justicia, en las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos de trabajo, particularmente si miran a la existencia del mismo, de manera que la resolución de los conflictos que se planteen entre las partes sobre estas materias, corresponde al órgano jurisdiccional y no a la Inspección del Trabajo". "Que aceptar el proceder de la recurrida, equivaldría otorgarle la facultad de determinar por sí y ante sí, la existencia y alcance no sólo de un contrato individual de trabajo, sino determinar quienes son parte de uno colectivo como ha pretendido la recurrida en este caso, lo cual conduce a que dicho órgano se constituya en un tribunal, fundándose exclusivamente en su propios criterios y pareceres, expresados en instructivos o resoluciones generados en su propio seno" (c. 8 y 9) (*Sociedad Jorquera Transportes S.A.; Víctor Manuel Jorquera Poblete con Inspectora Provincial del Trabajo de Bío Bío,* rol 127/2007, *PuntoLex*). En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió el 8 de febrero de 2008 que "la Dirección del Trabajo podrá constatar hechos y eventualmente esa constatación podrá invocarse para sostener su valor probatorio en un juicio, pero sólo un juez puede decidir que se ha producido la situación a que se refiere el artículo 183 A del Código del Trabajo respecto de los contratos, y por ende que el empleador real no es el que figura como tal, con todas las consecuencias jurídicas consiguientes". (c. 13) *Codelco División El Teniente con Dirección del Trabajo y otros,* rol 1197/2007, *PuntoLex*). También la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 21 de octubre de 2009, resolvió que "de acuerdo a lo que previene el artículo 420 del Código del Trabajo, corresponde a los tribunales del trabajo el conocimiento de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo" (...) "por lo tanto, se debe concluir que el fiscalizador incurrió en un acto ilegal que conculca la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 número 3, inciso 4º, de la Constitución Política de la República, porque, como se señaló, asumió una función encomendada por la legislación nacional a los tribunales de justicia. También aquella consagrada en su número 24, porque la multa impuesta al recurrente grava su patrimonio de manera indebida" (c. 6 y 7) (rol 8914/2009). La sentencia más reciente es la de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 2009, en la que señala que la Inspección Provincial del Trabajo procedió a interpretar por sí las cláusulas contractuales relativas a la relación laboral existente entre la empresa recurrente y los trabajadores "arrogándose así facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en dicha materia, esto es, de los juzgados del trabajo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo, corresponde a éstos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo". "Que de lo señalado precedentemente aparece de manifiesto que la recurrida en estos autos incurrió en un acto ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 Nº 3 inciso 4º de la Constitución

Además, son fundamentales las circunstancias de la especie o declaración informal de los contratantes o elementos extrínsecos de la convención, vale decir, el ambiente en que se emitió la declaración. Sirve pues a la función interpretativa lo que aconteció antes, durante y después de celebrado el contrato. Las circunstancias de la especie enriquecen lo estipulado formalmente por las partes, dándole su exacto alcance al contrato discutido. Por eso, en la actualidad, trátese de un sistema subjetivo u objetivo de interpretación, ésta ha dejado de ser literal. Las palabras pronunciadas o el texto suscrito al celebrarse el contrato, habitualmente no bastan para indagar su alcance.[687]

En un primer lugar se tratará del llamado sistema subjetivo de interpretación de los contratos, que es el vigente en Chile y que se caracteriza por la búsqueda (a menudo imposible o ficticia) de la voluntad sicológica de las partes. Luego, en el siguiente capítulo, se abordará la interpretación objetiva, la cual rehúye las intenciones que tuvieron o habrían tenido los contratantes, preguntándose, a fin de precisar los efectos del contrato discutido, qué es lo socialmente más útil o lo que la justicia indica como lo más saludable. En el capítulo tercero se distinguirá la calificación de la interpretación de los contratos, en función de la factibilidad de recurrir de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, lo cual exigirá ubicar la interpretación y la calificación entre las cuestiones de hecho o de derecho. Sólo estas últimas pueden ser examinadas por el Supremo Tribunal, la Corte Suprema, en sede de casación.

Continuación nota [686]

Política de la República, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, desde que asumió, en la práctica, la función de juzgar, que pertenece constitucionalmente a los tribunales de justicia" (c. 7) (*LegalPublishing* 42631).

[687] Si bien con bastante frecuencia nuestros Tribunales Superiores han acogido recursos de protección relacionados con el desconocimiento por una de las partes de la existencia del contrato en curso (por ejemplo, sentencias confirmatorias de la Corte Suprema del 22 y del 23 de mayo de 1989, ambas en *FM*, 366, 186 y 170), la doctrina es que las Cortes no deben interpretar contratos por la vía de la acción de protección (Corte Suprema, 9 de agosto de 1990, en *FM*, 381, 412). Ver ORTÚZAR, *El abuso...*, cit., pp. 202 a 218.

Capítulo Primero
Interpretación subjetiva de los contratos

§ 1. La interpretación concebida exclusivamente como una búsqueda de voluntad

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

Es sabido que para la doctrina clásica la voluntad es, de algún modo, la causa eficiente de todo el Derecho. Así, cuando se considera globalmente el Derecho objetivo de un pueblo se habla de una voluntad nacional que constituiría su pilar fundamental, y que explicaría, al menos indirectamente, la coercibilidad de las reglas jurídicas que se imponen a los ciudadanos. Cuando se examinan los derechos personales –la facultad de los individuos para exigir en el momento dado el cumplimiento de una prestación– se los explica frecuentemente recurriendo a una supuesta voluntad soberana de los contratantes. En el mismo orden de ideas, nada tiene de raro que algunos juristas justifiquen también por la voluntad las obligaciones derivadas de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos civiles. A *fortiori,* la fuerza obligatoria de los contratos se funda en el voluntarismo jurídico.[688]

Es lógico, por tanto, que tal teoría tradicional haya prescrito que, en la interpretación de los contratos, el intérprete debe precisar el sentido de las convenciones de acuerdo a las intenciones de quienes las concluyeron.

El Código Civil francés, haciéndose eco de estas ideas, consagró en su artículo 1156 el sistema clásico de interpretación de los contratos. Esta disposición expresa que "en las convenciones se debe buscar cuál ha sido la intención común de los

[688] Cfr. López Santa María, Jorge, "La interpretación de los contratos", en *El Código Civil de Chile (1855-2005),* trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, (Santiago, 3-6 de octubre de 2005), Ed. LexisNexis, 2007, pp. 569 y ss.

contratantes, antes que atenerse al sentido literal de las palabras".[689] Por su lado, el artículo 1560 de nuestro Código Civil establece que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". En numerosos países se encuentran normas similares. Una duda surge de inmediato: ¿Cuál es el alcance de estos artículos? ¿Es verdad que ordenan al juez sondear hasta el alma de los contratantes para descubrir allí sus intenciones? ¿No se da así un alcance excesivo a estas disposiciones? ¿No se habrá querido sino indicar la necesidad de que el intérprete considere, fuera de los términos literales del contrato, otros elementos objetivos susceptibles de presentarse a propósito de la convención? Estas preguntas revisten suma importancia y es necesario, desde ya, disipar todo equívoco.

Los artículos 1156 francés y 1560 chileno al referirse a "la intención" no forjaron una metáfora, sino que emplearon el término en su genuino sentido. Ahora bien, las intenciones son fuerzas, tendencias más o menos precisas que se desarrollan en el fuero interno de los individuos. Su lugar se sitúa en la conciencia de los hombres, y su rasgo distintivo es de orden sicológico.

Sería erróneo pensar que estos artículos le ordenan al juez exclusivamente la búsqueda de elementos cognoscibles directamente por el examen de la realidad externa, elementos objetivos, perceptibles sin necesidad de inmiscuirse en aquello que hay de más precioso en el individuo: su interioridad, su alma. La verdad es que ellos ordenan al intérprete una investigación sicológica. Esto no es dudoso, y si no se pierde de vista el principio de la autonomía de la voluntad, que ejerció un atractivo tan grande sobre los legisladores del siglo XIX, aunque sin compartirla, se puede llegar a comprender tal actitud jurídica. La voluntad interna del individuo es la meta del intérprete; éste no debe escatimar sus esfuerzos para llegar a ella.

Como señala Flour, el método según el cual es preciso proceder a la interpretación se reduce a un principio muy simple: "buscar cuál ha sido la voluntad de los contratantes. El juez está, antes de todo, encargado de descubrir una sicología".[690] En el mismo sentido, Carbonnier sostiene: "el juez debe indagar por todos los medios, aun extrínsecos al acto, cuál ha sido el verdadero pensamiento íntimo

[689] "*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes*". Luego de muchos años de trabajos preparatorios del Código Civil del Canadá francés (en vigor desde el 1º de enero de 1994), su artículo 1425 es prácticamente idéntico al 1156 del Código francés.

[690] *Cours de Droit Civil*, cit., p. 387.

que unió a los contratantes".[691] Y también escribe Talamon que "el juez primeramente deberá abocarse a penetrar en el alma de los contratantes, para saber si ellos desearon realmente llegar a tal o a cual conclusión; él debe, pues, entregarse a un verdadero trabajo de orden psicológico".[692]

La tarea del juez no es nada fácil. Hay que reconocer que jamás el legislador podrá llegar a delimitar claramente los principios y los medios de los que el juez debería servirse para descifrar la "común intención de las partes contratantes". Cualquier esfuerzo del legislador por alivianar la función interpretativa del juez mediante la dictación de reglas de interpretación, tocará siempre con las graves limitaciones inherentes al método subjetivo de interpretación: declarar, *a posteriori,* cuáles fueron las reales intenciones de los contratantes. No se trata de poner en cuestión la importancia de las reglas de interpretación; lo que ocurre, sin embargo, es que ellas son, por lo general, insuficientes y que, en el fondo, si el intérprete se muestra capaz de descubrir la voluntad común de las partes, realizando de esta manera lo que le prescribe el sistema subjetivo, será sobre todo gracias a su inteligencia privilegiada y a su buen sentido.[693]

Es posible que, a pesar de todos sus esfuerzos, el juez no acierte a encontrar la intención de las partes. Si se consideran las dificultades de su tarea, esta situación no será rara. ¿Qué hará entonces?

Resulta casi ocioso señalar que el juez-intérprete debe, de todos modos, dar una solución al asunto, y que en ningún caso, por grandes que sean las dificultades, podrá abstenerse de juzgar. El artículo 4º del Código Civil francés no deja dudas sobre este punto.[694] Tampoco los artículos 10.2 de nuestro Código Orgánico de Tribunales y 73.2 de la Constitución Política de la República, que imponen al juez la obligación de resolver a pesar de no existir norma que expresamente solucione la controversia que le ha sido planteada.

Si el intérprete no llega a conocer la voluntad común de las partes, deberá despejar el sentido de la convención por medio de un proceso que, se diga lo que

---

[691] Carbonnier, Jean, *Théorie des Obligations,* Presses Universitaires de France, Paris, 1963, p. 251.

[692] Talamon, Cristián, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats,* Paris, 1926, p. 24.

[693] En este sentido dice Nicolau que si "se observan las reglas legales de interpretación desde su dimensión sociológica, se advierte que el legislador ha adjudicado al intérprete la facultad de escudriñar la voluntad de las partes, imponiendo a éstas el deber de soportar los efectos de esa interpretación" (Nicolau, Noemí Lidia, "Acerca de la interpretación e integración de los contratos civiles", en *Cartapacio de Derecho,* vol. 8, 1987, p. 94, disponible en www.cartapacio.edu.ar).

[694] Según esta norma "el juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia".

se diga, no deja de ser peculiar... Se preguntará: ¿Cómo se habrían pronunciado las partes si ellas hubiesen considerado el punto dudoso? En la hipótesis en cuestión, el juez deberá buscar la voluntad "virtual" de las partes. Se notará que esta voluntad virtual suele ser un sueño. Si llegar a la voluntad común ya es difícil, ¡cuánto más no lo será el llegar a la voluntad virtual de la partes! Los razonamientos en condicional son siempre peligrosos, tanto más si se trata de dilucidar las intenciones del ser humano.

El alcance de nuestro artículo 1560 no es diferente del artículo 1156 del Código francés. El intérprete debe acometer una verdadera investigación sicológica, pues su propósito es lograr poner en claro la intención de los contratantes. Debe él hacer todo lo posible para llegar hasta la conciencia de los individuos. "La doctrina de la voluntad reduce la interpretación a la simple determinación de la intención de las partes, lo que es una mera cuestión de hecho, donde el trabajo del intérprete no es el de un jurista que aplica una regla, sino el de un sicólogo que percibe la intención de los contratantes, lo que es una operación de carácter puramente inductivo, tendiente, solamente, a la obtención de un conocimiento preciso de la verdadera intención".[695]

Hay, no obstante, un matiz que permitiría diferenciar, en teoría, el sistema chileno del sistema francés. En efecto, el artículo 1560 prescribe que el intérprete no puede pasar por encima de las palabras sino cuando llega a conocer claramente la intención de los contratantes. Luego, en Chile, para que la intención sea preferida a la declaración, debe estarse seguro de aquélla. No habría por tanto lugar, como ocurre en el régimen francés, para voluntades virtuales. El intérprete no tendría que preguntarse cómo se habrían pronunciado los contratantes si hubiesen pensado en el punto sobre el que versa la discusión. En el sistema chileno no procederían las interpretaciones adivinatorias hechas en condicional. "El artículo 1560, empleando las expresiones 'claramente conocida', ha querido decir que la intención debe tener un carácter de evidencia; en consecuencia, no solamente es necesario probarla, sino que la prueba debe procurar al juez una convicción sin equívoco".[696] En el sistema clásico francés, el intérprete debe siempre buscar la común intención de los contratantes; en Chile, ésta sólo interesaría en la medida en que aparezca "claramente"; en caso contrario, el juez debería considerar exclusivamente la declaración o texto del contrato.

[695] Valverde, citado por ROJAS BLANCO, Carlos, *Estudio crítico de la jurisprudencia del artículo 1560 del Código Civil chileno,* memoria, Ed. Universitaria, Santiago, 1962, p. 68.

[696] ROJAS BLANCO, ob. cit., p. 84.

A estas alturas de la diferenciación entre el sistema francés y el sistema chileno, aparecen dificultades que la rinden puramente especulativa y aparente. Diciendo que el juez chileno debe atenerse al texto y la declaración si no logra descubrir con claridad una intención evidente que se oponga a ésa, simplemente se mistifica la realidad. Es así, puesto que en la hipótesis recién señalada la declaración contractual será por lo general dudosa o insuficiente y, por ende, inapta para zanjar el litigio mediante su exclusiva consideración.

Si ni la intención de las partes (que no se ha logrado conocer con claridad), ni la declaración (oscura o insuficiente) permiten resolver el proceso, el sistema subjetivo se ve compelido a recurrir a voluntades puramente virtuales. Por esto los autores franceses llevan sus razonamientos hasta las últimas consecuencias, sin titubear en pedir a los jueces, cuando la búsqueda de la voluntad real fracasa, la aplicación de la voluntad virtual o probable de los contratantes. En Chile, en la práctica, por la fuerza de las cosas, el proceso interpretativo se ve forzado a recurrir a los mismos arbitrios que en Francia. Por lo mismo, Meza, explicando la obligación del arrendatario de usar la cosa según los términos o espíritu del contrato (artículo 1938 del Código Civil), señala que "el uso que el arrendatario debe dar a la cosa resulta, a menudo, del espíritu del contrato, de la presunta intención de las partes".[697]

En consecuencia, la realidad de los dos países, en la medida en que el sistema clásico subjetivo se mantiene en vigor, no es diferente. En el uno como en el otro, cuando el intérprete no logra reconocer la voluntad sicológica real de los contratantes, se ve en la necesidad de inducir de las circunstancias de cada especie, de los elementos intrínsecos y extrínsecos a la declaración, su voluntad virtual o probable y a dirimir el pleito conforme a ella.

66. CÓMO DESCUBRIR LA VOLUNTAD COMÚN "PROBABLE" DE LOS CONTRATANTES. CIRCUNSTANCIAS DE LA ESPECIE

La teoría clásica reconoce que su propósito inicial –el descubrimiento de la intención común que las partes tuvieron de hecho cuando se concluyó la convención– no es fácil poner en práctica, pues la complejidad del espíritu humano, la dignidad misma del hombre, impiden a menudo el conocimiento de sus deseos. Por eso, ella pide al intérprete que se satisfaga con una voluntad probable. Es decir, que el juez, examinando todas las circunstancias de la especie y no pudien-

[697] *De las fuentes...*, cit., 1979, pp. 212 y 213.

do llegar a una certidumbre, deberá esforzarse en "inducir" lo que fue la voluntad común. Al fin de cuentas, la misión del intérprete consiste en establecer presunciones de la voluntad común. Por este camino llégase a un estado en el cual las posibilidades toman el lugar de las convicciones.

Afirma Gauguier que "la interpretación no podría tener por finalidad y por resultado sino una presunción más o menos fuerte; el juez no afirmará jamás que tal intención ciertamente existió; él estará siempre limitado a afirmar: las partes muy probablemente quisieron tal o cual cosa. Y para hacerlo, deberá sondear el corazón y el espíritu de cada uno a fin de descubrir los móviles y los motivos determinantes de su voluntad".[698]

El intérprete no debe detenerse en el sentido literal de los términos. Corresponde buscar cuál ha sido la común intención de los contratantes. En otras palabras, esto viene a consagrar la preeminencia de la voluntad interna sobre la declaración. Así, el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias de la especie, todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención. Tales hechos, una vez probados en el proceso, servirán de base al tribunal para colegir la voluntad común real o virtual de las partes contratantes y permitirán que el litigio o controversia sobre el alcance del contrato sea solucionado.

¿Cuál es el carácter de las circunstancias de la especie? No es posible proponer una definición, pues son muy variadas; su naturaleza está desprovista de uniformidad. Se puede, tal vez, decir que constituyen el ambiente general del contrato. Está claro, sin embargo, que estas circunstancias pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes a la conclusión de la convención.

Sería fastidioso iniciar una presentación de ejemplos; sólo se mencionará por ahora la disposición del artículo 1564.2 del Código Civil chileno, inexistente en la legislación francesa, según la cual "las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia". Es decir, que el juez puede deducir el sentido de un contrato por medio de otro contrato suscrito por los mismos partícipes, ya se trate de un contrato anterior o posterior a aquel que se procura interpretar.

Hace falta, por el contrario, recalcar, a propósito de la naturaleza de las circunstancias de la especie, que, en un sistema clásico de interpretación de los contratos, ellas pueden diferenciarse según tengan una inclinación objetiva o una inclinación subjetiva.

[698] GAUGUIER, Jules, *De l'interprétation des actes juridiques*, tesis, Paris, 1898, p. 6. Esta obra es considerada la expresión más perfecta de la teoría clásica sobre interpretación subjetiva de los contratos.

En efecto, frecuentemente dichas circunstancias se presentarán a los ojos del intérprete con una cierta objetividad, lo que le permitirá comprender su alcance sin dificultad considerable. Es el caso del ejemplo tomado del Código Civil chileno señalado hace un instante. Cualquier intérprete logrará normalmente apreciar la claridad que un contrato –cuyas características sean las indicadas en el artículo 1564.2– puede aportar en la determinación del sentido del contrato objeto del litigio.

Pero incluso si las circunstancias de la especie no tuvieran nada de preciso, nada de categórico, si sus características fueran puramente subjetivas, el juez debe, aun así, tomarlas en consideración y eventualmente servirse de ellas para motivar su decisión. La doctrina clásica, haciendo honor al adjetivo de "subjetiva", usado por los autores para identificarla, ordena al intérprete: "Buscad la intención de las partes, buscadla por todos los medios posibles, no os limitéis a escudriñar la declaración de voluntad propiamente dicha, sino que tened en cuenta el carácter de los autores del acto, sus costumbres, sus sentimientos, sus pensamientos, su pasado; penetrad un instante en su vida, para tratar de leer hasta el fondo de su alma, pues es allí solamente donde se encuentra escrita la verdadera solución del problema".[699] ¿Hay algo más subjetivo y más difícil de captar que el carácter y los sentimientos de los contratantes?

§ 2. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE HAYA LUGAR A INTERPRETACIÓN

¿Puede el intérprete ir más allá de la declaración contractual, incluso si ella es clara y precisa? En caso negativo, la oscuridad del contrato se eleva a la categoría de una condición necesaria para que haya lugar a la interpretación. En caso afirmativo, basta una controversia entre las partes para que el contrato pueda interpretarse, aunque su tenor fuere claro y preciso.

67. LA OSCURIDAD DEL CONTRATO COMO CONDICIÓN DE LA INTERPRETACIÓN. HISTORIA DEL PROBLEMA

La extensión que merecerá esta materia no debería parecer desmesurada. Su interés teórico es evidente, pues condiciona el rigor mismo del sistema subjetivo de interpretación de los contratos. En cuanto al interés práctico que se le atribuye, éste no es menor: la jurisprudencia de las cortes de casación sobre el control de la interpretación de los contratos hecha por los jueces del fondo ha tomado en

[699] DEREUX, Georges, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, tesis, Paris, 1905, p. 310.

consideración, de una manera o de otra, la distinción en los contratos entre cláusulas claras y cláusulas oscuras.

Es útil hacer una breve historia de la discusión.[700]

El origen de los artículos 1156 francés, y de allí el del 1560 chileno, se remonta a un texto de Papiniano: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit...* (Digesto, libro 50, título 16, 219).

En el derecho romano existió, sin embargo, otro texto, de Paulo, *Ille, aut ille haeres Sejo centum dato: potest Sejus, ab utro velit, petere. Cum in verbis nulla anbiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (Digesto, libro 32, 25).

La primera de estas leyes da predominio a la intención. La segunda, a la declaración de los contratantes, en cuanto se repudia la posibilidad de interpretarla si ella es clara o sin ambigüedad. A través de los siglos, esta divergencia ha permitido a los juristas, mirando uno u otro de dichos textos de la compilación de Justiniano, sostener opiniones de lo más diferentes.

"Cujas, estudiando la ley *ille aut ille,* en su comentario del Digesto, divide las palabras en palabras claras y en palabras ambiguas. En presencia de palabras claras estima que conviene atenerse a ellas y no preocuparse de buscar la intención ni la equidad... En presencia de palabras ambiguas, considera que es necesario atenerse a la intención más a que a las palabras".[701] Según esta posición, que soslaya la ley formulada por Papiniano, si el texto de la convención es claro no cabe interpretación y el juez debe simplemente aplicar la declaración.

Pero procede, sobre todo, llamar la atención respecto a las observaciones de Domat y Pothier, pues fueron ellos quienes inspiraron los textos del Código Civil francés en esta materia.

Entre las reglas para la interpretación de los contratos formuladas por Domat, cabe retener la primera y la cuarta: "Primera regla: Como las convenciones deben formarse por el mutuo consentimiento de quienes contratan, cada uno debe explicar en ellas, sincera y claramente, lo que promete y lo que pretende. Y la común intención de ellos explica lo que la convención puede tener de oscuro o de dudoso". "Cuarta regla: Si los términos de una convención parecen contrarios a la intención, por demás evidente, de los contratantes, es preciso seguir esta intención antes que los términos".[702]

---

[700] Para un análisis exhaustivo de la historia de la distinción entre cláusulas claras y cláusulas obscuras, en la interpretación contractual, DE CALLATAY, Edouard, *Etudes de l'interprétation des conventions,* Paris, Bruxelles, 1947.

[701] DE CALLATAY, ob. cit., p. 20.

[702] DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Nueva Edición, 1777, t. 1, parte I, libro 1, título 1, sección 2, 10 y 13.

Según la primera regla, si los términos de la convención son oscuros se deben explicar por la intención común. Según la cuarta, si los términos, claros u oscuros, son contrarios a la intención de los contratantes, la intención debe predominar sobre los términos. Vale decir, que todo contrato, claro u oscuro, es susceptible de ser interpretado.

Se ha sostenido que la cuarta regla no se aplicaría sino a los términos oscuros. Sin embargo, hay argumentos suficientes para estar ciertos de que Domat se ha referido en su regla cuarta a los términos claros y a los términos oscuros. Primeramente, el título que Domat dio a esta regla: "La intención preferida a la expresión" (sin agregarle al término "expresión" la voz "oscura"). En seguida, el sentido original del verbo "parecer" en la lengua francesa, donde lejos de indicar una duda, hacía referencia a una certitud. Por último, es imposible sospechar que Domat sólo quiso en su regla cuarta repetir la regla primera.

Domat estimó, pues, que la intención debe prevalecer sobre los términos, por claros que sean, pero él agregó una condición: para que el juez pueda apartarse de los términos claros, es preciso que descubra una intención "evidente", contraria al texto de la declaración. De modo que Domat quiso si no evitar al menos restringir el riesgo de arbitrariedad que existiría si el juez pudiera fácilmente hacer abstracción de la declaración contractual. La misma condición fue recogida por Andrés Bello, ya que el artículo 1560 del Código chileno establece que sólo si se averigua claramente la intención de los contratantes se prescindirá de lo literal de las palabras.

Por su parte Pothier formuló doce reglas de interpretación. La primera establece que "en las convenciones se debe indagar cuál ha sido la común intención de los contratantes sin atenerse al sentido gramatical de los términos". Al comentar esta regla, formula el siguiente ejemplo: "Usted tenía en calidad de arrendatario un pequeño departamento en una casa de la cual yo ocupaba el resto. Le he hecho un nuevo arrendamiento en estos términos: doy en arriendo a fulano de tal mi casa por tantos años, manteniéndose el mismo precio del precedente arrendamiento. ¿Tendría usted fundamento para pretender que yo le he arrendado toda mi casa? No, pues aunque la expresión mi casa, en su sentido gramatical, signifique la casa entera, y no un simple departamento, empero es visible que nuestra intención no ha sido sino renovar el arriendo del departamento que usted ocupaba; y esta intención, de la cual no se puede dudar, debe prevalecer sobre los términos del arrendamiento".[703] Pothier se alejó, pues, en su primera regla, del texto de

[703] Pothier, *Traité des obligations*, Nueva Edición, t. 1, 1805, artículo 8, 91.

la cuarta regla de Domat, pero no de su espíritu. El ejemplo citado es muy significativo y constituye la mejor demostración de que Pothier no pretendió formular, en esta materia, un principio diferente del de Domat. Ambos están de acuerdo: predominio de la intención sobre los términos, aun si éstos son claros y precisos. En consecuencia, la oscuridad del texto del contrato no es, en el espíritu de estos autores, una condición necesaria para su interpretación.

El Código Civil francés consagró, más tarde, la tesis de Domat y de Pothier. El texto del artículo 1156 retomó casi palabra por palabra la regla de Pothier. La historia del establecimiento de esta disposición no permite sostener que los redactores del Código ignorasen la discusión de que era objeto este punto. En efecto, habiendo sido requeridos los tribunales de apelación para que presentaran sus observaciones al proyecto, algunos de ellos habían procurado, sin éxito, imponer en esta materia la tesis contraria, es decir, aquella de la ley *ille aut ille* de Paulo, sostenida luego por varios juristas y particularmente, como ya lo hemos señalado, por Cujas. El tribunal de Grenoble escribió: Sería conveniente agregar a este artículo 1156: "Sin embargo, cuando el sentido de una frase es claro no se debe interpretar". El tribunal de Lyon fue más categórico: "Al interpretar, se debe seguir el sentido gramatical de los términos; sin esto, se autorizaría al juez para imponer a los contratantes, por interpretación, otra obligación de aquella en la cual ellos consintieron. No se puede interpretar sino en los casos en que el sentido gramatical presenta algo de obscuro o de dudoso...".[704]

Una vez publicado el Código francés y habiéndose pronunciado el legislador en el sentido indicado, la mayoría de los autores y de la jurisprudencia siguieron, sin embargo, la doctrina que el Código Civil acababa de descartar. Pensaron, erróneamente, que el artículo 1156 se vinculaba no a la ley *in conventionibus,* sino que a la ley *ille aut ille.*

68. EL PROBLEMA DE LA OSCURIDAD DEL CONTRATO ANTE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTES

Los civilistas del siglo XIX fueron quienes sostuvieron, de un modo especial, la imposibilidad de interpretar los contratos claros, y el deber de los jueces de limitarse a su aplicación textual. No fue más que la aplicación del principio romano *in claris non fit interpetatio.*[705]

[704] Referencias tomadas de DE CALLATAY, ob. cit., pp. 61 y 62.

[705] Sobre el particular de LORENZO, Miguel Federico, "La interpretación de los términos claros del contrato (*in claris non fit interpretatio*: Un principio carente de utilidad", en *Obligaciones y contratos en los*

Así, Demolombe pudo decir que "no hay lugar a interpretación, sino en el caso que los términos de la convención sean oscuros o ambiguos. Por tanto, el artículo 1156 implica necesariamente, a pesar de la generalidad quizá demasiado amplia de su texto, que sólo se debe hacer prevalecer la intención común de las partes sobre el sentido literal de los términos en los casos en que los términos presentan efectiva oscuridad o ambigüedad. Cuando (los términos de la convención) son claros, hay que aplicarlos según su sentido literal...".[706]

En este sentido señala Laurent que "si los términos son claros, si no dejan duda alguna, hay que atenerse a la letra, porque, en este caso, no cabe la interpretación... Cuando los términos son claros, la intención, por eso mismo, es cierta... Ocurre en las convenciones igual cosa que en las leyes; hay que aplicar en la interpretación de las convenciones esa regla tan sabia que los autores del primer proyecto de Código Civil habían formulado en el título preliminar: cuando una ley es clara, no debe eludirse la letra so pretexto de penetrar el espíritu".[707]

A pesar del rigor con que se afirmaba durante el siglo XIX la teoría de la no interpretación del contrato claro, quienes fueron, tal vez, los más grandes civilistas de esa época, Aubry y Rau, levantaron su voz colocándose del lado de Domat y de Pothier. Ellos consideraron que cabía interpretar un contrato: "Cuando los términos que las partes emplearon presentan en sí mismos oscuridad o ambigüedad. Cuando a pesar de su claridad, las palabras tomadas en su sentido literal no son susceptibles de conciliarse con la naturaleza del contrato y la intención evidente de las partes. (Nota de los autores: Se ha querido sostener que en esta hipótesis, la interpretación no es permitida, y que el juez incurriría en un abuso de poder si se apartara del sentido literal de las palabras. Pero esta opinión, contraria a la disposición formal del artículo 1156, debe ser rechazada, pues aquí la duda nace precisamente de la oposición que existe entre los términos tomados en su sentido literal y la intención de las partes que trasciende de la naturaleza del contrato). Finalmente, cuando la confrontación de dos o de varias

---

Continuación nota [705]

albores del siglo XXI)", Homenaje al profesor Roberto López Cabana, dirigidos por Óscar Ameal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 623 y ss.

[706] DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code de Napoléon,* volumen correspondiente al *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles,* t. 2, 2ª ed., Paris, 1871, 4.

[707] LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français,* t. 16, 3ª ed., 1878, 502, p. 581. Exponiendo el método tradicional de interpretación, GÉNY expresa que "se puede decir que el prestigio indiscutible de que ha gozado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, al momento de su aparición, la gran obra de F. Laurent marcó el apogeo de este método, que desde entonces parece perder terreno, sin cesar, empero, de ser preponderante" (ob. cit., p. 26 y nota 1).

cláusulas de la convención hace nacer dudas sobre el alcance de dichas diferentes cláusulas".[708]

En la doctrina francesa posterior, y aun en la doctrina contemporánea, los autores permanecen en desacuerdo. A menudo sostienen la tesis de Domat y de Pothier y consideran posible la interpretación de la convención clara. "Cuando una cláusula ha sido válidamente aceptada por ambas partes, y es clara, debe ser aplicada tal cual, salvo que sea ilícita. No obstante, en una legislación no formalista, el afán de hacer prevalecer la voluntad real y al mismo tiempo la justicia, conduce a descartar la aplicación literal de una cláusula, aun clara y precisa que... esté en contradicción con la intención común y evidente".[709]

Sin embargo, subsisten algunas opiniones favorables a la tesis de la no interpretación de las cláusulas claras de las convenciones. La interpretación del contrato "no puede ser otra cosa que la búsqueda de lo efectivamente querido por las partes, si la expresión de voluntad es obscura, ambigua o incompleta...". Con la salvedad de que no debe interpretarse la convención clara, "la interpretación sólo se justifica desde que hay contradicción entre dos cláusulas claras y precisas dentro de un contrato".[710]

Los tribunales franceses han impuesto, frecuentemente, la oscuridad del contrato como condición necesaria para que haya lugar a la interpretación.[711] "Cuando las convenciones y las cláusulas que las configuran son claras y precisas, no es permitido a los jueces dispensar a una de las partes contratantes de ejecutar la

---

[708] AUBRY, C., y RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie,* 6ª ed., por Bartin, t. 4, 347.

[709] PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit, t. 6, 373.

[710] BOULANGER, Jean, voz: *Contrats et conventions*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil*, t. 1, 1951, 91 y 94. En igual sentido existen algunos textos legales como el artículo 1378 del Código Civil holandés ("cuando los términos de una convención son claros, no cabe separarse de ellos por vía de interpretación") y el artículo 150 del Código egipcio. En Chile pareciera ser también la opinión de Abeliuk cuando afirma que si "la redacción del contrato es ambigua, poco clara o contradictoria; en tal caso, no hay duda de que deberá investigarse la intención de las partes como la única forma de averiguar lo que dice aquél", pero si "la letra del contrato es absolutamente clara, no hay doble interpretación posible ni contradicción ni ambigüedad. En tal caso no puede en principio desconocerse la letra de las estipulaciones, so pretexto de interpretarlas. Y así, si se dice que el interés a pagarse es anual, no va a concluir el intérprete que la intención de las partes fue fijarlo mensual. Pero si aparece claramente probada la intención de las partes distinta de lo estipulado, entonces podrá dársele preferencia. Dicha intención debe ser probada fehacientemente, pues el art. 1560 habla de conocida claramente la intención de los contratantes..., etc. Así se ha resuelto por nuestros tribunales" (*Las obligaciones*, cit., p. 90).

[711] En materia de interpretación de tratados internacionales, la Corte Internacional de Justicia de La Haya ha adoptado un punto de vista similar (cfr. BETTI, Emilio, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Ed. Giuffré, Milán, 1958, p. 85).

convención suponiendo en ella una intención contraria al sentido literal de las cláusulas del contrato".[712] La Corte de Pau resolvió el 27 de enero de 1891 que "la doctrina y la jurisprudencia constantes no permiten interpretar un acto sino cuando sus cláusulas son obscuras o ambiguas".[713] Igualmente, los profesores Mazeaud, comentando dos fallos de la Corte de Casación del 10 y 11 de mayo de 1948, afirman que la jurisprudencia ha inducido el principio de que las reglas de interpretación no pueden jugar sino donde hay lugar a la interpretación, "es decir, cuando hay oscuridad o contradicción entre las cláusulas de la convención".[714]

No obstante, al igual que la doctrina, la jurisprudencia francesa no es uniforme. Un fallo de casación del 9 de agosto de 1853, relativo a una convención que contenía esta cláusula: "A la derecha y a la izquierda del muro que se levantará entre la propiedad del señor X..., y el terreno del señor Y..., no se podrá levantar ningún edificio ni construcción, cualquiera sea su altura o su destinación". A pesar de la claridad con que se presenta esta cláusula, ella fue interpretada en un sentido muy diferente del que se deduce del texto, pues los propietarios conservaban "el derecho de construir casas y cercarlas por medio de murallas levantadas aun en la zona prohibida, con tal que tuvieren una altura inferior a aquella del muro divisorio".[715]

Por otra parte, se ha reconocido a los jueces del fondo la posibilidad de interpretar el contrato claro y de sobrepasar su texto, a condición de que se motive suficientemente la decisión, para permitir así a la Corte de Casación tomar conocimiento de los hechos que condujeron al juez a separarse del texto de la convención. En otras palabras, la Corte de Casación se reconoce el poder de anular las decisiones que, habiéndole dado al contrato claro una interpretación diferente a su sentido literal, no hubiesen justificado tal conducta con una motivación apropiada. O sea, que el tribunal supremo francés admite las interpretaciones no literales de términos claros y precisos contenidas en fallos suficientemente motivados.[716]

---

[712] Caen, 28 enero 1827, Dalloz, *Rép. prat.*, voz *obligations* 849. Un fallo más reciente: Corte de Casación, sala civil, 14 dic. 1942. DC. 1944, 112, reitera la misma doctrina: "La Corte de Apelaciones no ha podido, sin contradicción, decidir que la cláusula litigiosa era clara y precisa, lícita, y negarse a aplicarla literalmente. La cláusula clara no tolera interpretación alguna".

[713] Dalloz 1892, II, p. 39. Cfr. Corte de Burdeos, 10 dic. 1982. Dalloz, 1929, 2, 81.

[714] Los fallos: *Gazete du Palais*, 1948, 2, 41. El comentario: *Revue Trimestrelle du Droit Civil*, 1948, p. 468.

[715] Dalloz, 1854, I, 82.

[716] Marty es el autor de esta doctrina que permite la interpretación de un contrato cuyo texto sea claro y preciso (cfr. MARTY, Gabriel, *La distinction du fait et du droit*, Toulouse, 1929; *Le rôle du juge dans*

En el *common law,* el principio de la no interpretación de la cláusula clara tiene un símil en la regla *parol evidence,* según la cual no se admiten pruebas para adicionar, variar o contradecir lo que las partes han puesto por escrito. Con todo, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, esta regla ha sido objeto de severas críticas y sometida a muchísimas excepciones por los tribunales, a tal punto que frente a este escepticismo, se ha llegado a sugerir su abolición.[717]

En Chile, al igual que en otros sitios, las opiniones son contradictorias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Risopatrón, dice que "interpretar es la determinación del sentido que debe darse a una frase o sentencia que parece obscura". En el mismo sentido se pronuncia el diccionario de Escriche, conforme con el cual "interpretar un contrato significa explicar o declarar el sentido del contrato que aparece obscuro o dudoso".[718] O sea, que, al contrario, el contrato cuyo texto es claro no podría ser interpretado; sólo cabría aplicarlo tal cual aparece externamente. Es lo que piensa Rojas Blanco cuando afirma que "es incuestionable que la interpretación sólo puede tener lugar cuando el sentido de una cláusula o del contrato, en general, adolecen de oscuridad o imprecisión".[719] Algunos fallos de la Corte Suprema han consagrado esta doctrina. "La interpretación del contrato tiende a determinar la explicación o el sentido que debe atribuirse a las declaraciones o términos empleados en alguna convención, susceptibles de ambigüedad o de falta de precisión".[720] "Cuando el contrato está concebido en términos claros y precisos... son inaplicables las reglas de interpretación del Título XIII del Libro IV del Código

Continuación nota [716]

l'interprétation des contrats, en trabajos Association H. Capitant, t. 5, 1949, pp. 84 y ss. y voz *cassation,* en *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit Civil,* t. 1, 1951). La doctrina de MARTY ha sido, por lo demás, recogida en algunos fallos franceses, por ejemplo, Chambre de Rêquetes, 15 abril 1926, Sirey, 1926, 1, 151, y Soc. 11 junio 1942, Dalloz Critique, 1943, 135, con nota del profesor Flour.

[717] Cfr. DE LORENZO, *La interpretación...*, cit., p. 626. También en Argentina señala NICOLAU que "pensamos que un contrato se interpreta para conocer la voluntad de los autores, y así poder ordenar el cumplimiento de dicha voluntad. No se interpreta porque es oscuro, debe interpretarse siempre, porque es necesario que las partes, o en su caso el juez, hagan cumplir lo querido por los contratantes y para ello es necesario primero su conocimiento. Puede suceder que un contrato sea claro, sumamente claro y no responda a lo querido por las partes, acreditándose esa discordancia el encargado del funcionamiento de las normas deberá adaptar la letra del contrato a la auténtica voluntad de las partes" (ob. cit., p. 99).

[718] RISOPATRÓN, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.*

[719] Ob. cit., p. 19. También opina en este sentido BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho Civil,* t. 1, Santiago, 1931, p. 73.

[720] Corte Suprema, 10 junio 1929, *RDJ,* 27, 1, 365.

Civil que tienden a resolver las dudas que pueden nacer de pasajes obscuros o de inteligencia ambigua".[721]

En el extremo opuesto se encuentra la doctrina que considera que todo contrato, claro u oscuro, puede ser interpretado. Después de haber sido defendida por Claro Solar, predomina en la actualidad, tanto en la teoría como en el foro. "No hay que recurrir a la doctrina que distingue entre las cláusulas claras y las cláusulas obscuras de los contratos. Claras u obscuras, tendrán siempre que ser interpretadas o apreciadas en su verdadero sentido para fijar la intención y espíritu de las partes, ya que las cláusulas que para unas personas son suficientemente claras, pueden ofrecer dudas a otras".[722] En igual sentido, observa Brain Rioja que "la primera actitud del intérprete no consiste en determinar si los términos son claros u obscuros para deducir la necesidad o no de interpretar; a la inversa, él debe proceder inmediatamente a la búsqueda de la intención de los contratantes...".[723] Igualmente la Corte Suprema, al estatuir, en fallo de 8 de agosto de 1956 que "según el artículo 1560 del Código Civil, que establece la regla fundamental sobre la interpretación de los contratos, el contrato es lo que expresa la declaración salvo si se llega a comprobar que los contratantes querían estipular una cosa determinada diferente".[724]

Obra en favor de esta última doctrina la existencia del artículo 19.1 del Código Civil, el que, iniciando el párrafo relativo a la interpretación de las leyes, prescribe que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Si los redactores del Código Civil, después de haber prohibido la interpretación no literal de las leyes claras, no reprodujeron la norma en el parágrafo dedicado a la interpretación de las convenciones, es precisamente porque a los contratos claros no se les aplica el mismo criterio que a las leyes claras.[725]

---

[721] *G*, 1888, II, 2872, 929.

[722] CLARO SOLAR, Luis, nota del 12 noviembre de 1926, en *RDJ*, 24, 1, 303; en idéntico sentido en *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 9, pp. 481 y 485.

[723] Ob. cit., p. 80.

[724] *RDJ*, 53, 1, 217.

[725] El argumento se desvanece si se comprende correctamente el artículo 19-1. Esta norma hermenéutica obliga a indagar *el sentido* de la ley. Sólo si se concluye que es claro, deberá aplicarse el tenor literal que la interpretación ha revelado o hecho visible. La práctica demuestra que cotidianamente los tribunales están interpretando las leyes en un sentido diferente al que brota inicialmente de su lectura. De modo que, aunque el texto de la ley sea claro desde un punto de vista semántico, el sentenciador al interpretarlo a veces le confiere un alcance jurídicamente diverso.

Bajo términos aparentemente claros y precisos puede ocultarse una voluntad diversa, por lo que no debe impedirse, *a priori,* el desenvolvimiento de la interpretación. Es lo que ha subrayado con acierto la Corte de Apelaciones de Santiago cuando afirmó que "en la interpretación de los contratos, a la inversa de lo que ocurre en la interpretación de la ley, la norma fundamental que el legislador señala al intérprete consiste en buscar, antes que nada, la intención de los contratantes, aun por encima del tenor literal de las palabras".[726]

69. CONCLUSIONES FRENTE AL PROBLEMA DE LA OSCURIDAD DEL CONTRATO COMO REQUISITO DE LA INTERPRETACIÓN

Las ideas según las cuales el contrato claro no debe ser interpretado, exigirían, para delimitar el dominio de la interpretación, distinguir perfectamente los contratos claros de los contratos oscuros. He ahí la clave del problema. Ahora bien, tal distinción es punto menos que imposible. Ella se podría hacer a partir de criterios objetivo o subjetivo.

Según un criterio subjetivo, el problema debería enfocarse así: ¿considera el juez, personalmente, que el contrato es claro o que el contrato es oscuro?

Evidentemente, apenas trabada la litis entre los contratantes, antes de examinar las circunstancias de la especie, él no puede responder. *A priori,* no procede estimar una convención clara o no clara. En caso contrario, el riesgo de arbitrariedad sería enorme; se daría a los jueces casi una licencia para prejuzgar, a pesar de que todo hombre de derecho sabe muy bien que jamás se puede resolver sobre un litigio sin conocer los hechos que lo configuran.

Pero, *a posteriori,* una vez consideradas todas las circunstancias de la especie, terminadas las inducciones tan características del sistema subjetivo –inducciones indispensables al intérprete para llegar hasta el corazón de los contratantes y para descubrir su intención común–, entonces, ya con pleno conocimiento de causa, el intérprete podrá siempre decir si a su juicio el contrato es o no es claro. Es fácil darse cuenta que el método para distinguir las cláusulas, que hemos llamado *a posteriori,* es inadecuado para impedir que el juez interprete los contratos claros. Esto por una razón muy simple: desde el momento en que el juez llega a distinguir si la convención es clara o si es oscura, el contrato está ya interpretado; podrá faltar la decisión, pero todos los elementos para dictarla están definitivamente entre sus manos. Decir, pues, según este procedimiento subjetivo y *a posteriori,* que el juez no puede interpretar el contrato claro, carece de sentido. Hay que

[726] *RDJ,* 44, 2, 33.

rechazar el criterio subjetivo, por ser inapto para distinguir los contratos claros de los contratos oscuros. Esto es válido tanto para su aspecto *a priori* como para su aspecto *a posteriori*.

¿Puede el criterio objetivo dar un mejor resultado? No lo parece. Como Boncenne tan bien lo dijo, "aquello que para éste es de una luminosidad deslumbrante no presenta a los ojos de aquél más que una luz vaga e incierta".[727] Objetivamente, las palabras tienen a menudo diversos sentidos; las lenguas siempre presentan imprecisión. En la más trivial conversación se procura penetrar el espíritu del interlocutor, porque bien se sabe que las palabras no son suficientes y que debe atenderse al modo de pronunciarlas así como a otros matices, por sutiles que parezcan. No habiendo, en principio, sino pocas palabras absolutamente claras, la interpretación en todo caso sería factible.

Si se aceptara que el lenguaje es objetivamente preciso, ¿cuál sería la ventaja? Restringir la interpretación a la hipótesis en que los términos de la convención fueren ambiguos, es decir, reducirla casi a la nada. Pues, razonando así, lógico sería concluir que siendo todos los términos más o menos claros, no habría prácticamente lugar a la interpretación. En el fondo, el problema está en la inexistencia de un criterio objetivo que permita distinguir las palabras en claras y oscuras. Por lo demás, los numerosos contratos que día tras día deben ser interpretados por los tribunales no lo son sino raramente a causa de una evidente ambigüedad. Con mucha más frecuencia se los interpreta a pesar de su aparente claridad.

La distinción, en los contratos, entre las cláusulas que son claras y aquellas que no lo son es equívoca. Parece mejor la doctrina de Domat y de Pothier: todo contrato puede ser interpretado; la oscuridad no es una condición para que haya lugar a la interpretación. Esta es la genuina doctrina establecida por el artículo 1156 del Código francés y por el artículo 1560 del Código chileno.

Podría afirmarse que no cabe la interpretación cuando la voluntad o intención de las partes es clara, pero no hay que confundir la voluntad sicológica con las expresiones formales de la voluntad. Que los términos sean claros, no implica necesariamente que la voluntad lo sea.

Tras términos claros puede ocultarse una voluntad diferente, que el intérprete debe descubrir.

En consecuencia, la única condición –necesaria y suficiente– para que haya lugar a la interpretación de un contrato es la existencia de una contienda entre las partes.

---

[727] Dice BONCENNE, que *"ce qui est pour celui-ci une lumière éblouissante ne présente aux yeux de celui-lá qu'un jour vague et incertain"* (BONCENNE, Pierre, *Traité de procédure civile*, t. 1, p. 490).

70. CAUSAS DE LA CONTIENDA QUE TODA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL PRESUPONE

¿Cuáles pueden ser las causas específicas de la discrepancia entre los contratantes que hacen menester la interpretación? Estas causas son, por supuesto, muy variadas. Si bien no cabe su enumeración, es posible, al menos, intentar agruparlas:

A. Ambigüedad en el contrato. Una convención es ambigua cuando admite dos o más sentidos diferentes entre los cuales se puede dudar.

Existen numerosas palabras cuyos sentidos semántico y jurídico son dudosos. La palabra "muebles" puede comprender o no el dinero, los créditos, los títulos de acciones y otros bienes corporales o incorporales.[728] Puede ser tomada como lo contrario de inmueble o en un sentido más restringido. La decisión será una cuestión de especie. La palabra "herederos" eventualmente podría involucrar al o a los legatarios. La palabra "niños", los nietos; y así sucesivamente. La solución de todos estos casos, supuesto que el legislador no se haya pronunciado, está subordinada al descubrimiento de la intención de las partes.

Según los artículos 1461.1 y 1813 del Código Civil, las cosas futuras pueden ser el objeto de una obligación. Sin embargo, si se vende una cosa futura, lo que es frecuente, la venta puede constituir ya sea un contrato conmutativo bajo condición suspensiva de que la cosa objeto del contrato llegue a existir, ya sea un contrato aleatorio que implica correr un albur. En este último caso, si la cosa futura no llega a existir, el contrato no es menos válido y el comprador deberá pagar el precio. Es probable que en la declaración contractual no se formule ninguna precisión sobre la naturaleza del contrato; la interpretación, en relación con el tipo de compraventa de la cual se trate, podría dirimir semejante duda.

B. Oscuridad en el contrato. A pesar de que se ha criticado la distinción entre contratos claros y oscuros, puede sostenerse que es opinión común que una con-

[728] Así, conforme al inciso primero del artículo 574 del Código Civil, cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles, según el artículo 567, es decir, los bienes que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Sin embargo, según el inciso segundo del primer precepto, en los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa.

vención es oscura cuando no presenta ningún sentido determinado.[729] Es la hipótesis particular de las contradicciones manifiestas. Así, en un mismo contrato es posible encontrar una cláusula que lo defina como arrendamiento y otra como una venta. O bien, una cláusula de venta y otra de donación. La calificación, indispensable en tales casos, supone previamente el conocimiento de la voluntad común de las partes. El juez deberá, pues, primero, interpretar la convención para poder, en seguida, calificarla.

C. Los términos del contrato claros pero insuficientes. Recuérdese el ejemplo ya citado, en el cual una cláusula del contrato prohibía toda construcción a la derecha o a la izquierda de un muro divisorio. La Corte de Casación, estimando los términos claros, pero insuficientes, decidió que la prohibición debía entenderse sólo en lo referente a construcciones de una altura superior a la de la pared, permitiéndose las construcciones menos elevadas.

D. Los términos del contrato claros pero excesivos. Los pleonasmos jurídicos ilustran esta situación. La jurisprudencia francesa ha tenido ocasión de negarles toda significación, especialmente a propósito de las llamadas cláusulas de estilo, esto es, cláusulas habituales en los formularios que usan algunos profesionales asesores de las partes, y que aquéllos insertan en el contrato a pesar que no fueron queridas ni previstas por los contratantes.[730]

Puede también pensarse en un contrato de arrendamiento donde se dijera que "las reparaciones corresponden al arrendatario". En la medida que se interprete esta cláusula como alusiva a las reparaciones locativas o de mera conservación, la cláusula sería excesiva, pues, aun en el silencio de las partes el arrendatario está obligado a efectuarlas.[731]

---

[729] Se ha condenado la distinción entre contratos claros y oscuros. No extrañe, sin embargo, que ella sea traída nuevamente a colación, pues el propósito no es, aquí, sino el de describir el sistema subjetivo, y en éste ocurre que la distinción, para bien o para mal, continúa empleándose.

[730] En tal sentido: Corte de Douai, 12 marzo 1900. Sirey 1904, 2, 130 y Tribunal Civil, Seine, 11 junio 1934, *Gazete des Tribunaux*, 16 dic. 1934. No obstante la cuestión de la validez de las cláusulas de estilo es discutible. Cfr. López Santa María, *Sistemas...*, cit., pp. 148 y ss.

[731] Según el artículo 1927 del Código Civil, la obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones. De acuerdo al artículo 1940, el arrendatario es obligado a las reparaciones locativas. Se entienden por reparaciones locativas las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios, y en general las de aquellas especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes, como descalabros de paredes o cercas, albañales y acequias, rotura de cristales, etc.

Por el contrario, aplicando el artículo 1562 del Código Civil –cuando una cláusula es susceptible de ser interpretada en dos sentidos, debe preferirse aquel con el cual pueda producir algún efecto sobre aquel con el cual no produciría efecto alguno–, se podría entender la cláusula como referida a las reparaciones mayores. La solución debe subordinarse a la voluntad común de los partícipes.

E. Los términos claros pero son usados de forma dudosa. Finalmente, los términos contractuales pueden ser claros en sí mismos, pero haber sido empleados de manera dudosa. La base de esta hipótesis es normalmente la imprevisión. Las partes suelen no preocuparse de introducir en la declaración las explicaciones que serían necesarias para que un tercero pudiere captar, a la primera ojeada, el significado que ellas atribuyen a la convención. De este modo los términos claros y precisos devienen ambiguos y el intérprete puede verse llevado, vistas las circunstancias particulares del caso, a dar a las palabras un sentido diferente del normal. Aun cuando referido a la interpretación de un testamento, valga el siguiente caso como un ejemplo de lo que se dice: "Jean du Soleil, vecino de la ciudad de Lyon, tuvo de su primer matrimonio un hijo llamado Jean, que era enfermo de cuerpo y alma. De su segundo matrimonio tuvo ocho hijos, de los cuales el mayor se llamaba Etienne. En su testamento, él emplea las palabras "prefiriendo el mayor a los otros". Aunque existían fundadas presunciones de que el testador había tenido en vista a Etienne, el mayor de los hijos de su segundo lecho, el Parlamento, en un fallo de 11 de mayo de 1714, decidió que tales términos debían concernir a Jean, que era verdaderamente el mayor".[732]

Casos semejantes, donde la falta de explicación de los contratantes es sorprendente, existen desde siempre y no desaparecerán jamás, máxime que ellos pueden también originarse a consecuencia de sucesos posteriores a la convención, lo que impide precaverlos. Por ejemplo, en un contrato se conviene que un señor X pagará una renta a un señor Y, "reversible por mitad en la persona de su mujer". Fallecida su primera mujer, después de la celebración del contrato, el señor Y contrajo nuevas nupcias, de lo que resultó que el contrato claro se convirtió en oscuro en lo relativo a determinar si la segunda mujer tenía o no el título de acreedora.[733]

No se escapa que las hipótesis señaladas sólo se distinguen por algunos matices más o menos delicados. Las dos primeras son casi idénticas, y las tres últimas

[732] Caso tomado de DE CALLATAY, ob. cit., p. 46.

[733] Caso tomado de la jurisprudencia francesa: cámara de *requêtes* de la Corte Suprema, 31 oct. 1934, Sirey 1935, 1.7.

pueden reducirse a una sola: claridad del contrato desmentida por la intención de las partes. La conclusión será, pues, que, siendo la contienda entre los contratantes la única condición para que el juez pueda interpretar, sus causas son: por una parte, ambigüedad u oscuridad del contrato y, por la otra, que los interesados ofrezcan demostrar al juez una voluntad sicológica determinada, que permita al intérprete alejarse del texto claro de la convención.

Se llega así a un problema de procedimiento civil: el juez no puede interpretar el contrato de oficio o *motu proprio*; si lo hiciere, habría *ultra petita* en su decisión. Pero desde que una de las partes solicita la interpretación, el juez puede comenzar la investigación que el caso requiera sin necesidad de resolver, previamente, si el contrato es o no es claro.

§ 3. Las reglas de interpretación de los contratos

71. Definición y generalidades

Las reglas de interpretación son los principios y los moldes que sirven de base, de punto de partida, a los razonamientos del intérprete, y que le ayudan en la búsqueda de la intención común de los contratantes, blanco fundamental de la interpretación subjetiva de las convenciones.

Ahora bien, como el abanico de contratos que pueden concluir los ciudadanos es inmenso, y las circunstancias susceptibles de acompañar cada figura jurídica son ilimitadas, resulta que las reglas de interpretación tienen necesariamente una vocación restringida: su pretensión no puede ser la de señalar al intérprete, siempre y en todo caso, la ruta concreta a seguir para llegar hasta la voluntad común de los contratantes, ya que la multiplicidad y la diversidad de casos desafían toda reglamentación exhaustiva. El establecimiento por el legislador de un *modus operandi* rígido, al que forzosamente tendría que someterse el intérprete, es inconcebible.

A pesar de lo anterior, la utilidad de las reglas de interpretación es manifiesta, y es por ello que los redactores del Código Civil francés recogieron las más tradicionales en los artículos 1156 a 1164. Estas nueve disposiciones se inspiran en las quince reglas de Domat, pero sobre todo en las doce que formuló Pothier y que, en gran medida, le fueron sugeridas por el derecho romano. Con algunos matices, las reglas del Código Napoleón se encuentran en muchos otros Códigos Civiles, por ejemplo, en el italiano (arts. 1362 al 1371) y en el nuestro (arts. 1560 a 1566). 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 han tenido sanción legal directa.

A continuación se examinan las principales reglas de interpretación de los contratos que existen en el sistema subjetivo chileno: las de los artículos 1561 y siguientes; y también algunas reglas no legales de interpretación. Se tratan una a una; pero, previamente, será útil distinguir entre las reglas de interpretación y los numerosos "casos de interpretación legal" que se encuentran en la legislación civil.

El artículo 1560, más que una regla de interpretación, sirve de principio rector a las reglas que le siguen en el Código. 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, cuyo rasgo fundamental consiste en la búsqueda de la voluntad interna de las partes. De este modo, en cada ocasión en que los tribunales pronuncian un fallo interpretativo de un contrato, es casi ritual que ellos se refieren a dicha norma.

72. CASOS DE INTERPRETACIÓN LEGAL

Las reglas de interpretación de los contratos indican al intérprete cómo debe actuar para llegar a determinar la voluntad sicológica de los contratantes. No van más allá de una indicación del legislador al intérprete, apta para servir de base a sus razonamientos; pero la solución propia frente a cada caso debe ser encontrada por el propio intérprete.

En cambio, en lo que concierne a los casos de interpretación legal, el legislador va mucho más lejos: no se limita a dar una indicación al intérprete. Al contrario, realiza anticipadamente y en todas sus partes la interpretación, dictando una solución que el juez deberá, por consiguiente, aplicar a todas las especies que correspondan a la hipótesis prevista en la ley. De este modo, el legislador interpreta en abstracto y por anticipado un caso capaz de presentarse a menudo en la realidad. Efectúa un trabajo preventivo, que simplifica la tarea de los jueces, pero se arriesga, en razón de la generalidad de la solución, a pasar por sobre las circunstancias concretas de cada especie.

El alcance de los casos de interpretación legal es muy variado. Sin embargo, todos éstos tienen en común lo siguiente: la solución dada por el legislador se reputa corresponder a la voluntad virtual del o de los emitentes de la declaración.

En primer lugar, están los casos más simples, en que el legislador fija el sentido que deberá atribuirse a una determinada cláusula dudosa si las partes la introducen en algún acto o contrato sin explicar su extensión. Ejemplos en el Código Civil: artículos 567 a 575; 1242 a 1244; 1823, 1829, 1874, 1879 en materia de compraventa; 1956 en materia de arrendamiento, etc.

Seguidamente, se encuentran los casos en que las partes, al celebrar un contrato, no se pronuncian sobre un aspecto particular de la convención. Hay silencio relativo de los partícipes, pues existe una declaración, pero resulta incompleta para sacar todas las consecuencias de derecho que la especie exige. La ley suple este silencio dando la solución que –según muchos autores– corresponde a la voluntad que las partes habrían tenido si hubiesen previsto la interrogante resuelta por el legislador. La aceleración de la vida moderna lleva a menudo a los particulares a celebrar convenciones lacónicas donde el cuidado de los detalles se deja en las disposiciones supletorias o supletivas de la ley. Si las partes no reglamentan sino lo que es esencial en el contrato, la función supletoria de la ley alcanza toda su amplitud. Como ello es habitual, se explica ampliamente que el Código Civil contenga varias centenas de disposiciones que no tienen otra finalidad que la de determinar los puntos no previstos por los contratantes. En efecto, los artículos 1793 y siguientes del Código Civil se ocupan de reglamentar los contratos más usuales en la vida jurídica: venta, arrendamiento, sociedad, comodato, etc. Excepción hecha de algunas disposiciones de orden público, de carácter imperativo, que las partes no pueden derogar, ellas son libres para dejar de lado tales textos del Código, dando a sus convenciones la reglamentación que consideran la más adecuada a sus fines prácticos. Pero en el silencio de las partes, todas esas disposiciones entran plenamente en vigor, siendo consideradas como casos de interpretación legal de la voluntad de las partes.

Finalmente, y siempre según la doctrina clásica, existe un tercer orden de casos, en que la voluntad de las partes es interpretada por el legislador. Es la hipótesis más osada, puesto que no hay únicamente un silencio relativo, sino que un silencio absoluto de los contratantes. En la ausencia de toda declaración y vista la necesidad de precisar los efectos jurídicos de una situación determinada –como la muerte de una persona o la condición de los bienes conyugales–, la ley interpreta una voluntad que no se manifestó jamás, estableciendo el estatuto jurídico que parece adaptarse mejor a tal situación. Tradicionalmente se han explicado así las normas sobre sucesión intestada, y el régimen legal matrimonial entre los cónyuges que no celebraron capitulaciones matrimoniales.

73. REGLAS DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS A LOS ELEMENTOS INTRÍNSECOS DEL CONTRATO

Interpretar a partir de los elementos intrínsecos del contrato 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. Al res-

pecto existen tres reglas fundamentales, que son las de los artículos 1564.1, 1562 y 1563.1 del Código Civil.

Es importante subrayar que el legislador se abstuvo de fijar un orden de preferencia entre los artículos 1561 y siguientes. No podría ser de otro modo, pues la aplicación de estas normas está subordinada a la forma cómo el caso litigioso se presenta, a los puntos dudosos, a las posibilidades de descubrimiento de la voluntad interna de los contratantes y, en general, a las circunstancias propias de cada convención. No cabe, pues, atribuir más valor a una regla o a otra en razón de su ubicación en el Código.

A. Regla de la armonía de las cláusulas

La establece el artículo 1564.1: "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad". Esta regla la impone el más elemental sentido común. Cualquier intérprete, en cualquiera materia, comienza por observar el conjunto o totalidad de aquello que debe interpretar. Por lo mismo es que se menciona en primer lugar. Como normalmente las cláusulas de un contrato se hallan subordinadas unas a otras, nada más lógico que examinarlas todas en conjunto, para despejar las dudas que algunas de ellas hubiesen provocado. Sin embargo, la aplicación de la regla en lugar de esclarecer el problema puede ocurrir que lo complique, pues cláusulas que individualmente consideradas son precisas, pueden ser contradictorias en el conjunto del contrato. Aplicando el artículo 1564.1, la jurisprudencia ha dicho que si en un mandato se autoriza el mandatario para cobrar la suma debida hasta obtener el pago, y se agrega, en una cláusula distinta, que él pedirá que los valores sean entregados a otra persona, debe concluirse que el mandatario no está autorizado para percibir.[734]

Esta regla fue formulada por Domat casi en los mismos términos: "Todas las cláusulas de las convenciones se interpretarán las unas por las otras, dando a cada una el sentido que resulte de la continuidad del contrato entero",[735] redacción que fue preferida a la de Pothier, que pareció menos elegante.[736]

---

[734] *RDJ*, 42, 1, 388.

[735] DOMAT, *Les lois...*, cit., Nº 12.

[736] POTHIER, *Traité...*, cit., Nº 96, formuló así la regla de la armonía: "Una cláusula debe interpretarse por las otras cláusulas contenidas en el acto, sea que ellas la precedan o la sigan". La regla de la armonía de las cláusulas figura en el artículo 1161 del Código Civil francés y en el artículo 1363 del Código Civil italiano. También en el artículo 1427 del Código Civil de Quebec, del año 1994.

B. Regla de la utilidad de las cláusulas

La recoge el artículo 1562 en los siguientes términos: "el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Esta regla se impone sin discusión.[737] Nada más elemental que las cláusulas hayan sido introducidas en el contrato precisamente para producir algún efecto. El ejemplo de Pothier es clásico: si se conviene entre Pablo y Pedro que Pablo podrá pasar por sus heredades, aunque el término "sus heredades" pueda entenderse respecto de las de Pablo o de las de Pedro, no es dudoso que debe entenderse respecto de las de Pedro; de otro modo la cláusula no produciría ningún efecto, pues Pablo no tiene ninguna necesidad de estipular que él podrá pasar por sus propias heredades.[738]

La regla de la utilidad de las cláusulas, puede ilustrarse con el siguiente fallo: "Si en un contrato de arrendamiento se estipula que el arrendatario deberá pagar las contribuciones, debe entenderse que son las que afectan al dueño o arrendador del local y no las que de todos modos gravan al arrendatario (contribuciones industriales). Interpretar en sentido contrario la respectiva cláusula, haría que ésta no produjera efecto alguno, pues no se concibe que el arrendador quisiera imponer obligaciones que de ningún modo pueden interesarle".[739]

Al respecto resolvió, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Iquique, el 24 de agosto de 2006, que "el artículo 1562 del Código Civil agrega que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, y resulta razonable pensar que las partes no pactarían como fecha de vencimiento de la obligación el año 192003, lo que la hace imposible de cumplir y trae como consecuencia que la cláusula, así entendida, no produce efecto alguno, por lo que deberá desecharse tal interpretación" (c. 5).[740]

También en aplicación de esta regla, resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de septiembre de 2007, que la cláusula tercera del contrato dispone que "el precio de esta compraventa se declara íntegramente pagado y, a mayor abundamiento, las partes renuncian expresamente a las acciones resolutorias que pudieren emanar del presente contrato". "De lo anterior, se desprende, en primer

[737] También se encuentra en los artículos 1157 del Código francés, 1367 del italiano y 1428 del Código de Quebec.

[738] *Traité*..., cit., Nº 92.

[739] *G*, 1912, II, 990, 474.

[740] Rol 489/2005 (*PuntoLex*).

lugar, que la renuncia está convenida en beneficio tanto del vendedor como del acreedor y, en segundo término, que se refiere a todas las obligaciones que pudieren surgir de ese acto jurídico y no solamente al pago del precio". "Por otra parte, de estimarse que la renuncia queda circunscrita tan solo a la obligación de pagar el precio, ésta perdería sentido, por cuanto en la misma cláusula las partes lo dan por íntegramente pagado". "Eso nos obliga, necesariamente, a aplicar la regla de interpretación consagrada en el artículo 1562 del Código Civil, según la cual, el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". "De esta manera, la única forma de darle algún efecto a la renuncia, es entendiendo que se refiere a las demás obligaciones que emanan del contrato y que se encuentran pendientes, entre las cuales está la de cancelar los gravámenes que pesan sobre la cosa". "Si así no fuera, dicha cláusula quedaría sin aplicación" (c. 6).[741]

La misma Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 15 de julio de 2008, señaló que "con el fin de dilucidar acerca de la eficacia de la renuncia, se hace útil recurrir a la teoría de los actos propios, basada en la noción que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos anteriores, que expresan la voluntad del sujeto y definen su posición jurídica en una determinada materia, y que se funda, en último término, en el principio mas general de la buena fe, la que ciertamente tiene plena cabida en el ámbito contractual de que se trata". "El demandante adoptó la decisión de renunciar a cualquier indemnización que pudiere corresponderle por los aumentos o disminuciones de obras ya existentes, recibió los dineros y suscribió los instrumentos en que dicha renuncia consta". "En tales condiciones, por aplicación de la teoría que se señala, y de los principios de la realidad y de la buena fe, debe concluirse que la renuncia es plenamente válida y ha tenido la eficacia suficiente para extinguir cualquier acción que pudiere eventualmente corresponderle al contratista en virtud del contrato de obra celebrado entre las partes, sin que tenga en consecuencia derecho a indemnización de ningún tipo, ni a pago alguno derivado del aumento o disminuciones de la obra licitada". "Que, en conformidad con el artículo 1545 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, debiendo aplicarse para su interpretación las normas contenidas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. Así, en conformidad con los referidos preceptos, siendo las cláusulas de renuncia expresas, determinadas y consentidas por el Contratista, deben producir el efecto que en ellas se persigue". "Que, en el mismo sentido, en

[741] Rol 6196/2002 (*PuntoLex*).

conformidad con el artículo 1562 del Código Civil, el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" "De aceptarse la tesis del tribunal de la instancia, las cláusulas analizadas precedentemente carecerían de eficacia, ya que no habrían producido efecto alguno, lo que es contrario tanto a la letra como al espíritu de las mismas" (c. 19, 20 y 21).[742]

Indudablemente que si la cláusula objeto de discusión es nula, no cabe hacerla válida so pretexto de aplicar el artículo 1562. Por otra parte, en la práctica hay cláusulas que no traducen sino redundancias, careciendo de un sentido particular. En tal caso, prima indudablemente la norma fundamental del artículo 1560 que ordena preferir la voluntad interna, la común intención contractual, respecto a los términos.

C. Regla del sentido natural del contrato

La establece el artículo 1563.1, en los siguientes términos: "en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".[743] La redacción de Pothier era más afortunada para expresar la misma idea. Decía que "cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, debe entendérselos en el sentido más conveniente a la naturaleza del contrato";[744] redacción que pasó al 1158 del Código francés y que siendo diversa en la forma a la regla chilena, no lo es en su significado. Por ejemplo: si se fija la renta de un arrendamiento urbano en $ 25.000, a la sola luz de los elementos intrínsecos del contrato bien puede concluirse que esa suma no es por el período completo de duración del contrato (15 meses); tampoco por un año, sino que por cada mes, pues es de la naturaleza de los arrendamientos urbanos destinados a la habitación que los cánones se paguen mensualmente. Aplicando esta regla de interpretación, la Corte de Santiago resolvió: "si se estipula que al final del arrendamiento se abonarán al arrendatario los álamos y demás árboles frutales que plantara, en estos últimos no se comprenden las plantas de viña. Estas últimas no caen dentro del término árboles, atendiendo a lo que expresa el Diccionario de la Lengua y la práctica uniforme de los agri-

[742] Rol 7845/2006 (*PuntoLex*).

[743] La disposición del artículo 1158 del Código francés y 1369 del italiano se ubican en idéntica perspectiva.

[744] *Traité...*, 93. También así formulada la regla por el artículo 1429 del Código Civil de Quebec.

cultores, que siempre en sus contratos acostumbran distinguir entre las plantas de viña y los árboles frutales".[745]

En sentencia pronunciada, por el tribunal de Puerto Varas, el 2 de octubre de 2001, se declaró que "en el caso que nos ocupa se debe tener en cuenta que en materia de hermenéutica contractual es preciso intentar más una interpretación finalista que una exégesis de la convención. Desde la perspectiva finalista aparece claro en estos autos que la escritura aclaratoria devela la verdadera intención de los contratantes... lo que es concordante con el art. 1563 del Código Sustantivo, en el sentido de que en materia de convenciones debe buscarse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato" (c. 16).[746]

74. REGLAS DE INTERPRETACIÓN RELATIVAS A LOS ELEMENTOS EXTRÍNSECOS DEL CONTRATO

A. Aspectos generales

El contrato es un todo complejo, integrado no solamente por la declaración formal, por un texto o por unas palabras, sino que también por otros elementos que no figuran allí y que el intérprete tiene que considerar para estar en situación de llegar a la común intención de las partes. Tales elementos se denominan extrínsecos o circunstancias de la especie. Podría a primera vista pensarse que el Código no contiene una regla que permita al intérprete considerarlas. Sin embargo, a pesar de la inexistencia de una disposición expresa en tal sentido, el sistema subjetivo es inconcebible sin la exigencia de apreciar los elementos extrínsecos a la declaración. Implícitamente, por lo demás, el artículo 1560 consagra tal necesidad; no siendo las normas que veremos a continuación más que expresiones concretas de la regla general que ordena al intérprete buscar la intención de los contratantes harneando las circunstancias de la especie.

---

[745] *G*, 1863, 733, 269.

[746] Considerando mantenido en alzada y por la Corte Suprema, el 29 de octubre de 2003 (*LegalPublishing* 28720).

También en aplicación del artículo 1563 del Código Civil, resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 27 de agosto de 2007, que "en la hermenéutica de un contrato deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del mismo, siendo evidente en la especie, que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal ambas partes convinieron en las adjudicaciones hechas a la demandada y ésta reconoció y se obligó a pagar el alcance que se produjo en su contra, lo que el actor aceptó en el preciso entendido de que le fuera pagada en un tiempo razonable, por lo que se acogerá la demanda en cuanto solicita declarar la nulidad de aquella parte de la cláusula quinta de la mencionada escritura pública de partición que le otorga un sentido meramente potestativo, y en su lugar establecer que la obligación de pagar el alcance reconocido a favor del actor, es pura y simple" (c. 7) (rol 1183/2003, *PuntoLex*).

Baudry-Lacantinèrie y Barde señalan que los jueces, cuando buscan la intención de las partes, no están obligados "a atenerse a la convención que se trata de interpretar. Pueden tomar en consideración particularmente las calidades de las partes, sus profesiones, sus relaciones anteriores". A esto, que es de la esencia misma del sistema subjetivo de interpretación, agregan sorpresivamente, "distinto es el caso para los testamentos: de los mismos actos se debe extraer la prueba de las disposiciones que contienen; pero esto se explica por su carácter solemne...". Añaden, siempre a propósito de la interpretación: "es obvio, por otro lado, que, en general, la prueba de la existencia y del alcance de las convenciones está sujeta a las reglas del derecho común, particularmente en lo que se refiere a la necesidad de un principio de prueba por escrito para la admisibilidad de la prueba testimonial...".[747]

Estas acotaciones conducen a formular algunas ideas sobre la prueba en relación con la interpretación. Dígase antes que las circunstancias de la especie deben ser siempre tomadas en consideración, ya se trate de un negocio jurídico consensual o de uno solemne. No hay razón de peso para introducir la diferencia, propuesta por dichos célebres autores, entre contratos y testamentos.[748]

Cuando la ley establece ciertas condiciones de forma para las manifestaciones de voluntad o, más particularmente, cuando la ley prescribe formalidades *ad solemnitatem,* las partes están obligadas, bajo pena de nulidad, a respetarlas. Esto, sin embargo, no tiene trascendencia en la interpretación. Una vez establecida en el proceso la existencia del acto jurídico y el cumplimiento de las formalidades legales si se trata de un acto solemne como el testamento, suponiendo que la interpretación sea necesaria para fijar el sentido del acto, y si la sola consideración de los elementos intrínsecos fuere insuficiente, entonces, los elementos extrínsecos, las circunstancias de la especie, deberán ser considerados, sin interesar el carácter consensual o solemne del negocio jurídico.[749]

---

[747] BAUDRY-LACANTINÈRIE y BARDE, *Traité...*, cit., pp. 573 y 574.

[748] Sobre la posibilidad de aplicar las reglas de interpretación de los contratos a los testamentos ELORRIAGA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 244 y ss.

[749] Por cierto que no se podría, de ningún modo, recurrir a pruebas extrínsecas para crear o desfigurar una cláusula de un acto solemne; pero la finalidad de la interpretación no es ésa: sólo se limita a determinar el alcance del acto jurídico. La interpretación subjetiva no crea nada nuevo, no agrega elementos al texto de la declaración, se limita a reconocer o declarar su sentido. Como lo dijo Pothier, se puede juzgar perfectamente "aquello que el testador tuvo en vista, por las diferentes circunstancias relativas a las costumbres del testador, al país donde él vivía, a la calidad de la persona del legatario, a la amistad que el testador le profesaba y otras" (*Introduction au titre XVI de la Coutume d'Orléans,* 154, mencionado por GAUGUIER, ob. cit., pp. 195 y ss.). Esto es aplicable tanto a los testamentos como a los actos solemnes en general.

Continúa nota

Baudry-Lacantinèrie y Barde hacen afirmaciones muy discutibles en lo que concierne a la prueba de los actos jurídicos y a la prueba de los hechos materiales. Su última frase citada lo corrobora. Ellos colocan en un mismo plano "la prueba de la existencia y del alcance de las convenciones" y señalan la necesidad, en ambos casos, de un principio de prueba por escrito para la admisibilidad de los testimonios. Sin embargo, la existencia de una convención (cuestión de prueba) y el alcance de una convención (cuestión de interpretación) son dos aspectos diferentes que no deben confundirse.[750]

Continuación nota [749]

La jurisprudencia francesa ha acogido, en diversas oportunidades, la doctrina que admite la interpretación de los testamentos a través de sus elementos extrínsecos. En un caso, sobre el cual la Cámara de Requêtes, hoy desaparecida, se pronunció el 11 de diciembre de 1923, estaba en discusión un testamento que contenía una cláusula por la cual la testadora legaba a tres sobrinos de su difunto marido valores que representaban 90.000 francos. La especificación de esos valores se encontraba en un escrito no firmado, cuya sinceridad no fue controvertida, contenido en un sobre enviado por la testadora a su notario. En este escrito –elemento extrínseco al testamento– la testadora declaraba que los valores que constituían el objeto del legado eran "800 acciones del Banco de Chile depositadas en el mismo banco". La Corte de Aix decidió que el objeto del legado estaba constituido, precisamente, por las 800 acciones del Banco de Chile a pesar que su valor era superior a la avaluación hecha por la testadora en su testamento. La Cámara de Requêtes confirmó esta interpretación extrínseca: "Considerando, por otra parte, que si el juez debe encontrar en el testamento la consistencia de las liberalidades hechas por el difunto, esta regla no impide al juez –en el caso que haya una duda sobre el sentido que el testador dio a las expresiones de las cuales se sirvió para designar los objetos legados– ayudarse, accesoriamente, para verificar la intención del testador, de los documentos y circunstancias de la causa" (Dalloz Hebdomadaire 1924, 1). Otros fallos admiten también la interpretación extrínseca de los testamentos. Rêq. 29 abril 1907, D.P. 1907, 1, 376; Chambre des Rêquetes 19 jul. 1939, Juisclaseur Periodique, 1940, 2, 1460; Civil, 19 fev. 1952, Boletín de Fallos de la Corte de Casación, 1952, 1, 61, 77; Paris, 4 nov. 1955, *Gazete du Palais*, 1956, 1, 153; Civil 28 jun. 1956, Boletín de Fallos de la Corte de Casación, 1956, 1, 221, 274. Encuéntrase en estos fallos la fórmula siguiente: "Si las intenciones del *de cujus* deben, antes que nada, ser buscadas en las enunciaciones del testamento, les es también permitido a los jueces en el caso que ellas no les parecieren suficientemente claras para revelar la verdadera voluntad del testador, inspirarse en los documentos presentados como en los hechos exteriores susceptibles de esclarecerlas". Nos parece que *lo* mismo vale en Chile, pues si bien las memorias testamentarias no forman parte del testamento según el art. 1002 del Código Civil, ello no impediría que sirvan para interpretar la voluntad del difunto. Hay, sin embargo, fallos adversos a la interpretación extrínseca del testamento, por ejemplo, los publicados en *RDJ*, 49, 1, 205 y 52, 1, 42. Sobre testamentos véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Interpretación del testamento", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 151-152, 1970, pp. 3 y ss. En la bibliografía extranjera GARCÍA AMIGO, Manuel, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, diciembre 1979, pp. 931 y ss. y JORDANO, Juan, *Interpretación del Testamento*, Bosch, Barcelona, 1958.

[750] Cuando un contrato es materia de litigio, las partes, evidentemente, deben aportar la prueba de su existencia. Las limitaciones de los artículos 1708 y siguientes del Código Civil, relativas a la prueba testimonial, son entonces aplicables, pues tales disposiciones se refieren, precisamente, a la prueba de la existencia de los actos jurídicos.

Esas disposiciones no se aplican, en cambio, a la prueba de los hechos. Ahora bien, las circunstancias de la especie, los elementos extrínsecos al contrato, son siempre hechos materiales que también es menester

B. La situación chilena

En Chile se ha dado fuerte importancia a la interpretación en función de los elementos extrínsecos a la declaración. El Código Civil, comprendiendo que el intérprete debe atribuir especial valor a las circunstancias de la especie, que configuran el contorno del contrato aunque no se encuentran en la misma declaración, estableció dos reglas, en el artículo 1564 incisos 2 y 3, que no se hallan en el Código francés. Consagró también las mismas reglas de los artículos 1163 y 1164 franceses en nuestros artículos 1561 y 1565.

a) Regla de la aplicación restringida del texto contractual

La regla de interpretación restrictiva del contrato es formulada por el artículo 1561 en los siguientes términos: "por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".[751] Por ejemplo, dice Pothier, si se celebra una transacción entre A y B, poniéndose término a un litigio pendiente o precaviéndose un litigio eventual por medio de concesiones

---

Continuación nota [750]

probar, pero sin que sea necesario tomar en cuenta las limitaciones establecidas para la prueba de los actos jurídicos. Si fuere de otro modo, si se exigiera un principio de prueba por escrito para la prueba de cualquiera circunstancia, la interpretación extrínseca casi no podría tener lugar y por tanto el intérprete lograría muy difícilmente descubrir la voluntad interna de los contratantes.

Si está prohibido probar más allá de los escritos o contra ellos, "no puede serlo en materia de interpretación, pues, cuando se trata de interpretar, se busca solamente despejar cuál ha sido el verdadero alcance de un compromiso y de un contrato, y en tal caso todos los elementos de convicción son utilizables, aun los testimonios, aun las presunciones: es lo que sostiene muy justamente la Corte de Casación francesa en un fallo de 31 de mayo de 1948" (*Gazete du Palais*, 1948, 2, *sommaries*, 4. Cfr. MARTY, Gabriel, *Le rôle...*, cit., pp. 88 y 89. No hay que confundir la interpretación y la prueba. Al respecto señalan Marty y Raynaud, que "probar un contrato es establecer su existencia y el tenor de sus cláusulas; esta prueba debe rendirse conforme a las reglas legales y en principio por escrito. Interpretar un contrato –una vez establecidos su existencia y su tenor– es, en el marco de su tenor, precisar su sentido, su alcance y las obligaciones que él genera; ahora bien, esta interpretación obedece a reglas diferentes de las de la prueba" (MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, t. 1, Paris, 1961, 216).

Las circunstancias extrínsecas a la declaración, tan importantes para la interpretación, deben ser probadas por la parte que las alega, sin que sea necesario, empero, tomar en consideración las limitaciones establecidas por el Código Civil para la prueba de los actos jurídicos.

Esto no quiere decir que la interpretación, en sí misma, deba ser probada; no, la interpretación es, en el proceso, una tarea reservada al juez. Pero, para que éste pueda efectuarla, es preciso suministrarle los medios, demostrarle los supuestos de hecho en que el intérprete apoyará sus razonamientos al dilucidar el sentido de la convención. En este entendido, la prueba de todas las circunstancias de la especie reviste una importancia considerable.

[751] Idéntica es la regla del artículo 1364 del Código Civil italiano. Casi idéntica, la del artículo 1431 del Código Civil de Quebec.

recíprocas, y A se obliga a pagar a B $ 75.000, mediante lo cual se expresa que las partes se declaran libres de todas sus pretensiones respectivas, indudablemente que los términos generales de este contrato no perjudican los derechos de A contra B nacidos después de la convención, ni tampoco aquellos que ya existían al momento de su celebración pero de los cuales las partes no tenían entonces conocimiento.[752]

En aplicación del artículo 1561 se falló que "si se estipula que en la administración de los bienes del poderdante, podrá el Banco mandatario, entre otras cosas, prestar y exigir fianzas, la facultad de afianzar que se concede sólo se refiere al otorgamiento de fianzas dentro de la administración de los bienes del poderdante. En consecuencia, sale de los términos del mandato y no obliga al mandante la fianza otorgada por el Banco para asegurar el pago de letras propias de él mismo".[753]

b) Regla de la natural extensión de la declaración

Según el artículo 1565 "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".[754] Disposición inspirada en la segunda regla de Pothier, quien la ejemplarizaba señalando que si en una capitulación matrimonial se dice que los esposos estarán en comunidad de bienes, en la cual entrará el mobiliario de las sucesiones que pudieren tocarles, esta cláusula no impide que también ingresen a la comunidad todas las otras cosas que a ella entran según el derecho común, pues el caso colocado por las partes poco instruidas sólo fue agregado para evitar una duda de ellas.[755]

La oposición entre las dos reglas últimas es puramente aparente: estas disposiciones son manifestaciones distintas de un mismo principio general, el que ordena al intérprete considerar todas las circunstancias de la especie. Por lo tanto, la aplicación por el intérprete del artículo 1561 o del artículo 1565 dependerá únicamente del modo particular como se presente el caso concreto; de las circunstancias que sean probadas en los autos. Habría sido mejor no copiar las dos reglas de

[752] Cfr. *Traité*..., cit., Nº 98.

[753] *RDJ*, 18, 1, 267.

[754] El artículo 1164 francés fue copiado por Andrés Bello en el artículo 1565. También es idéntico el artículo 1365 del Código italiano de 1942. A través de un siglo y medio, desde 1804 hasta 1942, pasando por el Código chileno, esta y otras reglas permanecen inmutables en el derecho comparado de los países con régimen subjetivo de interpretación contractual.

[755] *Traité*..., cit., Nº 100.

Pothier y del Código francés, sino que consagrar directamente una norma que de un solo golpe hubiese establecido la necesidad de considerar todos los elementos extrínsecos al texto del contrato, susceptibles de esclarecer la común intención de las partes.

c) Regla de los otros contratos de las partes sobre igual materia

El Código Civil chileno consagra tres reglas de interpretación de los contratos que no se encuentran ni en Pothier ni en la ley francesa. Trátase de los artículos 1564.2, 1564.3 y 1566.2.

La primera de tales disposiciones formula la regla según la cual las cláusulas de un contrato "podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia". El juez está, por ende, autorizado para buscar la intención de las partes fuera del texto de la declaración. Así, "siendo vago un contrato en que el actual demandado se compromete a pagar una comisión por ciertos servicios, debe recurrirse, para interpretarlo, a un convenio que sobre la misma materia celebraron las partes con anterioridad...".[756]

La convención susceptible de ser considerada en la interpretación puede ser anterior o posterior al contrato objeto del litigio, pues lo que interesa es la comprobación de la voluntad interna de las partes, debiendo aprovecharse todo elemento capaz de revelarla.

d) Regla de la interpretación auténtica

Establece el artículo 1564.3 que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra". Dice al respecto Claro Solar, citando a Giorgi, que "la interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluido el contrato ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, atacado, si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad... En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad".[757]

---

[756] *RDJ*, 29, 1, 435.

[757] Claro Solar, *Explicaciones...*, cit., t. 12, p. 20.

Interpretando auténticamente, la Corte Suprema ha dicho que "la regla del inciso 3º del artículo 1564 es de importancia, principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o de hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer".[758]

Recurriendo a esta misma regla la Corte Suprema resolvió el 21 de agosto de 2003, que una Isapre había reconocido que por un período bastante prolongado de tiempo bonificó la prestación de un determinado medicamento, "por lo que desde el momento en que se dejó sin efecto dicho beneficio, contemplado hasta ese entonces como exclusión de cobertura, se modificó la aplicación práctica del contrato de salud que, hasta ese momento hacían ambas partes (regla de interpretación contenida en el artículo 1564 inciso 3º del Código Civil), por lo que cabe concluir que, aplicando dicho principio de interpretación contractual, la cobertura del medicamento" debe entenderse incluida.[759]

De igual manera, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió el 13 de junio de 2003, que "si las palabras no resultan completamente inequívocas, la regla del inciso segundo del artículo 1564 del Código Civil, llamada interpretación auténtica en doctrina, pone la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes de la respectiva cláusula, o una con aprobación de la otra, como elemento suficiente de interpretación". "Esta equivale en la materia, a la interpretación auténtica de la ley" "De ahí que se diga que es la confesión misma de las partes". "Ergo, siendo esta aplicación práctica discordante con la posición sostenida en el proceso por la actora y teniendo especialmente en cuenta que tal aplicación y por ende, entendimiento, se mantuvo por casi siete años, los mismos de duración del contrato, no cabe concluir sino que el sentido de la cláusula de reajustabilidad por incremento poblacional aquí controvertida, es el defendido por la demandada" (c. 8).[760]

Si a menudo la interpretación hecha por las partes es la manifestación más exacta que puede hallar el intérprete de su voluntad interna, no es menos cierto que la ejecución práctica de la convención puede haber sido el resultado de una equivocación sobre la extensión de las prestaciones. Por esto el intérprete, máxime si uno de los contratantes alega un error, debe inducir sus conclusiones con la mayor prudencia.

---

[758] *RDJ*, 17, 1, 444. Otras aplicaciones de la Corte Suprema del artículo 1564.3 en *FM*, 314, 786 y en *RDJ*, 85, 3, 183.

[759] Rol 2973/2003 (*PuntoLex*).

[760] *Municipalidad de Pudahuel con Starco S.A.*, rol 45/2000 (*PuntoLex*).

Debe señalarse, por último, que si la aplicación práctica del contrato implica una confesión de la común intención, ello ocurre sólo a condición de que dicha aplicación haya sido hecha por ambos partícipes o por uno con la aprobación del otro. El principio según el cual nadie puede crearse un título para sí mismo, impide que el intérprete tome en consideración la ejecución unilateral que haya podido recibir el contrato.

Las dos reglas que acaban de examinarse constituyen casos particulares, ilustrativos del principio general fundamental que, a pesar de no haber sido establecido formalmente ni en la ley francesa ni en la ley chilena, es constantemente aplicado en los respectivos países, a saber: el intérprete, para determinar la intención de las partes, debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas a la declaración. Este principio, en cambio, sí que fue reconocido expresamente por el Código italiano.[761]

75. Reglas subsidiarias de interpretación contractual

Si ni los elementos intrínsecos ni los elementos extrínsecos del contrato permiten al intérprete llegar a precisar el sentido de la convención discutida, será preciso que acuda a los llamados elementos subsidiarios de interpretación, en especial a la costumbre (los usos) y a la equidad, según lo señala expresamente el artículo 1135 del Código francés.[762] Sin embargo, en Chile, la disposición correspondiente al 1135, o sea, el artículo 1546 del Código Civil, no hizo referencia alguna a la equidad; únicamente a la costumbre: "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 amputación de la remisión a la equidad, en el artículo 1546, es resultado de una tradición equivocada que rechaza las expresiones del derecho que no estén en la ley positiva.

En el derecho francés, los exégetas del siglo pasado desnaturalizaron completamente el sentido del artículo 1135. Imbuidos por un culto desmedido a la voluntad individual, afirmaron reiteradamente que la costumbre y la equidad sólo pueden

[761] En efecto, el artículo 1362.2 del Código Civil dispone que "*Per determinare la commune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*".

[762] Luego que el inciso final del artículo 1134 francés prescribe que las convenciones deben ejecutarse de buena fe, el artículo 1135 establece que "las convenciones obligan no sólo a lo que en ellas se expresa, sino que también a las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza".

constituir elementos válidos de interpretación cuando el juez encuentre en la voluntad de las partes una referencia o remisión expresa a dichos elementos. De modo que usos y equidad en lugar de servir para explicar la voluntad fueron explicados por la voluntad. Pero en los últimos años, luego de los célebres trabajos críticos de Dereux y de Gounot, se ha ido reaccionando contra ese modo de entender los elementos subsidiarios de interpretación, con lo que se ha logrado que adquieran cierta autonomía.

A. Regla de las cláusulas usuales

La referencia del artículo 1546 a la costumbre es desarrollada por la regla interpretativa del artículo 1563.2, señalando que las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.[763]

El objetivo perseguido por nuestra disposición consiste en incorporar al contrato las cláusulas usuales, silenciadas en la declaración.[764]

No obstante, a pesar de la precisión del texto legal, en la práctica se le ha atribuido un significado muy restringido. En efecto, se lo ha explicado de manera que sólo queden involucradas en las cláusulas usuales las cosas llamadas "de la naturaleza del contrato", o sea, las cláusulas legales, que se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de una manifestación expresa de voluntad en tal sentido. Pero esto es el mero resultado de la existencia de disposiciones legales supletivas en la legislación civil, la consecuencia del principio según el cual la ley tiene capacidad para agregar algo al texto del contrato y no la consecuencia genuina según la cual, como lo sugiere el propio artículo 1563.2, serían los usos consuetudinarios –independientemente de la ley– los que deberían agregarse a la declaración contractual.

Esta cercenadura de lo consuetudinario en el terreno interpretativo se ha fundado en que en la legislación civil chilena los usos no juegan sino cuando la ley ordena expresamente que se les tenga en cuenta. El artículo 2º del Código Civil

763 No hay una regla similar en el Código Civil italiano. Sin embargo ella puede deducirse del artículo 1374, que expresa que "*il contratto obliga le parti non solo a quanto en el medesimo expresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e la equità*".

764 En sentido parecido dispone el artículo 1287 del Código Civil español que "el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse". Al respecto señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que "el uso en función interpretativa es operante únicamente cuando hay una ambigüedad en el contrato, en otras palabras, cuando no se puede colegir la intención común de las partes con arreglo a lo expuesto en tema de interpretación subjetiva" (*Sistema...*, cit., p. 86).

prescribe que "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Así entendida la disposición es lamentable, ya que impide la vivificación del derecho mediante la consideración de aquello que es generalmente admitido en una comunidad determinada y que, teniendo significación jurídica, bien pudo haber sido preterido por la ley. La idea de aplicar los usos del pueblo en el silencio del contrato aún no se abre camino en Chile, ya que los espíritus, con demasiada frecuencia, siguen creyendo que no hay derecho más allá de la ley. El culto exagerado a la ley, arraigado firmemente por una tradición que en otros lados ha quedado superada, no parece pronto a desaparecer. Sirva esto para comprender la poca importancia de los usos en la interpretación de los contratos civiles; en verdad, el intérprete sólo los considera cuando las partes se han referido formalmente a ellos en el texto de la convención o han sido recogidos por las normas legales supletivas de la voluntad.[765]

Los artículos 1546 y 1563.2 señalan la validez de la costumbre como elemento apto para fijar el alcance de los contratos. Lo propio se halla consolidado, en el terreno mercantil, por el artículo 6º del Código de Comercio, cuando señala que "las costumbres servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles". Según Olavarría, esta norma repetiría los conceptos legales del Código Civil, y pueden servir para la interpretación de un contrato tanto las prácticas o costumbres privadas, cuanto los usos públicos o generales. [766]

La ley chilena no hace diferencias entre uso y costumbre; dichos términos son empleados indistintamente. "Podemos decir que prácticamente nuestra ley, al hablar de uso y costumbre, identificó ambas palabras".[767] Sin embargo, una cierta parte de la doctrina ha procurado distinguir entre uso y costumbre. "Los usos no son sino prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos o círculos de un núcleo social dado. No tienen el carácter de la generalidad de la costumbre y tampoco llenan el requisito de la *opinio necessitatis* propio de la última".[768] Al analizarse de

[765] El artículo 4º del Código de Comercio chileno admite, sin embargo, el valor de las costumbres mercantiles para suplir el silencio de la ley.

[766] Cfr. *Manual...*, cit., t. 1, pp. 102 y ss. A pesar de estos textos legales plenos de potencia, hasta hoy los tribunales chilenos no han hecho que los usos y costumbres sean genuinos elementos de interpretación. Siguen petrificados.

[767] INFANTE, ob. cit., p. 34.

[768] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, t. 1, Ediar ConoSur, 1990, p. 144.

este modo los usos, no como expresión de la conciencia jurídica de la colectividad, sino como una simple práctica de los contratantes o de un grupo restringido de individuos –lo que es indiferente al hombre medio, que no se siente en absoluto concernido–, los usos podrían jugar en la interpretación de los contratos no como consecuencia de lo consuetudinario, sino que, simplemente, en razón de su ubicación en el seno de los elementos extrínsecos a la declaración, como circunstancias de la especie concreta.[769]

B. Regla de la última alternativa

Fuera del artículo 1563.2, también constituye una regla subsidiaria de interpretación la del artículo 1566. Su inciso primero dispone que "no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor". Esta norma (o regla llamada *favor debitoris*) debe aplicarse en último término, como recurso final para dirimir la contienda relativa al alcance del contrato.[770]

La regla es a menudo explicada como una consagración de la justicia en esta materia. Suponiendo que fuese efectivo que el 1566 reposa en la equidad, no resulta que ella sea un elemento autónomo e independiente de interpretación, pues únicamente opera en los términos rígidos en que el legislador lo ha establecido en el 1566: para dar el favor al deudor.

En verdad, esto de que el intérprete, en última instancia, deba dar la preferencia al deudor por sobre el acreedor no reposa puramente en la equidad. Implica aplicación de la máxima *actori incumbit probatio* (art. 1698 CC): incumbe probar la obligación al acreedor, y también sus términos; de modo que la persistencia de

[769] La doctrina francesa no es uniforme en lo que concierne a una eventual diferenciación de los usos de la costumbre. GÉNY, sostiene que los usos quedan excluidos del ámbito de la costumbre, particularmente por faltarles el elemento psicológico de la costumbre: la *opinio juris*. Los usos contractuales sólo serían aplicables en la medida en que pudiera estimarse que las partes quisieron libremente referirse a ellos. Esta referencia, aun virtual, de la voluntad de las partes a los usos, excluye la idea de una sanción jurídica que necesariamente debería producirse; por lo tanto, la *opinio necessitatis* estaría ausente (ob. cit., t. 1, 130 y ss.). Por el contrario MARTY, estima que no hay ninguna diferencia entre los usos convencionales y las reglas del derecho consuetudinario (MARTY, *La distinction...*, cit., pp. 156 y 157).

[770] Equivalente al artículo 1162 del Código francés. El Código italiano sólo la mantuvo para los contratos gratuitos, agregando que en los onerosos, en la imposibilidad de interpretar el contrato según las demás reglas, se resolverá equitativamente. Dispone el artículo 1371 italiano que "*qualora nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso*".

la duda al interpretar implica falta de prueba por parte del acreedor, debiendo, por ende, favorecerse al deudor.[771]

En fin, el artículo 1566.2, dispone que "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". Gran novedad del Código Civil chileno, si se considera que en la época de su promulgación una norma semejante no era conocida en parte alguna.[772] Regla de interpretación plenamente justificada: quien dicta o redacta el contrato, no importando el rol jurídico que le quepa, sea deudor o acreedor, debe responder por la ambigüedad resultante. Se protege así al jurídicamente más débil.[773] La jurisprudencia chilena ha aplicado directamente esta norma. La Corte de Apelaciones de Rancagua señaló el 2 de octubre de 2008, que

[771] La Corte Suprema, en fallo de 27 de enero de 2007, sentenció que "el artículo 1566 del Código Civil se ha concebido por el legislador como una norma de interpretación de los contratos cuando existen dudas o dificultades para conocer la intención de los contratantes, por la existencia de cláusulas ambiguas". "La regla de la ley es preferir la interpretación que resulte más favorable al deudor, salvo que la cláusula haya sido extendida o dictada por una de las partes y la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse precisamente por esa misma parte, en cuyo caso la cláusula ambigua se interpreta en su contra". "Ahora bien, en la especie, la manifestación de voluntad unilateral del acreedor al dar cuenta del pago de las obligaciones mediante el otorgamiento de la mencionada escritura pública de cancelación, es expresa e inequívoca respecto de cuáles créditos se reconocen pagados y, por ende, aquellos que no quedan comprendidos en esa declaración no puede tenérselos por satisfechos". "En consecuencia, como la declaración de voluntad ha sido clara y no ambigua, no cabe aplicar al caso la norma del artículo 1566 citado y, por lo mismo, no hay error de derecho en tal omisión" (c. 9) (rol 3846/2004, *PuntoLex*).

La doctrina se repite exactamente igual en fallo de la Corte Suprema de 30 de junio de 2008, que señala que "el artículo 1566 del Código Civil se ha concebido por el legislador como una norma de interpretación de los contratos cuando existen dudas o dificultades para conocer la intención de los contratantes, por la existencia de cláusulas ambiguas". "La regla de la ley es preferir la interpretación que resulte más favorable al deudor, salvo que la cláusula haya sido extendida o dictada por una de las partes y la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse precisamente por esa misma parte, en cuyo caso la cláusula ambigua se interpreta en su contra". "Ahora bien, en la especie, la manifestación de voluntad del arrendador al dar cuenta de los derechos que declara ceder al arrendatario en la mencionada cláusula séptima, es expresa e inequívoca respecto de la identificación de lo cedido y, por ende, aquellos derechos que no quedan comprendidos en esa declaración no puede considerárselos incluidos en ella". "En consecuencia, como la declaración de voluntad ha sido clara y no ambigua, no cabe aplicar al caso la norma del artículo 1566 citado y, por lo mismo, no hay error de derecho en tal omisión (c. 5) (rol 581/2008, *PuntoLex*).

[772] Hoy día nuestro artículo 1566.2 tiene normas equivalentes o muy parecidas en el derecho comparado, así el artículo 1370 del Código italiano señala que "*le clausole inscrite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraendi s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro*". La parte final del artículo 1432 del Código Civil de Quebec indica que, en todos los casos de duda, el contrato se interpreta en favor del adherente o del consumidor.

[773] Cfr. Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, *Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 1992, en particular pp. 85 y ss.

"si bien el contrato materia de la *litis* es de naturaleza ambigua, puesto que por una parte refiere ser un contrato por obra o faena, esto es, las obras y arriendos de Codelco y, por otra faculta su término por otra causal establecida en la legislación laboral, su interpretación debe hacerse en contra del empleador, por simple aplicación de la ley común, contenida en el artículo 1566 del Código Civil, pues es el empleador quien extiende o dicta las cláusulas del contrato laboral" (c. 3).[774]

En lo que hace a los contratos de adhesión, ya hubo ocasión de analizar el alcance del artículo 1566.2, vale decir, la regla de la interpretación del contrato en contra del redactor.[775] El artículo 1566.2 puede estimarse aplicación del principio general *nemo auditur,* presente o subyacente también en los artículos 296, 798, 1468, 1683 y 1685 del Código Civil.[776]

En cualquier caso, para que pueda aplicarse la regla del inciso segundo del artículo 1566 es necesario que se acredite que las cláusulas ambiguas del contrato han sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, sin la intervención de la otra. Como se explicó a propósito de los contratos de adhesión, esta regla interpretativa será aplicable especialmente cuando una de las partes imponga a la otra el contenido del contrato, de modo que el adherente no tenga más posibilidad que aceptar el clausulado sin tener la opción de discutirlo.[777] Por eso quien sostenga que la cláusula en cuestión no ha sido redactada o impuesta por la contraparte, deberá probar que así ha sido, y que no tuvo la opción de variar el contenido. En este preciso sentido se falló por la Corte de Apelaciones de Valdivia, el 4 de septiembre del año 2007, que "esta Corte no comparte el criterio de entender que se aplique en este caso, en contra del suscriptor, la norma de hermenéutica contractual que impera que las cláusulas ambiguas que

[774] Rol 189/2008 (*PuntoLex*).Véase, también *RDJ*, 3, 1, 217.

[775] *V. supra* 29.

[776] En fallo de 31 de agosto de 2004, la Corte Suprema declaró "que el artículo 1566 señala, en su inciso 2º, que las cláusulas ambiguas dictadas por una de las partes, como sucede en la especie respecto del Instituto, se interpretarán contra ella, disposición que cobra mayor fuerza por tratarse de un contrato de salud previsional (...) propendiendo a hacer más efectivo el mandato constitucional contenido en el artículo 19 Nº 9 de la Carta Fundamental" (c. 10) (*LegalPublishing* 30766). También, con ocasión de un contrato de *leasing*, resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago el 8 de noviembre de 2006, que "es evidente que la propia terminología utilizada por el redactor del contrato resulta, a lo menos, confusa o ambigua en cuanto al real alcance de la indemnización pactada en la cláusula décimo séptima, por lo que no cabe sino aplicar la regla de interpretación contenida en el artículo 1566 del Código Civil según la cual, las cláusulas ambiguas que han sido 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" (c. 7) (rol 7285/2002, *PuntoLex*).

[777] *V. supra* 29.

hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea deudora o acreedora, deben interpretarse en su contra cuando la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella (artículo 1566, inciso segundo)". "Ello fundamentalmente porque, como queda claro de la letra de la ley, el solo hecho de ser suscriptor del pagaré no coloca a la ejecutada en la posición de sujeto pasivo de la sanción interpretativa que la norma prevé, porque para que tal cosa ocurriese debió haberse probado que las cláusulas fueron extendidas o redactadas por ella". "Esa prueba es imprescindible, además, porque el criterio de normalidad apunta que en el tráfico jurídico cotidiano quien redacta los términos de un pagaré no es precisamente quien lo suscribe, sino que el acreedor a quien el pagaré favorece" (c. 5).[778]

76. NATURALEZA DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN ¿SON SIMPLES CONSEJOS O NORMAS IMPERATIVAS?

Se ha sostenido, con no poca insistencia, que las reglas de interpretación de los contratos constituyen consejos dados por el legislador a los jueces. Esta corriente de opinión parece venir desde los primeros comentadores del Código francés y se ha visto confirmada por una fuerte cantidad de jurisprudencia en los países en que ha tenido lugar la discusión.[779]

Acorde con esta doctrina, que, cosa excepcional, no ve en proposiciones legales un mandato del legislador, sino que una mera sugerencia, resulta que el juez es soberano en su interpretación, su poder es amplísimo y confiado a su exclusivo criterio, de tal modo que su dictamen sólo puede revisarse por la vía del recurso ordinario de apelación, pero, en caso alguno, a través del extraordinario de casación.

Este criterio, que hoy ha perdido mucha vigencia, es la exageración de la doctrina que sostiene que la interpretación misma de los contratos, no ya la sujeción a esta o aquella regla, se efectúa privativamente por los jueces del fondo.[780]

---

[778] Rol 588/2007 (*PuntoLex*).

[779] Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 12, p. 5.

[780] En referencia a los artículos 1281 a 1289 del Código civil español sobre interpretación de los contratos, escriben DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que "son auténticas normas jurídicas, no máximas de experiencia, y como tales obligan al intérprete (jueces, árbitros). Reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la posibilidad de casar la sentencia que las infrinja" (*Sistema...*, cit., p. 88). En el mismo sentido dice Lacruz que "la doctrina clásica negaba a las reglas legales de interpretación verdadero carácter jurídico, viendo en ellas simples consejos dirigidos al juez; orientaciones lógicas que tienden a auxiliarle en la ejecución de su tarea, pero que no le vinculan" (...) "Nuestra doctrina considera hoy que las disposiciones

Autores de gran prestigio sustentan lo indicado.[781] Es el caso de Josserand, quien expresa que "estas directivas (las reglas de interpretación), que llevan el sello del buen sentido y de la equidad, son simples recomendaciones sin carácter obligatorio para el juez, prácticamente al menos, ya que su inobservancia no da ciertamente lugar a casación".[782]

En el plano nacional, no ha faltado jurisprudencia minoritaria que confirme lo anterior.[783] Un fallo que después de negar la posibilidad de revisar lo resuelto, por la vía de la casación, desde que los artículos 1563 y 1564 que se afirman violados constituyen normas que sólo informan el criterio de los jueces del fondo, sienta la doctrina en forma general, al establecer: "Puede decirse que el correcto o incorrecto empleo de las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil en un sentido extenso sólo es posible apreciarlo por el recurso ordinario de apelación, que otorga amplia libertad al tribunal revisor para aquilatar los hechos y el derecho".[784] Y otro, de 20 de agosto de 1954, que dice: "Las disposiciones que señalan las normas sobre interpretación de los contratos están destinadas a fijar hechos que han de servir de base para ese efecto; y la aplicación que hagan los jueces de las respectivas instancias de las normas que ellos establecen, no puede ser revisada por la vía de la casación en el fondo, porque aquellos son soberanos para fijar los hechos del pleito y el tribunal

Continuación nota [780]

interpretativas son verdaderas normas jurídicas, que obligan al juez a entenderlas y aplicarlas correctamente, de tal suerte que su infracción por no hacer uso de ellas cuando procede, o, al contrario, hacerlo indebida o erróneamente, puede ser denunciada en casación" (*Elementos...*, t. 2, Vol. 2, p. 286). Cfr. también LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., en *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1998, pp. 409 y ss. En Argentina escribe Zago que "creemos necesario que si existen normas expresas en el Código Civil o en el supuesto de nuestro país en el Código de Comercio, ellas revisten carácter obligatorio para los jueces, posibilitando el recurso de casación (en los países que exista) o en nuestro país el recurso de inaplicabilidad de la ley (ZAGO, Jorge A., "Interpretación del contrato", en *Contratos*, dirigido por Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, pp. 102 y 103).

[781] Entre ellos, según BRAIN, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, DEMOLOMBE, GAUDEMENT (ob. cit., p. 47).

[782] JOSSERAND, *Derecho Civil*, cit., p. 176.

[783] Algunos autores nacionales aún mantienen esta idea. Afirma PAILLAS, que "las reglas de interpretación de los contratos de que tratan los arts. 1156 y siguientes del Código Civil francés y 1560 y siguientes del Código de Bello dan a los jueces del fondo una serie de normas acerca de cómo deben proceder al efectuar esa interpretación, mas, como ha dicho la jurisprudencia, esas reglas no tienen un carácter imperativo, son simples consejos dados al magistrado. Y ese poder de control de los jueces del fondo tiene un límite: si el acto es claro y preciso no pueden modificar su sentido y alcance, con pretexto de interpretarlo" (PAILLAS, Enrique, *El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 85).

[784] *RDJ*, 46, 1,566.

de casación está obligado a reconocer la efectividad de ellos, tal como se hayan dado por establecidos en los fallos afectos a un recurso de casación de fondo".[785]

La doctrina contenida en los fallos anteriores es errada. El legislador no cumple su misión dando consejos. No se aprecia fundamento alguno para que lo hiciera. Las leyes tienen por objeto obligar, siendo esencialmente coercitivas. "Las reglas interpretativas, cuando se contienen en las leyes del Estado, tienen evidentemente el carácter de leyes, de normas jurídicas, como todas las demás leyes. No se ve por qué no han de ser normas jurídicas positivas, sino reglas dialécticas que deban servir de guía al juez en sus operaciones mentales, ni por qué su aplicación ha de depender de condiciones de hecho, cuya existencia tenga que apreciar a su arbitrio el juez intérprete. No es discutible que formalmente son tan leyes como las demás; el que den instrucciones al juez para proceder de un determinado modo en la decisión de los litigios no las priva de su carácter de leyes, porque entonces con la misma razón tendríamos que negar este carácter a toda una serie de normas del Procedimiento Civil"[786] . De allí que parezca más razonable lo resuelto por la Corte Suprema con fecha 4 de mayo de 2005, en cuanto afirma que las leyes relativas a la interpretación de los contratos son normas dadas a los jueces del mérito con el fin de determinar el verdadero sentido y alcance de lo estipulado por las partes, y "si dicho sentido y alcance se establece sin incurrir en error de derecho, vale decir, sin vulnerar las normas especiales obligatorias al efecto, no cabe el recurso de casación en el fondo".[787]

"Según una doctrina moderna, formada bajo la influencia de los juristas franceses, las normas interpretativas serían simples reglas técnicas destinadas a actuar como criterios directivos del prudente arbitrio del juez. Según otra más reciente doctrina, se trata de verdaderas normas jurídicas de carácter imperativo, cuya inobservación por parte del juez puede ser impugnada en casación. Esta más reciente posición es, en nuestra opinión, la única justa".[788]

En las últimas opiniones señaladas se contiene la doctrina más sensata. Esta tesis parece latir en la mayoría de los fallos de nuestros tribunales. "A las disposiciones legales sobre la interpretación de los contratos debe sujetarse el juez para resolver toda cuestión en que se necesite conocer la voluntad de los contratantes

---

[785] *RDJ,* 51, 1, 265.

[786] DANZ, Erich, *La Interpretación de los Negocios Jurídicos,* traducción del alemán, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 135.

[787] Rol 3111/2003 (*PuntoLex*).

[788] BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico,* traducción del italiano, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 246. En igual sentido CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 12, p. 15.

en los puntos en que estuvieron en desacuerdo. La doctrina de que la interpretación de los contratos constituye un hecho de la causa que los jueces del fondo pueden apreciar con facultades privativas, no se opone a la obligación que tienen de someter a la ley su criterio jurídico en esta materia, aplicando las reglas especiales establecidas por la propia ley para determinar, en desacuerdo de los contratantes, el verdadero alcance de la convención que ha de surtir efecto entre ellos y que tiene por objeto regular o avaluar su derecho. La infracción de estas reglas puede dar motivo a un recurso de casación en el fondo".[789]

En el silogismo, típico proceso de deducción, juegan dos reglas fáciles de diferenciar. Una: la regla lógica, que es la que gobierna la estructura del procedimiento deductivo, la que nos dice cómo sacar la conclusión en vista de las premisas. Otra, la regla empírica, que constituye la premisa mayor del silogismo.[790]

El juez, en la necesidad de interpretar un contrato recurre, precisamente, al silogismo. Es así que la premisa mayor será la regla de interpretación; la menor será la cláusula discutida y la conclusión no otra cosa que el alcance que corresponda fijar a dicha cláusula, dado el contenido de las premisas. En un ejemplo: Como premisa menor las partes discuten sobre el alcance que debe darse a una cláusula susceptible de varios sentidos. La premisa mayor es la regla de interpretación que resulte aplicable de las varias dictadas por el legislador. En el caso, el artículo 1562 del Código Civil. Y la conclusión a que llega el intérprete consistirá en decidir que la cláusula debe entenderse en aquel sentido preciso, de los varios discutidos, en que es capaz de producir efectos.

Ahora bien, en el silogismo de marras, el legislador no se preocupa de la regla lógica, desde que ella es ajurídica y está fijada para siempre en forma inelástica, invariable. Pero, en cambio, sí que se interesa por la regla empírica, desde que ella es susceptible de mutar acorde a los criterios interpretativos y, por esto, para evitar confusiones y resoluciones arbitrarias, las fija en forma de que sean uniformemente aplicadas, seleccionándolas de lo que su conocimiento de la vida le indique, al punto de que las dichas reglas de interpretación, o premisa mayor en cada caso concreto, no son sino reglas de experiencia.

Las reglas de interpretación implican reglas de experiencia; esto podría inducir a pensar que, con mayor razón, han de ser consejiles para el juez, pero no es así.

---

[789] *RDJ,* 17, 1, 444. Véase las sentencias citadas en RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La Prueba ante la Jurisprudencia,* Ed. Jurídica de Chile, 1958, p. 78.

[790] Véase CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal,* traducción del italiano, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pp. 425 y ss.

Queda entonces la cuestión de demostrar que las dichas reglas importan mandatos para el intérprete, que son obligatorias y, por lo tanto, si él las viola, quien resulta afectado puede procurar que se le repare por el Tribunal Supremo el agravio que le ha causado el fallo de instancia, recurriendo, para ello, de casación en el fondo, siempre que se den los presupuestos que exige la ley procesal.

Hay dos argumentos para concluir que las reglas de interpretación son normas jurídicas de carácter imperativo:

1. La conjunción de las voluntades que cada parte exterioriza al convenir da nacimiento al contrato, y consecuentemente a las obligaciones. Para conseguir el acuerdo, cada sujeto del acto jurídico debe recurrir a reglas de experiencia. El oferente, por lo que su experiencia le indica, sabe que debe expresar su voluntad interna en una forma determinada para ser entendido, y el aceptante, también por experiencia, llega a reconocer lo que el oferente quiso expresarle. Si aquél está conforme con lo ofrecido, acepta, y, además, nace el contrato.

El intérprete debe caminar en sentido contrario la senda que han recorrido las partes al convenir. Éstas han descendido desde la voluntad interna, desde la intención, hasta los signos o expresiones con que la transformaron en expresión informal, o sea, en voluntad declarada, llegándose por ahí hasta la fórmula. El intérprete, al revés, debe ascender desde la fórmula hasta la común voluntad de las partes.

En ambos casos hay un elemento común: las reglas de experiencia, de que han debido valerse los contratantes para exteriorizar sus voluntades y, posteriormente, el intérprete para poder ascender hasta la voluntad exacta que exteriorizaron las partes. Sólo en cuanto el que interpreta recorra con exactitud, aunque inversamente, la senda que siguieron las partes, podrá decirse que se ha efectuado una correcta interpretación.

Consecuencia: hay que buscar una forma para que las mismas normas de experiencia utilizadas por las partes lo sean también por el intérprete. Y para ello, nada mejor que imponer al magistrado la utilización de estas o aquellas reglas legales de interpretación.

Si lejos de dejarse a la prudencia del intérprete la elección de la premisa mayor, de la regla de interpretación o experiencia, se le impone la utilización de alguna, resultará que las partes, en conocimiento de lo anterior, procurarán expresarse en la forma que más se avenga con las reglas señaladas por la legislación, para así precaverse ante el evento de una posterior interpretación, frente al cual, evidentemente, gustarían de ser bien entendidas. Por lo mismo que lo más probable es que las partes adecuen la fórmula a las reglas de interpretación vigentes; el intérprete, llegada la ocasión de actuar, tendrá mucho mayor posibilidad de llegar a lo que realmente quisieron las partes si utiliza las reglas de experiencia que ellas tuvieron

presentes, antes que si emplea las que en el momento le parezcan más oportunas, teniendo las señaladas por el legislador como una mera sugerencia.

Al fijarse imperativamente las reglas de interpretación se elimina la variabilidad de soluciones que, frente a un punto concreto, acarrea la doctrina opuesta. Así, si el legislador decide que no pudiendo aplicarse otras reglas se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, resulta la desaparición de la posibilidad de multiplicidad de criterios, desde que ahora el intérprete no las podrá interpretar a favor del acreedor ni tampoco buscar términos medios.

La solución propuesta, de fijar coercitivamente las máximas interpretativas de los contratos, no elimina la posibilidad de que el intérprete yerre en su cometido de arribar a la exacta voluntad que constituyó el contrato, en especial dado que la multiplicidad de casos susceptibles de presentarse hace imposible una completa determinación de dichas máximas, pero es indudable que disminuye en forma apreciable los márgenes de error que pueden atribuirse a la doctrina de las reglas consejiles.

2. Se ha dicho que las reglas de interpretación importan reglas de experiencia. Cabe preguntarse: ¿acaso estas reglas de experiencia constituyen derecho?

Sí que lo constituyen; y para demostrarlo basta con recurrir a la distinción entre norma jurídica y proposición. Todos los artículos de las leyes envuelven proposiciones, pero no siempre normas jurídicas, de lo que resulta, frecuentemente, que ésta, la norma jurídica, suele estar constituida por varias proposiciones dispersas en diferentes artículos.

Y lo que en la materia que se examina ha llevado a afirmar que las reglas de interpretación no son obligatorias, es la consideración de que ellas no implican normas jurídicas, máxime que a estas últimas nadie puede negarles su carácter coercitivo, ya para los particulares, ya para los órganos judiciales.

Pero sucede que si se confronta la norma jurídica por la unión de las proposiciones dispersas, se verá que las reglas de interpretación integran aquélla, y que, por ende, son obligatorias.

Así el artículo 1438 del Código Civil debe vincularse con el artículo 1560 del mismo Código, y concluir que "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, tal como resulta de la común intención de ellas más que de lo literal de las palabras". Más aún, ni siquiera el artículo 1438 contiene una norma jurídica, sino que sólo una proposición que debe complementarse con el artículo 1545 que da carácter obligatorio al contrato al establecer que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes".

Con el mismo criterio –que nos lleva igualmente a afirmar que el 1444 al distinguir los elementos de la esencia, naturaleza y accidentales de cada contrato, tam-

bién integra la norma– resulta indudable que todas las reglas de interpretación siguen igual suerte.

Pues, como dice Carnelutti: "Aquí queremos afirmar que por este camino también los artículos que contienen las reglas de interpretación entran a componer la norma jurídica que establece la obligatoriedad del contrato, en cuanto, al enunciar las reglas de experiencia adoptadas por el legislador para deducir de los hechos aparentes la declaración de voluntad, fijan y determinan en qué consiste el hecho a que se da el nombre de contrato y se le atribuye eficacia de ley entre las partes".[791]

Consecuencia final: si se viola una regla de interpretación de los contratos se viola una proposición y, por lo tanto, la norma jurídica a que ella pertenece. De lo que se desprende que es factible recurrir de casación en el fondo por haberse infringido, en la sentencia en que se declaró la interpretación hecha, alguna proposición constitutiva de una regla de interpretación de los contratos.[792]

77. REGLAS NO LEGALES DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Las reglas de interpretación formuladas por el legislador no son las únicas a las que el intérprete puede recurrir. Existen las llamadas reglas no legales de interpretación de los contratos y que podrían ayudar al intérprete en la fijación del sentido de la convención.[793] Es el caso de algunas reglas que formuló Pothier y que no fueron sancionadas por la legislación positiva francesa, pero que pueden servir al intérprete francés para establecer el verdadero alcance de las estipulaciones contractuales. Así, su novena regla de interpretación señala que "cuando el objeto de la convención es una universalidad de cosas, comprende todas las cosas particulares que componen esta universalidad, aun aquellas de las cuales las partes no tenían conocimiento".[794] Salvo que haya indicios que permitan asegurar que las partes no querían tratar sino de las cosas contenidas en la universalidad y que

[791] CARNELUTTI, *Estudios...*, cit., p. 438.

[792] Fuera de las dos doctrinas examinadas sobre la naturaleza jurídica de las reglas legales de interpretación de los contratos, existe una postura ecléctica, que considera que unas reglas son imperativas y otras meros consejos del legislador a los jueces. Sobre la doctrina ecléctica puede verse LÓPEZ SANTA MARÍA, *Interpretación y calificación...*, cit., pp. 41 a 43.

[793] Es la situación de los artículos 1564.2, 1564.3 y 1566.2 chilenos, que, a pesar de no ser mencionados en el Código Civil francés, pueden ser aplicados por un juez francés si las reglas interpretativas resultan aptas para revelar la común intención de los contratantes.

[794] POTHIER, *Traité...*, cit., Nº 99.

ellas conocían, como ocurriría si las negociaciones hubieran sido realizadas sobre la base de un inventario. Del mismo modo, la última regla de Pothier indica que "lo que figura al final de una frase se refiere ordinariamente a toda la frase y no sólo a lo que precede inmediatamente, a condición, sin embargo, que dicho final de frase concuerde en género y en número con toda la frase".[795] Así, si en el contrato se lee que las maderas de los árboles en pie y los frutos pendientes de los árboles "se consideran muebles", esta última frase se aplica a ambos. En Chile, el artículo 571 del Código Civil evita cualquier duda.

En la perspectiva del sistema subjetivo de interpretación es normal que el juez pueda utilizar las reglas no legales. La meta perseguida, la voluntad sicológica de las partes, justifica la consideración de todo principio o directiva existente capaz de servir de base a los razonamientos del intérprete.

Obviamente que la reglas no legales de interpretación, ni directa ni indirectamente sancionadas por el legislador, constituyen meras recomendaciones, pudiendo los jueces prescindir libremente de ellas.

§ 4. CRÍTICA AL SISTEMA SUBJETIVO DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Largamente se ha expuesto sobre la concepción voluntarista del contrato y el principio o dogma de la autonomía de la voluntad.[796] Se explicó que el sistema subjetivo de interpretación de los contratos es otra consecuencia de ese principio.[797] Dado el tenor de todo lo afirmado, no debe extrañarse que ahora se cuestione severamente el régimen de interpretación contractual vigente en Chile.

78. EL CARÁCTER FICTICIO DEL SISTEMA SUBJETIVO DE INTERPRETACIÓN

La finalidad perseguida por el régimen tradicional de interpretación de los contratos es descubrir la voluntad subjetiva o interna de las partes contratantes, sus intenciones, para zanjar el litigio (la contienda sobre el alcance de la convención), según lo que esa voluntad y esas intenciones establezcan. El intérprete es concebido más como un sicólogo que como un jurista.

Pero las voluntades de los seres humanos con demasiada frecuencia son frágiles, contradictorias, inestables, caprichosas; incluso arbitrarias. La inconsistencia

[795] Ibídem, 102. También la undécima regla que Pothier formula en su número 101 representa una regla no legal de interpretación.

[796] Véase especialmente *supra* 13, 39 y 40.

[797] *V. supra* 39.

de la voluntad, en especial cuando se compara la voluntad actual con las intenciones pretéritas, es rasgo asombroso de la precariedad de nuestra condición de criaturas limitadas. Todo lo cual también vale para la voluntad subjetiva y para las intenciones de los contratantes. Mas, si de lo que se trata es de indagar cuáles fueron en un momento distante, es decir, el día de la celebración del contrato bajo interpretación.

Ni siquiera es nítido el significado semántico de la voluntad. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha fijado numerosos alcances a la expresión "voluntad",[798] los cuales dejan perplejo a quien busque luz en la materia. Aunque no se sepa con exactitud a qué es lo que se hace referencia cuando se le prescribe al intérprete que busque la voluntad subjetiva de los contratantes, los juristas tradicionales se desentienden de esta grave limitante, y parten de la base de que todo es nítido, cuando la verdad es que todo permanece en la niebla.

Afirma López de Zavalia que "para la teoría de la voluntad, lo decisivo es la voluntad interna. Sin voluntad interna, psicológica, no hay contrato. Aplicada a la interpretación de los contratos, pretende un imposible. La voluntad interna, la real voluntad psicológica es incognoscible. Sólo Dios conoce nuestras intenciones".[799] Apunta también Hernández-Gil que la "intención equivale a pensamiento, volición, conciencia de algo determinado, inclinación de la mente: en suma, interioridad psicológica. Sin embargo, la investigación jurídico-civil ni siquiera en la realización judicial del derecho puede tener por base un análisis psicológico individualmente dispensado".[800] Incluso se suele afirmar que hasta el mismo diablo ignora las intenciones de los hombres.

Incomoda el espíritu la concepción de los contratantes forjada por el método subjetivo de interpretación. Cualesquiera que sean las circunstancias, se ordena al intérprete buscar la voluntad interna de las partes, aun para resolver la duda más pequeña. ¡Como si las partes hubiesen verdaderamente previsto todo!

---

[798] Voluntad: "del latín *voluntas*. Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa. 2. Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola. 3. Decreto, determinación o disposición de Dios. 4. Libre albedrío o libre determinación. 5. Elección de una cosa sin precepto o impulso externo que a ello obligue. 6. Intención, ánimo o resolución de hacer una cosa. 7. Amor, cariño, afición, benevolencia o afecto. 8. Gana o deseo de hacer una cosa. 9. Disposición, precepto o mandato de una persona. 10. Elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro respecto o reparo. 11. Consentimiento, asentimiento, aquiescencia".

[799] *Teoría...*, cit., p. 162.

[800] Hernández-Gil, Antonio, *La Función Social de la Posesión,* Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1967, p. 118.

En la práctica, los individuos que celebran un contrato no prevén ni pueden prever todas las dificultades que el negocio jurídico es susceptible de originar luego de su conclusión. Normalmente existirá toda una serie de hipótesis que quedarán sin ser reglamentadas por los contratantes. Por lo mismo, la pretensión de referirse siempre en la interpretación a la intención de ellos no es sino una ficción.

Por otra parte, hay toda una cantidad de aspectos en el contrato, que habiendo sido considerados por las partes, lo fueron de un modo diferente por cada una, pues el interés que ésta persigue al contratar no es el mismo perseguido por aquélla. Es entonces un engaño de la teoría clásica insistir en la búsqueda de intenciones comunes allí donde sólo pueden encontrarse intenciones divergentes.

Marty y Raynaud tienen ciertamente razón al señalar que "en presencia de una fórmula dudosa, lo más verosímil es que cada una de las partes le haya atribuido el sentido que le es más favorable, cada cual pensando hacer un buen negocio; no hay intención común. Igualmente, cuando durante la ejecución del contrato surge una dificultad imprevista sobre la cual nada han dicho las partes, es en vano buscar para resolverla cuál habría sido la intención común de las partes, pues si cada una de ellas hubiese previsto la dificultad, la habría resuelto en el sentido que le era favorable".[801]

Es también una ficción recurrir a la voluntad de los contratantes para justificar el empleo de los usos y de la equidad en la interpretación. Si dichos valores interpretativos no pudieren aplicarse sino cuando las partes se hubiesen referido formalmente a ellos, eso significaría que cualquier contratante, si lo quisiera, podría escapar a las consecuencias que los usos y la equidad señalan al contrato. Esta conclusión lógica de la opinión corrientemente admitida atenta, absurdamente, contra el genuino significado de los usos y de la equidad. Y ello a pesar de que las normas del Código en la materia (1546 y 1563.2 CC) no son ningún apoyo para semejante opinión.

Por consiguiente, parece que debería eliminarse de la interpretación de los contratos toda referencia a voluntades tácitas, probables o virtuales de los contratantes. Estas nociones no tienen ningún sentido. O hay elementos de convicción

[801] MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, cit., t. 2, vol. 1, 1962, 218. En sentido similar se pronuncia BATIFFOL, quien indica que "la pretendida búsqueda de la intención implícita de las partes, de la cual se colocan siempre los considerandos de los fallos, es una falacia, pues si dichas partes hubiesen tenido una intención al respecto, la habrían expresado ante la incertidumbre de la solución" (BATIFFOL, Henri, *La crise du contrat et sa portée*, en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 13, Paris, 1968, p. 17).

suficientemente fuertes y entonces la voluntad es real, o no los hay y entonces la voluntad es impenetrable; inútil, por ende, a la interpretación. Debe discreparse de Ripert y Boulanger cuando afirman que "no hay que disimular el carácter conjetural y adivinatorio de semejante búsqueda de voluntad: muy frecuentemente la voluntad probable que el juez cree descubrir no es más que una voluntad ficticia"; y luego agregan, como conclusión: pero esas son ficciones necesarias.[802] No, el derecho y la interpretación deben integrarse a la realidad, a la vida social, donde no hay lugar para consideraciones puramente abstractas y ficticias.

Las observaciones, en condicional, de Carbonnier, en el sentido de que debería tenerse el coraje para reconocer que la interpretación de los contratos tiene sus límites y que la común intención de los contratantes no puede ser hallada cuando hay un cierto grado de oscuridad, deberían formularse en forma imperativa. Máxime que el artículo 1135 (en Chile art. 1546 CC) otorga al juez-intérprete los medios suficientes para que pueda imponer a los contratantes obligaciones que éstos no previeron en ningún sentido; pueda rehacer el contrato dudoso, formulándolo tal como lo haría un hombre razonable y equitativo, mejor quizá que los contratantes.[803]

La interpretación no consiste en buscar una voluntad inexistente, sino que en declarar lo justo y razonable para una situación dada. Las partes han consentido ubicarse en una situación contractual de la que han determinado ciertos rasgos, pero los que vienen luego, sus consecuencias, serán apreciadas por el intérprete, quien determinará derechos y obligaciones en las que probablemente no habían pensado. La situación contractual debe construirse objetivamente al interpretar. Según proclamase Portalis: "La ley regula las acciones, sin indagar los pensamientos".

Vale decir, que 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.[804] Al instante de su interpretación el contrato es independiente del pasado, de lo que las partes querían cuando lo celebraron. Tal es nuestra conclusión personal. Otra es la realidad en la actual legislación y jurisprudencia chilenas.

---

[802] Ripert y Boulanger, *Traité...*, cit., t. 2, 455.

[803] Cfr. ob. cit., p. 257.

[804] *V. supra* 33 *D.*

79. EL CARÁCTER INDIVIDUALISTA DEL SISTEMA SUBJETIVO DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

El sistema clásico de interpretación es altamente individualista.

El individualismo, desde el punto de vista jurídico, puede analizarse desde dos aspectos: según se considere al individuo como fin del Derecho o como fuente del Derecho.[805] Que el individuo sea el fin del Derecho es indiscutible para los espíritus no totalitarios.[806]

Es, en cualquier caso, el otro aspecto del individualismo el que se encuentra aquí en cuestión. La afirmación de que el individuo sea la única fuente de derechos y obligaciones implica rechazar todo vínculo jurídico que no repose sobre la voluntad humana. Es la tesis de la *Willenstheorie;* la voluntad absorbe el acto jurídico en su totalidad; ella se transforma, por tanto, en la base única de su interpretación. Para la *Willenstheorie* los contratantes son seres soberanos que no dependen más que de ellos mismos en el establecimiento de las relaciones jurídicas que les conciernen. Ningún elemento social entra en juego, la voluntad es todopoderosa. Así se afirma el individualismo en estado puro.

Pero lo anterior es una quimera. El contrato es un hecho social. En una medida que es variable, la voluntad no puede dejar de plegarse a las exigencias del medio social que desarrolla constante influencia sobre los particulares. Sólo aquel que razona a partir del hombre aislado puede afirmar la autonomía del individuo. Sin embargo, "el solo hombre real, el único del cual los historiadores han encontrado trazas, es aquel que vive en sociedad: en todas partes, los derechos del grupo, por pequeño que sea, han precedido los derechos del individuo. La tesis del contrato social es falsa, en tanto cuanto ella afirma la realidad histórica de ese contrato... Es un lugar común comprobar que la sociedad es natural al hombre, que sin ella nadie podría lograr el respeto de lo esencial de sus intereses materiales y morales".[807]

El individualismo es una doctrina que, al afirmar que la sola voluntad del individuo –al margen de todo juicio de valor sobre su contenido– es la fuente de los derechos subjetivos, no puede ser aceptada. En lo relativo a la interpretación

[805] Cfr. WALINE, Marcel, *L'Individualisme et le Droit,* 2ª ed., Ed. Domat Montchrestien, Paris, 1949.

[806] Aunque el individuo sea el fin del Derecho, es preciso, por un lado, que no se le examine al margen de los cuerpos intermedios en que se integra, entre los que la familia ocupa el primer lugar, por ser la célula básica de la sociedad y, por el otro, que el interés del individuo se armonice con el bien común o interés general.

[807] FLOUR, *Cours...*, cit., pp. 95 y 96.

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.

A las voluntades hipotéticas, a menudo adivinatorias, deberían sustituirse algunos elementos sociales. Así, la interpretación, en lugar de desarrollarse en el absoluto, tomaría en cuenta las realidades de la vida. Habiendo dejado la voluntad de ser el alma del contrato, no puede continuar siendo la medida de su interpretación.

"La tentativa de fundar un orden jurídico sobre la base voluntarista debía necesariamente abortar. Los filósofos la abandonan; a más o menos breve plazo los juristas se verán constreñidos a reconstituir los sistemas que la edad moderna establece sobre este falso principio".[808] Uno de los sistemas que debe reconstituirse es, sin duda alguna, aquel tradicionalmente admitido en materia de interpretación contractual.

[808] VILLEY, *Essor...*, cit., p. 96.

Capítulo Segundo
Interpretación objetiva de los contratos

Al examinar ahora el sistema objetivo de interpretación de los contratos, el propósito es bosquejar una alternativa válida frente a lo que ocurre en Chile, Francia y otras naciones que mantienen el régimen subjetivo. No se trata de efectuar un análisis exhaustivo, ni de referirse a todos los países que recogen un método objetivo de interpretación contractual. Para ilustrar los aspectos fundamentales de la interpretación objetiva servirá de modelo el derecho alemán, sin perjuicio de aludir accidentalmente a expresiones de este método fuera de Alemania. Se comparará, en distintos momentos a lo largo de este capítulo segundo, el sistema objetivo con el subjetivo, a fin de destacar los rasgos decisivos que diferencian a uno del otro.[809]

80. Las normas del Código Civil alemán sobre interpretación contractual. Parágrafos 133 y 157 del BGB. Willenstheorie y Erklärungstheorie

Hasta el final del siglo XIX el derecho privado alemán permaneció bajo la impronta voluntarista. La intención o voluntad interna de los individuos era el elemento decisivo en la estructura y funcionamiento de múltiples instituciones. En virtud de la influencia de la doctrina de los autores, el Código Civil del año 1900 (BGB), en su texto primitivo y especialmente en su aplicación ulterior, modificó tal corriente subjetivista. La *Erklärungstheorie* arrebató el lugar preponderante a la *Willenstheorie,* pasando a presidir la teoría alemana de los actos jurídicos la noción objetiva de la declaración de voluntad.[810]

---

[809] En la bibliografía chilena Johow Santoro, Christian, "Para una nueva lectura de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil. El método de la interpretación del contrato en el Derecho alemán", en *Cuadernos de Extensión Jurídica,* Universidad de los Andes, 6, 2002, pp. 99 y ss.

[810] Una definición corrientemente citada de la noción objetiva de la declaración de voluntad es la de Isay, formulada en 1899, según la cual es "aquella actitud de la que, basándose en las experiencias del

A pesar de sus pretensiones de objetivar el derecho, la *Erklärungstheorie* ha debido hacer algunas concesiones a la voluntad subjetiva. El negocio jurídico no es totalmente independiente de la voluntad individual interna; su origen voluntario es indiscutible. Esta evidencia no pudo ser desconocida por la *Erklärungstheorie,* doctrina que captó perfectamente que la decadencia de la autonomía de la voluntad no implica, necesariamente, la desaparición de la esfera jurídica de toda consideración sicológica. No es éste el lugar para examinar un vasto conjunto de instituciones en que surge el problema del significado de la voluntad, de la intención del sujeto de derecho: la formación del consentimiento y los vicios de que puede padecer; la causa considerada como el motivo determinante que induce al acto o contrato; el abuso del derecho; la noción de la falta en la responsabilidad aquiliana, y más en general, la cuestión de la imputabilidad en la responsabilidad civil, no son sino algunos ejemplos, limitados al campo del derecho civil.

Respecto a la génesis del negocio jurídico, la *Erklärungstheorie* siempre ha reconocido un rol a la voluntad interna: la distinción entre la voluntad de la declaración y la voluntad del efecto nunca está ausente en los escritos de sus partidarios. La voluntad de la declaración, entendida como adhesión subjetiva al negocio jurídico, no puede faltar; en caso contrario, los actos concluidos por los impúberes o por los dementes deberían considerarse válidos, lo que estaría en oposición al artículo 105 del BGB. La voluntad del efecto, en cambio, es irrelevante, pues, para determinar las consecuencias de los negocios jurídicos, el juez debe exclusivamente atenerse al sentido normal de la declaración. O sea, que la voluntad subjetiva participa en el nacimiento del negocio jurídico, pero no se perpetúa más adelante.[811]

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 ¿Cómo se llegó a este resultado?

Continuación nota [810]

comercio y teniendo en cuenta todas las circunstancias, se puede deducir *normalmente* una voluntad definida, sin que quepa preocuparse en un caso concreto si esa voluntad corresponde a la realidad" (BOSSHART, Fritz, *L'interprétation des contrats,* tesis, Genève, 1939, p. 49). A pesar del criterio objetivo de la *normalidad,* que se destaca en la definición, todavía prosigue impregnada de reminiscencias de la *Willenstheorie,* siendo por lo menos imprecisas las referencias a la voluntad.

[811] Cfr. RIEG, Alfred, "*Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXème siècle*", en *Archives de philosophie du droit,* Paris, Ed. Sirey, 1957, pp. 129 y ss.

Las diversas legislaciones que rigieron a los pueblos germanos durante el siglo XIX contenían variadas normas para la interpretación de los contratos.[812] Si sólo una disposición prescribía directamente algo similar a lo establecido por el artículo 278 del Código de Comercio, no es menos cierto que los regímenes jurídicos estaban todos marcados por el sello subjetivo.[813] La doctrina, igualmente, se manifestaba profundamente partidaria de la *Willenstheorie.*[814]

Sin embargo, al momento de la redacción del BGB, la *Erklärungstheorie* había ya hecho vigorosa aparición y acababa de publicarse la primera edición de la célebre obra de Danz sobre la interpretación de los negocios jurídicos.[815] Así las cosas, no es de extrañar que un conflicto se produjese en el seno de la Comisión Redactora entre las tendencias subjetiva y objetiva de interpretación. La exposición de motivos, o memoria, que acompañó al primer proyecto de Código Civil para el imperio alemán, permite apreciar que tal conflicto se zanjó en favor de la concepción tradicional que da el favor a la voluntad sicológica por sobre la voluntad declarada.

El parágrafo 73 del proyecto reproducía casi literalmente el artículo 278 del antiguo Código de Comercio: "Para juzgar e interpretar los actos de comercio, el juez buscará la voluntad de los contratantes sin sujetarse al sentido literal de la expresión", manifestando así que se deseaba permanecer fieles a los antiguos principios subjetivos. No obstante algunas proposiciones formuladas para suprimirla, esta norma se mantuvo en el parágrafo 133 del texto definitivo del BGB, actualmente vigente: En la interpretación de una declaración de voluntad, será necesario investigar la voluntad real sin atenerse al sentido literal de las palabras.[816]

---

[812] Código General de Prusia, I, 4, artículos 65-74, y I, 5, artículos 252-269; Código Civil de Sajonia, artículos 135 y 809-813. Además los artículos 1156 a 1164 del Código Napoleón se aplicaban en aquellas regiones regidas por el Código francés.

[813] Hacemos referencia al antiguo Código de Comercio, cuyo artículo 278 quedó abrogado con la entrada en vigor, el 1º de enero de 1900, del nuevo Código de Comercio. Dicha fecha marca un hito decisivo en la unificación de las tan variadas legislaciones vigentes en los diversos Estados germánicos. En efecto, el 1 de enero de 1900 entraron en vigor: el Código Civil; el Código de Procedimiento; la Ley de Quiebras y el Nuevo Código de Comercio. Estos textos fueron, desde un comienzo, obligatorios para todo el territorio del imperio alemán. Antes, en cambio, sólo el antiguo Código de Comercio tuvo tal carácter.

[814] Savigny, Puchta, Windscheid, Brinz, Zitelmann estaban contestes: el juez intérprete debe buscar la intención de los contratantes (cfr. RIEG, Alfred, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand,* LGDJ, Paris, 1961, p. 369).

[815] ERICH, Danz, *Die auslegung der rechtsgerchäfte,* Iena, 1897.

[816] Traducción de GARCÍA MORENO, *Texto y comentarios al Código Civil del imperio alemán,* Madrid, 1897.

El BGB sólo contiene dos disposiciones sobre la interpretación de los contratos. El artículo 133 recién trascrito, y el artículo 157 que prescribe que los contratos deben ser interpretados como lo exige la buena fe en correlación con los usos sociales. Este último texto figuró originalmente en el parágrafo 359 del proyecto; respecto a él, la exposición de motivos señala que "conjuntamente con las normas del parágrafo 73 para los negocios jurídicos, en general, el proyecto establece para los contratos, en consideración a la obligación que de ellos nace, y conforme a otras codificaciones modernas, la disposición particular del parágrafo 359. Este texto no proporciona solamente algunos puntos de apoyo para la determinación de las obligaciones que nacen de los contratos, sino que expresa, antes que nada, el principio de que las relaciones jurídicas contemporáneas están dominadas por la buena fe y que ahí donde sea preciso determinar el contenido del contrato y de las obligaciones que crea para las partes, esta disposición debe tomarse como línea directriz".[817]

Es indudable que el BGB, al momento de su aparición, consagró un sistema interpretativo similar al del Código Civil francés. La regla básica era el artículo 133 que ordena al intérprete, al igual que su homólogo, el 1156 francés, la investigación, la búsqueda de la voluntad interna del autor del acto jurídico. La regla subsidiaria se traslucía en el artículo 157 que, tal como los artículos 1134.3 y 1135 franceses, establece el recurso a la buena fe y a los usos como elementos susceptibles de precisar el sentido del contrato. La preeminencia era para la voluntad subjetiva; por ende, el BGB no fue original; no innovó en materia de interpretación contractual.

Pero, en los años que siguieron a la promulgación del Código Civil alemán, la influencia creciente de la *Erklärungstheorie* tradujo un cambio radical. El sentido primitivo de los parágrafos 133 y 157 varió decisivamente: de subjetivo que era, el sistema de interpretación de los contratos se convirtió en objetivo y realista, alejándose así del modelo francés.

Los autores alemanes, cuyos escritos sobre la interpretación son muy numerosos, han subrayado encarnizadamente las debilidades de la voluntad humana, concluyendo en la necesaria conveniencia de no continuar refiriéndose a ella al determinar el alcance de los actos jurídicos. Por esto no sorprende que ya en 1902, apenas algunos meses después de la entrada en vigencia del BGB, un profesor haya podido observar, sin vacilación, que a pesar de las apariencias el parágrafo 133 del BGB no sanciona en absoluto un sistema subjetivo de interpretación.

[817] Motivos, t. 2, § 359. Cita tomada de RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique...*, cit., Nº 377.

"Al leer el artículo 133 del Código alemán podría creerse que consagra la vieja doctrina..., sin embargo, uno se equivocaría mucho si no da a las palabras una significación diversa. En efecto, es imposible aislar este artículo de todo el trabajo doctrinal efectuado en Alemania durante estos últimos treinta años sobre la noción misma del contrato, y respecto de la cual la declaración de voluntad es uno de los resultados".[818]

"La ciencia alemana ha llegado a sostener, de manera general, que pretender que la base y el fundamento del contrato sean la voluntad (que ha demostrado ser débil, torpe y fácil de engañar) es una ilusión y casi una ironía, porque la voluntad del contratante no está, en el hecho, jamás consciente de aquello a que se compromete y porque nunca vislumbra aquello que se le atribuye mediante una interpretación las más de las veces adivinatoria. El individuo no sabe lo que quiere, sino muy vagamente... Y, por lo demás, aunque el declarante supiera lo que quiere, no es seguro que haga falta tener eso siempre muy en cuenta, pues el acto jurídico, una vez desatado del agente luego de la declaración, lanzado al curso de la vida jurídica, es tanto un hecho social de interés colectivo cuanto un acto individual".[819]

¿Cuál es, entonces, el alcance actual del artículo 133 del BGB? La disposición establece, en verdad, que el intérprete debe buscar "la voluntad real" sin detenerse en el simple sentido literal de las palabras; pero la expresión "voluntad real" no es sinónima de voluntad interna. Las intenciones sicológicas de los contratantes carecen de importancia en la fijación del significado de las convenciones dudosas. Todo lo relativo al proceso mental que ha tenido lugar en el fuero interno de las partes contratantes es indiferente para la interpretación.[820]

Pero, además de repudiar la interpretación subjetiva, el artículo 133 envuelve una condena de la interpretación puramente gramatical o literal, una condena de la interpretación de la declaración contractual considerada aisladamente.

Debe disiparse aquí un malentendido en el que han incurrido autores que oponen el sistema subjetivo a un sistema objetivo que sólo tomaría en cuenta el tenor del contrato. Así, Josserand expresa que "para efectuar la interpretación de los contratos, se han concebido dos métodos que proceden de diferentes espíritus y que conducen a resultados divergentes: es posible preocuparse únicamente de buscar la voluntad real de las partes (voluntad interna) por todos los medios posi-

[818] MEYNIAL, E., "La déclaration de volonté", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1902, pp. 556 y ss.

[819] Ibídem, p. 558.

[820] En este sentido se pronuncian muchos autores alemanes (cfr. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique...*, cit., 384). Véase también DANZ, ob. cit., pp. 26 y 83.

bles; es posible también considerar aisladamente la fórmula empleada, la declaración de voluntad, e interpretarla a la luz de los usos, de los hábitos sociales, del medio en el cual ha sido proyectada. El primer sistema, puramente individualista y subjetivo, es el de nuestro Código Civil francés; el segundo, más o menos social y objetivo, es el del derecho alemán".[821] Estas frases contienen un error: en el sistema alemán, la fórmula, la declaración, no es considerada aisladamente, pues, si así fuera, la interpretación, a pesar de las referencias a criterios objetivos como la buena fe y los usos sociales, sería una interpretación literal. La realidad es otra.

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 los partícipes en el negocio contractual. El juez debe considerar los elementos de hecho que envuelven el contrato, fuesen ellos anteriores, simultáneos o posteriores al momento de su conclusión. Tales elementos de hecho, denominados circunstancias de la especie, son de decisiva importancia en el sistema alemán de interpretación, de modo que el juez no puede prescindir de ellos. Como Gounot lo ha remarcado, "en las doctrinas alemanas el término declaración tiene un sentido muy vasto y muy flexible, que no evoca para nada el formalismo antiguo. Designa no sólo las palabras y los escritos, sino que todos los gestos y actitudes de las partes, y aun los usos particulares nacidos entre ellas de relaciones precedentes".[822]

Si algunas veces no se ha reparado en lo que acaba de señalarse, ello ha ocurrido a causa de la ambigüedad de la terminología. Se habla, en efecto, de una teoría de la "declaración": el término es válido si se lo opone a aquello que permanece en el fuero interno de las personas, mas no si se lo identifica exclusivamente con las palabras escritas en la fórmula o documento en que la convención se expresa, dejando de lado las circunstancias de la especie.

Investigación de la voluntad real, según el parágrafo 133 del BGB, implica, pues, al mismo tiempo, condenación del método subjetivo magnificador de las voluntades internas y rechazo de una interpretación literal de la fórmula contractual. En otros términos, el genuino sentido del parágrafo 133 se traduce en el establecimiento de un sistema en el cual lo que se interpreta es el texto contractual enriquecido por las circunstancias objetivas de la especie. "La declaración no consiste solamente en los términos que la expresan, sino que también en todo el medio de circunstancias ambientales del cual ha salido y al cual se vincula".[823]

---

[821] JOSSERAND, *Cours...*, cit., Nº 239.

[822] Ob. cit., p. 133.

[823] SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 220.

El artículo 113 del Código Civil del Brasil, del año 2003, adoptó una norma semejante a la del artículo 157 del BGB, al disponer que "los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración".[824]

81. LAS CIRCUNSTANCIAS OSTENSIBLES DE LA ESPECIE. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA SUBJETIVO

Hay un punto de contacto entre todos los métodos modernos de interpretación, tal es: el rechazo de la interpretación puramente literal de los contratos. El sistema clásico subjetivo se interesa particularmente en las circunstancias de la especie, pero dentro de límites y frente a finalidades que no son los mismos del sistema objetivo.

Los límites son mucho más amplios en el sistema subjetivo que en el sistema objetivo. Aquél ordena al intérprete la búsqueda de todas las circunstancias de la especie, de todos los elementos extrínsecos al texto contractual susceptibles de esclarecerlo; estas circunstancias pueden ser patentes, perceptibles por cualquier ciudadano normal; no obstante, a menudo son meramente subjetivas. El intérprete, obligado a escudriñar hasta el fondo del alma de las partes para encontrar su común voluntad, debe considerar, cuando no lisa y llanamente inventar, circunstancias como los sentimientos, el carácter y el pasado de los contratantes. No ocurre lo mismo en el sistema realista de interpretación; el juez, que no tiene para qué procurar sumergirse en la vida interior de las partes, sólo atenderá a las circunstancias de la especie de carácter objetivo, "a los elementos de hechos exteriores y ostensibles que sirven de medio a la declaración, para aclararla y hacerla aparecer ante quienquiera que la aprecie según los usos y las condiciones normales de la vida tal como existe realmente".[825] Por tanto, en la interpretación objetiva sólo interesan las circunstancias notorias, que fueron conocidas, o que debieron serlo, tanto para el oferente cuanto para el aceptante.

En cuanto a las finalidades perseguidas al considerar las circunstancias propias de cada especie, ellas también difieren en ambos regímenes interpretativos. En el sistema subjetivo, las circunstancias sirven al intérprete para inducir la común voluntad interna y para fijar el sentido o alcance de la convención. En cambio, en

[824] Cfr. MOREIRA ALVES, José Carlos, "A disciplina do negócio jurídico, que se aplica aos contratos, no novo código civil brasileiro", en *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, en honor del Rector Fernando Hinestrosa, t. 2, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 456 y ss.

[825] SALEILLES, *De la declaration...*, cit., p. 221.

el sistema objetivo las circunstancias únicamente contribuyen a precisar el material que deberá interpretarse, a completar la fórmula contractual con los elementos exteriores que conjuntamente integran la declaración; pero la interpretación propiamente tal es posterior y se realiza por medio de la aplicación de concepciones generales tales como la buena fe y los usos sociales. Si la interpretación objetiva debe efectuarse previa integración de las circunstancias de la especie, es a condición que el sentido que se atribuirá al contrato sea aquel al que todo hombre razonable llegaría si desplegare una actividad análoga a la del juez.

Las palabras no siempre tienen un sentido preciso; por eso, para fijar su significado en cada caso es importante considerar todas las circunstancias objetivas de la especie. El parágrafo 139 de la Ley de Procedimiento Civil alemana impone al juez el deber de colaborar, con sus preguntas, a completar las indicaciones sobre los hechos de la causa y el deber de solicitar todas las declaraciones que puedan contribuir a esclarecer la situación. La disposición mencionada tiene gran importancia, pues si las circunstancias del caso concreto no quedan integradas al material que deberá interpretarse, el sentido que en definitiva se atribuirá a la convención probablemente no corresponderá a la situación contractual realmente producida y los efectos jurídicos en los que desemboque la interpretación serán, por lo tanto, falsos.

Si bien es cierto que no es posible definir con exactitud las circunstancias de la especie en razón de lo variable que son en cada caso, al menos se pueden mencionar los principales aspectos a que ellas generalmente se refieren: tenemos así, las circunstancias relativas al objeto de la convención; al lugar donde se concluye la convención y a las finalidades, generalmente económicas, perseguidas por las partes.

Si se va a un restaurante y se solicita al camarero, "tráigame un bistec a la plancha, unos fósforos y el periódico", la palabra tráigame varía de alcance según el objeto solicitado. Respecto a la comida, ella implica la voluntad de obtener la propiedad mediante el pago de una suma de dinero: el precio usual cobrado en el local; tal alcance, dependiente del objeto solicitado, depende también del lugar en que se declara la voluntad: en un restaurante es obvio que la expresión "tráigame" aplicada a un plato de comida tiene el sentido indicado, y depende incluso del fin que se pretende alcanzar con la declaración y que en el ejemplo consiste en alimentarse. En cambio, respecto a los fósforos, la palabra "tráigame" –también según las circunstancias de objeto, lugar y finalidad– tiene usualmente un sentido diverso, consistente en la petición que hace el declarante para utilizar gratuitamente todas las cerillas que serán necesarias para encender los cigarrillos que se consumirán durante la permanencia en el local. Por último, respecto al periódico, y siempre según las mismas circunstancias, el encargado del negocio no se obliga,

si acepta, más que a permitir su lectura en el recinto del restaurante. Estas soluciones, evidentes en apariencia, podrían sin embargo ser diferentes en la medida en que otras circunstancias vinieren a modificar el texto de la declaración; quizá el cliente pide la carne únicamente para observarla; los fósforos, para comprarlos; el diario, para hacer un paquete (...), pero como estas hipótesis no son las usuales, para que el declarante sea comprendido así, es forzoso que dé mayores explicaciones. Por otra parte, si las mismas palabras se pronuncian en un lugar diverso, su sentido puede variar radicalmente: si se pide un periódico a un diariero, hay que pagarlo; lo mismo si se solicitan fósforos en un expendio de tabacos.

Merecen también especial consideración las circunstancias relativas a la relación de parentesco o amistad entre las partes. Si se va a un negocio cuyo giro comercial consiste en el arrendamiento de artículos para el hogar, y se solicita, por una semana, la entrega de un televisor, es normal que el solicitante quede obligado a cancelar el precio ordinario de tal goce. Pero si quien pide el televisor es el hijo del propietario del negocio, aunque emplee idénticos términos que los que utilizaría un extraño, no queda obligado al pago ordinario, pues los servicios que los padres prestan a sus hijos son normalmente gratuitos; si el padre tuvo la voluntad de ser reembolsado, para que esa voluntad fuese tutelada por el derecho habría sido preciso que la hubiese exteriorizado, que el hijo hubiese escuchado formalmente a su padre pronunciarse en dicho sentido.

En fin, la circunstancia de tratar con un individuo que se ocupa normalmente de ejecutar un trabajo determinado a cambio de una remuneración, es suficiente para concluir que, aunque ningún precio se convenga expresamente, deberá pagársele el precio usual de los servicios que se le soliciten. Esta circunstancia puede concretarse de muy variadas maneras: una plancha en la puerta de la oficina de un asesor jurídico o comercial; la gorra del acarreador que trabaja en la estación de ferrocarril, etc.[826]

El arte de la interpretación, como señala Danz, consiste precisamente "en tener en cuenta todas estas circunstancias del caso; sólo aquel que de este modo, penetrado en los más finos matices del caso concreto –pero sin entrar para nada en la voluntad interna que haya podido mover a las partes–, investigue el sentido de la declaración de voluntad estudiada, podrá llegar a un resultado justo y en consonancia con el sentimiento general del derecho".[827]

En consecuencia, es el texto contractual enriquecido por las circunstancias objetivas de la especie lo que debe interpretarse. Se sabe también que las intencio-

[826] Cfr. Danz, *La interpretación...*, cit., pp. 51 y ss.

[827] Ibídem, p. 65.

nes sicológicas de los contratantes no juegan ningún papel en un sistema realista de interpretación. Pero ¿cómo debe proceder el juez para fijar el sentido de la convención? Es la pregunta que debe ahora responderse.

82. EL HOMBRE RAZONABLE COMO CRITERIO DE LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA

Los partidarios de la interpretación objetiva de los contratos señalan diversos criterios aptos para que el juez determine el sentido de la convención discutida. Dos de ellos son especialmente interesantes.

El primero consiste en preguntarse por el modo cómo el destinatario ha comprendido la declaración. Es la interpretación orientada hacia el aceptante y que tiende a salvaguardar la confianza que éste ha tenido en el cocontratante. Ocurre, sin embargo, que el sentido atribuido por el aceptante a la declaración puede ser completamente diferente al sentido previsto por el declarante; en rigor, puede ocurrir que la manera cómo es entendida la declaración por el destinatario no fuera ni siquiera previsible para el emitente. Por eso, la preferencia que se concede al entendimiento de una de las partes sobre el entendimiento de la otra no es capaz de resolver el problema, máxime que tal favoritismo engendraría a menudo la arbitrariedad y podría llevar nuevamente a la interpretación hacia un marcado subjetivismo.

Así las cosas, la doctrina se ha visto compelida a introducir correctivos objetivos a este dudoso criterio; Larenz dijo que "es preciso preguntarse si un ciudadano medianamente dotado, ubicado en la situación concreta del declarante, podría contar con la posibilidad que la declaración fuera comprendida por el destinatario en el sentido dudoso", y agrega, concluyendo: "la declaración debe interpretarse como corresponde a la posibilidad de comprensión del destinatario, con la restricción, empero, de que el significado así descubierto sea objetivamente imputable al declarante".[828] En este sentido debe destacarse el artículo 236.1 del Código Civil de Portugal, que señala que "la declaración negocial vale en el sentido que un normal destinatario de la declaración, ubicado en la posición del real destinatario, pueda deducir del comportamiento del declarante, salvo si éste no pudo razonablemente contar con tal sentido". Queda la impresión que tras la consideración del declarante y del destinatario no hay más que un juego de palabras y

[828] Citado por RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique...*, cit., p. 380. Cfr. las explicaciones de SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, traducción española, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 277 a 279.

que, en definitiva, es el estándar del "hombre medio y razonable" el que se impone; todo el resto parecería un puro ornamento de la construcción.

El otro criterio proviene de Saleilles, quien, luego de repudiar el método subjetivo de interpretación, afirma que el intérprete debe efectuar una "interpretación mediana", ya que cualquier otro proceso conduciría a sacrificar a uno de los contratantes al otro, a consagrar el triunfo de la voluntad unilateral de una de las partes. De modo, pues, que el intérprete debe hacer resaltar "una voluntad contractual puramente jurídica", una voluntad ideal que no es ni la del oferente ni la del aceptante.[829] Si la búsqueda de un criterio objetivo de interpretación es imprescindible, es mejor no reducirlo a una voluntad, por muy jurídica y abstracta que ella fuere. Así, por lo demás, se elimina todo equívoco a propósito de la voluntad sicológica en la interpretación contractual, y, sin aventurarse demasiado, llégase a concluir que el criterio objetivo entrevisto por Saleilles se hermana con el modelo del hombre razonable.

La interpretación objetiva debe entonces efectuarse aplicando el patrón del hombre medio razonable, lo que significa que el intérprete debe atribuir a la declaración el sentido normal que le otorgaría la generalidad de los hombres raciocinando con las tradiciones comunes de espíritu, que descansan en la idiosincrasia nacional. El intérprete no ve más que lo que todos los individuos pueden ver, o sea, los hechos probados en el proceso; él no tienta inducir misteriosamente la voluntad común de los contratantes, sino que coloca a dos personas razonables en el lugar de las partes, preguntándose cómo ellas habrían entendido la declaración contractual y cómo habrían cumplido en un caso similar.

Que esta forma de proceder sea la única exacta, se aprecia al pensar en las hipótesis en que la interpretación es necesaria. Entonces se verifica: o que las partes comprendieron diferentemente la declaración, o que ciertos puntos no fueron reglamentados, presentando la convención una laguna, y que, tanto en un caso como en el otro, el juez está imposibilitado para interpretar según la voluntad común de los contratantes, pues ella no existe. Si el juez quiere decidir objetivamente, acercándose a la realidad de las cosas, sólo le queda una pregunta: ¿cómo las personas racionales habrían entendido normalmente la declaración de voluntad?[830]

Pero el estándar del hombre racional es algo indefinido. Por eso sólo sirve como principio general orientador de la función interpretativa: como guía del

[829] Ob. cit., p. 229.

[830] En este sentido, cfr. DANZ, *La interpretación...*, cit., pp. 96 y 97.

intérprete en la búsqueda del sentido objetivo de la convención. Se imponen, pues, algunas precisiones para hacer de este principio una regla operativa en la práctica. El parágrafo 157 del BGB se sitúa en tal perspectiva. Lo que se analizará más adelante.[831]

83. EL INTÉRPRETE DEBE CONSIDERAR LOS RESULTADOS ECONÓMICOS PERSEGUIDOS POR LOS CONTRATANTES. REGLAS DE LA EXPERIENCIA. SÍNTESIS DEL SISTEMA OBJETIVO DE INTERPRETACIÓN

Se oye decir con frecuencia que el negocio jurídico es una declaración de voluntad destinada a producir un efecto jurídico. Esta afirmación es exacta en cuanto no incurre en el exceso de expresar que sea la voluntad, por sí misma y exclusivamente, la que produce el efecto jurídico. Sin embargo, en la exposición de motivos del BGB, puede leerse que "el negocio jurídico es una declaración de voluntad privada, tendiente a alcanzar un resultado jurídico, resultado cuya producción es ordenada por el derecho, ya que ha sido querida por el declarante". Las vivas reacciones que estas frases provocaron en la doctrina alemana han tenido el mérito de revelar cómo, en la práctica, los particulares apuntan escasamente a los efectos jurídicos al concluir los contratos que los ligan.

Quien compra un traje, sube en un autobús o vende su automóvil no pretende adquirir un crédito puramente inmaterial e inútil (al menos en lo inmediato) para vestirse, trasladarse de un lugar a otro o procurarse los medios monetarios para realizar las operaciones proyectadas. Los individuos, en permanente necesidad de concluir los contratos más diversos, persiguen resultados económicos: el goce de un bien material, la obtención de un servicio, la posibilidad de disponer de dinero, etc... Así ocurre ordinariamente con todos los contratos: los efectos jurídicos no están presentes en el espíritu de los contratantes, ni en los actos jurídicos pecuniarios ni tampoco en los actos jurídicos familiares como el matrimonio o la adopción.

El hombre normal no piensa que, al contratar, nacerá un crédito y un débito correlativo. A veces, incluso, lo ignora. Supone simplemente que la contraparte cumplirá el compromiso asumido. Cierto es que el ordenamiento jurídico ha creado los mecanismos necesarios para que los resultados económicos perseguidos por los contratantes puedan ser obtenidos aun en el caso de resistencia del obligado, pero es igualmente claro que los derechos subjetivos y las obligaciones existen aunque no hayan sido directamente queridos por los particulares. Los

[831] *V. infra* 84.

efectos jurídicos nacen porque la ley lo ha dispuesto frente a la existencia de declaraciones de voluntad no desaprobadas por el derecho.

El juez debe velar por la concreción de las finalidades económicas perseguidas por las partes, a condición, naturalmente, de que sean lícitas. Es, por ende, necesario que el juez las conozca, ya que de no ser así corre el riesgo de dar por establecidos efectos jurídicos que no corresponden a la realidad y de interpretar literalmente, contrariando de este modo las reglas legales: el parágrafo 133 del BGB, en el caso del derecho alemán. Entre las circunstancias de la especie, tantas veces aludidas, los resultados económicos perseguidos por las partes ocupan un lugar destacado. ¿Cómo debe proceder el intérprete para conocerlos?

"Lo que caracteriza al buen juez es su esfuerzo por poner siempre en claro, ante todo, el fin económico que persigue el negocio jurídico de que se trata y por ayudar a las partes a alcanzarlo, a menos que la ley lo prohíba. Y el mejor juez será el que sepa ponerse él mismo en el lugar de las partes; verá entonces, y muy pronto, si se coloca primero en el lugar del demandante y luego en el del demandado, pero seriamente, como si se tratase de su propio bolsillo, cuáles son los fines económicos que las partes persiguen".[832]

Los contratantes emplean ciertos signos, tales como las palabras, los escritos o los gestos para expresar los resultados económicos que se proponen alcanzar. Para precisar, en cada caso, la finalidad económica perseguida, es necesario conocer el significado de los signos utilizados por las partes. Este conocimiento lo puede obtener únicamente el intérprete que está en posesión de las reglas de la experiencia; que conoce la vida. En otros términos, la apreciación del sentido de la conducta contractual debe obtenerse por medio de la experiencia: lo que supone que el juez utilice todo aquello que incumbe a la vida social e individual; el empleo, por tanto, de todos sus conocimientos "privados". Las construcciones jurídicas nada tienen que hacer aquí; se aplicarán sólo al concluirse la interpretación.

Al precisar las finalidades económicas, como en toda la función interpretativa, el juez debe poner en práctica sus conocimientos extrajurídicos, ya los tenga gracias a su práctica profesional, a sus actividades privadas o por simple buen sentido. Y esta aplicación de las reglas de la experiencia forma parte, ciertamente, de la función jurisdiccional, la que no puede reducirse al mero juego de principios y prácticas propiamente jurídicos, pues, como lo señala Gaupp-Stein: "las reglas de la experiencia de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación de los casos de la práctica, y las reglas especiales de la técnica en las

[832] Danz, *La interpretación...*, cit., p. 133.

artes, en las ciencias y en la vida social, en el comercio y en la industria... se aplican siempre en el proceso como premisas de los hechos litigiosos".[833]

Durante el proceso de interpretación el juez debe hacer abstracción de las construcciones jurídicas. En efecto, la calificación de los contratos, tan importante para precisar las normas supletorias aplicables a las materias no regladas por los propios contratantes, es siempre posterior a su interpretación. Durante ésta, el juez no debe atribuir ninguna calificación distintiva a la convención, limitándose a determinar el modo como un hombre medio comprendería la declaración: "es menester que la interpretación del juez sea aquella que todo el mundo podría hacer situándose en el estado actual y en las condiciones sociales en que viven aquellos a quienes (el contrato) se aplica".[834]

Las voluntades sicológicas, las intenciones de los contratantes que no hubiesen sido exteriorizadas, carecen de importancia para la interpretación objetiva de las convenciones. Por ende, es impertinente averiguar el sentido que cada parte atribuyó, al concluir la convención, en su fuero interno, a las palabras o a las cláusulas discutidas.

La interpretación gramatical o literal de la declaración, considerada aisladamente, es tan condenable como la interpretación subjetiva. El juez debe considerar las circunstancias objetivas de la especie: aquellas que siendo exteriores y ostensibles pudieron ser conocidas por ambas partes. Debe procurar que no se le escape ninguna.

Las finalidades económicas perseguidas por los participantes en el contrato deben ser materia de especial atención. El intérprete no debe olvidar que los contratantes piensan poco en los efectos jurídicos de la convención y que, en cambio, atienden sobre todo a los resultados concretos alcanzables a través del acto, susceptibles de satisfacer las necesidades de la vida práctica.

El intérprete debe atribuir a la declaración el sentido que le otorgaría cualquier hombre medio, razonando con las tradiciones espirituales que comparte con sus conciudadanos. Debe preguntarse cómo un hombre razonable comprendería el contrato dudoso o, si la convención presenta una laguna, cómo dicho hombre la cumpliría espontáneamente si estuviese en idéntica situación que los litigantes. El juez debería saber esto por su experiencia de la vida; pero, si no tiene bastante, debe asesorarse debidamente y no decidir jamás sin conocimiento de causa.

Las reglas de la experiencia son tanto más importantes en la interpretación cuanto ésta se realiza prescindiendo de construcciones jurídicas, que sólo adquie-

[833] Mencionado por DANZ, *La interpretación...*, cit., pp. 123 y 124.

[834] SALEILLES, *De la declaration...*, cit., p. 215.

ren verdadera relevancia una vez que el proceso de interpretación, a veces largo, llega a su término.

El criterio del hombre medio racional, pilar de la interpretación objetiva, es un principio general que requiere, para llegar a ser operativo, mayores precisiones.

84. Los usos sociales. El lenguaje. Las circunstancias de tiempo, territorio y grupo a los que los usos se aplican

No es éste el lugar para estudiar los usos en sí mismos; ello nos llevaría muy lejos, obligándonos a penetrar especialmente en la discusión relativa al origen y al valor del derecho consuetudinario.[835] Se trata de describir el funcionamiento de los usos en la interpretación objetiva de los contratos.

La referencia de los parágrafos 157 y 242 del BGB a los usos sociales no es, por cierto, suficiente para que el intérprete logre determinar el sentido de la convención discutida.[836] Preciso es encontrar, en cada caso concreto, el uso social específico susceptible de esclarecerlo. En esta línea, el intérprete debe en primer término recurrir al lenguaje para zanjar la controversia.

Cuando los individuos emplean día tras día, sin cesar, las mismas palabras, la gente termina por comprenderlas en un sentido determinado. Si palabras como bicicleta, enfermedad, pago oportuno y tantas otras, evocan para cualquier persona una imagen semejante es porque ha llegado a ser usual, habitual, normal, identificar de ese modo unas realidades dadas. Aparece así el lenguaje como el resultado de una constante reiteración de orden consuetudinario, que constituye, en verdad, un uso social. En el terreno del derecho, si los contratantes tienen la posibilidad de provocar el nacimiento de ciertos efectos jurídicos por el empleo de tales o cuales vocablos, ya sea verbalmente o por escrito, es obvio que el juez debe, para precisar dichos efectos, conocer el lenguaje e interpretar según el sentido usual de los términos.

El contrato de edición se remonta al siglo XVII. Antes, las palabras "editar", "dar a editar", no podían producir ningún efecto jurídico pues carecían de sentido al no ser conocidas a nivel de la lengua. Las partes, para hacer nacer todos los derechos y obligaciones que hoy crea el contrato de edición debían ponerse de acuerdo sobre cada uno de los diferentes aspectos de la edición: impresión, tiraje,

---

[835] Véase Gény, *Méthode...*, t. 1, cit., Nºs. 109 y ss.

[836] El parágrafo 157 dispone que "los contratos deben ser interpretados como lo exige la buena fe en correlación con los *usos sociales*", y el 242 establece que "el deudor está obligado a cumplir la prestación según lo exige la buena fe en correlación con los usos sociales".

corrección de pruebas, difusión de la publicación, etc... La repetición uniforme de tales acuerdo, por hábito lingüístico, ha terminado por generar una acepción determinada para la palabra "editar", que engloba todos los compromisos que otrora era preciso estipular por separado.[837] Es casi superfluo señalar que el intérprete no puede desconocer tales evoluciones del lenguaje; de otra manera, la interpretación probablemente será incorrecta. Y éste no es más que un aspecto, entre tantos otros, que demuestra que el intérprete debe siempre estar atento a las menores evoluciones de la realidad social que de suyo es cambiante y dinámica.

La formación consuetudinaria del lenguaje se traduce, con frecuencia, no sólo en el nacimiento del uso social correspondiente sino que también, más tarde, en la promulgación de una norma positiva de derecho escrito. Ello no debe asombrar, pues es un hecho irredargüible que el derecho legal tiene su más sólida base de apoyo en el derecho consuetudinario, que es el que mejor expresa, en el terreno jurídico, un poco vagamente es cierto, las aspiraciones, necesidades y sentimientos de un pueblo. Así, cuando las leyes reglamentan los principales contratos, prescriben poco de novedoso; a menudo se llegaría a las mismas soluciones legales a través de la aplicación del derecho consuetudinario. Por el contrato de arrendamiento de cosa, el arrendador se obliga a ponerla a disposición del arrendatario, manteniéndola en el estado de servir para el fin por el cual fue arrendada, y el locatario se obliga, en contrapartida, a pagar el precio o renta estipulado; esto podría ser determinado por el intérprete aunque ninguna norma legal lo prescribiera, pues tales resultados se producen, en todos los países civilizados, como consecuencia del empleo de determinadas palabras cuya constante utilización ha generado la regla consuetudinaria que les atribuye un sentido preciso y obligatorio.

Al margen de toda norma escrita, el empleo del lenguaje suele ser decisivo en la interpretación. Si un individuo envía un mensaje a un amigo íntimo pidiéndole que le "pase" veinte mil pesos, el juez, para decidir más tarde si el que solicitó el dinero debe o no devolverlo, para decidir luego de la interpretación si hubo préstamo o donación, deberá recurrir a los usos y concretamente a la significación del lenguaje amical. Así, luego de considerar todas las circunstancias de la especie, el intérprete podrá decidir que cuando un amigo le pide a otro que le "pase" una suma de dinero, se entiende que es bajo el compromiso de restituirla. La solución podría ser diferente entre miembros de una misma familia.

[837] DANZ, *La interpretación...*, cit., p. 152.

Los usos sociales susceptibles de guiar la interpretación objetiva constituyen normas jurídicas cuyo valor práctico está expresamente reconocido en los parágrafos 157 y 242 del Código Civil alemán. Sin embargo, como los usos específicos que debe utilizar el intérprete no se hallan descritos en las leyes, debe comenzar por fijar cuáles conciernen a la especie. El uso social surge y se desarrolla en el seno de comunidades más o menos vastas de un modo espontáneo, siendo el juez quien debe materializarlo, quien debe destacar la regla popular, a propósito de los litigios concretos que le corresponda dirimir.

Esta función del juez tiene puntos de contacto con la del legislador. El uno y el otro suelen establecer reglas fundadas en la tradición consuetudinaria; sólo que el primero lo hace a propósito y para un caso particular, mientras que el segundo lo hace mediante la dictación de una norma de carácter general. Por lo demás, el comparar el rol del legislador con el del juez es tradicional en la doctrina favorable a la interpretación objetiva. Este pasaje de Saleilles lo refleja con meridiana claridad: "El juez tiene la misión de hacer, con respecto al vínculo jurídico concreto creado por la declaración, lo que la ley hace, de manera abstracta, respecto a la reglamentación de los contratos, o sea, colmar las lagunas de la voluntad de las partes mediante deducciones interpretativas o supletorias de sus voluntades. Tiene un poder reglamentario o supletorio que consiste, respecto a las dificultades que surgen entre las partes (...), en efectuar la reglamentación de los intereses en causa, en el sentido más acorde al fin perseguido, a los usos y a la buena fe recíproca". "Este poder reglamentario y supletorio del juez es análogo, desde el punto de vista de su misión concreta, al poder interpretativo de la ley, en su función abstracta".[838]

En la materialización de los usos vinculados a la especie, el intérprete debe tener en cuenta diversas consideraciones que atañen a las circunstancias de tiempo, territorio y grupos a los que se aplican los usos.

Respecto a las circunstancias de tiempo, los usos sociales válidos son aquellos en vigor al momento de la interpretación.[839] En cuanto al lugar en que se aplican,

[838] *La declaration...*, cit., Nºs. 83 y 85.

[839] En una perspectiva tradicional de interpretación, en cambio, sería necesario aplicar los usos vigentes al momento de la conclusión del contrato. Ello, pues, en un sistema subjetivo de interpretación los usos son eficaces a condición de encontrar una referencia expresa o virtual de la voluntad de los contratantes a tales usos, siendo evidente que las partes sólo pueden remitirse a los usos existentes al momento de la conclusión del acuerdo, ya que éstos son los únicos que estaban en situación de conocer. Por el contrario, en un sistema objetivo de interpretación, como los usos son válidos independientemente de toda consideración de la voluntad de las partes, lo normal es aplicar los usos en vigor al momento de la interpretación, ya que son ellos los que traducen la conciencia jurídica actual de la comunidad.

no es siempre el territorio nacional completo, pues los usos varían a veces de un sitio a otro de la nación. Así, en el norte de Alemania es usual que en los arrendamientos destinados a la habitación, el arrendador provea lo necesario para la calefacción; en la zona del Rhin, en cambio, la práctica indica que el arrendatario debe correr con tales gastos. Del mismo modo, en el norte del país, en las comidas servidas en los restaurantes, el uso implica que el pan quede comprendido en el precio, sin recargo suplementario, mientras que en el sur, en Munich, por ejemplo, el uso es diverso, pues, si bien es cierto que no es habitual comer pan ni al almuerzo ni a la cena, si el cliente lo desea, debe solicitarlo y pagarlo separadamente.[840] El intérprete considerará sólo los usos vigentes en el lugar donde el contrato deba ser cumplido.[841]

En cuanto a las personas a quienes se refieren, los usos vigentes, en algunos casos, cuando son generales, se aplican a toda la población; pero tratándose de usos particulares rigen exclusivamente respecto a grupos determinados. Existen categorías profesionales que se rigen por usos propios que, las más de las veces, no son ni siquiera conocidos por quienes no forman parte de la respectiva profesión. Tales usos no tienen relevancia, sino en las relaciones de aquellos que integran el círculo social donde nacen. Entre comerciantes, por ejemplo, en Alemania se admite que la recepción de una factura sin reclamación inmediata implica aceptación de su contenido.[842] Un uso comercial vigente en Berlín, según el cual se entiende por "mediodía" la parte del día que va hasta las tres de la tarde, no es aplicable a un contrato entre no comerciantes.[843]

Las mayores dificultades se presentan en la interpretación de los contratos celebrados por personas de las cuales sólo una pertenece a una profesión que se rige por reglas usuales propias, y en los contratos cuyos sujetos tienen profesiones distintas regidas por usos sociales divergentes. Una distinción se impone en tal evento. Si se trata de una convención en que la consideración de la actividad de

[840] Cfr. DANZ, *La interpretación...*, cit., pp. 160 y 176.

[841] Que a veces sea conveniente aplicar usos sociales diversos según las regiones de un país es perfectamente comprensible, ya que la vida real no se pliega a ciertas pretensiones aprioristas que querrían proscribir del derecho los usos regionales, so pretexto de que ponen en peligro su unidad nacional. Esta es ciertamente necesaria, pero no siempre puede ser impuesta, autoritariamente, si existen hábitos particulares en contrario, enraizados por largo tiempo en comunidades regionales. En materia de usos regionales en Chile, destacan los de los mapuches en la Araucanía y los de los habitantes de la Isla de Pascua.

[842] En este sentido, J. W. *(Juristische Wochenbschrift)*, 1907, p. 148, 34.

[843] J. W., 1904, p. 53, 4.

una de las partes hubiese sido decisiva, la interpretación deberá tener en cuenta los usos particulares de esa actividad. Así, si se encarga a un ingeniero la construcción de una represa, asumiéndose el compromiso de cancelarle una parte de los honorarios cuando "las bases queden instaladas", tal momento deberá precisarse según la terminología técnica de los ingenieros, según lo que signifique normalmente entre ingenieros "quedar instaladas las bases" de una obra semejante. Del mismo modo, entre los obreros pizarreros de Viena existe la práctica de compensar los accidentes del trabajo, muy frecuentes en la profesión, mediante un aumento del precio, equivalente a un metro cuadrado suplementario sobre la superficie efectivamente techada. El particular que celebre un contrato destinado a techar un inmueble deberá, pues, cancelar ese metro suplementario legitimado por un uso social.[844] Es evidente, en cambio, que si la convención celebrada no tiene nada que ver con la ocupación de las partes, no cabe aplicar uso profesional alguno. En este caso, el intérprete sólo podrá aplicar los usos generales en vigor, particularmente los relativos al lenguaje.

Ninguna importancia reviste para la interpretación según los usos sociales, el que ellos hayan sido previamente conocidos por las partes. Los usos sociales deben aplicarse aun en la ignorancia de las partes e incluso contra su voluntad. Únicamente si los contratantes excluyen formalmente –de común acuerdo y al momento de contratar– el recurso a los usos sociales, el juez puede prescindir de ellos. En caso contrario –si nada se dijese al respecto, o si las opiniones de las partes fueran contradictorias, hipótesis frecuente– el intérprete debe determinar el sentido del contrato, haciendo, precisamente, aplicación de los usos sociales.

Para terminar estas observaciones sobre los usos como elemento de la interpretación objetiva, debe señalarse que en caso de conflicto entre lo dispuesto por los usos sociales y lo dispuesto por las normas supletorias de origen legislativo, priman los usos sociales. La explicación es sencilla: las normas supletorias sirven para integrar las lagunas o vacíos de la declaración contractual; ahora bien, si los usos permiten determinar los efectos jurídicos, queda suprimida la laguna contractual. Por ende, sólo cabe aplicar las normas legales supletorias en relación a los puntos no dilucidados por los usos sociales vigentes o, *a fortiori,* si no hubiese usos.

Los artículos 156 y 242 del BGB reenvían no sólo a los usos sociales, sino que también a la buena fe. Preguntémonos entonces qué significa la interpretación según la buena fe.

[844] Ejemplo, el último, de Ehrlich, citado por DANZ, *La interpretación...*, cit., p. 281.

85. LA BUENA FE EN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL OBJETIVA

Desde hace largo tiempo los tribunales alemanes vienen reiterando que la buena fe impide establecer como contenido de la declaración, salvo reserva expresa de las partes, algo diverso a lo que es usual y normal. La interpretación en correlación con la buena fe es, antes que cualquier otra cosa, aquella que se efectúa de acuerdo a lo dispuesto por los usos.

Las expresiones "confianza", "lealtad", "honorabilidad" y "seguridad" que, entre otras, son utilizadas para dar a conocer el deber de honestidad que pesa sobre las partes en virtud del principio de la buena fe contractual, se traducen en definitiva en lo siguiente: los individuos que emiten una declaración contractual deben siempre prever que ella producirá los efectos usuales; aquellos que habitualmente engendra una declaración semejante. Los fallos, por tanto, prescribirán que el deudor cumpla la prestación que usualmente corresponde en un caso como el de la especie. Sólo así se logra salvaguardar la seguridad que requiere el comercio jurídico: quien emite una declaración de voluntad, dándole el alcance que habitualmente posee para cualquier persona, tiene el derecho a la garantía que implica saber que el cocontratante no podrá atribuirle un significado individual diverso y que el juez, en caso de interpretación, determinará los efectos de esa declaración considerando precisamente aquello que es usual.

Pero, si las partes, de común acuerdo, atribuyen a la declaración un sentido diverso del usual, el mismo principio de la buena fe exige respetar dicho común acuerdo y, por ende, prescindir en la interpretación de los usos sociales para atenerse exclusivamente a lo dicho por los contratantes. Si las partes al contratar entienden y declaran que sus palabras tienen tal sentido, nada permite separarse de ese sentido: el juez debe rechazar la pretensión de la parte que, viéndose *a posteriori* favorecida por los usos, pretendiere obtener su aplicación a despecho de lo establecido de común acuerdo en la fórmula contractual.

La interpretación que se limita a sancionar la voluntad común de las partes es, sin embargo, poco frecuente, ya que cuando los contratantes manifiestan una voluntad común que se aparta de lo usual, normalmente no hay interpretación. Sólo si uno de los contratantes negare la existencia del común acuerdo, o rehusare respetarlo, despuntaría la posibilidad de la interpretación. Pero esto es excepcional; si la única voluntad que cuenta en un sistema objetivo es la común voluntad evidente de las partes, mal parada saldrá aquella parte que niegue la evidencia. El juez no busca jamás la voluntad sicológica de los contratantes, limitándose, a lo más, a comprobar el acuerdo expreso de las partes sobre el sentido de la declaración. Si este acuerdo fuese evidente, el juez hará aplicación de él. Así las cosas, un

contratante razonable no discute sino rara vez la validez de un acuerdo de este tipo, y si no hay discusión, no hay tampoco interpretación.

El principio de la buena fe implica, por consiguiente, la reiteración del valor fundamental de los usos en la interpretación, salvo en la hipótesis descrita del acuerdo evidente de las partes destinado a atribuir a la declaración una significación diversa de la usual. Ahora, si no hubiere ni tal acuerdo de las partes, ni usos sociales específicos susceptibles de determinar el sentido de la convención discutida, la buena fe exige, en último término, que el juez interprete aplicando el criterio del "hombre correcto", preguntándose cómo el hombre normal comprendería la convención.

Los partidarios de la interpretación objetiva no mencionan a la equidad como elemento interpretativo; pero el criterio del "hombre correcto", que sí enuncian, no difiere, a nuestro entender, de la interpretación conforme a la equidad. Así se desprende con nitidez del examen de las aplicaciones hechas por la doctrina alemana de este último criterio interpretativo.[845]

El estándar es una regla legal dócil, que en lugar de formular una solución rígida concede poder discrecional al sentenciador. Según el estándar del hombre correcto, en la duda debe interpretarse el contrato contra quien lo hubiese redactado, criterio que se aplica en particular respecto a las convenciones impresas de antemano, a cláusulas penales y a convenciones restrictivas de los derechos del consumidor o adherente.[846] No es menester constatar fraude o dolo en la conducta del redactor para proceder así; no, se entiende que ha habido incorrección del redactor por el solo hecho de haber empleado términos oscuros. Si se diere a la convención el sentido favorable al redactor, se llegaría a un resultado enojoso para la otra parte, resultado que, de haber sido conocido por ella, la habría inducido a no contratar. Por eso la buena fe exige que se interprete contra el redactor, responsable de las oscuridades de la convención. Todo hombre correcto llegaría a semejante conclusión.[847]

Cuando el contrato no ha sido directamente redactado por una de las partes, la regla subsidiaria de interpretación señala que el contrato debe interpretarse a favor del deudor. Esta regla, que, al igual que la precedente, no fue consagrada expresamente por el BGB, es también válida en Alemania como consecuencia del criterio del hombre correcto.

---

[845] Sobre algunas aplicaciones jurisprudenciales de la buena fe en la interpretación objetiva de los contratos, López Santa María, *Sistemas...*, cit., pp. 193 y ss.

[846] Sobre los estándares, reglas legales flexibles o conceptos válvulas, entre los que sobresalen los parámetros de la buena fe contractual y del hombre razonable, *v. supra* 62.

[847] Cfr. Danz, *La interpretación...*, cit., pp. 200 y ss.

Según el parágrafo 162 del BGB, la condición se reputa cumplida cuando la parte a quien su cumplimiento acarrearía detrimento, impide su realización procediendo contra la buena fe. Y, a la inversa, la condición se reputa fallida cuando la parte a quien su cumplimiento acarrearía provecho, provoca su realización procediendo contra la buena fe.[848] Los términos "procediendo contra la buena fe" significan que el juez debe situarse en el lugar de "una persona correcta" para apreciar si el cumplimiento o el incumplimiento de la condición ha sido el resultado normal de una situación que estaba incierta, o bien si ha habido una trasgresión al espíritu del acuerdo que comportaba tal condición, vale decir, incorrección o deslealtad.

Igual ocurre en otros casos en que la ley hace referencia a la buena fe. La apreciación concreta del juez deberá hacerse razonando sobre la base del comportamiento que habría tenido un hombre correcto en una situación como la de la especie.[849]

Del estudio de la doctrina y de la jurisprudencia alemana sobre interpretación objetiva de los contratos, queda la impresión de que la buena fe no constituye un elemento autónomo de interpretación. Se llega a la conclusión de que la buena fe no es más que la regla-marco, o regla referencial de la interpretación de los contratos, que indica al juez los elementos susceptibles de precisar el sentido de las convenciones controvertidas y su prioridad. En virtud del estándar de la buena fe, el intérprete debe aplicar, en primer lugar, la voluntad común de las partes, a condición, ciertamente, de que se trate de una voluntad evidente y sin que sea posible efectuar búsquedas de carácter sicológico en el proceso; en seguida, lo más frecuentemente, el intérprete debe aplicar los usos sociales en vigor y, a falta de éstos, en último término, la equidad.[850]

---

[848] En términos parecidos el artículo 1481.2 del Código chileno señala que si la persona que debe prestar la asignación condicional se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, la condición se tendrá por cumplida.

[849] El artículo 320.2 del BGB dispone, respecto a los contratos sinalagmáticos, que si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por uno de los contratantes, el otro no puede rehusar la contraprestación, cuando la negativa, teniendo en cuenta las circunstancias de la especie y en particular la insignificancia de la parte no cumplida, fuese contraria a la buena fe. En la hipótesis prevista en esta norma, el juez debe preguntarse qué monto no cumplido toleraría un hombre correcto sin impetrar en su beneficio la *exceptio non adimpleti contractus*.

[850] Sobre una novedosa percepción de la equidad, susceptible de aplicación en Chile, véanse los trabajos de GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El juez entre la equidad y la ley" y "El significado histórico de las expresiones equidad natural y principios de equidad en el Derecho chileno", publicados respectivamente

En el Derecho comparado no son pocos los países en los cuales los contratos son interpretados en conformidad a la buena fe.[851] Incluso en los países que reco-

Continuación nota [850]
en *RDJ*, 78, primera parte, pp. 1 y ss., y en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 18-19, 1981, pp. 111 y ss. Tesis acogida en la sentencia arbitral (c. 19), publicada en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, vol. 9, 3, 1982, pp. 623 y ss. También en el laudo publicado en el libro *Sentencias Arbitrales*, t. 2, Editado por la Cámara de Comercio, Santiago, 2001, pp. 203 y ss.

[851] La Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 31.1º que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

El Código Civil argentino de 1869 no contenía regla alguna de interpretación contractual, lo que se ha considerado desusado, máxime que los modelos extranjeros, consultados por Vélez Sarsfield, desde el Código francés, establecían numerosas reglas en esta materia. Pero a partir de la reforma de la ley Nº 17.711, prescribe en el nuevo artículo 1198 que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...". La influencia del Código italiano parece indiscutible. No obstante el carácter subjetivo de la interpretación en Italia, el artículo 1366 señala que "el contrato debe ser interpretado según la buena fe". Al menos respecto a los contratos celebrados masivamente, mediante módulos impresos prerredactados, acorde al criterio de la buena fe, la interpretación se efectúa objetivamente en Argentina. Así se colige de una interesante sentencia reciente y de un análisis doctrinario excelente (Sentencia del 13º Juzgado Nacional en lo Comercial de Buenos Aires, el 28 de julio de 1980, en "*Mujica, Juan Carlos con Caja Prendaria S.A.*", con comentario de POLOTTO, Ernesto R. B., titulado "Sobre la interpretación de las cláusulas uniformes de contratación", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 86, 1982, pp. 231 a 285). En este último comentario se asevera que "la primera regla interpretativa que corresponde analizar es aquella que exige investigar la intención común de los contratantes. Esta se determina por la recurrencia a elementos objetivos: el uso general, las prácticas, la costumbre del lugar de cumplimiento (...) En los contratos de masa concluidos por medio de formularios o cláusulas impresas, la dirección objetiva de la interpretación se profundiza". Analizando la buena fe como elemento objetivo de interpretación de los contratos, se añade: "Dentro de parámetros objetivos se puede aceptar que el intérprete analice la declaración con un criterio que difiere del que las partes tuvieron en mira" (pp. 265, 266 y 269).

En Tailandia, la sección 368 del Código establece que los contratos deben ser interpretados de acuerdo a las exigencias de la buena fe, tomándose en cuenta los usos ordinarios. El Código Civil de Portugal, en su artículo 239 dispone que "a falta de disposición especial, la declaración negocial debe ser integrada en armonía con la voluntad que las partes habrían tenido si hubieren previsto el punto omitido, o de acuerdo con los dictámenes de la buena fe (...)". En el Código Civil del Perú, el artículo 168 establece que "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". Agrega el artículo 1361.2 que "se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla" Estas normas recogen un régimen general de interpretación bastante original. Nada se dice sobre la búsqueda de la intención de las partes, lo que revelaría el ánimo de distanciarse del llamado sistema subjetivo. Claro que todo depende del contenido concreto que los jueces insuflen al estándar de la buena fe, concepto-válvula, eminentemente flexible, que en los hechos podría o no conducir a la implantación de un sistema objetivo de interpretación contractual. Por otro lado, la determinación del alcance del contrato discutido, en función de lo que en él se haya expresado, evocaría la interpretación literal, que no corresponde a lo que se conoce ni como sistema subjetivo, ni como sistema objetivo. Pero es muy difícil juzgar desde afuera, sin conocer las realidades del derecho peruano. Menos recordando que el § 133 del BGB quiso adherir a la *Willenstheorie*, pero cuando surgió la *Erklärungstheorie*, cambió su alcance, instaurándose en Alemania un régimen objetivo y

gen un sistema interpretativo de base subjetiva, como en España, se cree que "en la medida en que jurisprudencialmente se atienda con mayor frecuencia al criterio de la buena fe en la interpretación contractual, la dirección objetiva se irá imponiendo".[852]

86. CONCLUSIONES SOBRE SISTEMAS DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

A) ¿Cuál es, en definitiva, el mejor sistema de interpretación de los contratos? ¿Aquel que atribuye especial significado a la voluntad interna del individuo o aquel que niega el valor de la voluntad y se inspira en elementos de carácter objetivo para fijar el alcance de la declaración; o un sistema intermedio que concilie las tendencias extremas? ¿Cuál de estas proposiciones debe preferirse?

Desde un punto de vista estrictamente jurídico no hay respuesta a semejante interrogación. No es posible llegar a una solución más bien que a otra mediante el exclusivo recurso a juicios exentos de parcialidad. Científicamente sólo se puede plantear el problema, mas no resolverlo. Como dice Kelsen "a pesar de todos los esfuerzos, la doctrina tradicional no ha conseguido zanjar de una manera objetivamente válida el conflicto entre la voluntad y la expresión, sea en favor de una, sea en favor de la otra. Todos los métodos de interpretación que se han desarrollado hasta ahora sólo conducen a un resultado posible, nunca a un resultado que sería el único exacto".[853]

Sin embargo, el jurista, y es éste uno de los aspectos apasionantes de su tarea, no debe limitarse a ser jurista. La naturaleza misma de su disciplina obliga al hombre de derecho a preocuparse de elementos "metajurídicos", tomados de las ciencias, técnicas y artes vecinas, que le sirven para ensanchar los horizontes de los problemas analizados, y que redundan en una mejor captación de la realidad y en

Continuación nota [851]

realista de interpretación contractual (cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Algunas consideraciones sobre el contrato, formuladas a propósito de los artículos 1351 y 1352 del nuevo Código Civil del Perú", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* Depalma, Buenos Aires, 106, agosto 1985, p. 466. También publicado en *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano,* Edit. Cultural Cuzco, 1986, pp. 367 y ss.).

[852] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 83.

[853] *Théorie...*, cit., p. 458. A este respecto Bosshart señala (ob. cit. en nota 736, Ginebra, 1939, p. 133): "La interpretación de los contratos carece de una base científica propiamente tal, lo que explica el nacimiento de tantas teorías diferentes. El derecho puede, a lo más, dar al juez algunos preceptos útiles para su delicada tarea (la interpretación), que a menudo consiste en conducir los intereses opuestos a una solución común constitutiva de un compromiso aceptable para ambas partes". Hay en estas frases una comprobación de los límites de la interpretación y, en cierto modo, del derecho en general.

una más adecuada justificación de las elecciones que deben finalmente efectuarse. "Vanamente los juristas intranquilos por las querellas filosóficas podrían pretender permanecer neutros. Si ellos fueran verdaderamente neutros no serían más que los admiradores del orden jurídico establecido que considerarían como la expresión genuina de la justicia. Algunos piensan así y se circunscriben a explicar las leyes y los fallos. Abdican. Un jurista no debe ser solamente el hábil técnico que redacta o explica los textos de la ley con todos los recursos del espíritu; debe esforzarse por hacer pasar al derecho su ideal moral, y, puesto que detenta una parcela del poderío intelectual, debe utilizar este poderío luchando por sus creencias".[854]

Sí, es necesario saber tomar partido y aunque ello no es obra de "derecho puro", es en todo caso obra de "política jurídica": trabajo, cierto, más emocional que intelectual, pero en el cual el jurista debe participar. La descripción y la crítica de las instituciones deben culminar, al menos generalmente, en la adopción de una postura personal.[855]

B) Si el sistema subjetivo de interpretación de los contratos, por el desmesurado valor que concede a la voluntad sicológica de las partes, es individualista y ficticio, el sistema objetivo presenta también algunos inconvenientes.

En efecto, a pesar de los esfuerzos de los partidarios del método objetivo –destinados a eliminar las imprecisiones de la función interpretativa, para garantizar así la seguridad en las relaciones contractuales– no se ha logrado consolidar suficientemente aquellos elementos que permitirían suprimir por completo las incertidumbres en la determinación del sentido de las convenciones. El criterio del "hombre razonable", llamado a transformarse en el inspirador de las decisiones del intérprete, es poco categórico. La buena fe, como se ha visto en el número precedente, no es un elemento autónomo de interpretación. Quedan los usos y la equidad. Los usos sociales –cuya importancia no debería cesar de acrecentarse en la medida en que el legalismo adquiera las verdaderas proporciones que le corresponden– sólo tienen una vocación limitada, ya que no son tan numerosos como sería menester para que pudieren aportar una solución a todas las especies, múltiples y variadas en que la interpretación es necesaria. Respecto a

---

[854] RIPERT, *La règle...*, cit., p. 29.

[855] La escuela normativa de KELSEN sostiene, en cambio, que el derecho, para llegar a ser una verdadera ciencia, debe prescindir de todo razonamiento de política jurídica. Por este camino, dicha escuela ha llegado a reducir el derecho únicamente a la descripción de las normas jurídicas, justificando así la validez de cualquier ordenamiento jurídico y confundiendo al derecho con el Estado.

la equidad, en fin, cierto es que siempre está en condiciones de zanjar las dudas y de motivar un fallo interpretativo, pero no elimina todo lo subjetivo, puesto que implica el reconocimiento de un rol activo a la percepción personal del juez y a su visión individual de la utilidad y de la justicia. Esto no debe, sin embargo, inquietar, ya que, en verdad, la interpretación de los contratos es antes que todo un arte.[856] Debe, por lo tanto, confiarse en los jueces. En cualquier régimen interpretativo que se elija, una buena interpretación depende, en primer término, de la calidad, de la personalidad del intérprete. Resulta casi trivial afirmar que mientras mayores sean los talentos de los jueces de una nación, mucho más glorioso y fecundo será el derecho vigente en ella.

C) Dicho esto, parece necesario pronunciarse por alguno de los sistemas de interpretación de los contratos, con la resignación, esto sí, "a jamás poseer esa fórmula simple y definitiva que reclaman los espíritus amorosos de unidad, y que bastaría analizar *more geometrico* para dar respuesta a todas las dificultades promovidas por la vida. Construir una teoría del acto jurídico no es obra de lógica sino que de teleología social: conciliación difícil y siempre provisoria de necesidades, de intereses y exigencias de todo orden, que incesantemente se modifican y se renuevan. La fórmula abstracta en que se querría expresar toda la teoría del acto jurídico es tan inalcanzable como la de la mejor de las constituciones. Toda la cuestión es de oportunidad histórica".[857] Estas frases relativas al acto jurídico en general, se aplican, *a fortiori,* a la interpretación de los contratos. De modo que corresponde preguntarse cuál sistema interpretativo es, socialmente, el más conveniente.

Después del apogeo del liberalismo y de una concepción del hombre marcadamente individualista, en el mundo predominarán la solidaridad social y el equilibrio de los intereses colectivos con los intereses particulares de cada uno. Por ende, en una perspectiva más humana, la interpretación conforme a modelos objetivos y uniformes –hasta donde es posible– involucra una superioridad indiscutible sobre la interpretación subjetiva que reconoce al querer humano un significado jurídico desmesurado y considera aisladamente a los contratantes, sin relacionarlos con la comunidad a que pertenecen.

---

[856] ROUBIER señala que "el derecho, cierto, tiene necesidad del concurso de numerosas ciencias: ciencia económica, ciencia social, ciencia política, etc.; pero, en sí mismo, el derecho es un arte y no una ciencia; y no sólo cuando se trata de aplicar o interpretar las reglas, sino que incluso cuando se trata de establecerlas. Este arte denomínase política jurídica. Supone elegir, puesto que no obedece a leyes naturales que operen mecánicamente" (ROUBIER, Paul, *Théorie Générale du Droit,* 2ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1951, p. 192).

[857] GOUNOT, *Le príncipe...*, cit., p. 169.

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. Así, en lugar de sondear presuntuosamente el corazón del individuo, el intérprete determinará el sentido de las convenciones aplicando los usos sociales: reflejo del estado real y actual de los comportamientos humanos y expresión objetiva de la conciencia jurídica nacional. O bien, a falta de usos, el intérprete consultará la equidad: aquel conjunto de principios inmanentes que, aun cuando no excluyen la apreciación personal del juez, por el hecho de ser compartidos por toda la especie humana, configuran una variable social. En una interpretación objetiva, el juez no debe olvidar que su deber consiste en tratar el contrato a través del prisma de la vida social, extrayendo de él los elementos determinantes de la interpretación; de este modo, como lo indicara Gény, "daríamos satisfacción a las exigencias del derecho civil contemporáneo que se proyectan en el sentido de la objetivación de los fenómenos de la voluntad".[858]

D) Se dirá, sin embargo, que el peligro de un método objetivo de interpretación, de un método ágil que deje al intérprete la libertad necesaria para determinar los efectos de la convención y permita su adaptación social, radica en la muy posible arbitrariedad del juez del fondo, quien, so pretexto de interpretar, puede llegar a trastornar completamente el contrato. Frente a observaciones de este orden, la réplica no se hace esperar, pues existe la clara posibilidad de garantizarse contra tal riesgo, de remediar los excesos de los jueces de instancia, mediante el control riguroso de la Corte de Casación sobre la interpretación contractual. Como ha indicado Cournot, "no son en absoluto los textos legales los que limitan la arbitrariedad del juez, sino que la buena organización de los poderes judiciales, sus relaciones jerárquicas y la manera como ellos se controlan (...)".[859]

En el sistema objetivo la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho, controlable, por lo tanto, a través del mecanismo de la casación. Este constituye la más valiosa garantía para los litigantes. Como sostenía Saleilles, "la interpretación, para el juez, no es una cuestión de hecho, sino que una cuestión de derecho... La interpretación reposa por entero sobre el presente, sobre las condiciones sociales en medio de las cuales viven los interesados, sin que tenga

[858] Ob. cit., t. 2, p. 159.

[859] Citado por GÉNY, ob. cit., p. 198.

necesidad de invocar ningún elemento tomado del pasado. He ahí la razón por la cual la interpretación no es una cuestión de prueba, sino que una búsqueda de adaptación social (...) Esta búsqueda es una cuestión de derecho, pues está dominada por principios jurídicos, concepciones de justicia y de equidad jurídicas, reglas del razonamiento jurídico y por otros elementos de este género. No se trata ya de la materialidad de un hecho que se tendría que probar (...) Toda esta concepción debe aplicarse a la interpretación de los actos privados".[860]

La *quaestio factis* supone circunstancias o hechos que deben ser probados en el proceso. La *quaestio juris,* por el contrario, nada tiene que ver con la prueba; su lugar se sitúa, lógicamente, a continuación de la prueba, de la que debe sacar las consecuencias que procedan; la determinación de los efectos jurídicos es, propiamente, una *quaestio juris.* Ahora bien, si las partes deben, por cierto, probar el hecho de haberse concluido el contrato, el texto mismo de la declaración y las circunstancias extrínsecas susceptibles de esclarecerlo –todo lo cual es una cuestión de hecho–, la interpretación propiamente tal no es objeto de prueba. Los contratantes deben probar los hechos que sirven de base a la interpretación, pero ésta es una actividad que corresponde al juez y que se efectúa con posterioridad a la prueba; la interpretación forma parte de la cuestión de derecho ya que determina los efectos jurídicos concretos del contrato interpretado.[861]

Por lo demás, en la fijación del sentido normal de la declaración, en la determinación de los efectos jurídicos, el intérprete está obligado a emplear los criterios objetivos generales que la ley le señala. En la interpretación siempre hay disposiciones legales precisas que el juez debe considerar, como los parágrafos 133 y 157 del BGB, en el caso particular del derecho alemán. La aplicación correcta y uniforme de estas normas debe ser controlada por el tribunal de casación para evitar su uso arbitrario.[862] Por medio de tal control, el tribunal supremo salvaguarda el respeto debido a la ley y, lo que es más importante en este caso, determina la fuerza que debe ser reconocida a cada uno de los diversos medios de interpretación, el valor y la amplitud que los jueces del fondo deben otorgar a

[860] *De la déclaration...*, cit., Nºs. 46 y 47.

[861] Cfr. DANZ, *La interpretación...*, cit., pp. 243 y ss.

[862] GÉNY decía que "en lo que a mí respecta, no dudo en reconocer que la extensión del control de la Corte de Casación a todo el ámbito propiamente jurídico se impone, hoy en día, como absolutamente necesaria y como perfectamente legítima... Prácticamente sólo se puede satisfacer la necesidad de seguridad en los derechos, necesidad que tan vivamente se deja sentir en nuestra civilización, por el control de una jurisdicción superior..." (*Méthode...*, cit., t. 2, p. 197).

cada elemento de una interpretación objetiva. Así, entonces, incumbe a la Corte de Casación, y no exclusivamente al legislador, el importante papel de señalar el espíritu que debe presidir la función de adaptación de los contratos a las exigencias de la vida social.[863]

[863] Respecto a un sistema mixto de interpretación de contratos, véase el artículo octavo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (texto en el apéndice del Código Bustamante); y Vidal Olivares, Álvaro, "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", en *Revista de Derecho,* Universidad Católica de Valparaíso, 21, 2000, en especial pp. 220 y ss. También Johow Santoro, Christián, "Las reglas de interpretación de la Convención de Compraventa internacional", en *Revista de Derecho de la Empresa,* Universidad Adolfo Ibáñez, 4, 2005, pp. 87 y ss.

Capítulo Tercero
La interpretación y la calificación de los contratos frente al recurso de casación en el fondo

87. Consideraciones previas

A. La calificación del contrato supone su previa interpretación

La calificación de un contrato consiste en 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.

Con cierta frecuencia la calificación del contrato es una difícil operación jurídica, como lo demuestran, por ejemplo, los problemas derivados de la irrupción del contrato de *leasing* en el tráfico jurídico, y los contratos para la comercialización de la fruta chilena en el extranjero.[864]

La denominación que las partes asignen al contrato celebrado es del todo indiferente a la calificación. Vista la necesidad de recurrir a este proceso, el juez deberá estar a lo que el acto celebrado importa en su esencia, de acuerdo con las directrices que la ley señala, y no a lo dicho por los contratantes, lo que desde luego puede ser equivocado.

"Cualquiera que sea la denominación que las partes puedan dar a un contrato en su conjunto o en alguna de sus cláusulas, dicho contrato deberá tener siempre la clasificación legal que, atendida su naturaleza jurídica, le corresponda".

"No tiene influencia alguna para la calificación legal de un contrato y para apreciar el valor que en derecho corresponde a sus estipulaciones la denomina-

[864] Ugarte ha calificado a estos contratos entre el productor y el exportador de fruta como asociación o cuentas en participación, rehusando, entre otras, la hipótesis de la compraventa (cfr. Ugarte Godoy, José Joaquín, "El contrato usado en Chile para la comercialización de fruta en el extranjero. Su verdadera naturaleza jurídica", en *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*, 6, 2002, pp. 207 a 245.

ción que el notario autorizante de la escritura le haya dado para los efectos de su registro en el protocolo y sus índices de archivo. Tampoco influye la denominación que le dan los contratantes para establecer su clase, si ella no corresponde a su propia esencia y naturaleza, que es lo único que debe tomarse en cuenta para determinar su condición jurídica y los efectos que particularmente le pertenecen".

"Es permuta y no compraventa, aunque las partes lo califiquen de tal, el contrato en que una de ellas se obliga a dar un inmueble y la otra a entregar un determinado número de acciones, que se especifican en el contrato".[865]

En sentencia de 1 de junio de 1978, la Corte Suprema precisó las nociones de calificación y de interpretación de los contratos. "Las partes pueden discrepar sobre la calificación o interpretación del contrato que celebraron. En el primer caso será necesario determinar qué convención se ha generado, si una compraventa, una dación en pago, una cuenta en participación, una transacción, etc., y los efectos consiguientes. En el segundo caso, en el de la interpretación, habrá que determinar cuál ha sido la intención, voluntad o propósito de las partes para actuar en un sentido o en otro, conforme a las cláusulas que establecieron en su convención".[866]

En algunas ocasiones la separación entre interpretación y calificación contractual no es tan clara, ya que muchas veces el juez se limita a interpretar el contrato discutido por las partes. Así, puede suceder que se ponga en discusión el alcance de la cláusula de un contrato de compraventa en que se expresa que "los gastos de la operación serán de cuenta del vendedor". Entonces deberá el juez resolver si el vendedor está obligado sólo al pago de los gastos notariales, como él encarnizadamente sostiene, o si, además, debe cancelar los impuestos de transferencia, las contribuciones pendientes y todos los otros gastos como pretende a su vez el comprador.

En este caso no se discute, y sería innecesario, la naturaleza jurídica del acto. Se sabe de antemano que se trata de una compraventa. El juez deberá interpretar el contrato, mas no calificarlo.

A la inversa, puede ocurrir, aunque no es tan probable, que sólo sea preciso que el magistrado califique el contrato. Un fallo de la Corte Suprema expresa que "si lo pactado no ofrece dudas y lo único discutido es el significado de un acuerdo en orden a la intención de las partes, trátase más bien de una calificación jurídica que de interpretación de tal acuerdo".[867]

---

[865] *RDJ*, 2, 1, 415; 26, 1, 273 y 30, 1, 206. En igual sentido *FM*, 273, 320.

[866] *RDJ*, 75, 1, 174.

[867] *RDJ*, 37, 1, 520.

Lo frecuente es, sin embargo, que el juez se vea forzado a interpretar y calificar el convenio. En estas circunstancias se presenta el problema de precisar cuál proceso es previo, si el interpretativo o el de calificación.

Según Rossel, "la interpretación y la calificación no son dos operaciones distintas que puedan realizarse separadamente: ambas son una misma acción que consiste en determinar la existencia y el ámbito de una declaración de voluntad".[868] Esta opinión es equivocada; el ejemplo citado anteriormente y los fallos de la Corte Suprema demuestran que es posible que interpretación y calificación actúen separadamente. Puede interpretarse sin calificarse y viceversa. No es dudosa la estrecha vinculación de ambas funciones, pero de ahí a afirmar que sean una misma cosa creemos que es ir un poco lejos.

La diferencia que existe queda, además, establecida al comprobarse que siempre la interpretación debe preceder a la calificación.

Si se discute si el contrato celebrado es uno de los nominados por la ley o si él es atípico, es inconcuso que una resolución acertada comenzará por investigar cuál fue la voluntad que declararon efectivamente las partes al contratar. Primero se establecerá la voluntad común para sólo después de fijado el alcance del contrato efectuar la calificación correspondiente. Otro proceder sería equivocado ¿Cómo podría el juez calificar de innominado el contrato si no conoce la voluntad de las partes, desde que el texto contractual es de una oscuridad abismante? Sólo investigando, en primer lugar, cuál fue la voluntad que dio nacimiento al contrato podrá él llegar después a una calificación acertada.

Hay abundante jurisprudencia nacional que apoya la tesis de que la interpretación siempre antecede a la calificación, cuando es menester efectuar ambas operaciones. Así se ha resuelto que "para poder fijar acertadamente la naturaleza de un acto jurídico, es indispensable conocer la intención de las partes que en él intervinieron, atendiendo lo dispuesto por el artículo 1560".[869] También se ha dicho que "para calificar acertadamente la naturaleza de un acto jurídico, es indispensable conocer la intención de las partes que en él han intervenido y atender a la naturaleza de los efectos pendientes respecto de los mismos".[870] Más recientemente, concretamente el 29 de septiembre de 2003, la Corte Suprema ha vuelto

[868] ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Informe sobre la memoria de prueba de Héctor Brain Rioja sobre la interpretación de los contratos en la doctrina y la jurisprudencia*, Tipografía Salesiana, Concepción, 1941, p. 8.

[869] *RDJ*, 23, 1, 99.

[870] *RDJ*, 43, 1, 61. Por lo dicho, es impreciso BRAIN cuando afirma que "la forma en que actúan, interpretación y calificación, esto es, unida o separadamente, y cuando lo hacen conjuntamente, su precedencia, se determina por las circunstancias de cada caso concreto" (ob. cit., p. 37).

a insistir en que la calificación contractual es posterior a la interpretación ya efectuada, diciendo que "las leyes relativas a la interpretación de los contratos, que en la especie se han dado por vulneradas por la recurrente, son normas dadas a los jueces del mérito con el fin que escudriñen la verdadera intención de los contratantes y la determinación de esa intención es una cuestión de hecho que generalmente escapa al control de la Corte Suprema". "Sólo la operación posterior, la de calificar jurídicamente los hechos que los mismos tribunales del fondo establecen en la sentencia, envuelve una cuestión de derecho que puede ser revisada por este tribunal".[871]

Vista la necesidad de interpretar y calificar un contrato, aquella labor siempre tendrá que anteceder a ésta. De no ser así existiría el riesgo de prejuzgar, ya que si todavía no se ha averiguado la exacta voluntad manifestada, lo que sólo es posible por la interpretación, las apariencias podrían conducir a decidir que el contrato es de una clase determinada y, por lo equívocas, ser causa de un error de derecho en la calificación judicial. En consecuencia, la precedencia entre la interpretación y la calificación es la que dejamos señalada y no se determina según las circunstancias.

Por lo dicho parece equivocado, el fallo que sienta la doctrina que la interpretación supone una previa calificación jurídica, diciendo que "al resolverse que un contrato es avío y no mutuo, no se lo interpreta, sino que se lo califica jurídicamente, ya que la interpretación tiene que partir de la base cierta de que un contrato es de una clase determinada, y lo que hay que esclarecer es el alcance de sus estipulaciones".[872] También la Corte de Concepción siguió esta equivocada doctrina al establecer, el 27 de enero de 2003, que la sentencia apelada al resolver que "el contrato de autos es sólo una compraventa y no que contiene dos contratos, no lo ha interpretado, sino que lo ha calificado jurídicamente, ya que la interpretación tiene que partir de la base cierta de que un contrato es de una clase determinada".[873]

B. Las cuestiones de hecho y de derecho

Del examen de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y particularmente de sus artículos 767, 785 y 807, se desprende que la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, sólo puede pronunciarse sobre

[871] Rol 3482/2002 (*PuntoLex*).

[872] *RDJ*, 19, 1, 68.

[873] *LegalPublishing* 30650.

puntos de derecho. Hasta ellos llegan sus atribuciones. No puede, por tanto, entrar a rever los hechos. Estos quedan definitivamente establecidos ante los tribunales de instancia. Excepcionalmente, si se acoge por la Corte Suprema un recurso de casación en el fondo por violación de las leyes reguladoras de la prueba, la sentencia de reemplazo se dictará sobre la base de hechos distintos a los que había dado por establecidos el tribunal de segunda instancia.

Por lo mismo es preciso procurar esclarecer, hasta donde ello sea posible, la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho.

"Sencillo en apariencia, ofrece, sin embargo, a veces, su aplicación en la práctica del foro, dificultades de tal manera graves, que en los países donde existe el recurso de casación en el fondo desde antiguo, ha producido discusiones verdaderamente seculares, y puede afirmarse que, hasta la fecha, los jurisconsultos y los magistrados no han llegado a ponerse de acuerdo sobre algunas situaciones jurídicas susceptibles de presentarse. La discordia ha provenido de lo difícil que suele ser el separar los hechos del derecho, o sea, de indicar el término preciso que distingue a aquéllos de éste, habiéndose llegado a sostener que semejante distinción es una pura abstracción y que, en la realidad, es imposible separarlos".[874]

La jurisprudencia, por desgracia, no es conceptualmente útil. Cuando la Corte Suprema ha tenido que fallar si una cuestión determinada pertenece a una u otra categoría de las que preocupan, se ha contentado con decidir esto o aquello, contradiciéndose a menudo. Pero no ha buscado llegar a definir las cuestiones de hecho y de derecho.

En un sentido lato, todo lo que sucede en este mundo es un hecho. Mas, estrictamente, en lo relativo al tema, debe buscarse la idea del punto de hecho con relación al proceso. Lo mismo que respecto al punto de derecho.

Para Escriche, "la palabra hecho significa el caso o la especie de que se trata en una discusión o litigio; y el hecho es entonces exposición de las circunstancias de que se compone el negocio contencioso, en cuya acepción suele llamarse punto de hecho, por oposición a punto de derecho. El punto de hecho, en un proceso, consiste asimismo en lo que se ha ejecutado, y muchas veces en lo que se ha dejado de ejecutar; y el punto de derecho, en la aplicación y acomodamiento de la ley o de las reglas de la justicia al punto de hecho".[875]

Según Ramírez Frías, quien se ha preocupado especialmente del tema, son hechos del juicio "las circunstancias o acontecimientos que sirven de base al liti-

[874] Ramírez Frías, Tomás, *El recurso de casación en el fondo y las cuestiones de hecho,* Imprenta Cervantes, Santiago, 1904, p. 6.

[875] *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia,* acepción sexta de la voz "hecho".

gio, de tal manera que, sin ellos, este litigio no se concibe, como asimismo los que, dentro de él, ocurren. Lo demás, en los juicios, son los puntos de derecho, o sea, la aplicación y acomodamiento de la ley o de las reglas de justicia a los puntos de hecho".[876]

Hay que agregar un nuevo e importante elemento para completar el concepto anterior. Es que los puntos de hecho, y no los de derecho, son objeto de prueba en los juicios. Salvo la hipótesis de los hechos públicos y notorios, siempre los hechos deben probarse; el juez no puede darlos por establecidos de oficio, dado el principio dispositivo que orienta el proceso civil. Por ello es que Capitant se expresa con exactitud cuando define el punto de hecho "como aquella cuestión que pone en juego la existencia de un hecho a probar", y agrega, "en tanto que el punto de derecho tiene por objeto saber la regla de derecho aplicable al hecho, una vez probado éste".[877]

Ocurre, entonces, que los jueces del fondo, sobre la base de la prueba rendida por los contendores, dan por establecidos ciertos hechos (lo que involucra un punto de hecho, no susceptible de ser modificado por el Tribunal Supremo), y después aplican la ley a dichos hechos, obteniendo, por esta vía, la solución de la controversia (lo que involucra un punto de derecho, susceptible de ser confirmado, modificado o reemplazado en su totalidad por el Tribunal Supremo, vía casación en el fondo).

Como dice Rioseco, comentando algunos fallos nacionales, "las cuestiones de hecho son, precisamente, el objeto de la prueba de las partes; en términos que su justificación es determinante en el éxito de la acción o excepción". "Las cuestiones de derecho, calificaciones jurídicas o determinación de efectos jurídicos de los hechos, actos o contratos, no son objeto de la prueba, sino que más bien conclusiones que formula el tribunal mediante la aplicación de la ley a los hechos tales como se han dado por establecidos en la sentencia".[878]

Ahora bien, para decidir si una cuestión, desde el punto de vista del fallo mismo, es de hecho o de derecho, debe estarse no a las expresiones de que la sentencia pudiera haberse valido, sino que a la esencia misma de las cosas. La situación es igual a la de la calificación de los contratos, en que el juez debe estar a lo que el acto celebrado importa esencialmente y no a lo dicho por los contratantes, que pudo ser equivocado. En la práctica sería muy fácil a un juez excluir un fallo suyo

[876] *El recurso...*, cit., pp. 17 y 18.

[877] CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, 1961, acepción segunda de la voz "hecho".

[878] *La prueba...*, cit., pp. 82 y 83.

de las posibilidades de casación, revistiéndolo de ropajes propios de los hechos, si es que para determinar si una cuestión es *de facti o de juris,* se estuviese más a las apariencias que a la esencia de las cosas.

Para poder fijar los deslindes que separan los hechos del derecho y determinar, por vía de consecuencia, el poder de la Corte de Casación, se ha solido distinguir en los juicios tres etapas bien precisas. Este planteamiento, que se pasa a analizar, fue tomado por las Pandectas del jurista Bouvier. Su aceptación ha sido y es casi unánime, al extremo que en nuestro país se repite autor tras autor.[879]

Los autores de las Pandectas francesas expresan: "907. Sin embargo, M. Bouvier, cuya opinión es adoptada por M. Chenon, distingue tres puntos fundamentales que reclaman el examen de los magistrados, y esta distinción, muy racional y lógica, permite llegar, a lo menos aproximativamente, a la solución del problema. Los jueces de una controversia, según los autores, deben averiguar:

1º Si los hechos que sirven de base al proceso existen o no; 2º En caso de estar establecida la existencia de estos hechos, qué calificación debe dárseles; 3º En fin, una vez determinadas la naturaleza del hecho y su calificación legal, qué consecuencias deben resultar de ahí bajo el punto de vista de la aplicación de la ley civil".

"908. Todo lo que corresponde a la calificación legal de los hechos, todo lo concerniente a las consecuencias de esta calificación legal bajo el punto de vista de la aplicación de la ley, es del dominio de la Corte de Casación".

"909. Por el contrario, sobre la comprobación de la existencia de los hechos, los tribunales del fondo tienen un poder soberano. Pero es necesario aún que este poder de comprobación haya sido ejercido conforme a la ley, a los medios de prueba establecidos por ella y si el juez se ha apartado de estas reglas, la vía del recurso de casación queda expedita contra su fallo".

Comentando el texto precedente, dice Ramírez Frías que "podemos, pues, concluir que la anterior es la doctrina universalmente aceptada en Francia sobre esta materia. Pero a nuestro juicio, ella no es solamente la doctrina francesa, sino que es la doctrina única e inamovible sobre este punto; porque no puede concebirse otra más rigurosamente científica dentro del actual concepto de la casación en el fondo".[880]

---

[879] Véanse, por ejemplo, Claro Solar, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 473; Anabalón Sanderson, Carlos, *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno,* Ed. Universidad de Chile, 1946, p. 275 y Galdames, cit., p. 63.

[880] *El recurso...*, cit., p. 12.

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 hubiese 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 ella se derivan en vista de la aplicación de la ley, importan cuestiones de derecho, que, como tales, pueden examinarse en casación.

88. CASACIÓN EN EL FONDO POR ERRÓNEA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

El recurso de casación en el fondo sólo da la posibilidad de que la Corte Suprema altere la sentencia de los jueces de instancia, en cuanto contenga errores de derecho. Errores en lo relativo a la aplicación de las leyes y de las demás normas jurídicas a los hechos establecidos soberanamente por ellos. Queda, entonces, la interrogante: una vez indubitado el hecho de que las partes celebraron un contrato, ¿qué leyes pueden ser violadas al calificarlo, o sea, al establecerse la naturaleza jurídica que esencialmente le corresponda?

Por cierto que toda errónea calificación de los contratos, desde que involucra un vicio en una cuestión de derecho, autoriza a la parte agraviada para deducir el recurso de casación en el fondo contra la sentencia en que se cometiera el desatino. Ahora bien, ¿qué leyes puede sostener el recurrente que han resultado infringidas?

El esclarecimiento de la cuestión es importante, pues en el escrito del recurso tienen que expresarse en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida y el modo como influyen en lo dispositivo de ella. La omisión de estos antecedentes acarrea la inadmisibilidad del recurso (arts. 772 y 782 CPC).

Una errónea calificación viola:

i. Necesariamente la ley del contrato. Es decir, el artículo 1545 del Código Civil. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes. La ley del contrato queda involucrada en la expresión "ley", que utiliza el art. 767 del Código de Procedimiento.[881] Si se califica desacertadamente un convenio se incurre en trasgresión de la ley del mismo, ya que siendo obligatorio no sólo para las partes, sino que también para el juez, éste sólo puede calificar el contrato del modo que esencialmente corresponde, y si no lo hace se habrá apartado de lo que dicha ley configura.

[881] *V. supra* 52.

ii. La ley que define el contrato nominado, por ejemplo, si las partes convinieron en un mutuo, y se trataba efectivamente de tal contrato, y la calificación del juez ve en él una compraventa, se habrá violado el artículo 2196 del Código Civil que define el mutuo.

iii. La ley que define el contrato que la equivocada calificación suponga celebrado. Es preciso, al igual que en el caso anterior, que se trate de un contrato nominado o típico.[882] En el mismo ejemplo, se viola el artículo 1793 del Código Civil que define la compraventa, desde que se está aplicando falsamente esta norma a hechos que reclaman la aplicación de otra (art. 2196 CC).

La gran trascendencia que la calificación de un contrato envuelve, radica en la circunstancia de que por ella se determina toda la legislación supletiva aplicable al contrato, en lo que no fue directamente previsto por los contratantes.

iv. Ahora bien, supuesto que las partes celebraron un contrato y no se detuvieron a precisar el estatuto por el cual se regirían las situaciones susceptibles de presentarse en el futuro, si dicho convenio es mal calificado, el juez viola todas las disposiciones legales que se pueden aplicar al contrato efectivamente celebrado, en el carácter de supletorias de la voluntad de las partes. Y viola también las disposiciones propias del contrato que la errónea calificación estima celebrado, desde que ellas, al tener que reglamentar efectos no previstos por las partes, resultan falsamente aplicadas a situaciones que, en verdad, reclaman la vigencia de otras normas.

Justificando la intervención de la Corte de Casación en los casos de errónea calificación de los contratos, los hermanos Mazeaud expresan que "la exactitud de la calificación es de suma importancia; puesto que de ella depende la elección de las reglas supletorias aplicables". Agregan que "la errónea calificación presenta algunos peligros, por constituir su único riesgo conducir a una inexacta aplicación de las reglas supletorias".[883]

Puede suceder también, aunque no será tan frecuente, que la calificación sea acertada, en cuanto decide que el contrato de que se trata es del tipo que corresponde, y que después el juez le asigne al convenio otros efectos que los que le señala la ley. Al respecto se ha dicho que la fiscalización de la Corte Suprema tiene justo título en el evento que el tribunal, "después de haber reconocido la existencia de determinada convención, de una venta por ejemplo, le asigna una naturaleza y vincula a ella efectos distintos de los que le son atribuidos por la ley; su

[882] Sobre contratos nominados o típicos *v. supra* 25.

[883] *Lecciones...*, cit., pp. 387 y 388.

decisión se expone entonces a la censura de la Corte de casación; porque no es solamente la convención la que ha sido violada; lo ha sido también, y sobre todo, la ley que vincula a ella efectos distintos de los que le han sido reconocidos por los jueces del fondo; es inadmisible que éstos puedan destituir de sus efectos legales y de sus consecuencias necesarias a las convenciones cuya existencia ellos mismos comprobaron".[884]

Jurisprudencia chilena

1. Sentencias que entienden la calificación contractual como cuestión de hecho. Existe una buena cantidad de pronunciamientos judiciales que afirman en Chile que, contrariamente a lo sostenido antes, la calificación de los contratos implica una cuestión de hecho, que los tribunales de instancia resuelven privativamente, no pudiendo impugnarse por medio del recurso de casación en el fondo.

Se ha resuelto así que "es facultativo de los jueces del fondo apreciar que el vínculo jurídico que une a las partes es un contrato de construcción de obra material y no un comodato precario".[885] También se ha fallado que la "calificación de un contrato, hecha por un Tribunal sentenciador en uso de sus facultades de juzgar, no puede dar lugar a una casación sino a otros recursos".[886]

Se ha resuelto también que "no habiéndose exhibido en los autos el contrato que sirve de base a la demanda, es una cuestión de hecho la de determinar si es o no una cuenta corriente, y esta calificación corresponde privativamente a los jueces de la causa".[887]

"Establecido por el tribunal sentenciador, analizando el conjunto a las probanzas rendidas, que las partes consintieron en un contrato de compraventa, esta conclusión es consecuencia natural, necesaria y directa de la apreciación de los jueces del fondo que no puede ser modificada o enmendada por la vía de la casación".[888] De la misma forma se ha sentenciado que "la calificación material del hecho controvertido sólo importa la fijación del mismo hecho, ya que el tribunal, para llegar a ella, no efectúa una interpretación técnica de la ley, sino que aprecia el mérito comparativo de las declaraciones y demás comprobaciones de las partes,

[884] JOSSERAND, *Derecho civil,* cit., p. 177.

[885] Corte Suprema, 17 mayo 1935, citada por DEIK, Roberto, *Causales de Casación en el Fondo en Materia Civil,* memoria, Talleres Gráficos Horizonte, Santiago, 1945, p. 61.

[886] *RDJ,* 5,1, 39.

[887] *RDJ,* 3, 1, 1.

[888] *RDJ,* 35, 1, 382.

en ejercicio de la facultad soberana que a este respecto consagran las disposiciones del CPC".[889]

2. Fallos que consideran la calificación contractual como cuestión de derecho. Un segundo grupo de pronunciamientos judiciales, acaso la mayoría, ha reconocido la buena doctrina en materia de casación por errónea calificación de los contratos, esto es, que se trata de una cuestión jurídica y no de hecho.

Se ha sentenciado así que "la interpretación de los contratos no cae bajo la censura del tribunal de casación. Esta regla sufre excepción únicamente cuando los jueces del fondo, al interpretar el contrato, entran en el terreno del derecho, como cuando se califica erróneamente su naturaleza jurídica o se hace producir al contrato efectos diversos de los designados por la ley".[890]

De la misma manera se ha dicho que "es error de derecho calificar un contrato de cuenta corriente mercantil como contrato de mutuo"[891]; y que "es casable la sentencia que califica erróneamente un convenio, haciéndole con ello producir efectos diversos de los que legalmente correspondía".[892]

También se ha resuelto que "no es aceptable que en la apreciación de un contrato de transporte, el tribunal del fondo proceda con facultad privativa que haga inamovible esta apreciación. Refiriéndose ésta a la calificación de un contrato en virtud de la ley, procede la casación por no cumplirse ella al aplicarse al caso en litigio";[893] y que "la calificación jurídica de un contrato autoriza la casación de la sentencia que lo hace, por medio del recurso de casación en el fondo, pues el error en la calificación o clasificación de un contrato infringe la disposición legal que define el contrato que se quiere calificar".[894]

Es permitido aseverar que, a la sazón, existe jurisprudencia establecida en el sentido de que procede el recurso de casación en el fondo en caso de errónea calificación de un contrato por los jueces de instancia. Así se ha seguido fallando, invariablemente, en los años más recientes. "En la calificación jurídica del contrato puede darse el vicio de casación en el fondo, siempre que con la equivocada calificación se infrinja la disposición legal que define o configura el contrato. Y en

[889] *RDJ,* 1, 1, 13. Claro Solar, con razón, criticó la doctrina de este fallo, que estima como un simple hecho el atribuir a un contrato el carácter de arrendamiento de servicios inmateriales y no el de un mandato mercantil (nota en *RDJ,* 4, 1,135).

[890] *RDJ,* 15, 1, 75.

[891] *RDJ,* 24, 1, p. 678.

[892] *RDJ,* 18, 1, p. 446.

[893] *RDJ,* 3, 1, p. 36.

[894] *RDJ,* 19, 1, 68; 23, 1, 99 y 35, 1, 292.

tal caso deben señalarse como violentadas ambas disposiciones: el artículo 1545 del Código Civil y aquella que defina el contrato".[895] El 4 de junio de 1975, la Corte Suprema, junto con reiterar que considera cuestión de hecho la interpretación del contrato, agrega que la calificación que se efectúe *a posteriori,* "importa una cuestión de carácter jurídico que puede ser revisada por el tribunal de derecho; y determinar si un contrato es título de aquellos que el Código Civil llama traslaticios de dominio es una cuestión de derecho comprendida, por consiguiente, dentro de la órbita del Tribunal de Casación".[896]

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 20 de octubre de 1993, que la "Corte Suprema ha fallado que al resolverse que si un contrato es avío y no mutuo, no lo interpreta, sino que se le califica jurídicamente, ya que la interpretación tiene que partir de la base cierta de que un contrato es de una clase determinada (*RDJ*, T.19, sec. 1ª, pág. 68). De ahí que se estima que la interpretación atiende a la intención de las partes y la calificación, a la ley. Es decir, la interpretación es una cuestión de hecho, y la calificación, de Derecho" (c. 4).[897]

89. CASACIÓN EN EL FONDO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Respecto del recurso de casación en el fondo por una errónea interpretación del contrato, son tres las posturas que pueden distinguirse: *i.* improcedencia del recurso de casación en el fondo por errónea interpretación contractual; *ii.* improcedencia del recurso, salvo que al interpretar se incurra en desnaturalización del contrato, y, *iii.* procedencia del recurso de casación en el fondo siempre que los jueces de instancia interpreten falsamente un contrato.[898]

A. Improcedencia del recurso en el fondo por errónea interpretación contractual

Se ha sostenido por algunos, siempre por aquellos que estiman que las reglas de interpretación de los contratos son meros consejos dados a los magistrados, que la interpretación de los convenios es una facultad exclusiva de los jueces de

[895] *RDJ*, 68, 1, 110 y 70, 1, 3.

[896] *FM*, 199, 75.

[897] *LegalPublishing* 20234.

[898] Las dos primeras posiciones son las de la jurisprudencia chilena. La última, favorable a la casación sin restricciones, es la que pareciera más razonable, con poco asidero en las sentencias de la Corte Suprema.

instancia y que no procede, por lo mismo, el recurso fundado en una falsa interpretación.

Esta doctrina, para diferenciarla de la que se verá después, es de carácter absoluto.

Los partidarios de esta doctrina que estima del todo inadmisible el recurso, han sostenido esencialmente que:

a) La casación en el fondo se estableció para conseguir la uniformidad en la aplicación de la ley, entendida en el sentido del artículo 1º del Código Civil, o sea como declaración de la voluntad soberana que sigue un procedimiento constitucional y obliga en forma general. Y que no interesan a la función que en tal sentido cabe desempeñar a la Corte Suprema, las convenciones creadoras de obligaciones, las cuales sólo vinculan a los contratantes "como una ley". En otros términos, la terminología utilizada por el artículo 1545 del Código Civil, sólo pretendió reforzar el carácter obligatorio que adquiere el vínculo contractual desde que el negocio jurídico se concluye, y que impide a una de las partes desconocerlo unilateralmente.

Según esta opinión, en ningún caso es posible pretender que para los efectos públicos, o sea, relativos al interés social que presiden el recurso de casación en el fondo, los contratos tengan igual trascendencia que las leyes, máxime que aquéllos, a diferencia de éstas, son de carácter netamente privados, indiferentes a la función uniformadora de la legislación que tiene la Corte Suprema.

Así, la ley del contrato no quedaría comprendida en la expresión "ley" del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil,[899] ni la errónea interpretación constituiría error de derecho, conforme a la nueva redacción del artículo 772.1º del mismo Código.

b) Además sería inadmisible el recurso en este campo, pues siempre la interpretación de un contrato envuelve una cuestión de hecho y, como tal, excluye a la Corte Suprema de su conocimiento por la vía de la casación.

c) Por último, jamás puede sostenerse que la fijación del alcance de una convención importe infracción a la ley del contrato, al artículo 1545, dado que el contrato es, precisamente, aquel que los jueces del fondo dan por celebrado en su interpretación.

Señala esta doctrina, que después de una etapa en que la Corte de Casación francesa estimó tener amplios poderes de fiscalización en la interpretación de los contratos, cambió, en 1808, radicalmente de parecer, estableciendo que la erró-

[899] En contra, *v. supra* 52.

nea interpretación no constituía sino un mal fallo, pero nunca susceptible de casación, de forma que la apreciación que de la voluntad de las partes hubiesen efectuado los tribunales de alzada no podía ser censurada.[900]

Jurisconsultos eminentes han aplaudido el rechazo categórico del recurso por interpretaciones contractuales equivocadas. Junto a Planiol figura Bufnoir, quien acota: "Es preciso, ante todo, hacer una observación importante: la interpretación de las convenciones pertenece exclusivamente a los jueces del hecho. La Corte de Casación no podría anular una decisión por falsa interpretación de un acto jurídico. En su origen, sin embargo, se había ensayado sostener que se podía encontrar mérito para casación en el hecho de que la decisión judicial había interpretado mal la convención de las partes. Interpretar mal una convención, se decía, es violar un artículo de ley, el 1134 (el 1545 chileno). Esto no era sino un sofisma. En primer lugar, la Corte de Casación fue instituida para mantener la unidad en la interpretación de la ley... La interpretación buena o mala de una convención no interesa en nada a la unidad de la legislación. Finalmente, es inexacto pretender que, en semejante caso, hay una violación del 1134; este texto sería violado si, una vez fijada la interpretación, el juez rehusara aplicar las consecuencias legales que deben derivar de esta interpretación tal como la ley lo requiere".[901]

Jurisprudencia chilena

Varias sentencias han seguido la tesis antes descrita. Se ha resuelto que "la casación por quebrantamiento de la ley del contrato es improcedente cuando se refiere a la mera inteligencia e interpretación de las cláusulas de un contrato racionalmente derivadas de los hechos que fija la misma sentencia; porque en tal caso se trata de interpretar la ley particular que las partes se han impuesto en protección de sus respectivos derechos e intereses y no existe, por lo tanto, la razón de orden público ni de interés social a que responde el recurso de casación".[902]

También se ha dicho que "la determinación de la voluntad o intención de las partes es un hecho de la causa que el tribunal sentenciador establece en ejercicio de sus atribuciones privativas. No procede el recurso de casación cuando la infracción se refiere a la determinación de la voluntad o intención de los contratantes, a

[900] Sobre los tres períodos de la evolución de la jurisprudencia francesa, en el tema del control de la interpretación de los contratos por la Corte Suprema, a través del recurso de casación, véase una síntesis en LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas...*, cit., pp. 209, 210 y 211.

[901] Citado por RAMÍREZ, *El recurso...*, cit., p. 53.

[902] *RDJ*, 7, 1, 461, con nota de CLARO SOLAR.

la mera inteligencia o interpretación de las cláusulas de un contrato, racionalmente derivadas de los mismos hechos que fija la sentencia".[903]

Se ha fallado en el mismo sentido que "la determinación de lo pactado en un contrato importa la fijación de un hecho, para cuyo establecimiento es menester recurrir a la intención de los contratantes, y no cae bajo el control del tribunal de casación";[904] y que "la intención de los contratantes importa la fijación de un hecho privativo de los jueces del fondo y no es susceptible de ser modificado por la vía de la casación".[905]

De la misma manera se ha sentenciado que "la decisión de los jueces del fondo al fijar la intención de los contratantes podrá ser errónea, su criterio para juzgar al respecto podrá haber sido equivocado, y, en suma, la resolución final de ellos podrá constituir una mala sentencia; pero en ningún caso podrá dar motivo a una casación por violación de la ley".[906]

Esta postura, absolutamente adversa a la injerencia de la Corte Suprema, vía casación de fondo, en la interpretación contractual, sigue manifestándose en sentencias posteriores. Así, en las de 20 de mayo de 1954 y 9 de octubre de 1959.[907] Y en la sentencia de 19 de marzo de 1984: "La facultad del tribunal de casación se encuentra limitada a enmendar los errores de derecho que hayan tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo (...), pero no se encuentra dentro de esa facultad el revisar si se ha establecido debidamente la intención o voluntad de los contratantes, deduciéndola de lo expresado por ellos en una cláusula del contrato. La operación intelectual de interpretación dirigida a indagar la intención que aquéllos realmente tuvieron, y las conclusiones a que se arriba en este proceso valorativo, en presencia de los elementos de juicio que suministra aquel acto u otros antecedentes de la causa, es una cuestión de hecho que no puede ser revisada por el tribunal de casación, como sucede en el caso de autos".[908]

El 29 de abril de 2002, la Corte Suprema ha vuelto a señalar que la intención de los contratantes manifestada en las cláusulas respectivas "ha sido interpretada por los sentenciadores en uso de sus facultades privativas y ello, en el caso de

[903] *RDJ*, 44, 1, 361.

[904] *RDJ*, 42, 1, 166.

[905] *RDJ*, 35, 1, 202 y 276.

[906] *RDJ*, 27, 1, 736.

[907] *RDJ*, 51, 1, 142, y 56, 1, 340.

[908] *FM*, 304, 9, 20.

autos, constituye una cuestión de hecho que escapa al control de legalidad que ejerce este tribunal de casación".[909]

También se ha resuelto por la Corte Suprema, de manera equivocada, en sentencia de 11 de abril de 1995, que los artículos 1560 al 1566 del Código Civil no tienen por sí solos carácter de leyes *decisoria litis*, de modo que para que su contravención pueda influir en lo dispositivo del fallo es indispensable que la contravención se relacione con la infracción de otra norma, de carácter sustantivo.[910]

La Corte Suprema también dijo el 21 de julio de 2004, que "la determinación de la voluntad e intención de los contratantes, esto es, la interpretación de un contrato en general constituye un hecho de la causa, dado que los jueces del fondo lo establecen en uso de sus facultades privativas y como fruto de la valoración de las probanzas rendidas y, por ende, en cuanto tal y en el caso de autos, no es susceptible de alterarse por la vía del recurso de casación en el fondo y, por el contrario, debe mantenerse inamovible, máxime cuando ni siquiera se ha invocado una eventual vulneración de las normas reguladoras de la prueba" (c. 7).[911] También lo había hecho, entre otras, la sentencia de 18 de agosto de 2003.[912]

La misma Corte, esta vez en fallo de 29 de junio de 2005, ha resuelto que en su recurso de casación en el fondo, la parte demandante promueve una "interpretación del contrato de mutuo diversa de la asentada en el fallo que impugna, la que considera una errónea fijación del alcance o sentido del pacto de aceleración y es a partir de esa pretendida interpretación que desarrolla el resto de los errores que atribuye a la sentencia recurrida". "De esta forma, resulta de toda evidencia que los planteamientos de su reclamo están condicionados a que se acepte su manera de entender la aludida estipulación contractual y, en consecuencia, el recurso de casación en examen contraría los hechos tal como fueron establecidos por los jueces del mérito, los que, según se ha señalado, no son susceptibles de modificación por la vía que se ha intentado". "Luego, en la medida que el éxito del recurso quedó supeditado a que se asuma su propia interpretación del contrato, se concluye que éste no puede prosperar y debe ser entonces desestimado" (c. 3).[913]

---

[909] Rol 3639/2001 (*PuntoLex*).

[910] *FM*, 437, 237.

[911] Rol 1178/2003 (*PuntoLex*).

[912] Considerandos 3 al 5 del fallo de 2003, que rechazó el recurso de casación en el fondo (cfr. I *Rev. Derecho*, Universidad Adolfo Ibáñez (2004), p. 69).

[913] Rol 4699/2003 (*PuntoLex*).

B. Improcedencia del recurso de casación en el fondo, salvo desnaturalización del contrato

Esta segunda posición en materia de interpretación contractual como causal de casación, hace suyos algunos argumentos de la primera posición: el proceso de interpretación es una cuestión de hecho y el contrato es ley, después de interpretado. Pero se estima ahora, con propiedad, que el 1545 del Código Civil no es ajeno al 767 del Código de Procedimiento Civil.

Esta doctrina representa una morigeración de la primera, desde que, en ciertos casos, admite a la Corte de Casación atribuciones suficientes para revisar la interpretación de los contratos hecha en las instancias del litigio. Deja señalado, además, como una verdad incuestionable, que las reglas de interpretación deben estimarse tan leyes como cualesquiera otras y que, en consecuencia, su transgresión es motivo suficiente para deducir un recurso de casación en el fondo.

En esta segunda doctrina ha sido determinante el pensamiento de Claro Solar, que casi ha llegado a uniformar la jurisprudencia nacional en una materia tan discutida, y ha sido el molde al cual se ha sujetado la mayoría de los autores nacionales. Dicho pensamiento arranca de la genuina doctrina francesa sobre la casación por error en la interpretación contractual. Esta posición obtuvo consagración jurisprudencial en Francia en 1872. De dicho país pasó a Chile, donde ha sido en cierto modo adaptada, aunque, a nuestro juicio, de manera equivocada.

La influencia de la doctrina francesa en Claro Solar se desprende de la forma en que él la expone: nunca da motivo para observar que estuviere planteando novedades. En las primeras páginas de su Tomo XII desarrolla la evolución histórica de la jurisprudencia francesa, distinguiendo en ella tres etapas. La primera, que se inicia con la creación de la Corte de Casación, en que se admitía con generosidad la procedencia del recurso en casos de interpretaciones contractuales equivocadas. La segunda comienza en 1808, y es extremo opuesto de la precedente: niega terminantemente la posibilidad de casación en la materia. Y la tercera, que parte en 1872 y no ha desaparecido, predica también la negación de la casación salvo, añade, que los jueces del fondo "desnaturalicen los contratos". Terminando lo anterior, Claro Solar afirma que "en Chile la jurisprudencia ha manifestado la misma vacilación", queriendo –y esto es inconcuso– aludir sólo a las últimas dos etapas de Francia, ya que en Chile la jurisprudencia no pasó por lo que allá fue primera.

a) La cuestión en Francia

Para comprender la doctrina sobre la desnaturalización del contrato, hay que situarse en la segunda época de la jurisprudencia francesa, entre los años 1808 y

1872. En esta época se sostiene que la interpretación de las cláusulas de los contratos se efectúa privativamente por los jueces del fondo y que la Corte de Casación carece de poderes para censurar dicha interpretación.

Muy pocos fueron los juristas que no se conformaron con este estado de cosas y que, por lo mismo, insistieron en que la Corte debía retornar a su criterio primitivo, vale decir, a aquel en virtud del cual podía fiscalizar las interpretaciones contractuales hechas en las instancias del litigio. Entre ellos sobresalió Carré, quien decía que "la violación de un contrato es una causal de casación (...) aceptar esta opinión era simplemente aceptar, en otros términos, que el recurso de casación es procedente por violación expresa del artículo 1134" (art. 1545 de nuestro Código Civil). Hacía sin embargo una distinción: o la cláusula de un contrato es clara, decía, o es oscura. En el primer caso quería que la sentencia que había desconocido la evidencia fuese anulada; en el segundo, concedía que la interpretación dada por la Corte era soberana".[914]

No obstante las críticas que recibió esta posición, en un tiempo minoritaria, el destino le tenía a ella reservada un completo éxito. Es así que Claro Solar reconoce que "la Corte de Casación francesa ha vuelto a sostener su derecho de control sobre el uso que hacen las Cortes y tribunales de su derecho de interpretar los contratos, e inclinándose a la teoría de Carré, ha declarado que la violación del 1134 del Código Civil da lugar a casación toda vez que una cláusula clara y sin equívoco alguno ha sido desnaturalizada por el juez del fondo, so pretexto de una interpretación inadmisible ante los términos del contrato".[915]

El punto de partida de este cambio, que implica el comienzo de la tercera época en la jurisprudencia del país europeo sobre el tema (segunda y actual del nuestro), lo marcó una sentencia del 15 de abril de 1872, que en sus fundamentos dice: "Visto el artículo 1134. Considerando que según los términos de este artículo, las convenciones legalmente formadas constituyen una ley para los que las han hecho; que no es permitido a los jueces cuando los términos de estas cláusulas son claros y precisos desnaturalizar las obligaciones que de ellas resultan y modificar las estipulaciones que encierran".

La doctrina expuesta, ampliamente aceptada por los tribunales franceses, podrá ser buena o mala, pero hay una cosa indudable: cualquiera puesto frente a ella puede captar sin dificultad el alcance de sus postulados. En su esencia, distingue en los contratos entre cláusulas claras y cláusulas oscuras. Respecto de las últimas, la

[914] Carré, citado por RAMÍREZ, *El recurso...*, cit., p. 44.

[915] CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 484.

interpretación de su alcance es privativa de los jueces del fondo, lo que no sucede con las primeras; éstas deben ser respetadas por los jueces de la causa, ya que siendo claras dan a entender la voluntad de las partes, y no cabe interpretarlas sino que aplicarlas (según se dice). Si el juez entra en disquisiciones y pretende fijar el sentido de cláusulas precisas, entonces él desnaturaliza el contrato, evento ante el cual el Tribunal Supremo está facultado para casar el fallo del juez del fondo, pues infringe la ley del contrato.

b) La doctrina de Claro Solar

De algunos párrafos de su obra podría parecer que él acepta ciento por ciento la doctrina francesa de la desnaturalización. No es así, ya que si bien es cierto que adhiere a ella en sus líneas generales, se manifiesta adverso a la distinción entre cláusulas claras y oscuras. Dice: "No hay que recurrir a la doctrina que distingue entre las cláusulas claras y las cláusulas oscuras de los contratos. Claras u oscuras tendrán siempre que ser interpretadas o apreciadas en su verdadero sentido para fijar la intención o espíritu de las partes, ya que las cláusulas que para unas personas son suficientemente claras, pueden ofrecer dudas a otras".[916]

El inconveniente reside en que él, por otra parte, acepta la idea de la "desnaturalización" de los franceses, que conduce a la procedencia del recurso de casación. Y resulta que la desnaturalización al parecer exige distinguir entre uno y otro tipo de cláusulas, desde que sólo puede existir a propósito de la interpretación de las cláusulas claras.

La jurisprudencia francesa, paralelamente a la continua aceptación de la casación por desnaturalización, ha señalado que ello sólo es posible cuando las cláusulas interpretadas hubiesen sido claras y precisas. Así lo dejan establecido la sentencia inicial de 1872, antes citada, y más de cuatrocientas posteriores, según expresa el profesor Marty.[917]

Pero, ¿acaso no sería posible que al negar la distinción y, por ende, atribuir otro alcance a la expresión "desnaturalización", Claro Solar hubiese sido más exacto? No lo parece. La aceptación de la doctrina francesa (con su particularidad del rechazo de la separación entre las cláusulas precisas y las ambiguas) conduce, a nuestro modo de ver, a lamentables contradicciones.

---

[916] CLARO SOLAR, Luis, en nota al fallo de 12 de noviembre de 1926, en *RDJ*, 24, 1, 303. En igual sentido, en t. 11, pp. 481 y 485.

[917] Citado por CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 12, p. 12.

Dice el autor nacional que la interpretación de los contratos importa un hecho de la causa. "La investigación de la verdadera intención de las partes es evidentemente una cuestión de hecho, que a este título, se halla sometida al poder soberano de los jueces que conocen del litigio".[918] Y sabemos que las cuestiones de hecho no pueden ser revisadas por la Corte Suprema a través de una casación de fondo, salvo violación de las normas reguladoras de la prueba de carácter imperativo, de lo que se deriva, justamente, que la casación no es una nueva instancia de los juicios. Con las bases anteriores, la conclusión debe ser que jamás proceda el recurso por errónea interpretación de los contratos. Sin embargo, Claro Solar afirma que el recurso debe proceder cuando se desnaturaliza el contrato al interpretarlo.

Tal parecer será admisible, si se entiende, como lo hace Carré, que la desnaturalización supone hablar de cláusulas claras, las cuales como son así, no deben interpretarse, y si se interpretan –como ello es prohibido– entonces se viola la ley del contrato. Esta opinión es consecuente con la idea de que la interpretación de los contratos implica una cuestión de hecho no impugnable por la casación, y, por ende, la interpretación de cláusulas oscuras –lo que ya no es prohibido– se realizaría soberanamente por los jueces del hecho.

Pero afirmar que se puede desnaturalizar el contrato claro como el no claro al interpretarlo, es dar atribuciones a la Corte Suprema para pronunciarse, lisa y llanamente, mediante el mecanismo de la casación, sobre cuestiones de hecho.

Según Claro Solar, ¿cuándo se desnaturaliza un contrato?

"La interpretación de los contratos no se limita a veces a fijar la voluntad de las partes, sino que, so pretexto de interpretarlos, los jueces dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, desconocen la intención de los contratantes, "desnaturalizan" las cláusulas controvertidas y sustituyen un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley. Una interpretación semejante sale del terreno de los simples hechos; y no puede menos de quedar sometida a la revisión y control de la Corte de Casación".[919]

Pues bien, estos casos de desnaturalización, trátese de contratos precisos u oscuros, autorizan la casación según el autor citado.

Son sin embargo tan amplios que, a la luz de las frases transcritas, toda errónea interpretación implicaría desnaturalización y autorizaría casación, ya que siempre

[918] CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 472.

[919] Ibídem, t. 12, p. 7.

que se interpreta falsamente un contrato se da a la voluntad de las partes "una inteligencia contraria a la realidad" y se sustituye "un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley".

¿Qué sucede entonces con la doctrina de Luis Claro Solar? Conduce a dos contradicciones:

Por un lado, estima que la interpretación de un contrato es una cuestión de hecho, y, por el otro, que debe proceder la casación cuando se desnaturaliza un contrato al interpretarlo, sea claro u oscuro.

Admite expresa y tácitamente que la procedencia de la casación debe ser excepcional en el campo de la errónea interpretación (única manera en que podría entenderse que un proceso de hecho fuere revisable por la Corte de Casación), y, por otra parte, al conceptuar el término "desnaturalización" le atribuye un sentido tan amplio que nos permitiría ubicar en él todo caso de interpretación errada.

La doctrina por la que se reconocen facultades al Tribunal Supremo para revisar erróneas interpretaciones de los jueces de instancia si hubiesen desnaturalizado los contratos sometidos a su consideración, sólo se entiende recurriendo a la distinción entre las cláusulas claras y las oscuras. Caso contrario, se llega a conclusiones contradictorias y, especialmente, la expresión "desnaturalización" queda sin un significado delimitado.

La gravísima consecuencia que provoca la doctrina de Claro Solar, fuera de la contradicción que significa postular, por un lado, que la interpretación es cuestión de hecho y, por el otro, que es procedente el recurso si se desnaturaliza cualquier contrato (claro u oscuro), hace perder toda coherencia la casación en el fondo, pudiendo la Corte Suprema actuar en cada caso como se le ocurra o parezca. Así, la seguridad jurídica queda hecha añicos. Queda al arbitrio de la Corte Suprema establecer si existe o no desnaturalización del contrato, con lo que, en los hechos, la casación por error en la interpretación depende casi exclusivamente de lo que los ministros que integran la sala quieran o no hacer en el caso concreto. Si están derechamente motivados por alterar lo resuelto por los tribunales de instancia, entenderán que la interpretación ha desnaturalizado el contrato, con lo que la casación será acogida, de lo contrario, reproduciendo la consabida frase, establecerán que mediante el recurso se pretende modificar una cuestión de hecho soberanamente establecida por los tribunales de instancia.

c) Jurisprudencia chilena

Algunas sentencias admiten una doctrina similar a la francesa: "La interpretación de los contratos hecha por los jueces del fondo sin desnaturalizarlos, ni

desconocer cláusulas claras de ellos, no está sujeta a la revisión de la Corte Suprema".[920]

Se ha resuelto que "corresponde a los jueces del fondo, dentro de sus facultades privativas, determinar el sentido y alcance legal de las cláusulas dudosas de los contratos".[921] *Contrario sensu:* los jueces de la causa carecen de facultades soberanas para interpretar cláusulas precisas de los contratos.

La Corte de Apelaciones de Santiago, interpretando la cláusula del contrato en cuya virtud el autor del texto de Historia y Geografía se obligaba frente al editor, quien tenía la explotación de la obra, "a entregar oportunamente las correcciones para que los libros estén siempre de acuerdo con el programa respectivo", declaró sin lugar la demanda del editor, pues la expresión "correcciones" no incluye las alteraciones mayores hechas indispensables por los cambios en el Programa escolar de la asignatura, que imponen un cambio total, es decir, que obligan al autor no a corregir la obra primitiva, sino que a hacer una obra nueva diferente. Acogiendo el recurso de casación en el fondo, el 18 de diciembre de 1939 la Corte Suprema anuló tal sentencia definitiva de segunda instancia, pues de la cláusula del contrato, reforzada con el adverbio "siempre", no cabe una interpretación diversa a lo que expresa el contrato. "Que de lo expuesto se infiere que las correcciones que estaba obligado a hacer el demandado en la obra se referían a todas las modificaciones que requirieran los cambios que la autoridad docente dispusiera practicar en los programas de enseñanza... Que después de lo dicho y en presencia del texto claro de la recordada cláusula quinta del contrato, es fácil concluir que la sentencia recurrida, al darle una interpretación contraria ha violado la ley del contrato y, en consecuencia, ha vulnerado también el artículo 1545 del Código Civil...". (c. 5 y 6).[922]

No obstante los fallos anteriores, la mayoría de las sentencias no sigue tal modelo. Es decir, aceptan la doctrina de la desnaturalización, pero omiten la distinción hecha por Carré. Tal actitud se explica recordando que fue, precisamente, Claro Solar quien condujo a la jurisprudencia nacional hacia la doctrina hoy aceptada. No debe extrañar, entonces, en los fallos que siguen, que cuando aluden a la desnaturalización no se advierte con precisión el significado de esta expresión.

Se ha resuelto que "la interpretación de los contratos, cuando no implica una desnaturalización o reforma de ellos o un desconocimiento o negación de sus efec-

[920] *RDJ*, 10, 1, 536.

[921] *RDJ*, 21, 1, 391.

[922] *RDJ*, 37, 1, 479.

tos jurídicos, constituye un hecho de la causa que el tribunal ordinario fija con autoridad privativa y excluyente de toda revisión por el tribunal de casación".[923]

También se ha fallado que "determinada por el tribunal sentenciador la intención o voluntad de las partes al celebrar un contrato, apreciando para ello los diversos antecedentes suministrados en el juicio sin desnaturalizar el contrato mismo, el ejercicio de esta facultad no es susceptible de revisión por el tribunal de casación".[924]

Se ha dicho también que "la interpretación de los contratos, siempre que en ella no se desnaturalice o se desconozcan sus efectos jurídicos, constituye un hecho de la causa que el tribunal de alzada fija con autoridad privativa y que no es permitido alterar mediante el recurso por violación de la ley".[925]

Asimismo, se ha resuelto que "procede el recurso de casación si los jueces del fondo rechazan los contratos, o les desconocen su fuerza o rehúsan hacerlos producir sus efectos legales. Es nula porque infringe la ley del contrato la sentencia que se desentiende de éste, o le da un sentido manifiestamente diverso del que las partes tuvieron en vista, o le exige una condición que los contratantes no fijaron, o desconoce el valor de un hecho establecido en relación con el contrato".[926]

Esta tesis continúa en sentencias muy recientes de la Corte Suprema, que reproducen una y otra vez la doctrina de Claro Solar.

Así, el 27 de enero de 2005, la Corte Suprema resuelve que "la interpretación de los contratos, esto es, aquella operación intelectual desarrollada por los jueces con miras a indagar cual ha sido la verdadera intención de las partes al celebrar dicha especie de convenciones, es una cuestión de hecho que aquéllos establecen mediante el análisis de las cláusulas estipuladas y de las demás pruebas allegadas al expediente, de acuerdo con las facultades que de manera privativa les corresponden en la apreciación de los antecedentes". "Que perteneciendo la interpretación de los contratos, conforme a la premisa recién esbozada, al ámbito de los elementos fácticos del proceso, escapa a la competencia de este Tribunal de derecho, no resultando jurídicamente posible su impugnación por medio del recurso de casación en el fondo". "Este sería admisible, excepcionalmente, cuando la interpreta-

---

[923] *RDJ*, 27,1, 721 y 31, 1, 251.

[924] *RDJ*, 18, 1, 133.

[925] *RDJ*, 32, 1, 155 y 188. Rioseco, menciona otras muchísimas sentencias de casación en el fondo, dictadas por la Corte Suprema en igual sentido (*La prueba...*, cit., pp. 77 y ss.).

[926] *RDJ*, 7, 1, 342; 9, 1, 33; 20, 1, 257; 22, 1, 655; 23, 1, 318; 23, 1, 387; 32, 1, 43; 41, 1, 144 y 41, 1, 396.

ción condujera a una errada calificación del contrato o a una desnaturalización de los efectos jurídicos que les son propios; salvedad que se explica por configurarse en estos casos cuestiones de derecho, constituidas por trasgresión a lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil y a la disposición legal atinente al respectivo contrato en particular" (c. 29 y 30).[927]

El 21 de agosto de 2005, la Corte Suprema falla que "la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, los que pueden ser revisados por esta Corte de Casación sólo en el evento que por tal labor se desnaturalice el acuerdo al que ellas han llegado, transgrediéndose con lo anterior la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, además, de las disposiciones pertinentes a la interpretación de los contratos. Ello ocurre, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias de cláusulas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se pactaron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, "el poder soberano de los Jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los Jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato (Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno y Comparado, pág. 474)" (c. 6).[928]

El 26 de septiembre de 2007, la Corte Suprema falla que "la jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Casación ha fijado como parecer a este respecto que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho que fijan los jueces de la instancia y, por ende, no revisable por la vía de la invalidación de fondo, salvo que la interpretación desemboque en una franca desnaturalización de lo convenido". "Ahora bien, la pregunta que surge espontánea es cuándo debe entenderse desnaturalizado un contrato". "El insigne Claro Solar señala a este respecto que cuando la interpretación de los contratos no se limita a fijar la voluntad de las partes, sino que, so pretexto de interpretarlos, los jueces dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, desconocen la intención de los contratantes, desnaturalizan las cláusulas controvertidas y sustituyen un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley". "Una interpretación semejante sale del terreno de los simples hechos; y no puede menos de quedar sometida a la

[927] Rol 2893/2004.

[928] *Universidad de Concepción con Pablo Roberto Olmos Coelho*, rol 5581/2005 (*PuntoLex*).

revisión y control de la Corte de Casación". "En consecuencia, si bajo el pretexto de interpretar un contrato o alguna de sus cláusulas, éste o éstas se desnaturalizan apartándose así de lo convenido, se infringe el artículo 1560 del Código Civil, en cuanto a que el intérprete no puede pasar por encima de las palabras sino cuando llega a conocer claramente la intención de los contratantes, y se deja de aplicar el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, norma que, lógicamente, también resulta vulnerada" (c. 8).[929]

El 26 de diciembre de 2007, la Corte Suprema resuelve que "la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, los que pueden ser revisados por esta Corte de Casación sólo en el evento que, por tal labor, se desnaturalice el acuerdo al que ellas han llegado, transgrediéndose con lo anterior la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, además de las disposiciones pertinentes a la interpretación de los contratos". "Y precisamente, en consideración al criterio rector enunciado por los sentenciadores de segundo grado al precisar el alcance del contrato de autos, es necesario tener en cuenta que de un somero análisis de los artículos 19, 1069 y 1560 del Código Civil, la doctrina ha expresado que el legislador adhirió al sistema subjetivo de interpretación". Sin embargo, de una lectura comparativa de las dos últimas disposiciones mencionadas, con las del Código Civil francés se observa que don Andrés Bello complementó la significación de la forma verbal en participio 'manifestada', agregando el adverbio 'claramente', por lo que se recurrirá a la intención del testador o de las partes en la convención o contrato cuando ella se desprende y distingue perfectamente, de lo contrario no resulta procedente construir intenciones o voluntades presuntas o virtuales, sino que se debe recurrir a otros criterios de interpretación o mejor dicho de determinación de la voluntad, con un carácter más objetivo, sin que se pueda concluir que simplemente exigió como presupuesto básico de esta actividad la oscuridad del acto o convención, pues es sabido que esta sola precisión lleva envuelta una interpretación". "De esta manera, la invocación a la intención de las partes no resulta suficiente para legitimar una tal precisión de sentido ya que, como se ha dicho reiteradamente por esta Corte de Casación, la distorsión de las disposiciones contractuales ocurre cuando los sentenciadores, en el ejercicio de la función que les es propia, alteran las consecuencias de cláusulas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se pactaron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no

[929] Rol 4003/2005 (*PuntoLex*).

puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato (Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno y Comparado, pág. 474)" (c. 7).[930]

El 22 de enero de 2008 se vuelve a fallar que "como se ha dicho reiteradamente por esta Corte Suprema, la distorsión de las disposiciones contractuales ocurre cuando los sentenciadores, en el ejercicio de la función que les es propia, alteran las consecuencias de estipulaciones respecto de las que no existe controversia en la forma en que se pactaron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable y, por consiguiente, la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea, por violación de la ley del contrato (Luis Claro Solar, *Lecciones de Derecho Civil Chileno y Comparado,* Ed. Nascimento, página 474)" (c. 9).[931]

El 25 de marzo de 2008, la Corte señala que "tanto la jurisprudencia de esta Corte Suprema como la doctrina nacional mayoritaria han considerado que la interpretación de los contratos, siempre que en ella no se desnaturalicen o se desconozcan sus efectos, constituye un hecho de la causa que el tribunal de instancia fija con autoridad privativa y excluyente de toda posible revisión por la Corte de Casación". "Dicho de otro modo, en tanto la interpretación de las cláusulas de un contrato no importe ignorar o negar sus consecuencias jurídicas, no puede la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación en el fondo, alterar o modificar esa interpretación". "Ahora bien, cuando en la interpretación de un contrato los jueces de la instancia no se limitan a fijar la voluntad de las partes, sino que, so pretexto de esa interpretación, dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, lo que hacen es desconocer la intención de los contratantes, desnaturalizando las cláusulas controvertidas y sustituyendo un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley". "Una interpretación

[930] Rol 1178/2006 (*PuntoLex*).

[931] Rol 2340/2006 (*PuntoLex*).

semejante sale del terreno de los simples hechos y no puede menos que quedar sometida al marco de la revisión y control del tribunal de casación" (c. 4).[932]

El 27 de mayo de 2008, la Corte Suprema resuelve que, "la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia y solamente procede que sean revisados por esta Corte de Casación en cuanto se desnaturalice el contenido y alcance de la convención, con lo que se incurriría así en una transgresión a la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, como a las disposiciones pertinentes a la interpretación de los mismos de los artículos 1560 y siguientes del citado cuerpo legal". "Ello ocurriría, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias de las cláusulas pactadas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se consintieron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, se producirá como efecto, que: "el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato" (Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado,* pág. 474)" (c. 7).[933]

El 7 de julio de 2008 la Corte Suprema falla "la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, los que pueden ser revisados por esta Corte de Casación sólo en el evento que por tal labor se desnaturalice el acuerdo al que ellas han llegado, transgrediéndose con lo anterior la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, además, de las disposiciones pertinentes a la interpretación de los contratos". "Ello ocurre, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias de cláusulas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se pactaron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por

[932] Rol 2076/2006 (*PuntoLex*).

[933] Rol 2741/2006 (*PuntoLex*).

violación de la ley del contrato (Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado,* pág. 474)" (c. 10).[934]

Sólo días más tarde, esto es, el 15 de julio de 2008, de manera extensa la Corte Suprema resuelve que "tanto la jurisprudencia de esta Corte como la doctrina nacional mayoritaria han considerado que la interpretación de los contratos, entre cuyas reglas se contempla la del artículo 1561 transcrito, siempre que en ella no se desnaturalicen o se desconozcan sus efectos, constituye un hecho de la causa que el tribunal de instancia fija con autoridad privativa y excluyente de toda posible revisión por la Corte de Casación". "Dicho de otro modo, en tanto la interpretación de las cláusulas de un contrato no importe ignorar o negar sus consecuencias jurídicas, no puede la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación en el fondo, alterar o modificar esa interpretación". "Ahora bien, cuando en la interpretación de un contrato los jueces de la instancia no se limitan a fijar la voluntad de las partes, sino que, so pretexto de esa interpretación, dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, lo que hacen es desconocer la intención de los contratantes, desnaturalizando las cláusulas controvertidas y sustituyendo un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley". "Una interpretación semejante sale del terreno de los simples hechos y no puede menos que quedar sometida al marco de la revisión y control del tribunal de casación". "En este contexto, la interpretación que se contiene en el fallo en modo alguno aparece que desnaturalice o desconozca los efectos del contrato o bien que ignore o niegue sus consecuencias jurídicas". "En otros términos, no resulta del proceso interpretativo de los jueces del fondo que ellos hayan dado a la voluntad de las partes una inteligencia contraria a la realidad, desconociendo su intención". "En definitiva, que hayan desnaturalizado la convención o desvirtuado sus efectos". "En efecto, los sentenciadores han concluido que las partes no acordaron la celebración de un contrato de depósito -independiente o vinculado- al de prestación de servicios que ambas reconocen haber pactado, aplicando adecuadamente no sólo los criterios de interpretación del Título XIII del Libro IV del Código Civil, sino también las normas que reglamentan, de modo específico, el contrato de depósito propiamente dicho" (c. 4).[935]

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008, vuelve a señalar que, "en relación a la denuncia de infracción a los artículos 1546 y 1560 del Código Civil, cabe precisar que la interpretación de los contratos queda dentro de

[934] Rol 6035/2006 (*PuntoLex*).

[935] Rol 1501/2007 (*PuntoLex*).

las facultades propias de los magistrados de la instancia, los que pueden ser revisados por esta Corte de Casación sólo en el evento que por tal labor se desnaturalice el acuerdo al que ellas han llegado, transgrediéndose con lo anterior la ley del contrato previsto en el artículo 1545 del Código Civil, circunstancia que en el presente caso este tribunal se ve impedido de analizar conforme a lo razonado en los fundamentos precedentes" (c. 6).[936]

Con fecha 16 de octubre de 2008, la Corte sentenció que "en relación a la denuncia de infracción a los artículos 1546, 1560, 1563, 1564 y 1566 del Código Civil, cabe precisar que la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, los que pueden ser revisados por esta Corte de Casación sólo en el evento que por tal labor se desnaturalice el acuerdo al que ellas han llegado, transgrediéndose con lo anterior la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, además, de las disposiciones pertinentes a la interpretación de los contratos". "Ello ocurre, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias de cláusulas, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, el poder soberano de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato (Luis Claro Solar, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, pág. 474)" (c. 8).[937]

C. Amplia procedencia de la casación en el fondo por errónea interpretación contractual

Ya se ha dicho, extensamente, que la distinción entre cláusulas contractuales claras y oscuras, parece inconsistente.[938] Adhiriendo a las fuentes primigenias en este tópico, o sea, a los postulados de Domat y Pothier, principales inspiradores del Código francés, debe concluirse que los tribunales pueden interpretar cualquier contrato discutido por las partes, sin que deba aceptarse esa artificial distinción. No cabe más que remitirse aquí a lo expuesto precedentemente, de lo que se

[936] Rol 5238/2007 (*PuntoLex*).

[937] Rol 4841/2007 (*PuntoLex*).

[938] *V. supra* 67 a 69.

colige nuestra discrepancia con la doctrina de la jurisprudencia francesa, inspirada en Carré, y con la jurisprudencia chilena en Claro Solar.[939]

Por otra parte, se ha dicho que la ley del contrato, palabra que usa el artículo 1545 del Código Civil, está comprendida en la expresión "ley" del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.[940] Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, expresa con vigor el artículo 1545. O sea, que el contrato es una ley desde que nace y no desde que se interpreta por el juez. La interpretación, sobre todo la subjetiva que se efectúa en Chile, se limita a reconocer las obligaciones que las partes habían creado. La sentencia interpretativa es genuinamente declarativa, ya que únicamente reconoce una situación preexistente.

Toda equivocada interpretación infringe la ley del contrato. Al menos los artículos 1545 y 1560 del Código Civil chileno. Sólo el pretexto de que la interpretación del contrato sea cuestión de hecho, ha podido conducir a la jurisprudencia de la Corte a rehusar controlar la interpretación contractual realizada por los tribunales de las instancias.

¿Por qué no estimar la interpretación de los contratos como una cuestión de derecho?[941]

La respuesta afirmativa implica contradecir cientos de fallos de nuestros tribunales y numerosísimas opiniones de los autores.[942] Con todo, es razonable procurar demostrar que la interpretación de los contratos no es una *quaestio facti,* sino que una *quaestio iuris.*

a) En primer lugar, luego de plantear el distingo entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, se aludió en su momento al texto clásico de las Pandectas francesas, según el cual hay tres etapas en los juicios que permiten separar los puntos de hecho de los de derecho.[943]

---

[939] *V. supra* 89 *B.*

[940] *V. supra* 52.

[941] Al formular las conclusiones respecto al sistema subjetivo y al sistema objetivo de interpretación contractual ya se dijo que en un sistema objetivo la interpretación es cuestión de derecho (*v. supra,* 86). Ahora se intenta justificar acerca de que también en un régimen subjetivo la interpretación debería considerarse cuestión de derecho.

[942] Con todo, señala VODANOVIC, que "la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho y que corresponde exclusivamente a los jueces de la instancia, son afirmaciones de una generalidad no exacta. La jurisprudencia casi universal (...) demuestra que varios aspectos de la interpretación pueden ser fiscalizados por el tribunal de casación" (VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, nota en *Suplemento del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas,* Código Civil, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1983, pp. 115 y 116).

[943] *V. supra* 87.

Una primera: en que los jueces averiguan si los hechos que sirven de base al proceso existen o no. Una segunda: en que los jueces califican los hechos cuya existencia ya ha sido acreditada. Y una tercera: en que los jueces, demostrada la existencia de los hechos y efectuada su calificación, determinan las consecuencias que han de resultar de dicha calificación.

Se dice lo siguiente: todo lo que concierne a la primera etapa es cuestión de hecho y todo lo que a las otras dos, cuestión de derecho.

Respecto de la calificación de los contratos, el cuadro es acertado. Permite deducir que tal actividad es una cuestión de derecho.

Pero, ¿dónde se ubica el proceso de interpretación de los contratos? ¿En cuál de las tres fases? Si en la primera, la interpretación será punto de hecho y, por ende, aunque sea errónea no habrá casación. Si en otra fase la interpretación resultara ser una cuestión de derecho y si es equivocada la casación será posible.

Paralelamente, hay que tener presente el concepto de cuestiones de hecho: son aquellas circunstancias o acontecimientos que sirven de base al litigio de tal manera que, sin ellos, este litigio no se concibe, como asimismo los que dentro de él ocurren y que son objeto de prueba.

Hay una sinonimia entre la fase primera del esquema señalado y el concepto de cuestiones de hecho. No podría ser de otra manera; lo que queda comprendido en aquélla implica punto de hecho en los juicios.

De suerte que quedará en la primera fase y será cuestión de hecho: determinar si acontecimientos o circunstancias anteriores al proceso, o bien, ocurridas dentro de él, susceptibles de ser objeto de prueba, existen o no existen.

¿Queda la interpretación de los contratos en la fórmula anterior?

El contrato mismo es un acontecimiento anterior al litigio. Las partes tienen que demostrar al juez que, efectivamente, se celebró un convenio. Y lo que el magistrado resuelva, en orden a estimar acaecido o no el suceso de la celebración de un contrato, será un pronunciamiento sobre un punto de hecho; por lo tanto, sólo impugnable por la vía ordinaria del recurso de apelación, no por la extraordinaria del de casación.

Pero la interpretación propiamente tal del contrato y de sus circunstancias, ya no sigue igual suerte. Desde luego, es inconcuso que no ocurre con anterioridad al proceso. Antes bien, se efectúa dentro de él, mas ¿es objeto de prueba? La negativa es evidente. La prueba sirve para acreditar hechos (sucesos). La instrumental, la testimonial, etc., rendidas en el curso de la causa, permiten deducir al juez si ocurrió este o aquel suceso.

La interpretación de los contratos (actividad judicial) es posterior a dichas pruebas. Si fueron rendidas, serán consideradas por la interpretación. En todo

caso, se tendrá presente el hecho de haberse celebrado un convenio entre las partes y su texto (esto es lo que hay que interpretar). Tal hecho es previo e indispensable a toda interpretación.

Teniendo a la vista todos los hechos acreditados en autos, y que sean pertinentes, entonces se desarrollará la función interpretativa. Esta, a diferencia con la prueba, no tiene interés en dilucidar si ocurrió o no algún suceso. Su finalidad es otra: fijar el alcance de la declaración de voluntades, y este alcance no es propiamente un hecho. Ya que una cosa es el hecho (lo que se prueba) y otra muy distinta el significado de tal hecho (lo que no es objeto de prueba). ¡Cómo van los litigantes a probar una actividad que corresponde desarrollar, activamente, al juez!

Si la interpretación no es objeto de prueba, entonces no es cuestión de hecho; no queda dentro de la primera de las tres fases propuestas por las Pandectas.

b) Si la interpretación de los contratos no queda en la primera fase de las tres conocidas, ¿queda acaso en alguna de las otras dos? La segunda es la de calificación de los hechos. La tercera, la de determinación de las consecuencias que resultan de aquélla, desde el punto de vista de aplicación de la ley.

La cuestión de hecho sólo llega hasta donde se trata de demostrar la existencia del contrato. Y que lo que viene después, el proceso interpretativo, es cuestión de derecho, ya que toca la esencia de los hechos, vale decir, su significado jurídico, dado que por él se clarifican los efectos del contrato que eran discutidos por las partes.

En un contrato, ¿cuál es su significado jurídico? En lo inmediato los derechos y obligaciones a que el contrato da nacimiento. En caso de interpretación, ésta fija de un modo definitivo dichos derechos y obligaciones que eran discutidos. Las partes contratantes dan nacimiento a una "ley", imponiéndose la necesidad de cumplir determinadas prestaciones. Después, como no tienen común seguridad sobre el alcance de las obligaciones pactadas, acuden a la interpretación judicial del contrato. El juez da por establecido el hecho de su existencia y después lo interpreta. Entonces, ya se saben los efectos jurídicos contemplados en la ley del contrato y que antes eran debatidos. Ahora bien, siempre que se determinen los efectos jurídicos de los hechos, existe una cuestión de derecho, un razonamiento que atañe a la esencia, no ya a la existencia del hecho llamado contrato.

Una cita de Danz quizá esclarezca lo anterior: "Consumada la interpretación, sabemos ya los efectos jurídicos que se producen, es decir, la obligación a que el juez ha de prestar su protección y sólo falta la sentencia". "Hay autores que discuten que el Tribunal Supremo, como tribunal de casación, tenga facultades para la interpretación de los negocios jurídicos. Esta opinión es falsa. La determinación

de hechos en el negocio jurídico termina tan pronto como se comprueban las palabras concretas o las otras manifestaciones de voluntad que se hayan empleado como medio de declaración. La determinación del significado de estos medios declaratorios, de su sentido, es ya interpretación y forma parte de la cuestión de derecho, puesto que la interpretación determina al mismo tiempo los efectos jurídicos producidos en el caso concreto".[944]

No es dudoso que la interpretación de los contratos está muy vinculada a los hechos, pero no es suficiente para concluir que la propia interpretación haya de ser, por tal vinculación, a su vez cuestión de hecho. Cuando se aplican las leyes generales a los hechos en un juicio, ¿quién dudará que aquéllas se vinculan a éstos? Nadie. Y en cuanto mayor sea el contacto, mejores serán las posibilidades de efectuar una adecuada subsunción. A pesar de la vinculación mencionada, es indudable que la aplicación de los textos legislativos a los hechos de la causa es un punto de derecho.

Prestigiosa doctrina procesal española se pronuncia con satisfacción ante la corriente que estima que la interpretación de los contratos es una cuestión de derecho.

Dice de la Plaza que "si se examina con atención la posición de la doctrina en orden a la interpretación de los negocios jurídicos, se comprueba al punto que en ella pueden señalarse dos posiciones extremas: la menos avanzada atribuye al Tribunal a quo la facultad, no censurable en casación, de establecer irrevocablemente el sentido de las declaraciones de voluntad: la más progresiva y revolucionaria, en el noble sentido que esta palabra tiene, entiende que la interpretación es una verdadera *quaestio juris,* que, como tal, está sometida, sin condición alguna, a la censura del Tribunal de Casación".[945]

Guasp quiere que las puertas de la casación sean abiertas con generosidad; por ello dice que "algo de esto se apunta en materias determinadas por un criterio más progresivo de la orientación de nuestro Tribunal Supremo, como ocurre en el tema de la interpretación de los contratos, donde, desde una primera postura negativa, por entender que era cuestión de hecho, se ha llegado hoy a una posición más certeramente afirmativa, por considerarla como cuestión de derecho, ya que una cosa es la apreciación de las circunstancias puramente fácticas que al contrato se refieren, y otra la valoración o estimación de esas circunstancias a base de una auténtica normación que, aunque no sea inmediatamente jurídica, no por

[944] *La interpretación...*, cit., pp. 69 y 243.

[945] DE LA PLAZA, Manuel, "La Casación Civil", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1944, p. 255.

ello tiene que traducirse en la imposibilidad de ser conocida en el recurso de casación".[946]

Con la postura habitual de la jurisprudencia chilena, los jueces pueden violar un contrato al interpretarlo, pueden desconocer lo acordado por los contratantes, y ello queda a firme al no admitirse la casación de fondo en contra de la sentencia de segunda instancia.

Si en el futuro variare la jurisprudencia, llegándose a una amplia procedencia del recurso de casación en el fondo por errónea interpretación contractual, de todos modos los hechos del pleito no serían tocados por la Corte Suprema. Los que efectivamente son hechos (el texto acreditado del contrato y las circunstancias de la especie probadas en autos), salvo violación de las leyes reguladoras de la prueba, quedarían incólumes. La Corte de Casación, en caso de acoger el recurso, exclusivamente modificaría la interpretación de la convención, o sea, la conclusión intelectual del tribunal recurrido, en la que se fijó el alcance o efectos jurídicos del contrato.

La posición que defendemos no añade, entonces, una tercera instancia al pleito. El máximo tribunal sigue conociendo, por la vía de la casación de fondo, exclusivamente cuestiones de derecho.

Jurisprudencia chilena

Algunas sentencias, aunque muy minoritarias, han seguido el predicamento antes señalado.

En sentencia de 6 de enero de 1988, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo sin aludir ni a las cuestiones de hecho ni a las de derecho, ni tampoco a la desnaturalización del contrato en el fallo, señalando que "es un hecho establecido en la causa que las partes del juicio que celebraron el contrato estipulado en la escritura pública de fojas 1 convinieron que la responsabilidad asumida por la codeudora señora Bello quedaba limitada a la suma de $ 1.500.000, y siendo así el fallo debió reconocerle al contrato en referencia la fuerza de ley, dada la voluntad e intención de las partes (...) de todo lo anterior fluye que los sentenciadores vulneraron los preceptos civiles relativos a la interpretación de los contratos, particularmente el artículo 1560, y respecto del valor que debe darse a éstos según el artículo 1545, una vez determinado su verdadero alcance.[947]

[946] GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, t. 2, Talleres Gráficos González, Madrid, 1962, p. 1456.

[947] *FM*, 350, 974.

El 25 de septiembre de 1997, la Corte Suprema acogiendo un recurso de casación en el fondo, dejó sin efecto la interpretación de dos contratos colectivos de trabajo (celebrados con los demandantes respecto a diferencias de remuneraciones por concepto de gratificaciones) que habían hecho los jueces de las instancias. Se acogió el recurso sobre la base de la violación del artículo 1545 y de las reglas sobre interpretación de los contratos, en particular la del artículo 1564.3. Se admitió que una equivocada interpretación contractual es un "error de derecho". Se argumentó sobre la ampliación de la procedencia de la casación de fondo, al haberse reemplazado en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil "infracción de ley" o "ley infringida" por "error de derecho".[948]

En fallo de 3 de junio de 2003, la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo interpuesto por un trabajador, por estimar que el fallo impugnado, que había considerado incompatibles la indemnización, complemento e incremento acordados por las partes, incurría en un error de derecho, específicamente en la aplicación de los artículos 163.1 y 176 del Código del Trabajo; y que, además, "se han quebrantado los artículos 1545 y 1562 del Código Civil, desde que, como lo sostiene la demandante, se ha vulnerado la ley del contrato y se ha dado a la cláusula en discusión un sentido en que no produciría efecto alguno, contraviniendo una regla de interpretación básica. Los yerros asentados alcanzan lo resolutivo del fallo y justifican la anulación de la sentencia atacada, en la medida que condujeron a privar a la trabajadora de una parte de la indemnización pactada con su empleador por los años de servicios, la que nació con motivo del término de la relación contractual" (c. 26).[949]

Más recientemente, en particular el 7 de julio de 2005, la Corte Suprema, sin mencionar para nada la desnaturalización de un contrato, anula la sentencia de segundo grado, bajo el argumento de que ella infringió las reglas del Código Civil sobre interpretación de los contratos.

Señala el fallo que la sentencia impugnada "aplicó directamente, para interpretar el contrato de 4 de febrero de 1982, la norma que contiene el inciso primero del artículo 1566 del Código Civil, que dispone que: No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, sin hacer previamente razonamiento alguno para explicar por qué entiende que es ambigua la cláusula citada y por qué motivos dejó de aplicar el principio general que rige esta materia y que está dado por el

[948] *GJ*, 207, 1997, 154 y *RDJ*, 94, 3, 145.

[949] Rol 3598/2002 (*PuntoLex*).

artículo 1560 del citado cuerpo de leyes, desde que claramente la intención de las partes fue hacer sólo una novación por cambio de deudor, como expresamente lo convinieron en el acto jurídico aludido, de manera que la antigua obligación quedaba extinguida por novación y la nueva que la reemplazaba se entendía constituida en los mismos términos de aquélla, sin variar su objeto, esto es, con un 10% de tasa de interés anual y un 4%, también anual, de comisión, que fue, por lo demás, la aplicación práctica que por años las partes dieron al contrato, debiendo, en consecuencia, considerarse, también, la norma del artículo 1564 del Código Civil, tanto en lo que se refiere a que la interpretación de las cláusulas podrán también hacerse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia –en este caso por el de 11 de marzo de 1980– cuanto por la aplicación práctica que de las cláusulas de la convención hicieron ambas partes o, por lo menos, una de ellas con aprobación de la otra". "Y, como se ha expresado, ninguna consideración hace la sentencia sobre las razones o motivos que tuvo en vista para aplicar una norma de interpretación contractual que es supletoria de las otras, que constituyen el principio general en esta materia, sin efectuar el análisis de lo que realmente quisieron los contratantes, como lo ordena la ley" (c. 4). "Que, en efecto, el sistema de interpretación de los contratos establecido en los artículos 1560 a 1566 de nuestro Código Civil, sigue la doctrina del Código francés, que adopta un sistema subjetivo, dando preeminencia a la voluntad real de las partes sobre la declarada en ellos, lo que queda de manifiesto en la primera norma citada, al prescribir que Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". "En consecuencia, para escudriñar el sentido y alcance de un contrato, prima la intención de las partes sobre la letra misma de las estipulaciones y sólo si la redacción de dicho acto jurídico resulta ambigua, poco clara o contradictoria, se autoriza la investigación acerca de la intención de los contratantes, empleando las restantes normas del Título XIII del Libro IV del Código Civil, constituyendo el artículo 1564 de dicho cuerpo legal una aplicación del principio general del artículo 1560 trascrito". "El inciso final de aquella norma, señala que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra, lo que es una reiteración del aludido principio e indiciario del hecho que los jueces sólo pueden recurrir al artículo 1566 del Código Civil en el evento de existir cláusulas contractuales ambiguas, esto es, cuando no pueda determinarse la intención de las partes a través de las reglas de los artículos anteriores" (c. 5).[950]

[950] Rol 3075/2003 (*PuntoLex*).

Quinta Parte
Efectos particulares
de los contratos sinalagmáticos

Efectos particulares de los contratos sinalagmáticos

En mayor o menor medida, los distintos tópicos que integran el tema general de los efectos especiales de los contratos bilaterales se encuentran expuestos en los textos de consulta habitual en materia de derecho de obligaciones. Esto justifica que en la quinta y última parte, sólo se aborden las cuestiones esenciales respecto de estos tópicos, siendo el propósito principal ofrecer una visión de conjunto de temas que habitualmente se examinan dispersos o diseminados.

90. Panorama de los efectos particulares y fundamentación

Al estudiar la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, se vio que las obligaciones generadas para ambas partes por el contrato bilateral o sinalagmático no se hallan meramente yuxtapuestas, sino que están estrechamente vinculadas unas con otras, siendo interdependientes.[951] La interdependencia de las obligaciones, es decir, que los sucesos que afectan a la obligación de una parte repercutan sobre lo que ocurre con la o las obligaciones de la contraparte, es la base fundamental de los efectos particulares, los cuales se concretan en tres instituciones bien nítidas y diferenciadas: la excepción del contrato no cumplido, la resolución por inejecución y la teoría de los riesgos. Si uno de los contratantes no cumple la obligación que le incumbe, el otro a su turno puede abstenerse de cumplir lo que se le demanda judicialmente, oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus.* Si uno de los contratantes se encuentra en mora de cumplir y el otro ya hubiere ejecutado sus obligaciones, el último puede pedir que se deje sin efecto el contrato, que sea resuelto, y se le restituya lo que había pagado. Si la obligación de una de las partes se extingue a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, la teoría de los riesgos determina lo que pasa con la obligación de la otra parte: si

[951] *V. supra* 18.

sigue igual suerte, extinguiéndose también, o si el cocontratante debe de todos modos pagar lo que debe.[952]

Diversas tentativas se han efectuado por la doctrina para explicar técnicamente los efectos particulares de los contratos bilaterales.[953] Sería contrario a la equidad y a la buena fe contractual exigir el pago a la contraparte, sin cumplir lo que uno debe. El contrato bilateral sólo funciona si ambas partes cumplen, de modo que la condición resolutoria tácita no sólo justificaría la resolución por inejecución, sino que, además, los restantes efectos particulares.

El principal fundamento de los efectos propios de los contratos sinalagmáticos se encuentra en la idea de la causa final, entendida a la manera de Capitant.[954] La causa es el fin perseguido por las partes, y no un motivo sicológico individual. Dicho fin es siempre el mismo en los contratos de una determinada categoría, sin que la personalidad de los contratantes sea relevante. La causa, según Capitant, no se agota al momento del nacimiento del acto jurídico, sino que perdura durante todo el íter contractual. La adhesión a la causa final es compatible con la admisión del importante papel de la causa ocasional, subjetiva, a la hora de determinar si el acto padece de causa ilícita.

La idea de causa no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución. La obligación, en efecto, no tiene vida sino mientras está sustentada por su causa. Por eso la causa se distingue de las otras dos condiciones que deben reunirse en el deudor para la validez del contrato: consentimiento y capacidad. Basta, en efecto, que el consentimiento y la capacidad existan al tiempo de la perfección del contrato.

Hay algo más en la causa. Para que cierta relación obligatoria una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él. De otra suerte, el lazo obligatorio no puede subsistir, debe ser roto. El contratante

[952] Salvo la resolución por inejecución, fundada en la condición resolutoria tácita del artículo 1489 del Código Civil, que exclusivamente opera en los contratos bilaterales, las demás instituciones podrían, según algunos, recibir aplicación en materia de contratos unilaterales. Pero esta hipótesis, si fuese válida, es excepcional y sin gran interés teórico ni práctico. Ello justifica el agrupamiento y análisis de todas estas instituciones bajo el título de efectos particulares de los contratos sinalagmáticos.

[953] Cfr. MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil*, cit., t. 2, vol. 1, 284 y ss.; MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., Nº 266; PLANIOL, MARCEL, y RIPERT, George, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. 4, por Esmein, 2ª ed., 1952, 410; y entre nosotros, por ejemplo, ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., pp. 412 y ss. y pp. 774 y ss.

[954] CAPITANT, Henri, *De la Causa de las Obligaciones*, original francés de 1922, traducción al español, Ed. Góngora, Madrid, sin fecha, en especial 6 al 16.

que no ha recibido todavía la prestación que le ha sido prometida, puede oponer a la reclamación de su adversario un medio de defensa que se llama *exceptio non adimpleti contractus.*

Si por consecuencia de un acontecimiento posterior al origen de la obligación (caso fortuito o fuerza mayor, falta de cumplimiento por la otra parte), el fin requerido por el deudor no puede tener cumplimiento, cesa su obligación de la que queda liberado. La obligación, en efecto, desaparece necesariamente con su causa.

Esta comprobación es de gran importancia en los contratos sinalagmáticos, porque en estos contratos, como hemos dicho, el contratante se obliga a fin de obtener la prestación que en cambio le ha sido prometida. Si la fuerza mayor o la mala voluntad de la otra parte se oponen a la ejecución de esta prestación, su obligación cesa de tener causa, y por lo mismo se ve liberado con pleno derecho o puede pedir la rescisión (resolución) del contrato y la restitución de lo que él dio".[955]

La Corte de Apelaciones de Talca tuvo ocasión de explicar los efectos particulares en base a la concepción de la causa de Capitant. "Nuestro Código Civil exige para que pueda haber obligación o contrato válidos, fuera de otras condiciones, la existencia de una causa lícita, consagrando así nuestra ley sustantiva la teoría jurídica de la causa aceptada generalmente como un principio general de derecho, especialmente en la parte que éste se refiere a las obligaciones y a los contratos (...) En efecto, siempre que una persona se obliga lo hace en vista de un fin inmediato, directo, que la determina a establecer la obligación; este fin es lo que se llama "causa".

"De la consagración de esta teoría o noción de causa en las obligaciones que tienen su fuente en la voluntad del individuo necesariamente se han derivado otros conceptos jurídicos aplicables particularmente a los diferentes contratos y que incluyen y deben ser considerados para clasificar y dar diferentes efectos a los contratos (...) Así, en los contratos bilaterales puede establecerse como verdad elemental que las obligaciones recíprocas de los contratantes están en estrecha dependencia en el sentido que si una de las obligaciones queda incumplida, por cualquier razón que sea, la otra ya no tiene base y no puede subsistir".

"Así podemos explicarnos ciertos caracteres o efectos propios de los contratos bilaterales, de cuyos rasgos característicos sería difícil darse cuenta sin la noción de causa. En estos contratos, si una de las partes no cumple su obligación, la otra

[955] Ibídem, pp. 28 a 30. Cfr. López Santa María, Jorge, "Causa y *consideration*", en *RDJ*, 78, primera parte, pp. 71 y ss.

puede negarse a cumplir la suya y oponer la excepción *non adimpleti contractus;* si una de las partes no cumple su obligación la otra puede pedir la resolución del contrato, y si un caso de fuerza mayor impide a una de las partes cumplir su obligación, la otra se encuentra igualmente dispensada de cumplir con la suya".[956]

91. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

A. Noción

Si una de las partes vinculadas por un contrato bilateral exige el cumplimiento de su crédito o pide su resolución o demanda una indemnización de perjuicios por supuesto incumplimiento, sin haber ejecutado u ofrecer ejecutar su propia deuda, la contraparte puede negarse a cumplir oponiendo la excepción de inejecución o *exceptio non adimpleti contractus.* Mediante esta excepción, el deudor demandado se niega, en el proceso judicial respectivo, a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o no se allane a cumplir en tiempo y forma lo que le corresponde.

Lo más probable parece ser que los romanos no conocieron esta institución.[957] Su origen, dicen los autores, se remonta a los canonistas y posglosadores, quienes la habrían introducido como una expresión más del afán de moralizar el contrato. A pesar de los comentarios de Pothier y de otros juristas de los siglos XVII y XVIII en favor de esta institución, el Código francés no la estableció positivamente en una disposición general, aunque sí en la compraventa. Ello no ha impedido a la doctrina y jurisprudencia francesas darle cabida, haciendo larga aplicación práctica de ella. El parágrafo 320 del Código Civil alemán dice que quienquiera que esté obligado en virtud de un contrato sinalagmático, puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea efectuada, salvo que se hubiese obligado a cumplir primero. El artículo 1460 del Código Civil italiano, por su lado, prescribe que "en los contratos con prestaciones correlativas *(corrispettive),* cada uno de los contratantes puede rehusar cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la propia obligación, salvo que las partes hubiesen establecido plazos diversos para el cumplimiento o éstos resulten de la naturaleza del contrato. No puede, sin embargo, rehusarse el cumplimiento si, conforme a las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe".

[956] Corte de Talca, 26 de agosto de 1931, en *RDJ,* 30, 2, 1.

[957] En contra, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., p. 125 y MASNATTA, Héctor, *Excepción de incumplimiento contractual,* Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 10.

Que sin perjuicio de lo afirmado precedentemente, resulta útil reflexionar, además, respecto de la denuncia de haberse infringido el artículo 1552 del Código Civil, el cual previene que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

En lo que hace a la justificación de esta excepción, ha dicho la Corte Suprema en sentencia de 14 de julio de 2008, que "es indudable el fundamento de equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya". "En tal sentido la excepción de contrato no cumplido entronca en un principio de carácter más general en el Derecho: no puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar" (c. 11).[958]

Por su parte la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 4 de junio de 2001, respecto de la justificación de la excepción de contrato no cumplido, señala que "el fundamento jurídico de la excepción del contrato no cumplido –*non adimpleti contractus*– deriva de la teoría de la causa y es una consecuencia de su aplicación a los contratos bilaterales en que la obligación de una de las partes es la causa de la obligación que la otra contrae, y, por consiguiente, no cumpliendo una de ellas su obligación, la otra puede dejar de cumplir la suya, porque ha dejado de tener la causa que le dio vida, perdiendo –obviamente– su soporte jurídico". "Siendo la obligación del uno el fundamento de la del otro, en palabras del civilista Domat, el primer efecto de la convención es el que cada uno de los contratantes puede obligar al otro a cumplir su obligación cumpliendo él la suya por su parte. En los contratos sinalagmáticos –dice Pothier– se presume que cada uno de ellos sólo quiere cumplir su obligación en tanto la otra parte cumple al mismo tiempo la suya" (c. 13).[959]

La excepción de inejecución en Chile se basa en el artículo 1552 del Código Civil, que dispone: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". De aquí se colige la regla comúnmente denominada: la mora purga la mora. El texto legal a primera vista pareciera indicar que la excepción sería procedente sólo cuando se trate de oponerse a una demanda de indemnización de perjuicios, puesto que la mora del deudor, en un sentido estricto, exclusivamente es presupuesto de admisibilidad de la acción indemnizatoria del acreedor contractual y no de la acción por la que se

[958] Rol 2830/2007 (*PuntoLex*).

[959] Rol 14018/2001 (*PuntoLex*).

recaba la ejecución forzada en naturaleza o para atajar una acción de resolución contractual.

Con buen criterio la jurisprudencia nacional ha interpretado extensivamente nuestro artículo 1552 del Código Civil, admitiendo la procedencia de la excepción de contrato no cumplido tanto respecto a la demanda de indemnización de perjuicios, cuanto a la demanda de cumplimiento *in natura* (por la que se solicita que el deudor cumpla exactamente aquello que prometió). También se ha permitido que el demandado enerve la acción de resolución del contrato, entablando la excepción de inejecución. La Corte Suprema, en fallo de 23 de marzo de 2006, admite expresamente la posibilidad de oponer la excepción de incumplimiento contractual ya ante una demanda de cumplimiento ya ante una de resolución. Dijo la Corte que corresponde al tribunal pronunciarse respecto de la eventual aplicación del artículo 1552 "en tanto se le haya solicitado la declaración de cumplimiento o resolución de un contrato bilateral" (c. 2).[960]

Respecto a la posibilidad de invocarla frente a una demanda ejecutiva, es cierto que en la enumeración del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil no se señala entre las excepciones que puede oponer el ejecutado aquella que estamos analizando. Pero los términos amplios del número 7 de esta disposición: faltar al título alguno de los requisitos o condiciones exigidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado, han permitido concluir que en ellos queda comprendida la excepción de contrato no cumplido; ésta puede ser opuesta por el ejecutado, si el ejecutante no ha cumplido a su vez con las obligaciones que le impone el contrato bilateral.[961]

B. Requisitos

Para que se acoja la excepción de contrato no cumplido, son necesarias varias condiciones:

1. Que se trate de un contrato bilateral. Así se colige del artículo 1552. La excepción no es exclusiva de la compraventa, aunque el legislador se haya preocupado especialmente de ella en este contrato (art. 1826.3 CC).

---

[960] Rol 3805/2005 (*PuntoLex*).

[961] Entre otros fallos que aceptan que el ejecutado pueda excepcionarse, subsumiendo el incumplimiento del ejecutante en el artículo 464.7º del Código de Procedimiento Civil, la sentencia de casación pronunciada por la Suprema Corte el 1 de diciembre de 1947, que además funda la institución en comento en la doctrina de la causa de Capitant, que dice que "la verdad es que no pueden desprenderse en un contrato las diversas obligaciones que expresamente se imponen las partes, porque quedarían entonces sin causa que las justifiquen y perdería el contrato su calidad de bilateral y conmutativo" (c. 5) (*RDJ*, 45,1, 307).

2. La parte demandante, contra quien se opone la excepción, no debe haber cumplido la prestación que le corresponde ni allanarse a cumplirla.[962] Como afirma Abeliuk, no es suficiente que el acreedor diga que está dispuesto a cumplir, ya que si así fuera, fácil resultaría burlar los efectos de esta institución.[963] Es necesario que él dé principio a la ejecución, por ejemplo, depositando lo debido en poder de un notario, o compareciendo en tiempo y forma al lugar en que debe cumplirse la prestación.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en fallo de fecha 14 de marzo de 2008, ratifica la idea de que el contratante negligente no puede requerir el cumplimiento forzado de la obligación, al sentenciar que "el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato por parte tanto del demandante como del demandado hacen plenamente aplicable la alegación del demandado principal en el sentido de no encontrarse en mora de cumplir con su obligación de pagar el saldo de precio en atención a que su contraparte también habría cumplido sólo imperfectamente sus obligaciones". "En efecto, se verifican en el caso de autos todos los requisitos previstos en el artículo 1552 del Código Civil, esto es, los presupuestos de la denominada excepción de contrato no cumplido, a saber: se trata de un contrato bilateral en que una de las partes ha dejado de cumplir sus obligaciones en vista de que su contraparte ha incumplido culpablemente las suyas". "Además, el incumplimiento alegado por el demandado principal y probado a lo largo del juicio es de tal magnitud que justifica su negativa a cumplir, por su parte, las obligaciones que le correspondían". "Por consiguiente, esta Corte estima ajustada a derecho la alegación de la *exceptio non adimpleti contractus* puesto que a través de ella se logra evitar la injusticia que implicaría compeler a una parte al cumplimiento íntegro y oportuno de su obligación en circunstancias que su contraparte tampoco ha cumplido con ella, existiendo entre ambas obligaciones la interdependencia propia de los contratos bilaterales" (c. 3).[964]

---

[962] Respecto de este punto señaló la Corte Suprema el 6 de mayo de 2008, que tratándose "de un contrato bilateral, en que cada parte es acreedora y deudora de la otra, cobra especial aplicación la regla del artículo 1552 del Código Civil, relativo a uno de aquellos presupuestos, esto es, a la mora del deudor". "De conformidad a esta norma, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". "En otros términos, la acción indemnizatoria deducida por la demandante no podrá tener éxito en tanto no pruebe haber cumplido con las obligaciones que a ella le imponía el contrato, o encontrarse llana a cumplirlas, y lo propio sucederá con la acción indemnizatoria ejercida en la reconvención" (c. 4) (rol 588/2006, *PuntoLex*).

[963] *Las obligaciones*, cit., p. 776.

[964] Rol 676/2007 (*PuntoLex*). En igual sentido resolvió la misma Corte de Apelaciones de Valdivia, en reciente fallo de fecha 23 de enero de 2009, que "no es posible, además, ejercitar la acción de contrato no

Se llama excepción de cumplimiento no ritual o *exceptio non rite adimpleti contractus,* la que el demandado funda en la circunstancia de que el demandante no cumplió íntegramente la totalidad de sus obligaciones.

Puede ser que lo no pagado por el actor fuese insignificante. Ya se dijo que en tal caso esta variante de la excepción de contrato no cumplido debería ser repudiada, pues la excepción atenta contra la buena fe objetiva.[965] En igual sentido se ha legislado en los Códigos de Alemania y de Italia, entre otros. En una sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de mayo de 1985, se afirma que "si bien es cierto que el artículo 1552 referido dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, es indudable que este efecto o sanción se está refiriendo únicamente, como norma o principio general de la materia, a las obligaciones propias de la esencia y de la naturaleza del contrato, pero no a las accidentales que sólo pueden ser establecidas por las partes y cuyos efectos serán, por consecuencia lógica, los que las partes establezcan. Que las obligaciones que el ejecutado alega como incumplidas, aun en el caso de ser efectiva su ocurrencia, son cosas accidentales del contrato materia de la demanda, de modo que no podrán tener el efecto que contempla el artículo 1552 del Código Civil, a menos que las partes lo hubiesen pactado expresamente, lo que no ha ocurrido en el presente caso...".[966]

En sentencia de 31 de marzo de 2003, al rechazar el recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema expresa que para que la *exceptio non rite adimpleti contractus* resulte atendible "es necesario que la inejecución atribuida al acreedor que demanda en el juicio incida en una obligación que tenga asignada una real trascendencia en el contrato. Por consiguiente, no puede esgrimirse como basamento de ella la falta de cumplimiento de una obligación que, en el ámbito de los compromisos pactados por las partes, revista una significación jurídica menor. La fundamentación de este medio de defensa en una inejecución de escasa entidad puede atentar contra un principio rector en la ejecución de los contratos, como es la buena fe" (c. 47).[967]

Continuación nota [964]

cumplido si precisamente quien así lo solicita también ha infringido su parte en el contrato, por lo que en la especie es aplicable lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil" (c. 10) (rol 425/2008, *PuntoLex*).

[965] *V. supra* 63 *C.*

[966] Corte Suprema, 7 mayo 1985, en *FM,* 318, 190.

[967] *LegalPublishing* 26369 y comentario en I *Revista de Derecho,* Universidad Adolfo Ibáñez (2004), pp. 78 a 80.

Pero un cumplimiento defectuoso o parcial del actor permitirá al demandado oponer con éxito la excepción de cumplimiento no ritual, si el incumplimiento del demandante en lugar de minúsculo fuere de cierta envergadura. Es obvio que son los jueces del fondo quienes, caso por caso, y en atención a las circunstancias de cada especie, tienen que determinar si el incumplimiento del actor es grave o es insignificante, para acoger la *exceptio non rite adimpleti* en la primera hipótesis y desestimarla en la otra.[968]

Lo razonable es dejar entregada la decisión al buen criterio de los jueces, y es preferible que ellos apliquen el estándar o regla flexible de la buena fe, antes que la clasificación de las cosas contractuales contenida en el artículo 1444 del Código. Pues el incumplimiento de una cosa accidental puede ser gravísimo para el demandado. En resumen, si bien la sentencia de la Corte Suprema del 7 de mayo de 1985 representa un progreso, sería conveniente que en el futuro se cambiare la fundamentación, pues la genuina razón que lleva a que el sentenciador desestime la excepción *non rite adimpleti contractus,* es únicamente la insignificancia o pequeñez del incumplimiento del demandante y no el carácter de cosa accidental (por oposición a cosas de la esencia y de la naturaleza) de la obligación contractual que quedó incumplida.

3. En tercer término, es menester que la obligación del demandante, que se afirma incumplida, sea actualmente exigible. De otro modo esta institución permitiría reclamar pagos prematuros o anticipados, lo que es absurdo.

Hay casos de contratos bilaterales en que se estima improcedente la excepción en comentario, en virtud de que no es actualmente exigible la obligación incumplida por el actor, y en razón de que la regla general del artículo 1552 queda desplazada por otra regla especial. Así ocurre en materia de arrendamiento, en cuanto el artículo 1977 del Código Civil prima sobre el artículo 1552. La Corte

[968] Otro tanto acontece si el incumplimiento de una de las partes se debe precisamente a actuaciones de la otra que han impedido la correcta ejecución de lo estipulado. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 5 de marzo de 2008, entendió que la acción de una de las partes del contrato que impide el cumplimiento de la otra, la priva de la posibilidad de pedir la resolución por incumplimiento de lo pactado. Dispuso la Corte que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, de manera que en este caso, siendo efectivo que el demandado incurrió en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, lo cierto es que el actor, por su parte, al impedir que éste cumpliera lo encomendado cuando se encontraba llano a ello, ha incumplido a su vez el contrato que supone dar para el contratista las facilidades para realizar su labor, de manera que el demandado no se encuentra en mora de cumplir sus obligaciones, razón por lo que no se dan los supuestos para que opere la condición resolutoria tácita que señala el artículo 1489 del mismo cuerpo legal, haciéndose presente que no se ha demandado la pena estipulada para el caso de atraso, prevista en el contrato" (c. 9) (rol 1433/2007, *PuntoLex*).

Suprema ha resuelto que las obligaciones del arrendador de mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y de efectuar durante el arriendo todas las reparaciones necesarias tienen una aplicación eventual y su cumplimiento está sujeto a la declaración de exigibilidad y a la determinación de su monto, que en cada caso se haga en juicio contradictorio. Mientras que la obligación de pagar la renta tiene el carácter de necesaria y generalmente predeterminada, lo que la hace exigible periódicamente. "Que por otra parte en el contrato de arrendamiento se contienen disposiciones especiales para el caso de mora en el pago de la renta, las que priman sobre el artículo 1552, siendo de advertir que la disposición del artículo 1977 que da al arrendador el derecho de exigir el pago de la renta producida la mora de un período entero en ese pago, no subordina el ejercicio de ella al cumplimiento (por el mismo arrendador) de sus obligaciones correlativas".[969]

4. Que la excepción se oponga en el momento procesal oportuno. La Corte Suprema en sentencia de 6 de junio de 2005, señaló que la única oportunidad procesal en un juicio ordinario para oponer la excepción de contrato no cumplido, es la de la contestación a la demanda. Dice la Corte que "ha de entenderse que la demandada no opuso la excepción de contrato no cumplido, por cuanto no contestó la demanda y, por consiguiente, mal pudo el fallo cometer el error de derecho que se denuncia desde que tal excepción no ha formado parte del debate" (...) "no puede ser aceptado que en la dúplica haya deducido dicha excepción por cuanto en dicho trámite el demandado sólo puede ampliar, adicionar o modificar las excepciones opuestas, sin que pueda alterar las que sean objeto principal del pleito (artículo 312 del Código de Procedimiento Civil), de modo que si no se contestó la demanda, como sucedió en la especie, debe entenderse por ello que precluyó el derecho de la demandada para oponer la excepción en comento, y no puede –consecuentemente– alegarse en la duplica, pues no es la oportunidad procesal para ello, debiendo recordarse que sólo las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda cuando se basa en un antecedente escrito, pueden oponerse en cualquier momento del juicio" (c. 7).[970]

C. Efectos de la excepción de contrato no cumplido

Opuesta la excepción de contrato no cumplido, y salvo que se acoja otra defensa incompatible con ello, el tribunal es obligado a pronunciarse sobre su pro-

[969] Corte Suprema, 7 junio 1945, en *RDJ*, 43, 1, 48.

[970] Rol 4184/2003 (*PuntoLex*).

cedencia.[971] Si decide acogerla, en principio el efecto de la excepción únicamente es provisorio: se suspende la condena a que el demandado pague su prestación hasta que el demandante cumpla o se allane a cumplir lo que él debe en virtud del contrato bilateral.[972]

Una vez opuesta la excepción por el contratante demandado, si tiene fundamentos se produce un efecto de presión o coacción sobre el otro litigante, a fin de que a su turno cumpla lo que le corresponde según el contrato.

Pero la suspensión transitoria del contrato puede prolongarse si ninguno de los contratantes cede. Entonces el contrato se paraliza. Hay incumplimiento de ambas partes. La situación deja de ser provisoria. La vicisitud contractual es grave y el contrato se halla amenazado de muerte. La ley civil no ha previsto esta irregularidad. Cierto, desde el punto de vista procesal, ante la subsistencia del incumplimiento del actor procede acoger la excepción y consecuencialmente desestimar la demanda. Pero lo más razonable, para que la convención no quede en un limbo, en que ambas partes la dejan incumplida, puede ser la resolución del contrato, sin indemnización de perjuicios.[973] En este sentido la Corte Suprema señaló que "entre esos hechos el fallo de alzada sienta el de que el contrato de promesa, materia de la litis, debe tenerse por no cumplido por ninguna de las partes (...) Que si bien no hay ningún precepto de ley que concretamente la contemple, está este tribunal en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Que, desde luego, no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren

[971] Opuesta la excepción de contrato no cumplido ella debe ser necesariamente resuelta por el tribunal, pues de lo contrario la sentencia puede ser anulada en virtud de lo prevenido en el artículo 768.5º del Código de Procedimiento Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 170.6º del mismo cuerpo legal, puesto que la sentencia no comprende las acciones y excepciones que se hacen valer en juicio, como lo es la excepción contemplada en el artículo 1552 del Código Civil (cfr. Corte de Apelaciones de Valdivia, 23 de julio de 2008, rol 380/2008, *PuntoLex*).

[972] Se ha discutido en doctrina si este efecto suspensivo transforma a la excepción de contrato no cumplido en una excepción dilatoria. Predomina la idea de que no lo es en un sentido procesal. "Se trata de una excepción sustancial o de derecho sustantivo, resultando ser un derecho contrapuesto al pretendido por el actor". El derecho del demandante no es negado, pero sí se le considera inexigible (Garrido, Roque y Zago, Alberto, *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Ed. Universidad, Buenos Aires, reimpresión, 1993, p. 331).

Sobre la suspensión del contrato en relación con la *exceptio non adimpleti contractus*, véase Treillard, Jacques, "*De la suspension des contrats*", en *La tendence á la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, Paris, 1960, pp. 60 y ss.

[973] En Colombia, la Corte Suprema ha evitado la indefinida paralización del contrato incumplido por ambas partes, interpretándola como un mutuo disenso o "destrate" (cfr. Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*, t. 1, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 864 y 865).

cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas (...) Que la resolución es precisamente el medio que la legislación contempla para desatar o romper un contrato que nació perfecto, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo".[974]

El 4 de diciembre de 2003, la Corte Suprema señaló que "el artículo 1.489 del Código Civil envuelve una regla que rige exclusivamente la situación que se produce en los contratos bilaterales cuando una de las partes ha cumplido o está llana a cumplir el contrato y la otra se niega a hacerlo, ya que así lo expresa de un modo inequívoco el inciso primero al disponer que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y el inciso segundo corrobora este sentido otorgando al otro contratante el derecho alternativo de pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanción esta que sería absolutamente antijurídica y, por lo mismo, fuera de la razón si se estimare que la ley la acuerda a favor del otro contratante que tampoco hubiera cumplido con sus obligaciones" (c. 3). "Que confirman esta interpretación los fundamentos racionales y de equidad y justicia que inspiran esa disposición que no son otros que presumir que en los contratos bilaterales cada una de las partes consienten en obligarse a condición que la otra se obligue a su vez para con ella, o sea, la reciprocidad de las obligaciones acarrea necesariamente la de las prestaciones" (c. 4). "Que aunque no hay precepto alguno que resuelva la cuestión de si uno de los contratantes que no ha cumplido las obligaciones contraídas puede o no solicitar la resolución de la promesa de venta en contra de la otra parte que tampoco ha dado cumplimiento a las suyas, los jueces están en el deber de juzgarla del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural de acuerdo con lo preceptuado en el Nº 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil". "En efecto no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas". "Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella se acoja en este caso, porque la resolución, precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido, sin

[974] Corte Suprema, 29 julio 1931, en *RDJ*, 28, 1, 689.

embargo no procede la indemnización de perjuicios pedida pues ella requiere de mora y en este caso no podría existir para ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.552 del citado Código Civil" (c. 5). "Que la referida conclusión ha sido aceptada por la jurisprudencia (*RDJ*, T. 28, sección 1, página 687 y 57, sección 1 página 274) y corroborada por la doctrina". Por estas consideraciones declara la resolución del contrato de promesa y rechaza la demanda de indemnización de perjuicios.[975]

92. La resolución por inejecución

A. Aspectos generales

Si uno de los contratantes voluntariamente se ha abstenido de ejecutar las prestaciones a que se encuentra obligado, si estuviera en mora, el otro puede demandar el cumplimiento forzado de lo que se le adeuda o, si lo prefiere, puede optar por desligarse del contrato, solicitando la resolución judicial, es decir, el aniquilamiento retroactivo del contrato bilateral.

A veces las circunstancias conducen a que el acreedor, ante la inejecución del deudor, tenga que inclinarse por demandar la resolución del contrato. Así ocurre en el caso que el deudor haya caído en insolvencia y no tenga activos con los cuales hacer frente al cumplimiento. O se encuentre declarado en quiebra, ya que en este evento el actor tendría que concurrir con los demás acreedores al reparto de los bienes del fallido, conforme a las reglas de la prelación de créditos, siendo muy posible que, si carece de una causal de preferencia, en definitiva reciba poco o nada al solicitar el cumplimiento. En esta perspectiva, en el hecho la resolución puede traducirse en un privilegio para el acreedor de la obligación emanada del contrato bilateral, pues aniquilada retroactivamente la convención podrá recuperar el cuerpo cierto que había entregado, y que todavía se halla en el patrimonio del fallido, sin tener que repartir nada con los otros acreedores concursales.

La resolución por inejecución se encuentra esencialmente entrelazada con la condición resolutoria, en particular con la condición resolutoria tácita. Esta institución fue establecida en el Código Civil, acogiéndose la homóloga del artículo 1184 del Código Napoleón. Dice el artículo 1489 que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".

[975] *LegalPublishing* 29114.

B. La resolución y las condiciones resolutorias

El artículo 1489 conduce a exponer algunas ideas sencillas respecto a las obligaciones condicionales, simplemente a vía de recapitulación de lo conocido a propósito de los negocios jurídicos y de las obligaciones.

Obligación condicional es aquella que pende de una condición, a la cual está supeditado el nacimiento o la extinción de un derecho. Condición suspensiva es aquella que consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento y la existencia de un derecho. Por ejemplo: te vendo mi casa en treinta millones de pesos si Juan se recibe de abogado dentro de los dos años próximos (la condición es suspensiva para el comprador). Condición resolutoria es aquella que consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho. En el mismo ejemplo anterior la condición es resolutoria (resolutoria ordinaria) para el vendedor: si Juan se recibe oportunamente de abogado, el derecho del vendedor sobre la cosa vendida se resuelve, llegando a su término. Los artículos 1473 y siguientes del Código Civil reglamentan las obligaciones condicionales.

La condición resolutoria puede revestir tres formas: a) Condición resolutoria ordinaria. Es la estipulada por las partes en un contrato y consiste en cualquier hecho futuro e incierto, que no sea el incumplimiento de la(s) obligación(es) esencial(es) del contrato que se celebra. Ejemplo: un agricultor le regala un anillo de brillantes a su amiga, pero si no llueve cuarenta milímetros durante el resto de este año deberá devolvérselo. El hecho futuro e incierto es la eventual lluvia. Si sucede, o sea, si efectivamente no llueve esa cantidad, se resuelve el derecho de la donataria sobre el anillo. b) Condición resolutoria tácita. Es aquella que se encuentra subentendida sin necesidad de estipulación alguna, por el solo ministerio de la ley, en todos los contratos bilaterales y consiste en no cumplirse por alguno de los contratantes lo pactado. A ella se refiere el mencionado artículo 1489. Constituye una de las instituciones características del contrato bilateral.[976] Ejemplo: Pedro vende a Enrique su automóvil en la suma de $ 800.000, quedando el último debiendo la totalidad del precio y comprometiéndose a pagarlo en cuatro cuotas mensuales de $ 200.000 cada una. Si Enrique no paga el precio en la forma estipulada (tal es el hecho futuro e incierto: no pagar el precio), el vendedor puede solicitar que se resuelva el contrato, ya que la condición resolutoria se ha cumplido. c) Pacto comisorio. Es la condición resolutoria tácita a que se

[976] Otra hipótesis de condición resolutoria tácita en Chile se encuentra en el artículo 135 del Código de Comercio, que indica que "cuando la compra fuese ejecutada sobre muestras, lleva implícita la condición de resolverse el contrato si las mercaderías no resultaren conformes con las muestras".

refiere el 1489, pero que ha sido expresada formalmente en el contrato por las partes. En otras palabras, consiste en la inclusión en una cláusula particular del contrato de la condición resolutoria de no cumplirse lo estipulado.

El pacto comisorio está reglamentado a propósito del contrato de venta, en los artículos 1877 y ss. del Código Civil, concretamente a propósito del incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio. Pero la jurisprudencia ha decidido, reiteradamente, que el pacto comisorio es susceptible de estipularse no sólo a propósito de la obligación del comprador, sino que también respecto de la obligación del vendedor; y no sólo en el contrato de compraventa, sino que, en general, en todos los contratos.

El pacto comisorio puede ser simple o calificado. Se denomina pacto comisorio simple, o sin cláusula de resolución *ipso facto,* aquel en que los contratantes no expresan en forma terminante que por el solo hecho del incumplimiento de una de las partes el contrato quedará automática y definitivamente resuelto.[977] A la inversa, se denomina pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución *ipso facto,* aquel por el cual los contratantes estipulan (con estas u otras palabras) que de no cumplirse por uno de ellos lo pactado, el contrato quedará automáticamente sin efecto, *ipso iure* resuelto. El artículo 1879 del Código Civil se refiere al pacto comisorio calificado en la compraventa, en caso de que el comprador no pague el precio. La disposición se ha prestado a dificultades, por cuanto altera el sentido de la convención al prescribir que, a pesar de que los contratantes estipularon que la compraventa quedaría automáticamente sin efecto, el comprador puede hacerla subsistir, pagando con retraso dentro del plazo de 24 horas contadas desde la notificación judicial de la demanda. La jurisprudencia ha decidido que lo dispuesto en el 1879 es excepcional, teniendo aplicación exclusivamente en el contrato de compraventa, cuando el comprador no paga el precio. De modo que si se celebra pacto comisorio calificado respecto a la obligación del vendedor de entregar la cosa o respecto a las obligaciones que otros contratos imponen a las partes, y se cumple la condición, es decir, una de las partes no cumple oportunamente la obligación que le incumbe, el contrato queda definitivamente resuelto, de pleno derecho, y sin que opere el plazo de gracia de 24 horas establecido en el artículo 1879.

[977] Sobre el pacto comisorio simple López Santa María, Jorge, "El precio en la compraventa parcialmente puede consistir en obligaciones de hacer. Prescripción de la acción resolutoria derivada del pacto comisorio simple en la compraventa", en *Revista de Derecho de la Empresa,* Universidad Adolfo Ibáñez, 2, 2005, pp. 119 y ss.

C. La necesidad de resolución judicial

La resolución por inejecución basada en el artículo 1489 del Código Civil, o sea, la resolución que deriva de la condición resolutoria tácita, es la que aquí interesa como efecto particular a los contratos bilaterales. Se trata de una resolución judicial, que presupone un proceso declarativo. No opera de pleno derecho, pues si así fuere quedaría al arbitrio de las partes desligarse de los contratos celebrados, bastando no cumplir las obligaciones por ellos generadas. La resolución por inejecución es un beneficio que la ley otorga al acreedor cuyo crédito no ha sido satisfecho. Este acreedor es libre para invocarlo o no. En caso afirmativo, si solicita la resolución (y no el cumplimiento del contrato), debe actuar judicialmente por medio de una demanda en la que entable precisamente la acción resolutoria.

D. Incumplimiento imputable

Para que pueda judicialmente decretarse la resolución es preciso que el incumplimiento sea reprochable al deudor, que le sea imputable a su culpa o dolo, vale decir, que no se haya producido por caso fortuito o fuerza mayor.[978]

E. El problema de los incumplimientos parciales

En principio basta un incumplimiento parcial para que pueda recabarse la resolución del contrato al tribunal competente. Al igual que ocurre con la excepción de contrato no cumplido, se presenta el problema consistente en dilucidar si es posible pedir la resolución frente a un incumplimiento parcial de poca monta.[979] El Código Civil italiano se pronuncia negativamente en el artículo 1455:

[978] Así lo entiende la amplia mayoría de la doctrina nacional, por ejemplo, ABELIUK, *Las obligaciones...*, cit., pp. 418 y 419; BARCIA, *Lecciones...*, cit., t. 3, *De las obligaciones*, p. 65; CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 10, 164, pp. 180 y ss.; MEZA, *De las obligaciones...*, cit., pp. 88 y 89 y PEÑAILILLO, *Obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 406 y 407. En contra, sin embargo, PIZARRO WILSON, Carlos, "Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual", en *Estudios de Derecho Civil III*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 401; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "El incumplimienton de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado", en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005), LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 536 y 537 y "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento", en *Estudios de Derecho Civil IV*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, Carlos Pizarro Wilson (coordinador), LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 363 y ss.

[979] *V. supra* 91.

"no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra". A igual conclusión ha llegado la jurisprudencia francesa, aunque el artículo 1184 del Código francés no lo dice expresamente, sobre la base de que la ley le permite al tribunal conceder al deudor un plazo de gracia para que ejecute lo que todavía no ha cumplido. En Chile generalmente se considera, por la doctrina y la jurisprudencia, que el juez debe pronunciar la resolución incluso si el incumplimiento del deudor es pequeño y relativo a una obligación secundaria.[980] No parece una solución razonable. El problema tiene que zanjarse de manera casuística y flexible, siendo posible que el tribunal niegue lugar alguna vez a la resolución, si el estándar de la buena fe así lo aconseja.[981]

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de julio de 2008, señaló que del artículo 1546 del Código Civil, se colige de manera inequívoca que a los efectos de requerir la resolución del contrato, el incumplimiento está referido "únicamente, como principio general en esta materia, a las obligaciones para las partes propias de la esencia y de la naturaleza del contrato, pero no a las accidentales que sólo pueden ser establecidas por las partes y cuyos efectos serán las que las propias partes establezcan" (...) "en el caso del contrato de arrendamiento esta conclusión resulta clara si se considera que la ley sanciona expresamente ciertas obligaciones de las partes contratantes pero sólo en casos que se refieren a obligaciones propias de cosas de su esencia o de su naturaleza; sin embargo, en la especie se puede apreciar de la sola lectura del contrato de arrendamiento, que el destino para el cual fue arrendada la propiedad no fue en esencia o exclusivamente el de bodega como lo sostiene la demandada y demandante reconvencional; en efecto, de la cláusula uno del contrato de arrendamiento suscrito por las partes se comprueba que la propiedad se arrendó para ser destinada a la habitación y además para servir de bodega; por lo que la obligación que el apelante alega como incumplida, aún en el caso de ser efectiva su ocurrencia, es una cosa accidental del contrato materia de la demanda, carácter que se verifica totalmente al observar lo establecido por las partes en relación a ella y cuyos efectos son los que estas expresamente establecieron en la cláusula catorce del contrato, en relación con las obligaciones impuestas por la autoridad en razón de uso que se destinará al inmueble" (c. 2).[982]

---

[980] Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., pp. 417 y ss., y las sentencias ahí citadas. En sentido opuesto, fallo de la Corte de Rancagua de 8 de junio de 2001 (*LegalPublishing* 25338).

[981] *V. supra* 62 y 63.

[982] Rol 721/2006 (*PuntoLex*).

La tesis que niega la posibilidad de requerir la resolución si el incumplimiento no es de una obligación esencial, sino que de una accidental o accesoria, la recoge la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2007. En ella se afirma "que no procede pedir la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes por incumplimiento de obligaciones accesorias, no condicionantes de escasa entidad, si se han cumplido las obligaciones principales". "Así se desprende, además, de la interpretación del artículo 1489 del Código Civil, ya que el aparente mandato absoluto en que su tenor literal aparece concebido, no es tal porque es la misma ley la que le resta ese carácter cuando en el inciso final del artículo 1852 del citado Código dispone que si la evicción no recae sobre toda la cosa vendida y la parte evicta es tal que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la resolución de la venta. De esta forma es dable concluir que no todos los incumplimientos llevan necesariamente a la resolución".[983]

Si bien lo anterior es razonable, como se dijo a propósito de la excepción de contrato no cumplido, no lo es tanto llevar la solución de la cuestión al artículo 1444 del Código Civil, que diferencia en los contratos las cosas que son de su esencia, de su naturaleza o meramente accidentales. Bien puede suceder que lo que para el observador externo sea una cuestión secundaria, para una de las partes del contrato ello bien puede ser determinante en la celebración del negocio. Pareciera que ese es precisamente el caso que se resolvió en la sentencia últimamente citada. Una automotora vendió un automóvil en el entendimiento que estaba dotado del sistema de frenos *abs*, lo que finalmente se descubrió como falso. La Corte Suprema, de manera muy discutible, entendió que el sistema se trataba de una cuestión accesoria; siendo lo esencial que el vehículo fuere nuevo, de una marca y modelo determinado, y que funcionara perfectamente.

F. Ausencia de mora del acreedor

Para que la resolución pueda prosperar es además menester que el actor haya cumplido sus obligaciones. En caso contrario la demanda resolutoria sería enervada mediante la excepción de incumplimiento, pues en los términos del artículo 1552 ya estudiados, el demandado no estaría en mora".[984]

[983] Rol 4693/2006 (*PuntoLex*).

[984] Es precisamente lo que ocurrió en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de septiembre de 2006, en el que se estableció que la mora es un antecedente indispensable

G. La posibilidad de enervar la resolución

La resolución no sólo es facultativa u opcional para el acreedor demandante; lo es también para el deudor demandado. Este puede neutralizar la acción resolutoria, ejecutando la prestación debida durante la secuela del pleito. Para que la resolución no tenga lugar, basta que el demandado cumpla tardíamente y oponga la excepción (llamada por algunos autores anómala) de pago efectivo de la deuda, en la oportunidad que indica el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil: antes de la citación para oír sentencia en primera instancia, o antes de la vista de la causa en segunda instancia. La facultad del demandado para destruir la pretensión del demandante a la resolución del contrato hace del derecho de opción de que dispone el acreedor conforme al artículo 1489, un derecho débil, ya que en definitiva puede ocurrir que el demandante, deseando la resolución, se vea compelido a contentarse con el cumplimiento. Así, por ejemplo, ha resuelto la Corte de Apelaciones de Chillán, 14 de noviembre de 2008, que "la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho, sino que requiere de una sentencia judicial". "Como la resolución del contrato no se produce mientras no es declarada por sentencia judicial, el deudor puede pagar la obligación impidiendo la resolución hasta el momento en que se dicte la sentencia respectiva" (c. 4).[985]

Esta situación ha provocado críticas y conducido a algunos autores a sostener que si el acreedor demanda la resolución, el juez tendría indefectiblemente que pronunciarla, no pudiendo el deudor pagar durante la secuela del juicio a objeto de luego oponer la excepción de pago.[986] Otros, en cambio, entienden que requiriendo la resolución de sentencia judicial que la declare, el deudor tiene

---

Continuación nota [984]

para calificar a un contratante como negligente y "para otorgar a su contraparte el derecho alternativo que confiere el art. 1489 del Código Civil" (rol 3834/2001, *PuntoLex*). Es también lo que sucedió en el pleito resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción el 4 de julio de 2005, donde se dijo que "la jurisprudencia ha reiteradamente señalado la improcedencia de la petición de resolución por el contratante incumplidor y así lo ha indicado respecto del artículo 1489 del Código Civil, el cual envuelve una regla que rige exclusivamente la situación que se produce en los contratos bilaterales, cuando una de las partes ha cumplido o está llana a cumplir y la otra se niega a hacerlo" (c. 32) (rol 3151/2003, *PuntoLex*).

[985] Rol 212/2008 (*PuntoLex*).

[986] Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, 6ª ed., Ed. Jurídica de Chile, 1979, 92 y ss. y Elgueta Anguita, Augusto, *Resolución de contratos y excepción de pago*, Universitaria, Santiago, 1981.

la posibilidad de pagar durante la secuela del juicio y luego oponer la excepción de pago.[987]

H. Las consecuencias de la resolución contractual

El efecto de la resolución, acogida por sentencia judicial firme, es la desaparición retroactiva del contrato. Lo mismo ocurre cuando se pronuncia judicialmente la nulidad de un contrato (artículos 1687 y 1689 del Código Civil): es como si el contrato nunca hubiese existido. De modo que si una de las partes había ya ejecutado su obligación, procede devolverle lo pagado. En tal evento reciben aplicación las disposiciones que reglan las prestaciones mutuas, reguladas por el legislador con motivo de la acción reivindicatoria en los artículos 904 al 915. Pero si la resolución, que pasa a llamarse en este caso terminación, afecta a un contrato de tracto sucesivo, no hay en principio efecto retroactivo, operando la resolución únicamente para el futuro.[988]

Además de la resolución, el demandante puede solicitar indemnización de los perjuicios sufridos en razón del incumplimiento. El actor pedirá que se deje sin efecto el contrato, que se le restituya consecuencialmente lo pagado, y que, además, se le pague la cantidad que se indica o que el tribunal determine por concepto de daños sufridos. Esta indemnización contractual de perjuicios se rige por las normas generales, tanto en los requisitos que deben concurrir, cuanto en la evaluación del *quantum* de la reparación.

A diferencia de la nulidad, que engendra acción contra terceros poseedores de un modo general (art. 1689 CC), la resolución judicialmente declarada sólo da acción contra terceros poseedores de mala fe. Los efectos de la resolución del contrato frente a terceros son particularmente complejos. A ellos se refieren los artículos 1490 y 1491 del Código Civil.

Un contrato puede ser en parte válido y en parte nulo (nulidad parcial). En cambio, un contrato no puede ser resuelto parcialmente, pues la resolución es indivisible. Es contrario al artículo 1489 pedir en parte el cumplimiento y en parte la resolución de un contrato. Así se ha fallado.[989]

---

[987] Así CUNEO MACHIAVELLO, Andrés, "Sobre el momento en que tiene lugar la resolución del contrato cuando se ejercita la acción establecida en el artículo 1489 del Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 3, 2004, pp. 107 y ss.

[988] *V. supra* 26.

[989] Corte Suprema, 23 de abril de 2002 (*LegalPublishing* 19334).

93. LA TEORÍA DE LOS RIESGOS

A. La noción de riesgo

En términos habituales se entiende por riesgo la contingencia o la proximidad de un daño. La posibilidad o eventualidad de que acontezca algún hecho que tenga la virtud de provocar perjuicios.[990]

Desde la óptica jurídica, la noción de riesgo inevitablemente evoca la de caso fortuito o fuerza mayor, en la acepción del artículo 45 del Código Civil, esto es, el imprevisto a que no es posible de resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos o los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público. Fluye de la noción de riesgo la idea de incertidumbre e incerteza, pero también la de peligro, de imposibilidad e incluso la de deterioro y destrucción. De ahí que cualquiera que sean los matices con que se proponga abordar la definición jurídica del riesgo la idea de caso fortuito o fuerza mayor siempre estará presente.

Como suele ocurrir en el Derecho, la expresión riesgo no siempre tiene sentido unitario, revistiendo de significaciones y alcances diversos dependiendo del ámbito en que ella sea utilizada.[991] Sin embargo, en lo que hace a las obligaciones, deben distinguirse muy claramente los riesgos de una cosa y los riesgos del contrato, cuya acabada comprensión inicial sirve para despejar muchas dudas en lo concerniente a la elaboración de una teoría del riesgo.

El riesgo de las cosas es el peligro a que están sujetas de deteriorarse o perderse por la ocurrencia de accidentes o siniestros, y que hace que sus dueños deban soportar esta pérdida o deterioro.

---

[990] Se ha seguido aquí lo expuesto por ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "La teoría de los riesgos", en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Segunda parte*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 11 y ss.

[991] Así, por ejemplo, el concepto de riesgo es fundamental dentro del contrato de seguro, caso en el que se le entiende, según el artículo 513 del Código de Comercio, como la eventualidad de todo caso fortuito que puede causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados. En la responsabilidad extracontractual, por su parte, se ha desarrollado la noción de responsabilidad por riesgo u objetiva, según la cual quien pone en movimiento fuerzas peligrosas, generando un riesgo cierto de siniestro o accidente, debe responder objetivamente de los daños ocasionados, sin que sea necesario efectuar un juicio de reprochabilidad o examen de culpabilidad al agente del hecho. En el ámbito de la seguridad social, la expresión riesgo está asociada a las eventualidades que imposibilitan al trabajador para seguir cumpliendo sus labores en forma total o parcial, como la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte, en previsión de lo cual la ley declara obligatorio un seguro social (artículo 1° de la ley N° 10.383). La idea de riesgos también está vinculada a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, casos en el que el riesgo comprende toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, produciéndole incapacidad o muerte; o la enfermedad provocada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o del trabajo que se realice (arts. 5° y 7° de la ley N° 16.744).

Muchos autores, han limitado el sentido de la expresión riesgo a la aquí expresada, es decir, identifican el riesgo con el peligro de una cosa de deteriorase o de perecer. Así Beudant sostuvo que "la expresión *riesgo*, en derecho, tiene un sentido muy preciso. El riesgo es la pérdida o el deterioro que procede de un caso fortuito o de una fuerza mayor; es todo accidente fortuito que afecta la cosa"[992]; noción seguida, entre nosotros, por Meza, quien sostiene que "la expresión riesgo designa el peligro de perecer a que está expuesta una cosa, a consecuencia de un caso fortuito, y que pone a una persona en la necesidad de soportar la pérdida consiguiente", agregando que puede decirse que "el riesgo es el peligro de perder un derecho que se tiene sobre una cosa, como consecuencia de su pérdida fortuita"[993]. Alguna antigua jurisprudencia ha seguido esta acepción, definiendo el riesgo como el acontecimiento incierto que puede hacer desmerecer una cosa y aun destruirla.[994]

Esta idea, sin ser errada, es estrecha en un triple sentido. Por una parte, y acaso sea lo más relevante por el momento, no es más que el concepto de riesgo aplicado exclusivamente a la propiedad y los derechos reales, es decir, el llamado *periculum rei*. La posibilidad de que una cosa o perezca o se deteriore por un evento cualquiera (*periculum intertius* o *periculum deteriorationis*), y que pone al titular del derecho real de que se trate en la necesidad de cargar con este siniestro. En segundo lugar, en esta concepción se prescinde del posible vínculo jurídico entre partes y que afecta a la cosa destruida o deteriorada; no se tiene en cuenta la situación del acreedor o del deudor en cuanto a tales, sino que se enfoca el problema desde la óptica del titular del objeto destruido. En tercer término, esta concepción también es estrecha en el sentido que al hacer girar la noción de riesgo sobre la base de la pérdida o deterioro de las cosas, deja de lado la posibilidad de que el riesgo tenga cabida en otro tipo de obligaciones diferentes de las de dar, como lo son las obligaciones de hacer y no hacer.

La trascendencia de la noción de riesgos de la cosa, está en que en este caso se aplica sin inconvenientes el aforismo *res perit domino*, las cosas perecen para su

[992] BEUDANT, Charles, *Cours de Droit Civil français. Les contrats et les obligations*, Ed. Rousseau, Paris, 1906, p. 239. En este mismo sentido Baudry-Lacantinerie y Barde cuando sostienen "que la palabra riesgos designa, en el lenguaje del derecho, un daño, un peligro de naturaleza particular, que hace asumir a una persona la obligación que ella tiene de soportar las pérdidas o deterioros que una cosa determinada está expuesta a sufrir por causa de un caso fortuito o de fuerza mayor" (Baudry-Lacantinerie y Barde, *Traité...*, cit., pp. 456 y 457).

[993] *De las obligaciones...*, cit., pp. 274 y 275.

[994] *RDJ*, 24, 1, 484.

dueño[995]. Si como resultado de un terremoto se destruye una vivienda, la pérdida se producirá para su propietario, y si en ella existían constituidos derechos reales de usufructo o uso, la destrucción de la edificación implicará la pérdida de estos derechos para quien sea su titular. Esta conclusión se hace evidente en el evento que afectan a cosas que no son objeto de relaciones jurídicas, y por razones de lógica y justicia nadie más que el dueño puede ser obligado a sobrellevar el peligro de destrucción o deterioro de cualquiera cosa que le pertenezca.

Sin embargo, esta idea tan clara de que los bienes perecen para su dueño, flaquea muchas veces, como se explicará más adelante, cuando se la pretende extender a las cosas que son objeto de relaciones obligacionales, confundiendo esta noción con la de riesgos del contrato.

Ya Huc separó los riesgos de la cosa de los riesgos del contrato[996], empeño en el que fue seguido por Capitant[997], terminando por imponerse en la generalidad de la doctrina[998]. En esta concepción el riesgo se identifica con el peligro de perder los derechos derivados del contrato como consecuencia de la imposibilidad que afecta a una de las partes de darle cumplimiento (*periculum obligationis*). Se trata aquí de observar la suerte que corre la obligación de una de las partes cuando la otra se ha hecho imposible por caso fortuito o fuerza mayor.

Esta última concepción se distingue perfectamente de la primera en relación a su contenido y efectos. En cuanto al contenido esta idea del riesgo no es reducida, toda vez que no asume el problema del riesgo de las cosas con independencia de que ellas sean el objeto de una obligación, ni siquiera queda reducida a las obligaciones de dar, y los más trascendente en cuanto a sus efectos, separa el problema de los riesgos del de la propiedad de los bienes.

---

[995] En este sentido FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, t. 4, vol. 2, Santiago, 1958, p. 218, y MATUS VALENCIA, Hernán, *El problema de los riesgos en los contratos*, memoria, Santiago, 1955, p. 13. También, aunque sin efectuar expresamente el distingo entre riesgo de las cosas y riesgos del contrato, ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 983.

[996] Citado por ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, t. 1, Ed. Barcelona, Santiago, 1917, p. 753.

[997] Cfr. CAPITANT, Henri, *De la cause de las obligations*, Paris, 1927, pp. 287 y 288.

[998] Fuera de los mencionados ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., p. 753, y también en *Derecho Civil. Teoría de las obligaciones*, desarrollo de R. Latorre Zúñiga, Santiago, 1939, p. 206; FUEYO, *Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, pp. 218 y 219; ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, pp. 95 a 109 y 147 a 149; GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, "Presuposición y riesgo contractual (Introducción al estudio del riesgo contractual)", *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 588 y ss.; MATUS, ob. cit., pp. 13 y 14 y SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965, p. 133.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece razonable entender los riesgos, al menos para los efectos contractuales, como la pérdida de los derechos emanados de un contrato, debido a la pérdida o deterioro de la cosa objeto de él, o a la imposibilidad de ejecución de alguna de las prestaciones, extinción que coloca a una de las partes en la necesidad de soportar económicamente dicha pérdida.

B. La doctrina del riesgo contractual

a) Planteamiento de la cuestión

La denominada teoría o doctrina de los riesgos pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué ocurre con la obligación de una de las partes de un contrato bilateral en curso, cuando la prestación debida por la otra se ha extinguido por la ocurrencia de un caso fortuito? En otras palabras, se trata de determinar cuál de las dos partes deberá soportar el riesgo del contrato si la obligación de la otra deviene imposible por un caso fortuito que tiene lugar entre el perfeccionamiento del negocio y su cumplimiento.

En términos muy sencillos la pregunta que se formula es si el acreedor de la obligación que se ha extinguido fortuitamente sigue o no obligado a dar cumplimiento a la que él contrajo. La respuesta afirmativa, esto es, que el acreedor de la obligación extinguida continúa obligado a cumplir con la propia, no obstante que no recibe nada a cambio, implica que los riesgos son del propio acreedor. Por el contrario, si la respuesta a la interrogante es negativa, en el sentido que el acreedor de la prestación imposible deja de estar obligado a cumplir con la suya, o incluso puede repetir lo que ya ha dado o pagado, induce a concluir que los riesgos del contrato pertenecen al deudor. Determinar cuál de las dos partes soporta patrimonialmente la posibilidad que la obligación se haga imposible es lo que se conoce como la prestación del riesgo.

En el caso de las obligaciones de dar, el ejercicio más sencillo es preguntarse qué ocurre en un contrato de compraventa si luego de perfeccionado la obligación del vendedor se hace imposible, por ejemplo, porque la cosa vendida pereció en un incendio. Si se resuelve que el vendedor –deudor de la obligación de dar la cosa– no puede exigir el pago del precio, resulta que el riesgo del contrato es de él, dado que perderá la cosa y además no recibirá el precio. Por el contrario, si se determina que el vendedor, a pesar de que está exonerado de cumplir con su obligación, puede exigir el pago del precio al comprador, ocurre que el riesgo es del acreedor, dado que éste, no obstante no recibir nada a cambio, debe cumplir con su prestación. En el caso de las obligaciones de hacer, puede reflexionarse

sobre el típico caso del pasajero que contrata con una agencia de viajes la realización de un itinerario turístico por las ciudades de un determinado país. A consecuencia de un imprevisto, por ejemplo el estallido de una guerra en el lugar o porque las ciudades de la ruta proyectada han sido asoladas por algún desastre de la naturaleza, la empresa se ve en la imposibilidad de cumplir lo pactado. Si se estima que el pasajero debe pagar el viaje a pesar de que no se realiza, el riesgo del contrato es del acreedor de esta obligación que se ha hecho imposible. En cambio, si se concluye que el frustrado turista no debe pagar nada, o que incluso puede solicitar la restitución de los adelantos del precio a la agencia de viajes, resulta que los riesgos son de la empresa deudora.

b) Condiciones de procedencia

De lo que hasta aquí se ha dicho, se puede concluir que para que tenga lugar la aplicación de la teoría de los riesgos se requieren tres condiciones indispensables: *i)* Que exista un contrato bilateral; *ii)* que dicho contrato esté en curso y *iii)* que una de las obligaciones se haga imposible a consecuencia de un caso fortuito.

i. *Existencia de un contrato bilateral*

Como ha quedado dicho más arriba, se trata de saber qué ocurre con la obligación de una parte cuando la otra se ha extinguido fortuitamente. Este es el ámbito propio y genuino en el que se desarrolla la teoría del riesgo, es decir, en el que existen obligaciones correlativas, en donde una puede extinguirse y la otra subsistir. En los contratos unilaterales el problema ni siquiera llega a plantearse conceptualmente. En ellos al extinguirse fortuitamente la única obligación existente no cabe formular la típica pregunta de la teoría del riesgo ¿qué ocurre con la obligación de la otra parte?, por la sencilla y única razón que esa otra obligación no existe.[999]

[999] No obstante la obviedad de esta cuestión, hay autores que traen a colación el problema del riesgo aun en los contratos unilaterales, señalando que si el único deudor no puede cumplir con su prestación, quiere decir que el riesgo es para la otra parte, el acreedor, quedando liberado el obligado por caso fortuito (Así BEUDANT, ob. cit, p. 242; GIORGI, *Teoría...*, cit., pp. 248 a 250 y aparentemente GAVIDIA, ob. cit., p. 593. Entre nosotros FUEYO, *Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, p. 221 y MATUS, ob. cit., pp. 91 y 92). Incluso se ha llegado a afirmar que restringir la aplicación de la teoría del riesgo a los contratos bilaterales implica un error fundamental como es el creer que la pérdida de los derechos emanados del contrato solamente se da en los contratos bilaterales (cfr. MATUS, ob. cit., p. 92).

Continúa nota

También debe descartarse la aplicación de la cuestión de los riesgos a los denominados contratos sinalagmáticos imperfectos, es decir aquellos contratos que siendo genuinamente unilaterales han llegado a generar algún tipo de obligación para el acreedor, como el depositante que debe reparar los daños que la cosa entregada en depósito causó al deudor. La obligación que surge para el acreedor después de la perfección del contrato, según la doctrina especializada, es una obligación legal y no contractual, por lo que el contrato, a pesar de estas circunstancias posteriores, conserva su carácter unilateral, y no tienen lugar en él los efectos particulares de los contratos bilaterales, como lo es la doctrina del riesgo.[1000]

ii. *Contrato en curso*

Además, para que tenga lugar la cuestión del riesgo contractual, es necesario que el cumplimiento del contrato esté pendiente a lo menos en alguna parte. El

---

Continuación nota [999]

No se puede negar que en los contratos unilaterales la única prestación puede extinguirse por caso fortuito, lo que produce la liberación del deudor, resultando la otra parte perjudicada. Pero una vez que esto ha ocurrido, no se producen efectos secundarios, en el sentido de tener que precisar qué ocurre con las obligaciones de la otra parte. Ellas no existen, no pudiéndose plantear, en consecuencia, la esencia del problema de los riesgos.

La equivocación fundamental de esa postura, fuera de lo ya dicho, es que se confunde la extinción de las obligaciones por caso fortuito con la teoría de los riesgos. En los contratos unilaterales, para saber qué ocurre con la obligación del deudor, basta con recurrir a las normas sobre extinción de las obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo estas normas, contenidas en los artículos 1670 y siguientes del Código Civil, son claramente insuficientes para resolver el problema de los riesgos en los contratos bilaterales. Cuando en un contrato unilateral la obligación del deudor se hace imposible por un imprevisto imposible de resistir, se aplican lisa y llanamente las normas citadas, pero no se recurre a la teoría del riesgo, pues ésta difiere de la cuestión de la fuerza mayor en el sentido que se ocupa no de la liberación del deudor, sino que de la liberación del acreedor por la obligación correlativa (cfr. DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, II, t. 4, Ed. Rousseau, Paris, 1931, p. 123). Como anota FUEYO, "no es propiamente la imposibilidad de ejecución lo que interesa en el riesgo del contrato. Aquella imposibilidad ya quedó atrás, y es un mero antecedente. Ahora importa la suerte del contrato, y, concretamente, la perpetuación o extinción de las demás obligaciones, recíprocas y posibles de ejecutar" (*Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, p. 220).

En la extinción de las obligaciones por caso fortuito, se considera individual y aisladamente la obligación que se ha hecho imposible, sin examinar y sin tener en cuenta lo que ocurre con la otra. En los contratos unilaterales existe una sola posibilidad, que el riesgo sea de cargo del acreedor. En los bilaterales hay dos posibilidades: que los riesgos sean del deudor o que lo sean del acreedor. Este es el problema que resuelve la teoría del riesgo, y que está ausente en los contratos en que sólo una de las partes resulta obligada. De allí que hoy en día la abrumadora mayoría de la doctrina rechace la posibilidad de que la doctrina del riesgo pueda llegarse a plantear respecto de los contratos unilaterales, y que en el Derecho comparado la tendencia sea la de circunscribir legalmente el problema del riesgo a los contratos bilaterales.

[1000] Así ALESSANDRI, *De los contratos*, cit., p. 20. Así también MATUS, pero con la salvedad importante de que considera que los riesgos en este tipo de contratos unilaterales son para el acreedor (ob. cit., pp. 94 y 95). En contra ABELIUK, *Las obligaciones*, cit., p. 987.

ámbito propio del riesgo contractual es el de los contratos en los que la ejecución de las obligaciones queda pospuesta en el tiempo y en los que tienen por objeto prestaciones periódicas o diferidas. En ellos existe crédito, tiene lugar un intervalo de tiempo más o menos apreciable entre la perfección del contrato y su ejecución total, lo que deja abierta la posibilidad de que sobrevenga el riesgo de la imposibilidad de cumplimiento.[1001]

Lo anterior es bastante evidente. Antes de perfeccionado el contrato el riesgo contractual no puede existir. No habiendo contrato no habrá lugar a preguntarse sobre la cuestión del riesgo. En esta situación si las cosas se destruyen por caso fortuito (*periculum rei*), perecen para su dueño, y, como se ha dicho, no se producen consecuencias respecto de terceros. Si el contrato ya fue ejecutado en su totalidad, tampoco cabe plantear la cuestión del riesgo. Las prestaciones de las partes ya estarían extinguidas por el modo habitual, el pago, y no podría hablarse de extinción por caso fortuito.[1002]

iii. *Caso fortuito sobreviniente*

Finalmente es de la esencia de la doctrina del riesgo, que la obligación del deudor se haya hecho imposible por un caso fortuito o fuerza mayor sobrevenidos con posterioridad a la perfección del contrato. El caso fortuito actúa como el antecedente necesario para que pueda cuestionarse si la obligación subsistente debe o no ser cumplida.[1003]

[1001] Cfr. GAVIDIA, ob. cit., p. 591.

[1002] Tratándose de contratos que se han extinguido por otras vías, como la resolución, nulidad, revocación o resciliación, la situación es particular. En estos casos puede afirmarse que las obligaciones que generaba el contrato se han extinguido por un modo diverso del pago y, por lo tanto, en ellas no tiene cabida el problema del riesgo. Sin embargo, con la declaración de resolución, nulidad o por la revocación o resciliación, se generan nuevas obligaciones, no emanadas del contrato en sí mismo, sino que nacidas del modo de extinguir que haya operado, como las prestaciones mutuas que se deben las partes. Por ejemplo, si pendiente la devolución de la cosa por parte del comprador al vendedor en una compraventa que ha sido anulada, sobreviene un caso fortuito que la destruye, el problema del riesgo se mantiene en toda su magnitud. Será preciso determinar si el comprador que no está en condiciones de restituir debido a caso fortuito, puede exigir al vendedor la restitución del precio recibido.

[1003] Si la obligación se hace imposible por culpa o dolo del deudor no es aplicable la teoría del riesgo. En tal caso, existiría incumplimiento de la obligación imputable al deudor. La parte cumplidora podrá solicitar la resolución más la correspondiente indemnización de los perjuicios, ya que según los términos del artículo 1672 del Código Civil en estos supuestos la obligación subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.

C. Criterios de solución al problema de los riesgos

En materia de distribución de riesgos entre las partes contratantes, desde antiguo se han acuñado y desarrollado tres máximas fundamentales: *res perit creditori, res perit debitori* y *res perit domino.*[1004] Cada uno de estos brocardos envuelve una verdadera concepción en torno a cuál de los contratantes debe asumir económicamente la pérdida de los derechos emanados del contrato, en razón de que la cosa debida por uno de ellos se ha destruido o deteriorado fortuitamente.[1005]

a) Riesgos de cargo del acreedor (Res perit creditori)

La regla *res perit creditori* es la regla tradicional. Implica que los riesgos son del acreedor. A pesar de que la obligación del deudor se extingue por caso fortuito, el acreedor debe cumplir con su propia prestación. En el caso del contrato de compraventa esta regla equivale al principio *periculum est emptor*: las cosas perecen para el comprador. Si en una compraventa la cosa debida se destruye antes de su entrega, los riesgos son del comprador, pues deberá que pagar el precio, o, si ya lo ha pagado, no podrá repetirlo.[1006]

[1004] Estos son los criterios de solución fundamentales, lo que no quita que puedan existir otros diferentes o mixtos. De hecho, y como se verá en lo referente al Derecho comparado, no existen legislaciones que acojan de manera absoluta algunos de estos criterios de solución, contemplando una buena partida de excepciones a la regla consagrada. Por otra parte, fuera de las soluciones tradicionales de atribuir los riesgos al deudor, al acreedor o al que sea el propietario de la cosa, existe otra posibilidad, que consiste en que los riesgos sean asumidos conjuntamente por el deudor y por el acreedor; de suerte que sobrevenida la imposibilidad de cumplimiento, las partes, proporcionalmente, soporten las consecuencias económicas de la pérdida. Con todo, este es un criterio totalmente residual, y no se tiene noticia de que haya sido doctrinalmente desarrollado o consagrado a nivel positivo (cfr. MATUS, ob. cit., p. 66).

[1005] La circunstancia de que estas reglas razonen sobre la base de las obligaciones de dar una cosa, prescindiendo de que la imposibilidad de cumplimiento se presente en el ámbito de una obligación de hacer o no hacer, encuentra causa en que la doctrina del riesgo, como muchos otros institutos, se desarrolló desde el Derecho Romano a partir del contrato más importante y habitual, la compraventa, lo que determinó que los principios de solución se estructuraran sobre la pérdida de la *res* debida por el vendedor. Pero no significa que sus postulados sólo comprendan las obligaciones de dar.

[1006] Esta solución es calificada de tradicional, ya que no existe hoy duda de que esa era precisamente la regla por la cual se regían los romanos, subsistiendo hasta hoy la incógnita de cuál fue el verdadero motivo que los llevó a consagrar un principio tan criticable en un sistema como el que ellos habían creado, en el cual por la perfección del contrato no se transfería ningún derecho real sobre la cosa, y sólo se generaba el derecho personal para exigir el cumplimiento de lo pactado. Para una visión de las diez más importantes explicaciones históricas y jurídicas que justificarían esta solución para el riesgo contractual en el Derecho Romano: ELORRIAGA, *La teoría de los riesgos*, cit., pp. 69 y ss.

Puede afirmarse, en general, que en este caso el criterio de la transmisión del riesgo está asociado a la perfección del contrato, una vez que formalmente hay vínculo entre las partes, los riesgos a que está sujeta la prestación se trasladan a la parte acreedora. El momento que determina el traspaso de este evento incierto es el de la conclusión del contrato; desde ese instante las partes toman el carácter el acreedor y deudor de la prestación. Perfeccionado que sea el contrato los riesgos comienzan a correr de cuenta del acreedor, quedando liberado el deudor desde ese minuto.[1007]

b) Riesgos de cargo del deudor (Res perit debitori)

Según este criterio de solución, los riesgos del contrato son de cargo del deudor. En el evento de que la cosa debida se destruya o deteriore, o la prestación se haga imposible por un evento imposible de resistir, el deudor no podrá exigir que el acreedor cumpla con su obligación recíproca. Su deuda se extingue por caso fortuito, haciendo decaer la obligación del acreedor que, por no recibir nada a cambio, no está obligado a cumplir, y si ya lo hubiere hecho podrá solicitar la restitución de lo dado o pagado.

En el caso de la compraventa, el principio toma el nombre de *periculum est venditoris,* lo que implica que los riesgos son de cargo del vendedor. Si después de perfeccionada la venta, pero antes de la entrega la cosa, se deteriora o destruye por caso fortuito, se extingue la obligación del vendedor pero también la del comprador; el primero no cumple pero el segundo tampoco, pues, no recibiendo la cosa no está obligado al precio.

Esta solución al problema del riesgo, de origen germánico[1008], es la llamada solución moderna[1009], en la medida que representa una reacción a las iniquidades y absurdos a que puede conducir la aplicación de la regla del *periculum creditori est.*[1010]

c) Riesgos de cargo del propietario (Res perit domino)

Esta fórmula de solución a la cuestión de los riesgos, prescinde de la posición jurídica que las partes tengan dentro del contrato. Poco importa quién sea el

[1007] Cfr. Alcover Garau, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional,* Civitas, Madrid, 1991, p. 30.

[1008] Cfr. Alonso, ob. cit., p. 383.

[1009] Cfr. Fueyo, *Derecho Civil,* cit., t. 4, vol. 2, p. 227; Matus, ob. cit., p. 111 y Saleilles, Raymond, *Étude sur la théorie génerale de l'obligation,* LGDJ, Paris, 1925, p. 203.

[1010] Cfr. Alcover, ob. cit., p. 37.

deudor y quién el acreedor. El problema no se zanja por esta vía, sino que por otra diversa: responde de la pérdida de la cosa su propietario.

Este sistema de atribución del riesgo, en el ámbito de las obligaciones de dar, se encuentra vinculado al sistema de la transferencia de la propiedad. El acto que marca la transferencia del dominio también determina el traslado del riesgo. En los sistemas basados en la doctrina del título y del modo de adquirir, la perfección del contrato solamente genera un derecho personal y ninguno real. El riesgo permanece de cuenta del propietario de la cosa hasta que deje de serlo en virtud de la tradición del objeto debido. En el período de tiempo en que el deudor es aún propietario, responde de la destrucción o deterioro, pues, como dice el adagio, las cosas perecen para su dueño. En los sistemas legales como el francés o el italiano, en los que los contratos generan derechos reales y tienen la virtualidad de operar por sí solos la transferencia del dominio, los riesgos son de cuenta del acreedor desde el momento de la conclusión del contrato; a partir de ese instante él es el propietario.[1011]

Una buena demostración de la independencia de este modelo de solución viene dada por la circunstancia de que la regla *res perit domino* operaría en forma harto diferente en un sistema como el nuestro a como lo haría, por ejemplo, en Francia. En Chile, si se aplicase el referido principio, ocurriría que si la cosa vendida se destruye antes de la tradición, el riesgo sería para el deudor, propietario hasta la tradición. Aplicado en Francia, la solución es la contraria; perdida la cosa en iguales circunstancias, será del acreedor el soportante de la pérdida, ya que es dueño desde la conclusión del contrato, a pesar de que no se le haya efectuado la tradición del objeto. De allí que este criterio, cuya utilidad es sumamente dudosa, es tenido hoy por independiente y no se le asocia a los criterios antes expuestos.[1012]

[1011] Podría cuestionarse que este criterio de solución sea verdaderamente autónomo frente al *res perit debitori* y el *res perit creditori*, ya que en definitiva es uno de ellos el que soporta el riesgo. Aún más, se suele asociar el principio *res perit domino* al *res perit debitori*, oponiéndolo al *res perit creditori*, ya que normalmente el que debe la cosa es el propietario y no el acreedor (cfr. ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., pp. 790 y ss. y FUEYO, *Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, p. 228). Sin embargo, que esta asociación no es del todo correcta, pues al margen de lo que ocurra en la práctica, lo que precisamente busca este principio es resolver la cuestión en términos más objetivos, que nadie responda por ser el deudor o el acreedor, sino que cargue con los riesgos el propietario.

[1012] Cfr. ABELIUK, ob. cit., p. 985; ALCOVER, ob. cit., p. 33 y MATUS, ob. cit., p. 66.

D. Situación chilena

a) La regla aparentemente general

En Chile puede decirse que la regla aparentemente general es la de *res perit creditori.* Si la cosa debida se destruye después de perfeccionado el contrato pero antes de que sea entregada, el acreedor soporta su pérdida o deterioro. Este es el resultado que fluye del artículo 1550 del Código Civil, que establece que "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...". Solución que se ve ratificada por el artículo 1820 del Código Civil a propósito de la compraventa (extensiva a la permuta según el artículo 1900 del Código Civil), cuando declara que "la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...". El mismo principio está recogido en el artículo 1590 del Código Civil, a propósito del pago, al señalarse en el inciso primero que "si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle"; agregando en el inciso tercero que "si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre...".[1013]

b) Antecedentes de esta solución

Hasta hoy no existe claridad respecto de la fuente de la que se valió Andrés Bello para recoger en el Código Civil el principio de que los riesgos son de cargo del acreedor.

Para algunos la regla fue tomada del Código francés. El artículo 1138.1 del Código Civil francés establece que la obligación de entregar una cosa se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes, agregando en el inciso segundo que esta obligación hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición. Para Alessandri en esta solución se basó Bello al concebir el artículo 1550 del Código Civil. Explica que "nuestro Código reprodujo la regla del Código francés de que las cosas perecen para el acreedor", sin detenerse a pensar que, según el sistema imperante en Chile, el solo contrato no tenía efectos traslaticios

[1013] En el Código de Comercio, la solución es la misma en términos generales. Dispone el artículo 142, a propósito del contrato de compraventa mercantil, que "la pérdida, deterioro o mejora de la cosa, después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador...".

de dominio y que el acreedor no pasaba a ser propietario sino en virtud de la tradición. Ello a diferencia de lo que acontece en Francia, en donde el solo consentimiento es capaz de operar la transferencia del dominio, sin que sea menester la tradición para que se produzca este efecto". Prosigue el autor señalando que "la doctrina de nuestro Código es sencillamente ridícula y puede considerársela como elaborada por nuestro legislador (...) La única explicación es la que ya se ha dado, o sea, que nuestro legislador, en su afán de copiar el Código francés, al colocar los riesgos de cargo del acreedor, olvidó que si en aquél ocurría así se debía a que el acreedor era a la vez dueño de la cosa, lo que no sucede entre nosotros, de modo que si los soporta era en su calidad de tal y no en su calidad de acreedor"[1014].

Para otros la regla tiene un origen directamente romano. Para Claro Solar, es poco probable que el Código Civil haya optado por tamaña originalidad. En la compraventa, el principal contrato de la vida jurídica romana, los riesgos desde antiguo fueron puestos de cargo del comprador, antes de cualquier tradición de la cosa vendida, solución que pasó al antiguo Derecho español, principalmente a través de Las Partidas. En consonancia con esto, resultaría que el modelo del Código Civil chileno no fue el referido artículo 1138 del Código Civil francés, sino que directamente la solución que dieron los romanos en su propio sistema, en el que, a diferencia del francés, la compraventa era un mero título que no transfería dominio alguno y que solamente daba lugar a las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador. Este esquema era coincidente por el adoptado por Bello en el Código, por lo que también se buscó una solución armónica con la romana en el ámbito de los riesgos.

Parece muy poco convincente que Bello haya copiado el artículo 1138 del Código Civil francés sin reparar en que en el sistema del título y del modo de adquirir semejante solución carecía de cualquier fundamento jurídico. Es más probable pensar que si Bello optó por poner los riesgos de cargo del acreedor como solución general, fue porque era la fórmula en que el problema había sido resuelto desde antiguo en el más importante de los contratos. No existió aquí una verdadera innovación respecto de los principios que tradicionalmente se habían aceptado en la materia. Se adoptó como criterio general la misma regla vigente desde el Derecho Romano clásico para la compraventa, y se dispuso un nutrido número de excepciones destinadas a morigerar los rigurosos efectos que esta solución podía acarrear en los hechos. Esta fórmula tradicional, es la que ahora se trata de revisar, ya que desde hace bastante se ha dudado fundadamente de la justicia de

[1014] *De la compraventa...*, cit., pp. 816 y 817. También en *Las obligaciones*, cit., p. 210. En el mismo sentido ABELIUK, ob. cit., pp. 989 y 993 y MEZA, *De las obligaciones*, cit., pp. 278 y 279.

este criterio de solución, y lentamente se ha venido imponiendo la regla de que los riesgos debe soportarlos el deudor.

c) Apreciación doctrinaria de esta solución

Prácticamente no existe autor entre nosotros que habiéndose referido a la problemática de los riesgos, no haya criticado profusamente la regla de solución de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil, la que ha sido catalogada como ridícula[1015], monstruosa[1016], irreflexiva[1017], injusta, irracional, antijurídica[1018], injustificada[1019] y errónea[1020].

Las críticas se orientan básicamente en dos sentidos. Por una parte, se explica con razón, que en Chile la solución de poner los riesgos de cargo del acreedor no se aviene con el sistema de transferencia de la propiedad. El acreedor de la cosa debida no es dueño hasta que se le efectúe la tradición, lo que conduce al absurdo de que el peligro de que una cosa perezca no lo soporta el propietario.[1021] Por otra parte, se ha puesto de relieve la injusticia que representa esta regla en relación con el principio de la interdependencia de las obligaciones, según el cual dentro de los contratos bilaterales cada una de las obligaciones recíprocas operan la una como causa y presupuesto de la otra, por lo que desaparecida una de ellas por caso fortuito, lo más equitativo y técnicamente correcto es concluir que la otra también debe extinguirse.[1022]

E. Excepciones a la regla general del artículo 1550 del Código Civil

Si bien es cierto la redacción del artículo 1550 del Código Civil sugiere que la regla *res perit creditori* es absoluta, ello no pasa de ser una impresión, puesto que

[1015] Cfr. Alessandri, *De la compraventa...*, cit., p. 816.

[1016] Cfr. Alessandri, *De las obligaciones...*, cit., p. 210.

[1017] Cfr. Meza, *De las obligaciones*, cit., p. 279.

[1018] Cfr. Matus, ob. cit., p. 119.

[1019] Cfr. Troncoso Larronde, Hernán, *De las obligaciones*, Concepción, 1994, p. 167.

[1020] Cfr. Abeliuk, *Las obligaciones*, cit., p. 989.

[1021] Así se pronuncia la mayoría de la doctrina nacional: cfr. Abeliuk, ob. cit., p. 989; Alessandri, *De la compraventa...*, cit., pp. 816 y 817; *De las obligaciones...*, cit., p. 210; Claro Solar, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 688 y Meza, *De las obligaciones*, pp. 278 y 279.

[1022] Cfr. Alessandri, *Las obligaciones...*, cit., pp. 209 y 210; Fueyo, ob. cit., t. 4, vol. 2, pp. 227 y 228 y Matus, ob. cit., pp. 119 y 120.

las excepciones a este principio son tan numerosas que puede dudarse que esa sea la regla general.

i. *Obligaciones de hacer y no hacer*

La cuestión de los riesgos también puede suscitarse respecto de estas obligaciones, pues nada impide que ellas devengan imposibles por caso fortuito. Basta con pensar en la incapacidad fortuita que afecta al orfebre que había comprometido la elaboración de una joya ¿Debe el mandante pagar por la joya que no recibirá?

El Código Civil no resuelve expresamente este problema, limitándose a declarar en el artículo 1550 del Código Civil que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es de cargo del acreedor. La unanimidad de la doctrina entiende que en este tipo de obligaciones no rige el principio *periculum creditori est,* sino que precisamente rige el principio contrario, esto es, el *periculum debitori est.*[1023]

ii. *Mora del deudor*

Se trata de la primera de las dos excepciones contenidas en el propio artículo 1550 del Código Civil En el evento de que el deudor se constituya en mora de entregar la cosa debida, en los términos del artículo 1551 del Código Civil, el riesgo de pérdida será para él. Si la cosa perece o se destruye por caso fortuito el acreedor no sólo queda liberado de cumplir con su obligación, sino que además puede demandar el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios correspondiente. Esto no es más que una aplicación de los efectos de la mora, en orden a que el deudor moroso se hace responsable del caso fortuito que afecte a su prestación.[1024]

[1023] Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones,* cit., p. 993; ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., p. 817; CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 681 y FUEYO, *Derecho Civil,* cit., t. 4, vol. 2, p. 224. A la misma conclusión ha llegado la unanimidad de la doctrina francesa: BAUDRY-LECANTINERIE y BARDE, ob. cit., pp. 462 y 480; CAPITANT, *De la cause...*, cit., pp. 299, 301 y 314; MALAURIE, Ph. y AYNÈS, L., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1992, p. 412; PLANIOL y RIPERT, *Traité..., cit.,* t. 4, p. 579 y SALEILLES, *Étude...*, cit., p. 200. También GIORGI, ob. cit., p. 242.

[1024] Acaso lo más relevante en este punto, sea precisar qué ocurre en el evento de que el caso fortuito que afecta la cosa sea de aquellos que igual la hubiesen destruido en poder del acreedor. Según el inciso segundo del artículo 1547 del Código Civil el deudor es responsable del caso fortuito que ha sobrevenido durante su mora, a menos de que sea de aquellos que igual hubieran dañado la cosa debida si hubiese sido entregada al acreedor. Esta contraexcepción a la responsabilidad del deudor no está contemplada en el artículo 1550 del Código Civil, que nada menciona acerca del imprevisto que afecte la cosa incluso en manos del acreedor. Según la mayoría de la doctrina, el artículo 1550 del Código Civil debe ser relacionado con el inciso segundo del artículo 1547 del Código Civil. Si el evento irresistible es de aquellos que igualmente habrían dañado el objeto en manos del acreedor, se volvería a la primera regla, es decir, el

iii. *Compromiso de entrega a dos o más personas*

Si el deudor se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas por obligaciones diversas, resulta más que justificado resolver que destruida la cosa por caso fortuito sea el deudor quien deba soportar dicha pérdida, no pudiendo cobrar nada a ninguno de los acreedores[1025]. No se trata sólo de sancionar

---

Continuación nota [1024]

peligro es del acreedor y no del deudor (Así Alessandri, *De la compraventa...*, cit., p. 823; *De las obligaciones...*, cit., p. 211; Claro Solar, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 689; Fueyo, *Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, pp. 222 y 223 y Meza, *De las obligaciones*, cit., p. 281). En cambio, un sector más reducido, estima que esta no puede ser la solución correcta. No puede existir interés en extender la aplicación de la errónea regla del artículo 1550 del Código Civil, siendo mucho más aconsejable mantener una suerte de desarmonía jurídica y concluir que estando en mora el deudor, el riesgo siempre es de su cargo (cfr. Abeliuk, *Las obligaciones*, cit., p. 989, nota 1210. En el mismo sentido –aun cuando por el débil argumento de que el artículo 1547 del Código Civil se refiere a todas las obligaciones, en tanto que el 1550 del Código Civil se aplica exclusivamente a los contratos– Matus, ob. cit, p. 121). Esta última solución ofrece demasiadas dudas. No sólo representa una desarmonía en relación al artículo 1547 del Código Civil sino que también respecto del 1590 del Código Civil, del artículo 1672.2 del Código Civil y del artículo 143.5º del Código de Comercio. Según el primero, "si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que (...) los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado expuesta en poder del acreedor". En verdad no creo que tenga mucho sentido sostener que si durante la mora del deudor sobreviene un gran caso fortuito que hubiera destruido la cosa debida aun cuando ella estuviera en poder del acreedor, este último queda liberado de su obligación; en tanto que si en las mismas circunstancias la cosa solamente se deteriora, los riesgos permanecen de su cuenta. Señala la segunda norma que "si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá indemnización de perjuicios por la mora". Se reafirma así la idea de que si el evento fortuito es de tamaña entidad que es susceptible de provocar la destrucción del objeto debido en manos del deudor o del acreedor, es injusto tomar en cuenta la mora del deudor para responsabilizarlo de la destrucción del objeto, en circunstancias que ello no es la verdadera causa de la pérdida. Para terminar, puede decirse que esta solución cuadra muchísimo mejor con lo previsto en el artículo 143.5º del Código de Comercio, que pone los riesgos de cargo del vendedor si incurre en mora "a no ser que hubiera debido perecer igualmente en poder del comprador si éste la hubiera recibido". Por ello parece que la anterior argumentación, no obstante el loable fin que pretende alcanzar, es contradictoria con lo previsto por el Código Civil para el supuesto en que el caso fortuito hubiera tenido la virtualidad de provocar la destrucción de lo debido incluso en manos del acreedor, no obstante la mora del deudor.

[1025] La aplicación al caso de la doble venta del controvertido principio *periculum creditori est*, dio lugar a una ardua polémica en la doctrina alemana del siglo XIX, cuando a propósito de un caso ocurrido en Rostock, se planteó la pregunta de si el vendedor, amparado en el Derecho común, podía exigir el precio a ambos compradores. Ihering pensaba que el vendedor no podía hacerlo, pero tenía el derecho de escoger a uno de ellos para accionar en su contra. Serafini negó ambos derechos del vendedor, pero defendió que una vez concluida la primera de las sucesivas ventas, los riesgos eran del primer comprador. Windscheid argumentó que verificada la segunda venta no podía hacerse responsable por los casos fortuitos al primer comprador, por lo que los riesgos serían del segundo. Finalmente Martinus afirmó que antes de la tradición no debe soportar el riesgo ninguno de los compradores (cfr. De Cossio, Alfonso, "Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil", *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 372 y 373, nota 30). Los antecedentes del caso pueden consultarse en Giorgi, ob. cit., pp. 250 y 251, nota 3).

la posible mala fe del vendedor como algunos han creído[1026], pues la mala fe podría incluso estar ausente. Lo que se pretende evitar es la acumulación de acciones en favor del deudor que no entrega la cosa destruida. El vendedor, por ejemplo, vende la cosa a uno y luego a otro; antes de la tradición a alguna de estas personas la cosa se pierde por caso fortuito. Si se aplica el principio *res perit emptor* resultaría que la cosa perece para el comprador, para ambos compradores en este caso, y el vendedor no obstante que nada entrega tendría derecho a retener o a cobrar el precio a los dos frustrados adquirentes, enriqueciéndose injustificadamente.[1027]

iv. *Estipulación de las partes*

En aplicación de lo prevenido en el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil y artículo 1673 del Código Civil, nada obsta a que el deudor tome sobre sí la responsabilidad por todo caso fortuito o de alguno de ellos en particular. Ninguna norma impide que por una estipulación de las partes se pacte que sea el deudor quien deba responder de los riesgos que pueden afectar al contrato, sea de todos ellos o de alguno especialmente. Tratándose de un pacto que altera un elemento de la naturaleza del contrato pareciera que su constancia debiera ser expresa.[1028]

v. *Arrendamiento*

Conforme al artículo 1950.1º del Código Civil, el arrendamiento termina por la destrucción total de la cosa arrendada, la que si es fortuita pone fin a todas las obligaciones tanto del arrendador como del arrendatario. Según esto, los riesgos son del arrendador y no del arrendatario, pues, destruida la cosa, el arrendador no podrá seguir exigiendo la renta al arrendatario. Podría afirmarse que, dado que normalmente el arrendador es el propietario, en este caso se aplica la máxima *res perit domino.*[1029]

[1026] Cfr. CLARO SOLAR, *Explicaciones...*, cit., t. 11, p. 689 y MEZA, *De las obligaciones,* cit., p. 281.

[1027] Cfr. ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., p. 823 y FUEYO, ob. cit., t. 4, vol. 2, p. 223

[1028] En este sentido MATUS, ob. cit., p. 124.

[1029] Sin embargo, la situación del arrendamiento es francamente ambigua, pues podría sostenerse que esta norma no es una excepción al artículo 1550 del Código Civil sino que una reafirmación del principio en él contenido. Si se tiene en cuenta que el arrendador es el acreedor de la cosa arrendada, dado que el arrendatario debe restituirla, resultaría que si la cosa perece lo hace para el acreedor y no para el deudor. Parece que la ambigüedad desaparece en parte si se tiene en cuenta que tanto arrendatario como arrendador son acreedores de la cosa. Efectivamente el arrendador es acreedor de la cosa una vez que termine el

Si la destrucción es parcial, el contrato no termina de pleno derecho, puesto que el inciso segundo del artículo 1932 del Código Civil dispone que "si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta". En consecuencia, el riesgo permanece de cargo del arrendador, deudor del goce de la cosa, puesto que si sobreviene un caso fortuito que deteriora el objeto arrendado, el arrendatario puede solicitar o la terminación del arriendo o la rebaja de la renta.

vi. *Confección de obra material*

Como es sabido, nuestro Código Civil ha reglamentado el contrato de confección de obra material dentro del arrendamiento. Con todo, ello no determina que el contrato siempre sea de arrendamiento. Si es el propio artífice el que suministra los materiales para la elaboración o construcción de la obra el contrato es de venta, pero si la materia es proporcionada por quien encargó la obra el contrato será de arrendamiento (artículo 1996.1 y 3º CC).

En el caso de que se trate de una compraventa, según lo previsto en el artículo 1996.2 del Código Civil, el peligro de la cosa no pertenece al que encargó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Esta solución es excepcional a la regla del artículo 1550 del Código Civil. El artífice es deudor de la obra y los riesgos están de su cuenta y no de cargo del acreedor como lo declara el artículo. El artífice soporta tanto el riesgo de la pérdida de los materiales –y de lo que haya alcanzado a confeccionar– como el riesgo del contrato, ya que no tiene derecho a contraprestación por parte de quien le haya solicitado el trabajo.[1030]

Continuación nota [1029]

arrendamiento, pero el arrendatario durante su vigencia del contrato es acreedor del goce de ella. Durante este último período el arrendador es sólo acreedor de la renta ya que no está en condiciones de exigir la restitución de la cosa. El arrendador es deudor de proporcionar el goce de la cosa al arrendatario. Si la cosa se destruye por caso fortuito durante la vigencia del arriendo, la obligación del arrendador, deudor de ella, se extingue ¿Y qué ocurre con la del arrendatario y acreedor?: según el artículo 1950 Nº 1 del Código Civil también se extingue. Los riesgos son entonces del deudor de la obligación de proporcionar el goce de la cosa. Autores españoles, italianos y franceses creen que la terminación del arrendamiento por pérdida fortuita de la cosa es una excepción a la regla *periculum creditori est* (cfr. por todos ALCÁNTARA SAMPELAYO, José, "La prestación del riesgo en la compraventa", *Revista de Derecho Privado*, 1946, p. 495; GIORGI, ob. cit., pp. 257 y 258 y COLIN y CAPITANT, *Cours...*, cit., t. 2, p. 130).

[1030] Muchos piensan que esta solución se impone debido a que el contrato de venta, en este caso, sería condicional, toda vez que se trata de la venta de una cosa que no existe pero que se espera que exista (cfr. MATUS, ob. cit., p. 125). Sin perjuicio de que esta explicación sea correcta, lo cierto es que no debe perderse

Si el contrato es de arrendamiento, el tema de los riesgos toma una cariz algo diferente al antes señalado, aunque con consecuencias semejantes. En este caso el inciso primero del artículo 2000 del Código Civil establece la regla de oro en relación a la destrucción fortuita de las cosas: "la pérdida de la materia recae sobre el dueño". Se sienta aquí directamente el principio *res perit domino*. Agrega el precepto, a manera de conclusión, que "por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven".

vii. *Obligaciones condicionales*

Las obligaciones sujetas a la modalidad de la condición, también hacen excepción, en general, a la solución de los riesgos prevista en el artículo 1550 del Código Civil. Señala el artículo 1486 del Código Civil que "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación". En aplicación del mismo principio sentencia el artículo 1820 del Código Civil que los riesgos son del comprador "salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador".

Si la obligación está sujeta a condición suspensiva y la destrucción es total, hay claridad en orden a que la pérdida la soporta el deudor condicional, ya que él si bien se ve relevado de su prestación, también queda liberado el acreedor condicional. Así, por lo demás, lo señala el artículo 1820 del Código Civil al referirse sólo a la condición suspensiva.[1031] La situación es diversa en el evento que en una

Continuación nota [1030]
de vista el inciso primero del artículo 1996 del Código Civil, de donde fluye que si bien se trata de una venta ésta no se perfecciona sino por la aprobación del que encargó la obra. Hasta antes de ello podría afirmarse que no hay contrato, por lo que resulta natural que si los materiales se destruyen por caso fortuito perecen para el que es dueño de ellos, el artífice (*res perit domino*). La misma solución fue adoptada por el Derecho Romano aunque por una vía diferente. La materia suministrada tenía el carácter de *genus* y no de *species*, y puesto que el género no perece, era natural que la pérdida la sufriera el operario vendedor (cfr. GIORGI, ob. cit., p. 267).

[1031] Podría pensarse que en virtud del efecto retroactivo de la condición cumplida, el riesgo debiera soportarlo el acreedor, en atención a que desde el momento mismo de la celebración del contrato, él es el dueño de la cosa y por lo tanto asume los peligros. Sin embargo, como anota ALESSANDRI, en el caso de que la cosa perece antes del cumplimiento de la condición suspensiva, su posterior verificación no puede dar vida al contrato, porque las obligaciones del deudor y del acreedor no han podido formarse al carecer de

obligación, también sujeta a condición suspensiva, la pérdida sea meramente parcial. En tal caso el inciso segundo del mismo artículo 1486 del Código Civil pone el riesgo de cargo del acreedor, quien a pesar de recibir un objeto deteriorado debe cumplir por el total de su prestación; solución acorde con la contemplada en el artículo 1590 del Código Civil[1032]. Cabe agregar que el artículo 1820 del Código Civil se refiere únicamente a la pérdida total, pero los deterioros los soporta el comprador.

Más compleja resulta la situación cuando la cosa destruida o deteriorada está sujeta a una obligación con condición resolutoria. No debe perderse de vista, que el artículo 1820 del Código Civil solamente se refiere a la condición suspensiva y no a la condición resolutoria, lo que indicaría que respecto de esta última se sigue la regla de las compraventas puras y simples: los riesgos son del comprador.

Cumplida la condición resolutoria, el que era acreedor condicional pasa a ser deudor de la especie que recibió bajo condición resolutoria; y el que era deudor pasa a ser acreedor de la misma cosa. Si la especie o cuerpo cierto ha perecido, el deudor de ella no puede restituirla, pero ¿tiene derecho a que se le restituya lo que él dio por ella? Según el artículo 1486 del Código Civil la respuesta es que no, pues si la cosa perece antes de cumplirse la condición, la obligación se extingue, por lo que el deudor condicional nada restituye pero nada recibe. Los riesgos de la cosa le pertenecen. Llevado esto al plano del contrato de compraventa, implica que los riesgos son del comprador y no del vendedor. El comprador bajo condición resolutoria, es deudor condicional de la cosa, y el vendedor es acreedor condicional de ella. Si después de ejecutada la compraventa se destruye la cosa y luego se cumple la condición, ocurre que el comprador nada podrá restituir, pero tampoco tiene derecho a que se le restituya el precio: primero porque destruida la cosa se extinguió la obligación, y segundo, porque el artículo 1820 del Código Civil exceptúa sólo a las condiciones suspensivas pero no a las resolutorias.[1033]

Continuación nota [1031]

objeto. La obligación del acreedor no ha nacido, porque la del vendedor que le servía de causa, no ha podido existir. El derecho del acreedor condicional no llega a nacer por lo que resulta irrelevante, en este sentido, que la condición se cumpla con posterioridad (cfr. *De la compraventa...*, ob. cit., p. 825). En el mismo sentido Matus, ob. cit., p. 68.

[1032] El fundamento aquí es diverso del anterior. La cosa subsiste y puede constituir el objeto de la obligación. El cumplimiento posterior de la condición suspensiva retrotrae los efectos del negocio al momento de su otorgamiento, y se entiende puro y simple desde entonces. Como la pérdida parcial acontece después de la celebración del acto, ella pertenece al acreedor según los artículos 1550 y 1820 del Código Civil (Así Alessandri, *De la compraventa...*, ob. cit., p. 828 y Matus, ob. cit., p. 69).

[1033] Esta solución es defendida extensamente por Alessandri, *De la compraventa...*, ob. cit., p. 828 y Matus, ob. cit., p. 69. A la misma conclusión ha llegado la doctrina francesa tradicional pero también la

La regla vuelve a sufrir alteraciones si la pérdida es parcial, puesto que ella afecta al acreedor condicional (vendedor) y no al deudor condicional (comprador). Aun cuando la cosa está deteriorada constituye el objeto de la prestación, y el cambio de lo recibido puede operarse. En virtud del efecto retroactivo se entiende que el antes deudor y hoy acreedor siempre tuvo en su poder el objeto, por lo que le corresponden los deterioros que éste haya sufrido sin derecho a modificación en lo que él pagó.[1034]

viii. *Contrato de sociedad*

El artículo 2084 del Código Civil se refiere expresamente a la pérdida fortuita de las cosas que ya han sido debidamente aportadas a la sociedad, distinguiendo según se haya aportado la propiedad de una especie o cuerpo cierto, el usufructo de éste o bien si se aportaron cosas fungibles. El Código parece solucionar el conflicto por la aplicación de los principios tradicionales del *res perit domino* y del *genus nunquam perit.*

En efecto, respecto de la pérdida de una especie aportada en dominio señala el inciso primero de la norma que "el peligro de la cosa pertenece a la sociedad según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie". Aquí se aplica el principio *res perit domino*; siendo la sociedad la propietaria del bien aportado soporta su destrucción[1035]. Sin embargo, el socio aportan-

Continuación nota [1033]

más moderna (cfr. COLIN y CAPITANT, *Cours...*, cit. p. 133; LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, vol. 2, traducción de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1993, p. 189; MALAURIE y AYNÈS, *Droit civil...*, cit. p. 414 y PLANIOL, ob. cit., p. 445. Lo mismo cree ENNECCERUS, *Tratado...*, cit., p. 57). En cambio, en España, los autores no se han uniformado en este mismo sentido. Algunos han concluido como en Francia, que perdida la cosa sin culpa del deudor (comprador adquirente) se libera de la obligación, ya que ha desaparecido su objeto, por lo que el vendedor enajenante no debe regresar el precio que antes recibió (cfr. SOTO, ob. cit., p. 183). Sin embargo, otro sector, en aplicación rigurosa del efecto retroactivo, y en búsqueda de equilibrar la prestación de los riesgos en favor del comprador, ha sostenido que una vez cumplida la condición resolutoria es imperativo que las partes se retrotraigan al estado anterior al contrato, restituyendo el deudor y el acreedor lo que hayan recibido. Si por caso fortuito la cosa poseída bajo condición resolutoria perece, el adquirente queda liberado de la restitución, pero no se libera el deudor (vendedor), con lo que la regla aplicable es la de *periculum est venditoris* (cfr. ALONSO, ob. cit., pp. 329 y 330; DE COSSIO, ob. cit., pp. 375 y 376 y PÉREZ ALGUER, B., en Enneccerus, *Tratado....*, cit., p. 57).

[1034] Cfr. ALESSANDRI, *De la compraventa...*, ob. cit., p. 833 y MATUS, ob. cit., p. 71.

[1035] Explica GIORGI que "la solución es facilísima cuando la cosa fue puesta en sociedad, no para el uso solamente, sino para la propiedad. Pérdidas y deterioros fortuitos están entonces a cargo de la sociedad; tratándose de especies, de cantidad o de cuerpo cierto y determinado" (ob. cit., pp. 272 y 273).

te no ve disminuidos sus derechos sociales, si bien la cosa perece para la sociedad, el aportante de todas maneras puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que para con él mantiene la sociedad, el riesgo es para ella[1036]. En este caso, la sociedad respecto del socio es deudora y no acreedora, por lo que debiera concluirse que el riesgo lo soporta el deudor y no el acreedor, a pesar de que el propio artículo diga que la solución por él dada corresponda a una aplicación de las normas generales.[1037]

Cuando se ha aportado solamente el usufructo de la especie, también se hace aplicación del principio de que las cosas perecen para el dueño. El inciso segundo de la norma previene que en este caso "la pérdida o deterioro de la cosa, no imputables a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte". Como el aportante conserva la nuda propiedad del objeto aportado, la pérdida del mismo es para él, aun cuando, obviamente la sociedad perderá el usufructo por la destrucción de la cosa fructuaria.[1038] También en este caso el aportante conserva sus derechos en la sociedad, ya que él cumplió con su obligación de aporte, por lo que los riesgos continúan de cuenta de la sociedad.[1039]

Si se trata de cosas fungibles, se hace aplicación del brocardo el género no perece, puesto que según el inciso tercero del artículo 2084 del Código Civil la propiedad de ellas pertenece a la sociedad, quedando obligada a restituir el valor de estas cosas a su término.[1040]

Sin embargo, el Código no resuelve expresamente la situación de que las cosas aportadas se destruyan después de que se prometa el aporte pero antes que éste se materialice. En opinión de Alessandri, el principio debe ser básicamente el mismo: los riesgos son del deudor, en virtud de lo prevenido en el artículo 2101 del

---

[1036] Cfr. Meza, *De las fuentes...*, t. 1, p. 330.

[1037] Podría sostenerse que las reglas generales en las que pensaba Bello eran aquellas según las cuales las cosas perecen para su dueño. La dicción del artículo así lo sugiere. Sin embargo, es obvio que ni el artículo 1550 del Código Civil ni el artículo 1820 del Código Civil consagran esta pretendida regla general.

[1038] Así Giorgi, ob. cit., p. 273.

[1039] *Ibidem*, p. 331

[1040] Así Giorgi, ob. cit., p. 272 y Soto, ob. cit., p. 291. En contra Olavarría, quien cree que la obligación puede ser de género antes de ejecutarse; al cumplirse se identifica en las cosas que se aportaron y no estará el socio aportante en la obligación de volver a realizar los aportes ya efectuados (Olavarría Ávila, Julio, *Manual de Derecho Comercial*, Barcelona, 1970, p. 265). La observación obviamente no es de recibo. El socio que efectuó el aporte ya cumplió su obligación aun cuando haya sido de género. Sería impensable que si estas cosas se destruyen el socio fuera obligado a aportarlas nuevamente. Por lo demás, esta circunstancia no influye para nada en la calificación de la obligación como de género.

Código Civil: "Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta"[1041]. Desde luego puede objetarse a esta argumentación que el precepto citado se refiere a la pérdida de la especie por hecho o culpa del socio aportante, lo que excluye la eventualidad del caso fortuito, básica para que se plantee el problema del riesgo. Incluso más, interpretando la norma *a contrario sensu* podría concluirse que si la pérdida se debe a caso fortuito los otros socios carecerían de la facultad de solicitar la disolución de la sociedad. Con todo, a la misma solución propuesta por Alessandri se ha llegado en el Derecho comparado, aun que con el auxilio de textos más explícitos[1042].

ix. *Obligaciones de género*

Según lo dicho en el artículo 1508 del Código Civil, obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado. Tradicionalmente, se ha afirmado que la pérdida de algunas de las cosas que componen el género, viene a constituir una excepción a la regla de la prestación del riesgo dentro del Código Civil, por cuanto el peligro de la pérdida fortuita no recae sobre el acreedor sino que sobre el deudor.

De acuerdo con el artículo 1510 del Código Civil este acontecimiento no extingue la obligación, continuando el deudor obligado a cumplir en los términos pactados.[1043] No obstante, parece que más que una excepción a la solución del riesgo contractual, se trata de una situación algo diversa: el problema del riesgo no llega a suscitarse. Para que pueda plantearse la pregunta esencial de la teoría del riesgo es fundamental que una de las obligaciones de las partes se haga imposible por un evento fortuito. Aquí ello no ocurre. La obligación del deudor no se extingue, continúa vigente. No se daría el supuesto básico para que se plantee la cuestión del riesgo. Observa Caffarena que "con el aforismo 'genus...' no se afirma que en las obligaciones genéricas es el deudor quien soporta el riesgo, entendido éste en un sentido técnico-jurídico, sino que lo que se trata de evidenciar es

[1041] Cfr. *Las obligaciones...*, cit., p. 211.

[1042] Cfr. COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 130; GIORGI, ob. cit., p. 271; JOSSERAND, *Cour...*, cit., p. 174 y SOTO, ob. cit., pp. 287 y 288. Para todos la situación se resuelve mediante la prestación del riesgo en favor de la sociedad y en contra del aportante. Podría avalar esta misma conclusión lo previsto en el artículo 379 del Código de Comercio, en orden a que el retardo en la entrega del aporte, "sea cual fuere la causa que lo produzca", autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de la obligación.

[1043] Cfr. ABELIUK, ob. cit., p. 992; FUEYO, *Derecho Civil*, cit., t. 4, vol. 2, p. 223 y SOTO, ob. cit., p. 176.

sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de llegar a plantearse el tema 'periculum obligationis', en tanto en cuanto la prestación siempre es posible".[1044]

Sin perjuicio de lo anterior, hay pleno consenso en que no pudiéndose extinguir la obligación del deudor en estos casos, la pérdida de algunas de las cosas del género no afectará jamás al acreedor, quien siempre podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida por el deudor. En este sentido, no llega a producirse la consecuencia prevista por los artículos 1550 y 1820 del Código Civil.[1045]

Diferente es la situación tiene un objeto que pertenece a un género limitado, esto es, a un muy reducido número de individuos que lo componen; como si una parte se obliga a dar un Código Civil que haya pertenecido a Arturo Prat. La destrucción de todas los individuos que componen este limitado género produce el mismo efecto como si se destruyera una especie o cuerpo cierto, por lo que si esta situación es fortuita, la obligación del deudor se extingue, y se plantea el problema del riesgo contractual.

x. *Cosas que se venden a peso, cuenta o medida*

Conforme a los términos del inciso segundo del artículo 1821 del Código Civil, "si las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, como diez fanegas de trigo de las contenidas en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora no pertenecerá al comprador, sino después de haberse ajustado el precio y de haberse pesado, contado o medido dicha parte". Se contempla aquí las venta de cosas *ad mensuram*, en la que las cosas genéricas que son vendidas deben sufrir un proceso posterior de individualización. Antes de

[1044] Caffarena Laporta, Jorge, "*Genus nunquam perit*", *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 293. En semejante sentido Alessandri (*Las obligaciones...*, cit., p. 207) y Giorgi (ob. cit., p. 242), para quienes el problema de los riesgos no se plantea en las obligaciones de género.

[1045] Esta conclusión no es absoluta y válida para todos los casos. La solución que se impone es diferente si las cosas que componen el género debido han sufrido alguna suerte de individualización como en las hipótesis de género limitado (*genus limitatus*), pues en este caso el riesgo sería de cuenta del acreedor (cfr. Abeliuk, *Las obligaciones*, cit., p. 992; De Cossio, ob. cit., p. 373; Demogue, *Traité...*, cit., p. 124; Díez Duarte, Raúl, *La compraventa en el Código Civil chileno*, ConoSur, Santiago, 1988, p. 209; Matus, ob. cit., p. 81; Messineo, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de S. Santis Melendo, t. 4, EJEA, Buenos Aires, 1979, p. 231; Pérez y Alguer, ob. cit., pp. 59 y 60 y Soto, ob. cit., p. 177. En contra, Alcántara, quien cree que mantienen a ultranza el carácter de cosas genéricas, (cfr. ob. cit., p. 505). En sentido semejante Caffarena (ob. cit., pp. 353 y 354) y Alonso (ob. cit., pp. 313 y 314), para los cuales antes de la individualización el riesgo pertenece al deudor y sólo después de la máxima especificación el riesgo es del acreedor.

que las cosas sean pesadas, contadas o medidas, se trata de una simple obligación de género.

Después de que las cosas han sido debidamente contadas, pesadas o medidas, se produce una suerte de individualización del objeto, que impide su confusión con otros del mismo género, lo que determina que a contar de ese momento los riesgos del contrato corran de cuenta del comprador de las mercaderías. Se vuelve así, en este caso, a la regla de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil. Se trata, en consecuencia, de una excepción relativa. Los riesgos no corren de cuenta del comprador desde la celebración del contrato, sino que desde un momento posterior cual es la realización del proceso de cuenta, peso o medida, pero eso no implica que los peligros sean del vendedor.

Podría pensarse que la razón para determinar esta forma de prestar el riesgo, es la circunstancia de que el contrato no está perfeccionado sino hasta que se verifiquen estas operaciones, por lo que es lógico que mientras no exista el negocio los riesgos sean de cuenta del propietario de las mercancías[1046]. Esta posibilidad parece que debe ser desestimada, puesto que las partes están de acuerdo en las cosas y en el precio, y sus voluntades están perfectamente manifestadas[1047]. Además, el artículo 1822 del Código Civil demuestra claramente que el negocio, aun antes de las operaciones de contar, pesar o medir está perfeccionado, ya que en el even-

[1046] Cfr. ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., pp. 618 y ss.; MATUS, ob. cit., p. 81 y SOTO, ob. cit., pp. 170 y 171. Así también lo resolvía el Derecho Romano. Según GAYO "si se vende todo el vino, el aceite, el trigo o la plata, cualquiera que fuese la cantidad, por un precio único, valdrá el mismo principio que para las demás cosas. Pero si el vino fuese vendido a tanto la ánfora, el aceite a tanto por metreta, el trigo a tanto por modio y la plata a tanto por libra, surge la cuestión de cuándo se considera perfeccionada la compra; lo mismo ocurre respecto de las cosas que se cuentan individualmente si se estableció un precio por cada unidad. Sabino y Casio estiman que se perfecciona la compra cuando se numeran, se miden o se pesan, por que la venta parece realizada bajo condición de que se realicen estas operaciones" (Digesto, L, 1, 35,5). También así lo resolvió la Corte de Concepción, en fallo de 22 de agosto de 1887, en donde declaró que no hay contrato perfeccionado si se estipula la venta de trescientas cincuenta arrobas de mosto, poco más o menos, al precio de tres pesos el asoleado y dos el seco o sin asolear, sin dejarse establecida la cantidad precisa del mosto vendido ni la de cada una de las clases o especies que entraban en la venta ni, finalmente el día en que debía hacerse la medida y la entrega. En un contrato celebrado en tales términos sobre cosas que se venden de una calidad y cuántas de otra, aun cuando se contraen personalmente obligaciones recíprocas por los contratantes, no existe convenio completamente perfeccionado ni se transfiere el dominio de la especie vendida, por cuanto se ignora todavía cuál es la extensión precisa de las obligaciones contraídas y de las cosas estipuladas (*G.* 1887, 2404, 1482). Sin embargo, se trata de un fallo de mayoría, dos ministros estuvieron por considerar que la venta debía reputarse perfecta, puesto que el artículo 1821 del Código Civil no se refiere a la eficacia del contrato sino que a la persona a quien corresponde la pérdida, deterioro o mejora de lo vendido.

[1047] Cfr. ALONSO, ob. cit., pp. 316 y 317 y ALCÁNTARA, ob. cit., p. 505.

to de que una de las partes no concurra a estos actos, el que no faltó a la cita podrá "desistir del contrato". Si puede desistir del contrato es porque la compraventa ya se había perfeccionado.

También podría sugerirse que la solución adoptada por el Código en este caso obedece a que las cosas se deben bajo la condición de que sean contadas, pesadas o medidas, lo que las haría someterse a las normas sobre la prestación del riesgo en las obligaciones condicionales, que, en general, pertenecen al deudor. Sin embargo, la individualización de las cosas no es propiamente una condición suspensiva, es un simple hecho que los interesados acordaron como modo de dar lugar a las obligaciones emanadas del contrato. Como anota Alonso, "es un simple aspecto del *iter* negocial. No es un *factum* que suspenda la eficacia del negocio, sino un elemento más del engranaje completo que integra la venta *ad mensuram*".[1048]

xi. *Ventas al gusto o prueba*

También exceptúa las normas sobre prestación del riesgo la regla prevista para las ventas a prueba o al gusto[1049]. Conforme al artículo 1823.1 del Código Civil "si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor". De consiguiente, mientras el comprador no declare que le agrada el objeto que pretende comprar, los riesgos no son de él. En este orden de cosas, pareciere que se trata de una excepción más bien aparente, puesto que si el contrato se perfecciona solamente con la declaración del comprador, ocurre que, en rigor, los riesgos son de él desde la perfección del contrato, al igual como ocurre en los artículos 1550 y 1820 del Código Civil, con la diferencia de que el comprador ya tiene la cosa en su poder.[1050]

[1048] Ob. cit., p. 318.

[1049] Cfr. Alonso, ob. cit., p. 330; De Cossio, ob. cit., p. 376; Díez, *La compraventa*, cit., p. 209; Giorgi, ob. cit., p. 255; Matus, ob. cit., p. 86; Meza, *De las obligaciones*, cit., p. 108 y Soto, ob. cit., p. 198.

[1050] Si bien está claro que esta es una excepción al principio *periculum creditori est*, no existe la misma claridad en cuanto a la verdadera fisonomía del contrato en estos casos. Para algunos se trata de una compraventa sujeta a condición suspensiva, en donde el hecho futuro e incierto viene dado por la declaración de aprobación del adquirente, de lo que se desprende que según las reglas de este tipo de obligaciones los riesgos son de cuenta del deudor condicional de los bienes vendidos (criterio expresamente seguido por el artículo 1453 del Código Civil español, que declara que estas ventas "se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva". Sobre el particular: Alonso, ob. cit., pp. 330 y ss.; De Cossio, ob. cit., p. 376 y Soto, ob. cit., pp. 198 y ss.). Para otros, no existe contrato mientras el comprador no emita la correspondiente declaración, y no hay, por tanto, condición suspensiva alguna (principio adoptado por el artículo

xii. *Ventas sobre muestras*

La venta se hace por muestras cuando la cosa se determina con arreglo a la muestra, modelo o tipo que el comprador proporciona al vendedor, a fin de que aquella reúna las calidades y condiciones de esa muestra, modelo o tipo.[1051] Según el artículo 135 Código de Comercio, "cuando la compra fuere ejecutada sobre muestras, lleva implícita la condición de resolverse si las mercaderías no resultaren de conformidad a la muestras". Se trataría de una venta sujeta a la condición resolutoria de que las cosas vendidas fueren conforme con las muestras proporcionadas. Siguiendo las opiniones, entre otros, de Alessandri sobre las ventas sujetas a condición resolutoria, habría que concluir que si las cosas se destruyen pendiente la condición, los riesgos los soporta el deudor condicional, en este caso el comprador.[1052]

xiii. *Obligaciones alternativas*

Son obligaciones alternativas conforme al artículo 1499 del Código Civil aquellas en las que "se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras". En ellas antes de que la cosa con la que se va pagar sea escogida por el deudor o el acreedor según el caso, se impone diferenciar si la pérdida es total o parcial. Si se pierde por caso fortuito alguna de

Continuación nota [1050]

1587 del Código Civil francés, que declara que "no hay venta en tanto el comprador no declare que la cosa le agrada)".

Entre nosotros, y dada la redacción del artículo 1823 del Código Civil, parece que no pueden caber dudas en torno a que no hay contrato mientras el comprador no manifieste que el objeto que prueba le agrada: "se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata". La venta se perfecciona entonces por la correspondiente declaración, y sus efectos no se retrotraen a la fecha en que se acordó entregar el objeto a prueba, sino que se producen desde ella hacia el futuro. Así lo ha resuelto también la jurisprudencia (cfr. Corte de Santiago, 27 de agosto de 1873, *G*, 1873, 1858, 831; 3 de abril de 1886, *G*, 1886, 541, 319 y Corte Suprema, 11 de diciembre de 1900, *G*, 1900, I, 6068, 542).

[1051] Cfr. ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., p. 695.

[1052] Sin embargo, no puede dejarse de lado que en este caso las cosas se destruyen o deterioran antes que el comprador pueda verificar si corresponden a las muestras correspondientes. No tendría mucho sentido sostener que el comprador es deudor condicional de cosas que no recibió, y respecto de las cuales no tuvo oportunidad de examinar. Parece que en estas hipótesis en realidad no existe acuerdo de voluntades sobre la cosa, requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato. Si así fuere, los riesgos no los soporta el comprador de estas mercaderías, sino que debe sufrirlos el vendedor. Así lo ha entendido la jurisprudencia que, en los casos en que la venta ha sido realizada sobre muestras, ha considerado que los riesgos no los soporta el comprador sino que el vendedor.

las cosas que componen la obligación, los riesgos son del deudor, pues su obligación subsiste en las cosas restantes (art. 1503 CC). Esta solución excepcionaría también el principio *res perit creditori.* Si todas las cosas se destruyen por caso fortuito, se extingue la obligación del deudor, pero subsistiría la obligación del acreedor de conformidad al principio acuñado por los artículos 1550 y 1820 del Código Civil.[1053]

xiv. *Compraventa mercantil*

Es bastante claro que el tema de los riesgos en materia comercial no se reduce a su regulación dentro de la compraventa mercantil, mas, sin dudas, es en este contrato donde con mayor detención y relevancia ha sido abordada la cuestión en el Código de Comercio. Según se expresó, el artículo 142 del Código de Comercio, repite el principio general consagrado en los artículos 1550 y 1820 del Código Civil: los riesgos de la cosa vendida pertenecen al comprador, *res perit emptor.*

Pero el propio Código de Comercio se encarga de dejar sentado un buen número de excepciones, en su mayoría reiteración de las excepciones a la regla que rige en materia civil.[1054]

La primera excepción al *res perit creditori*, está contemplada en el propio artículo 142 Código de Comercio, cuando se establece que los riesgos serán de cuenta del comprador "salvo pacto en contrario", principio idéntico al que rige

---

[1053] Cfr. Alessandri, *De la compraventa...*, cit., p. 834; Matus, ob. cit., p. 73. Así también la doctrina española: Alonso, ob. cit., pp. 336 y 337 y De Cossio, ob. cit., p. 374. No obstante cree Soto, que si la elección de la cosa es de cargo del vendedor y perecen todas, los riesgos son de su cuenta, pues no habría surgido el deber de entrega sobre el que se monta el andamiaje de la regla *res perit empotri* (ob. cit., p. 188). Entre nosotros tal vez podría intentarse una argumentación semejante, aunque con independencia de la parte llamada a escoger. Según el artículo 1504 del Código Civil si perecen todas las cosas, sin culpa del deudor, "se extingue la obligación". No se dice que se extinga la obligación del deudor, ni hay pronunciamiento sobre la situación de la obligación de la contraparte. Por lo que podría sostenerse que se extingue el vínculo obligacional completo.

Con todo, esta solución es solamente válida para el caso de que la cosa no haya sido objeto de elección por parte de la parte llamada a escoger. Si el deudor o el acreedor, según el caso, ha escogido una cosa y ella perece por caso fortuito el riesgo es del acreedor. Esto sería explicable sobre la base de que si bien las obligaciones alternativas no son propiamente condicionales –en la medida que no hay un hecho futuro e incierto que determine su nacimiento o extinción–, las cosas se deben bajo la condición que sean escogidas para el pago (cfr. Abeliuk, *Las obligaciones,* cit., p. 316). Una vez efectuada la elección el objeto se debe pura y simplemente, por lo que si perece por caso fortuito debería aplicarse el principio *res perit creditori* (cfr. De Cossio, ob. cit., p. 374).

[1054] A juicio de Alessandri, los artículos 142 y 142 del Código de Comercio "reproducen inútilmente estos principios para las ventas mercantiles" (*De la compraventa...*, cit., p. 824).

dentro del Código Civil[1055]. Las restantes excepciones están contenidas en el artículo 143 del Código de Comercio, revistiendo algunas de ellas particularidades que las hacen bastante interesantes.

F. Derecho comparado

El caso alemán es emblemático en relación a la doctrina del riesgo, puesto que apartándose del criterio acuñado por los romanos, el BGB ha puesto los riegos del contrato de cargo del deudor.[1056] Dispone el parágrafo 323 que: "1. Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde el derecho a la contraprestación; en la imposibilidad parcial se aminora la contraprestación en consonancia con los §§ 472 y 473. 2. Si la otra parte reclama, con arreglo al §281, la entrega del resarcimiento obtenido por el objeto debido o por la cesión de la acción de resarcimiento, queda obligada a la contraprestación; ésta se aminora, no obstante, en conformidad con los §§ 472 y 473, en la medida en que el valor del resarcimiento o de la acción de resarcimiento reste por debajo del valor de la prestación debida. 3. Siempre que con arreglo a estas disposiciones se efectúe la contraprestación no debida, lo pagado puede repetirse con arreglo a las disposiciones sobre la entrega en un enriquecimiento injustificado".[1057]

En consonancia con lo anterior, y a propósito de la compraventa, prescribe el parágrafo 446 que "con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de la pérdida fortuita y de un deterioro fortuito. Desde la entrega corresponden al comprador las utilidades y soporta las cargas de la cosa". Agrega en el apartado segundo que "si el comprador de un inmueble o de un buque inscrito o de un buque en construcción inscritos en el Registro de propiedad, en el Registro de buques o en el Registro de buques en construcción, antes de la entrega al propietario, estos efectos se producen con la inscripción".[1058]

En el Derecho español a pesar de que no hay una norma general y expresa sobre la atribución del riesgo en los contratos bilaterales, existe uniformidad en la

[1055] El resto de las excepciones que menciona el artículo no lo son en verdad, puesto que si ha existido culpa o fraude del deudor o vicio interno de la cosa no hay propiamente caso fortuito, por lo que la cuestión del riesgo no llega a plantearse.

[1056] Cfr. ALCOVER, ob. cit., p. 37 y ALONSO, ob. cit., pp. 390 y 391.

[1057] Véase MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. II: Apéndices, traducción de A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, p. 885.

[1058] *Ibídem*, p. 901.

doctrina y en la jurisprudencia en torno a que como principio general los riesgos debe soportarlos el deudor cuya prestación se ha tornado imposible. Está perfectamente establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en las obligaciones recíprocas la extinción de una de ellas por imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor, faculta al acreedor para solicitar la resolución del contrato de conformidad al artículo 1124 del Código Civil; solución que comparte en general la doctrina.[1059]

En Italia la solución general al problema del riesgo en los contratos está dada en beneficio del acreedor y no del deudor, recogiendo la regla *periculum debitori est*. Dice el artículo 1463 –que debe entenderse como norma general[1060]– que "en los contratos con prestación correlativa, la parte liberada por la imposibilidad sobreviniente de la prestación debida no puede exigir la contraprestación, y debe restituir la que había ya recibido, de acuerdo con las normas del pago de lo no debido. Cuando la prestación de una parte se ha tornado sólo parcialmente imposible la otra tiene derecho a una correspondiente reducción de la prestación por ella debida, y puede también desistirse del contrato cuando no tenía interés apreciable en el cumplimiento parcial".

En Suiza, según el artículo 119 del Código Federal suizo de las Obligaciones, "la obligación se extingue cuando su ejecución se ha hecho imposible por circunstancias no imputables al deudor. En los contratos bilaterales, el deudor liberado es obligado a restituir, según las reglas del enriquecimiento ilegítimo, lo que él ha recibido, y no puede reclamar lo que aún se le deba. Se exceptúan los casos en los cuales la ley o el contrato pongan los riesgos de cargo del acreedor antes de que la obligación sea ejecutada".

En Argentina, el artículo 895, relativo a la imposibilidad de pago, prescribe que "en los casos en que la obligación se extingue por imposibilidad del pago, se extingue no sólo para el deudor, sino también para el acreedor a quien el deudor debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida". En igual sentido, prescribe el artículo 627 que "si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe volver al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido". Asimismo, dice el artículo 632 que "si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del

[1059] Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. 2, Civitas, Madrid, 1993, pp. 718 a 720; Pinto Ruiz, J., "Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, pp. 734 y ss. y Soto, ob. cit., pp. 138 y ss.

[1060] Cfr. Messineo, ob. cit., p. 229.

hecho resultare imposible sin culpa del deudor, o si éste hubiese sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue como en el caso del artículo 627".

En el caso de Brasil, el artículo 865 del Código Civil establece para el supuesto específico de las obligaciones de dar, que "si (...) la cosa se pierde sin culpa del deudor, antes de la tradición, o pendiente la condición suspensiva, la obligación se resuelve para ambas partes". En aplicación de este mismo principio, el artículo 1127 resuelve que "hasta el momento de la tradición los riesgos de la cosa corren por cuenta del vendedor, y los del precio por cuenta del comprador". Idéntica regla rige en el artículo 879 y 882 para las obligaciones de hacer y no hacer. Establece el primero que "si la prestación del hecho se imposibilita sin culpa del deudor, se resuelve la obligación". El segundo prescribe que "se extingue la obligación de no hacer desde que sin culpa del deudor, se haga imposible abstenerse del hecho que se obligó a no ejecutar".

Finalmente, en Francia la cuestión de los riesgos gira sobre la base del artículo 1138 del *Code*, según el cual "la obligación de entregar una cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa a sus riesgos desde el instante en que ha debido ser entregada, aunque la tradición no se haya efectuado, salvo que el deudor se constituya en mora de entregarla, pues entonces los riesgos son de su cargo".

Tradicionalmente se ha afirmado que en el Derecho francés la regla según la cual los riesgos son del acreedor tiene completa justificación atendida la circunstancia de que en ese país los contratos transfieren el dominio desde su perfección, por lo que resulta coherente concluir que después de perfeccionado un contrato, y aun antes de la entrega, los riesgos sean de cuenta del acreedor, ya que él es propietario. Si la cosa perece o se deteriora él soporta el menoscabo: *res perit domino*[1061]. La explicación tiene algún sustento técnico, aun cuando pueda dudarse con serias razones de su justicia y de su armonía con otros principios jurídicos trascendentes. Siempre resulta llamativo en este plano que en un contrato bilateral la parte que nada recibe sea obligada de todas maneras a cumplir con su obligación. Parece que le principio de la interdependencia de las obligaciones queda francamente olvidado en favor de un soporte jurídico como lo es la transferencia de la propiedad sólo *consensus*.

[1061] No se crea sin embargo que éste haya sido un asunto pacífico en la doctrina francesa, autores como Laurent, Duranton, Fuzier-Herman, Demolombe, Mercadé, Colmet de Santerre, Aubry y Rau y Bugnet, han negado que el adquirente responda de los riesgos por ser el propietario de la cosa adquirida, insistiendo en que su responsabilidad es por ser el acreedor y no el propietario. No obstante, en atención a la dicción del artículo 1138 y a la historia fidedigna de su establecimiento, se ha impuesto la opinión contraria. Sobre el particular puede consultarse ALESSANDRI, *De la compraventa...*, cit., pp. 728 y ss.

Acaso sea precisamente esta última circunstancia lo que ha llevado a gran parte de la doctrina francesa a sostener que esta norma de prestación del riesgo es simplemente excepcional, constituyendo la regla *res perit debitori* el principio general. Autores como Josserand[1062], Planiol[1063], Planiol-Ripert[1064], Saleilles[1065], Larroumet[1066], Malaurie y Aynès[1067], entre otros, entienden que la solución dada por el artículo 1138 del Código solamente se aplica a los contratos traslaticios propiedad, pero no constituye en ningún caso la norma a aplicar al resto de las obligaciones, en las que rige sin limitaciones la regla *res perit debitori.* Se le considera una solución incómoda y que debe ser aislada[1068]. Esta solución se justifica no sólo por la dicción del referido artículo sino por el nutrido número de excepciones que reconoce la regla que en él se establece. Ella no se aplica a las obligaciones de hacer y no hacer, ni a las de dar individuos de un género, tampoco al arrendamiento, a la confección de obra, a la sociedad, a las cosas que se cuentan, pesan o miden, a los contratos con reserva de la propiedad, en caso de mora del deudor y a las obligaciones sujetas a condición.

Este criterio ha sido seguido de cerca por la jurisprudencia, que ha considerado que si la obligación de una de las partes se hace imposible por causas fortuitas el contrato puede resolverse[1069]. Sin embargo, el criterio judicial ha sido criticado por la doctrina especializada, puesto que los fallos se han fundado en la resolución del contrato por inejecución de lo pactado, aduciendo que según el artículo 1184 si una de las partes no cumple, independientemente de las causas por las que ello ocurra, la parte cumplidora puede optar por la resolución del negocio. Esto, evidentemente, es discutible, puesto que las características de la resolución judicial no se presentan en el ámbito de la teoría de los riesgos. Por una parte, la extinción de la obligación en la teoría de los riesgos opera de pleno derecho, sin que sea necesario recurrir a la figura de la resolución, propia del incumplimiento culpable; por otra, la resolución por incumplimiento solamente puede ser invocada

[1062] Cfr. ob. cit., pp. 174 y 175.

[1063] Cfr. ob. cit., p. 442.

[1064] Cfr. ob. cit., p. 579.

[1065] Cfr. ob. cit., p. 201.

[1066] Cfr. ob. cit., pp. 182 y ss.

[1067] Cfr. ob. cit. p. 412.

[1068] Cfr. MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., p. 413.

[1069] Sobre el particular JOSSERAND, *Cour...*, cit., p. 175; LARROUMET, ob. cit., pp. 184 y 185 y MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., pp. 412 y 413.

por la parte diligente, contrario a lo aceptado por la jurisprudencia en orden a que en el caso de pérdida fortuita la resolución podría ser solicitada por cualquiera de las partes.[1070]

[1070] Afirma LARROUMET que "la teoría de los riesgos no es la resolución. Puesto que ella no sanciona la inejecución de una obligación imputable a una de las partes, el juez no tiene que decretarla, pues, en contra de lo que ocurre en la resolución, él no dispone de ningún poder de apreciación" (ob. cit., pp. 184 y 185). Cfr. También MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., p. 412.