

Ha existido como contrapartida una serie de medidas protectoras, todas las cuales, en definitiva, se traducen en mayores restricciones a la libre movilidad de los bienes.

Podemos citar en tal sentido, entre nosotros, la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que establece la institución de los bienes familiares en los Arts. 141 a 149 del Código Civil; la necesidad de que los cónyuges se otorguen el consentimiento para una serie de actos, aun en el régimen de participación de gananciales, introducido entre nosotros por la misma ley; la Ley N° 19.610, de 19 de mayo de 1999, que sanciona las conductas monopólicas y los atentados contra la libre competencia; la Ley de Mercado de Valores N° 18.045, de 22 de octubre de 1981, con normas protectoras de los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas, etc.

En cambio, como decíamos, se ha producido en el mundo entero, y lo recogieron nuestra Ley de Filiación N° 19.585, de 26 de octubre de 1999, de Matrimonio Civil N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, y N° 19.968, de Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004, una incorporación de elementos de autonomía de la voluntad en la legislación de familia, que era muy reticente en tal sentido. Y así, por ejemplo, hoy por hoy los cónyuges tienen un abanico de opciones para el régimen de bienes a que se acogen, entre la antigua sociedad conyugal, el de separación de bienes y el de participación de gananciales;<sup>119</sup> pueden resolver convencionalmente el tema del cuidado de los hijos, de los alimentos (con aprobación judicial), de la patria potestad, llegar a acuerdos en casos de ruptura matrimonial (Art. 21 y otros de la Ley de Matrimonio Civil), etc.

#### *Sección Sexta*

#### *La Fuerza Obligatoria del Contrato*

**112. Concepto.** Al señalar el concepto de obligación, destacamos la fuerza obligatoria del vínculo, que por ser jurídico se encuentra amparado por la autoridad, y que protege al acreedor si exige el cumplimiento.

<sup>119</sup> El régimen de participación de gananciales fue establecido por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994, y fue incluido en el Código Civil en su edición refundida, coordinada y sistematizada publicada en el Diario Oficial de 30 de mayo de 2000, en el Título XXII-A, Arts. 1792-1 a 1792-27.

Un fallo de la C.S. de 27 de diciembre de 2001, declaró que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver conflictos de carácter contractual.<sup>120</sup>

Él adquiere un mayor vigor aún en el contrato, pues el deudor ha consentido en obligarse, pero tengamos presente que todo cuanto se diga en esta sección vale, con las mutaciones correspondientes, para toda obligación.

Tal es la importancia que el legislador asigna a la fuerza obligatoria del contrato que declaró, según hemos dicho, su categoría de ley para las partes, lo cual, aun cuando no esté dicho, vale para toda convención.

Con esto se significa que el deudor no puede eximirse del cumplimiento literal de la obligación, sino por mutuo acuerdo con el acreedor, o por causales legales previstas y existentes al tiempo de la contratación, como por ejemplo una de nulidad.

Es lo que se llama el principio de la seguridad del contrato; si las partes no tuvieran la convicción de que los contratos se cumplirán en todos los eventos posibles y supieran, en cambio, que lo convenido está expuesto a toda clase de alternativas legales y judiciales, se abstendrían de contratar, con las consecuencias imaginables, o convertirían la negociación jurídica en un juego especulativo. Moralmente el principio que comentamos, heredero de la autonomía de la voluntad, encuentra su justificación en el aforismo "*pacta sunt seruanda*", la palabra debe cumplirse.

Como consecuencia de lo expuesto, quien no cumpla su obligación puede ser compulsivamente obligado a ello, y no puede excusar el cumplimiento sino por las causales taxativamente enumeradas por la ley.

La seguridad en la contratación ha venido a menos con la intervención del legislador en el régimen de las convenciones de que hablábamos en la sección anterior.

En los números siguientes estudiaremos las limitaciones a la seguridad contractual, por las partes, la ley y la justicia.

**113. I. Modificación y disolución unilateral del contrato. Referencia.** La seguridad en la contratación ha tenido siempre limitaciones, pues si bien el principio

<sup>120</sup> G.J. N° 258, pág. 25.

general es que toda modificación y disolución voluntaria del contrato deben contar con el asentimiento unánime de quienes en él intervinieron, existen desde antiguo en el Derecho excepciones a tal principio.

Y así, importa una modificación del contrato la cesión de crédito, porque aun contra la voluntad del deudor se le puede cambiar el acreedor en la relación obligacional.<sup>121</sup>

Y en ciertos contratos, la voluntad unilateral de una de las partes les puede poner término, como lo veremos al tratar la disolución del contrato (Nº 174); así ocurre en los de duración indeterminada, de trabajo y arrendamiento, por la vía del desahucio, derechos que las leyes recientes han limitado respecto del patrón o empleador y el arrendador, y en ciertos contratos *intuitu personae*: mandato, sociedad, etcétera. Pero, fuera de estos casos, el Art. 1945 impide a una sola de las partes modificar el contrato.<sup>122</sup>

**114. II. Modificaciones legales.** En principio la ley modificatoria del régimen contractual no afecta a las convenciones celebradas con anterioridad, de acuerdo al Art. 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, ya citado.

Según el precepto, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con dos excepciones: la primera referente al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, excepción plenamente justificada porque las leyes procesales rigen *in actum* (Art. 24 de la misma ley), y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos, pues el incumplimiento será castigado con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> *RDJ*, Ts. 91, sec. 5ª, pág. 71, y 92, sec. 5ª, pág. 15. Se trataba de contratos de Isapres, sujetos a una legislación especial: la Ley Nº 18.933, de 9 de marzo de 1990, modificada por las leyes Nºs. 19.381 de 3 de mayo de 1995, y 20.015 de 17 de septiembre de 2005, cuyos Arts. 33 y siguientes limitan la libertad contractual en esta materia.

<sup>122</sup> *RDJ*, Ts. 91, sec. 5ª, pág. 71, y 92, sec. 5ª, pág. 15. Se trataba de contratos de isapres, sujetos a una legislación especial: la Ley Nº 18.933, de 9 de marzo de 1990, modificada por la Ley Nº 19.381, de 3 de mayo de 1995, cuyos Arts. 33 y 33 bis limitan la libertad contractual en esta materia.

<sup>123</sup> Un fallo publicado en la *RDJ*, T. 91, sec. 5ª, pág. 95, aplica este principio de la ley del contrato al contrato colectivo de trabajo.

En consecuencia, ninguna ley posterior puede afectar, con las salvedades señaladas, la fuerza obligatoria del contrato, y para que lo hiciere se requeriría que la ley nueva expresamente diera efecto retroactivo a sus disposiciones.

Aun así, porque la Corte Suprema ha erigido una valla contra algunas de estas leyes retroactivas a que tan aficionado es el legislador contemporáneo. De acuerdo a la tesis de nuestro más alto tribunal sobre los créditos, según el Art. 583, hay una especie de propiedad que queda, en consecuencia, protegida por la garantía del Art. 19, Nº 24 de la Constitución Política de la República (antes Art. 10 Nº 10 de la Constitución de 1925), de manera que si la ley con efecto retroactivo llega a privar a alguna de las partes de su derecho patrimonial, de crédito, infringiría el mencionado precepto constitucional y habría lugar a declararla inaplicable.<sup>124</sup> Es lo mismo que ha sostenido la Corte frente a los contratos leyes (Nº 55).

Sin embargo, la misma Corte ha atenuado este principio cuando considera que está de por medio el llamado orden público económico (Nº 111); de no ser así, para ser consecuente consigo misma, habría debido declarar inaplicables todas las leyes restrictivas de rentas de arrendamiento en cuanto pretendan afectar contratos vigentes a su dictación. En cambio, ha rechazado las inaplicabilidades en estos casos.<sup>125</sup>

**115. III. Modificación judicial.** Si el contrato se encuentra en cierto sentido protegido frente al propio legislador, con mayor razón se rechaza que el juez

<sup>124</sup> Un caso fallado, confirmatorio de una jurisprudencia uniforme, fue el de la ley Nº 16.621 de 1º de marzo de 1967 que permitió a los adquirentes de televisores, cuya compra habían efectuado en una época anterior a esta ley, solicitar la nulidad absoluta de la obligación de pagar el precio estipulado en la parte que excedía de los márgenes señalados por la misma ley. La Corte declaró la inaplicabilidad en sentencia de 21 de junio de 1967, publicada en la *RDJ*, T. 64, sec. 1ª, pág. 198. Un informe en derecho sobre este problema se publica en ese tomo de la Revista, primera parte, pág. 1, bajo la firma de los profesores Avelino León Hurtado y Fernando Mujica Bezanilla y favorable a la tesis de la Corte.

Otra sentencia en el mismo sentido se publica en dicha Revista y tomo, sec. 1ª, pág. 213, con un informe en derecho del ex Ministro de la Corte Suprema don Pedro Silva Fernández, publicado en igual tomo y revista, primera parte, pág. 123.

Por último, digamos que esta garantía se ha extendido aun al derecho de uso y goce del arrendatario: *RDJ*, T. 61, sec. 1ª, pág. 81.

<sup>125</sup> Fallo publicado en la *RDJ*, T. 46, sec. 1ª, pág. 283.

pueda entrar a revisarlo por otras causales que las previstas por la legislación al tiempo de su celebración.

En contra de la intervención judicial se hacen militar todas las razones que, según hemos visto, defienden la seguridad contractual como esencial para el buen desenvolvimiento de los negocios jurídicos.

Hay, sin embargo, una tendencia moderna a permitir la revisión de la economía del contrato por la vía judicial, lo cual está muy ligado con la teoría de la imprevisión, que analizaremos en el incumplimiento (Nº 923).

Se ha sostenido por algunos autores la posibilidad de la revisión judicial en nuestro país, por aplicación del Art. 1546, ya que los contratos deben ejecutarse de buena fe; se dice que correspondería al juez ajustar el cumplimiento a la buena fe y la equidad para dar ejecución a dicho precepto; pero la verdad es que éste tiene su origen histórico en el Art. 1134 del Código francés: con esta declaración se pretendió principalmente descartar la distinción romana entre contratos de derecho estricto y de buena fe.<sup>126</sup> Volveremos sobre este precepto en el número siguiente.

Aún más, en el mismo Código francés existe un caso de modificación judicial del contrato: la facultad que da al juez el Art. 1244, inc. 2º, para otorgar un plazo de gracia al deudor para el cumplimiento, que nuestro Código no recogió (Nº 500).

Nada tiene, pues, de extraño que nuestros tribunales hayan reconocido que no tienen facultad para modificar los contratos.<sup>127</sup>

Otro problema que ya hemos señalado anteriormente en relación con este punto es si procede el recurso de casación en el fondo cuando los jueces de la instancia violan la llamada ley del contrato.<sup>128</sup>

<sup>126</sup> Sobre la ejecución de los contratos con buena fe, véase el interesante artículo de Fernando FUEYO, "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", *RDJ*, T. 55, parte 1ª, pág. 95, y su obra *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 171.

<sup>127</sup> *RDJ*, T. 23, sec. 1ª, pág. 423.

<sup>128</sup> Véanse el Nº 104 y la nota 159.

En nuestro concepto, es evidente que el recurso no procede porque se haya violado una ley, dado que así califica al contrato el Art. 1545, sino que al privar a éste de su fuerza obligatoria fuera de las causales legales, el vulnereado es el propio Art. 1545 que otorga dicho vigor y obligatoriedad. Lo que complica el problema es si la modificación del contrato se ha producido por la vía de la interpretación, que es, en principio, cuestión de hecho de la causa (Nº 104).<sup>129</sup>

**116. La buena fe en el cumplimiento del contrato.** (*La teoría del acto propio*). Ya hemos citado el Art. 1546 del Código Civil, en el cual el legislador, después de establecer la fuerza obligatoria del contrato, asimilándola a la de la ley, agrega que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que obligan, por ende, no sólo a lo que en ello se diga expresamente, sino que en todas aquellas cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.<sup>130</sup>

La ejecución de los contratos de buena fe es uno de los mecanismos que utiliza el derecho moderno para moralizar las relaciones jurídicas.

Como lo destacan los autores, el principio de la buena fe está presente en numerosas instituciones del derecho, como, por ejemplo, el matrimonio putativo, la posesión regular de un inmueble para adquirirlo por prescripción, etc.

En otros casos, sin mencionarse expresamente el principio de la buena fe, ésta inspira numerosas soluciones legislativas, como ser, por ejemplo, la

<sup>129</sup> La jurisprudencia lo ha declarado así. Ha dicho en *RDJ*, T. 77, sec. 1ª, pág. 128, que el Art. 1545 no le da la categoría de ley al contrato, sino que utilizó esa expresión para acentuar su fuerza obligatoria y rechazó el recurso de casación en el fondo por no invocar adecuadamente las disposiciones legales infringidas.

Hoy ya no es indispensable citar el precepto legal violado, pues, como dijimos, según el Art. 772 Nº 1 del C.P.C., actualmente basta expresar el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida.

Otra sentencia de la misma Corte Suprema, publicada en la *G.J.* Nº 136, sent. 5ª, pág. 37, declaró que el recurso de casación puede fundarse en la violación de la ley del contrato, pero deben mencionarse precisamente las infracciones contractuales mencionando las normas legales pertinentes que por tal razón resultarían así mismo violadas.

<sup>130</sup> Se ha fallado que la buena fe es cuestión de hecho, por lo que no puede fundarse un recurso de casación en el fondo en la infracción del Art. 1546: *RDJ*, T. 70, sec. 1ª, pág. 3. Véase también *RDJ*, T. 85, sec. 2ª, pág. 9, y T. 89, sec. 1ª, pág. 46.

en una negociación, es responsable en caso de imposibilidad de obtenerse posteriormente el cumplimiento.

Es muy frecuente que en una negociación intervenga un personero de una empresa importante y manifieste claramente que ella respalda y participa en el otorgamiento de un determinado contrato o negociación, pero a la hora de ser requerido, se asila en ser ajeno al acto o contrato por no haberlo suscrito. Especialmente en el extranjero, se le ha solido negar el derecho a marginarse en virtud de esta teoría, y aplicando las normas de la responsabilidad extracontractual.

Pero la teoría del acto propio no está expresada en los términos señalados por las legislaciones, ni tampoco en la chilena, pero al igual que el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y otros principios semejantes, inspira numerosas soluciones legales.<sup>132</sup> Por las mismas razones de las otras teorías señaladas, perfectamente puede extenderse su aplicación basándose en el Art. 1546 en la ejecución de la buena fe de los contratos. Igualmente debe aplicarse con estrictez para evitar los abusos que pueden cometerse.

Al redactar la presente sexta edición he podido verificar que los tribunales han estado recogiendo con gran amplitud este principio que sanea la aplicación de la justicia.

Así, se ha resuelto un caso laboral muy frecuente en los tribunales, en que una persona que aparece prestando servicios profesionales reclama que debió hacerse vía contrato de trabajo: la C.A. de Santiago, en sentencia de 10 de julio de 2003, aplicando los principios de la buena fe y el acto propio rechazó el reclamo.<sup>133</sup>

<sup>132</sup> Fueyo menciona, por ejemplo, el Art. 402 del C.P.C., el 483 del C.P.P., los Arts. 291 (hoy derogado por la Ley de Filiación N° 19.585, de 26 de octubre de 1998), 387 y 2327; Arts. 1566 inciso 2°, 1707, todos del C.C., en la sociedad de hecho, etc.; 158 del Código de Comercio y algunos fallos especialmente en cuanto a que no se puede dejar sin efecto el reconocimiento de hijo natural (hoy simplemente hijo) por declaración testamentaria, lo que hoy dispone expresamente el Art. 189 inciso 2° del C.C. a raíz de la modificación de la ley citada. Menciona igualmente un fallo publicado en la *RDJ*, T. VII, sec. 1ª, pág. 109, que utiliza la expresión "acto propio". Pero la verdad es que en la mayor parte de estos casos además de la teoría del acto propio, existen otros hechos y antecedentes y motivaciones para las soluciones legislativas.

<sup>133</sup> *G.J.* N° 277, pág. 273. Lo mismo hizo en fallo de *L. & S.* N° 32, pág. 46, esta vez por la C.S. con fecha 20 de enero de 2006.

En otra ocasión se aplicó en el caso de una servidumbre voluntaria por sentencia de la C.A. de 12 de mayo de 2005.<sup>134</sup>

Se ha fallado también que el cambio de autoridad no faculta al actual titular para actuar contra los actos propios en el ejercicio de su cargo.<sup>135</sup>

La Corte Suprema lo invocó contra un deudor que pidió la nulidad de todo lo obrado, dejando así sin efecto la aceleración judicial incluida en los actos procesales anulados, considerando que al oponerla no actuaba de buena fe.<sup>136</sup>

Finalmente, la C.S., en fallo de 5 de octubre de 2006, estableció la doctrina de la institución.<sup>137</sup>

### *Sección Séptima* *Efectos Relativos y Oponibilidad del Contrato*

**117. Enunciación.** Hablar de los efectos relativos del contrato, es tanto como decir el contrato y los terceros, entendiendo por tales a quienes no han intervenido en su celebración.

<sup>134</sup> *G.J.* N° 301, pág. 171.

<sup>135</sup> C.S. 4 de julio de 2005, *G.J.* N° 301, pág. 96.

<sup>136</sup> *G.J.* N° 291, pág. 116.

<sup>137</sup> *L. & S.* N° 27, pág. 21. Un análisis de la jurisprudencia en la materia en *L. & S.* N° 14, pág. 3. El principio de los actos propios (*venire contra proprium factum nulli conceditur*). En efecto, como se ha dicho por esta Corte, 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 artículo 1546 del C.C.

Esta actitud se ha consolidado en los últimos fallos de la C.S., de 13 de mayo de 2008, Rol N° 5958; 5 de octubre de 2005, Rol N° 1696 y 7 de mayo de 2008, Rol N° 1891.

Además han insistido en que su fundamento es el Art. 1546, el 24 de febrero de 2009, Rol N° 384; 16 de abril de 2009, Rol N° 1571, y 26 de octubre de 2006, Rol N° 771.

Son requisitos de procedencia de esta teoría:

- Una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio;
- Una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior, y
- Que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica.

Un análisis de la jurisprudencia en la materia en *L. & S.* N° 14, pág. 3.

Una sentencia de la C.S. de 4 de abril de 2011, aplicando el principio del acto propio, declaró que en una promesa de compraventa, no se puede invocar el propio incumplimiento para mantener pendiente su obligación.

Es ésta una materia de las complejas, si las hay, por la dificultad en la formulación de reglas generales abarcadoras de todas las situaciones posibles, y porque suele confundirse el efecto relativo del contrato con la oponibilidad de sus efectos a terceros, como se verá a continuación.

Para su desarrollo hemos optado por dividirlo en los siguientes párrafos:

Uno primero, destinado a los conceptos, y a señalar los alcances de la relatividad.

En sucesivos párrafos analizaremos las instituciones que se relacionan con la materia y cuyo estudio aprovechamos de efectuar: contrato o estipulación a favor de otro, promesa del hecho ajeno, simulación y contraescrituras.

Un quinto párrafo será dedicado a la oponibilidad del contrato, y la contrapartida, la inoponibilidad del mismo, y en el último, efectuaremos una síntesis a modo de conclusión.

#### *Párrafo 1º*

##### *El efecto relativo del contrato*

**118. Concepto.** El Art. 1165 del Código francés señaló expresamente que las convenciones no surten efectos sino entre las partes contratantes. No hay declaración exactamente igual en nuestro Código, pero el Art. 1545 lo señala de paso al decir que el contrato es una ley “para los contratantes”. Por lo demás, es éste un principio básico y fundamental del derecho y constituye un axioma jurídico indiscutible: *res inter alio acta, aliis neque nacere, neque prodesse potest* (que podríamos verter: las cosas hechas por unos, no perjudican ni aprovechan a los demás). Así se ha fallado reiteradamente.

No es tampoco un principio limitado a los contratos, ni siquiera a las convenciones, sino a todos los actos jurídicos, y aun a ciertos actos de autoridad como son las sentencias (Art. 3º): el efecto de cosa juzgada se refiere únicamente a las partes que han intervenido en el pleito. Sólo la ley y otros actos de autoridad expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico: decreto, reglamento, etc., pueden ser de efectos generales.

El efecto relativo del contrato consiste, pues, en que él afecta únicamente a las partes contratantes y no a aquellos que no han intervenido en su celebración.

**119. Efectos del contrato y existencia de tales efectos.** Conviene precisar exactamente qué significa que el contrato produzca efectos relativos.

Quiere ello decir que los efectos del contrato, esto es, los derechos y obligaciones emanados de él sólo pertenecen a las partes; únicamente ellas adquieren la calidad de acreedor y deudor, y en consecuencia pueden exigir el cumplimiento y están obligadas a él, respectivamente.

En tal sentido el contrato produce efectos relativos, pero es muy distinta la situación en cuanto a la existencia misma del contrato y de sus efectos, esto es, de los derechos y obligaciones generados por él. El contrato crea un status jurídico, la mayor parte de las veces de carácter económico, con un desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro. Este estado jurídico no puede ser, por regla general, desconocido por los terceros ajenos a él; éstos no pueden negar la existencia del contrato ni sus efectos, y en tal sentido les afectan (Nº 159).

Planiol y Ripert efectúan un distinguo entre efectos relativos y absolutos del contrato. Este es, por regla general, de efectos relativos, según decíamos, en cuanto a otorgar la calidad de acreedor y deudor, pero produce efectos absolutos respecto a la situación jurídica creada por él.

Más o menos lo mismo se expresa por otros autores, efectuando la distinción entre el vínculo jurídico creado por el contrato y su oponibilidad. El contrato, como todas las demás obligaciones y créditos, no vincula sino a las partes, ya que generalmente los terceros ni pueden exigir el cumplimiento ni están obligados a hacerlo; es lo mismo que expresan Planiol y Ripert: el contrato no otorga la calidad de acreedor y deudor sino a las partes. Pero frente a los terceros, el contrato es oponible, por regla general, al igual que los derechos reales: nadie puede desconocer la existencia del crédito y obligación a que dan lugar, lo que es más o menos lo mismo que decir que en este sentido el contrato produce efectos absolutos.

**120. Partes y terceros.** Si en cuanto al otorgamiento de los derechos y obligaciones que genera el contrato, sólo afecta, por regla general, a las partes y no a los terceros, interesa precisar quiénes invisten en él una y otra categoría.

Son partes en un contrato quienes han concurrido a su celebración, personalmente o por intermedio de un representante legal o convencional. Todas

las demás personas son terceros, definición negativa inevitable, pues no hay otra forma de involucrarlos.

Sin embargo, la situación no es igual para todos los terceros, y para precisarlos es necesario distinguir los siguientes casos:

- 1º. Del sucesor o causahabiente a título universal;
- 2º. Del causahabiente a título singular;
- 3º. Del contrato colectivo;
- 4º. De los acreedores de las partes;
- 5º. De los terceros a cuyo favor se establece un derecho en el contrato (estipulación a favor de otro);
- 6º. De los terceros por cuya cuenta se promete una obligación (promesa del hecho ajeno);
- 7º. Del tercero sobre cuyo patrimonio se ha celebrado un contrato, y
- 8º. Del tercero en cuyo perjuicio se ha celebrado un contrato.

En los números siguientes analizaremos todas estas situaciones, aun cuando, como queda dicho, algunas de ellas las dejaremos para los párrafos siguientes; de todos modos, con las debidas referencias quedará el cuadro completo de los casos en que el tercero se ve afectado o tiene interés en un contrato ajeno.

Estos terceros reciben el nombre de relativos, por oposición a los absolutos, a quienes en nada afecta el contrato ni sus estipulaciones.

**121. I. Sucesores o causahabientes a título universal.** El contrato afecta en todos sentidos a los herederos del causante, quienes, en nuestro derecho, son sus únicos sucesores o causahabientes a título universal.

En nuestro Código no puede decirse que los herederos sean terceros extraños al contrato, pues está inspirado en la doctrina clásica de que ellos son los continuadores de la persona del difunto. Como lo cree el Código francés, el que contrata para sí, contrata también para sus herederos (Art. 1122). Sin utilizar las mismas expresiones, dispone igual nuestro Art. 1097: los asigna-

tarios a título universal (herederos) “representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”.

Como lo destaca el precepto, el principio tiene una excepción: si bien, por regla general, a los herederos se transmite la calidad de acreedor o deudor que tenía el causante en cualquier relación obligacional, el contrato no se traspasa a los asignatarios a título universal si los derechos y obligaciones emanados de él son intransmisibles (Nº 1126), lo que ocurre generalmente en los contratos *intuitu personae*, verbigracia, mandato que, normalmente, se extingue por la muerte de cualquiera de las partes.

**122. II. Sucesores o causahabientes a título singular.** Son sucesores o causahabientes a título singular de una persona, aquellos que hayan adquirido de ésta un bien o una relación jurídica determinados, como por ejemplo, el legatario que sucede al causante en el bien legado, o donatario respecto al objeto donado, el comprador en cuanto a la cosa comprada, etc.

Se presenta sí aquí el problema de precisar si a estos terceros afectan los contratos celebrados por su causante, pues es difícil resumir en reglas generales las múltiples situaciones que pueden darse. Creemos que son bastante exactas en todo caso las siguientes cuatro reglas:

1º. El causahabiente a título singular no se ve nunca afectado por los actos ejecutados y los contratos celebrados por el causante respecto de otros bienes de su patrimonio; sólo puede ser eventualmente alcanzado por los celebrados en relación al bien o relación jurídica determinados de que se trata;

2º. En cuanto a éstos, la regla general es igualmente que no afectan al sucesor a título singular;

3º. Sin embargo, le empecerán en los casos en que la ley expresamente lo determine así, según diremos en el número siguiente, y

4º. A falta de ley que resuelva positiva o negativamente el punto, aparece en toda su intensidad la ya señalada dificultad para establecer reglas generales. Hay quienes pretenden fijarla diciendo que el tercero se beneficia de los derechos adquiridos por el causante sobre la cosa; otros expresan más o menos lo mismo, aseverando que en todo cuanto lo beneficie, el tercero adquirente a título singular tiene facultad para apropiarse de los contratos

del causante sobre la cosa, y viceversa, no le afectan en la parte en que lo perjudiquen. También se ha formulado esta regla general sosteniendo que el causahabiente a título singular se ve afectado por los contratos del causante que dicen relación con el fin económico a que normalmente está destinada la cosa y atendiendo al cual es indispensable que este tercero adquiera la calidad de acreedor o deudor.

El problema ha de resolverse en cada caso particular de acuerdo a uno de los criterios señalados.

En los números siguientes citaremos por vía ejemplar algunas situaciones previstas por la ley, y señalaremos el vacío grave de nuestra legislación en materia de traspaso de universalidades de hecho.

**123. A. Contratos que por disposición de ley afectan al sucesor a título singular.** Como dejamos establecido, citaremos algunos ejemplos de disposición legal que hacen cargar al sucesor a título singular con contratos de su causante, para permitir establecer el criterio que se sigue en la materia:

**1º. Arrendamientos.**

Si se transfiere una cosa que se encuentra arrendada a un tercero, hay casos en que el adquirente debe respetar los arriendos celebrados por el anterior propietario; ello ocurre, dicho en términos muy generales, cuando el arrendamiento constaba por escritura pública (Art. 1962). El sucesor a título singular se ve afectado por los contratos de su causante, pues pasa a ser acreedor de la renta de arrendamiento y demás obligaciones del arrendatario y deudor de la obligación de mantener a éste en el goce pacífico de la cosa arrendada, y demás deberes del arrendador.

Igualmente, según el Art. 792, el usufructuario está obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de la constitución del usufructo.

También, según veremos en el N° 500, producida la resolución, verbigracia, de una compraventa por no pago del precio, queda sin efecto el contrato y la cosa vendida vuelve a poder del vendedor, quien, sin embargo, está obligado a respetar los actos de administración efectuados por el comprador, y entre ellos los arriendos por éste celebrados.

Finalmente, la legislación impone también obligaciones al adquirente de inmuebles de respetar los arriendos existentes en ellos, cuando menos por ciertos plazos bastante extensos (véase número 1254).

En cambio, si, por ejemplo, se compra un inmueble y el vendedor adeuda a un contratista alguna suma por reparaciones en él efectuadas, esta deuda no afectará al adquirente, quien no pasa a ser deudor del contratista.

**2º. Seguros.**

De acuerdo a los Arts. 530 y 531 del C.Co., por regla general el adquirente a título universal o singular de la cosa asegurada, se beneficia de los seguros contratados a favor de ella, y, en consecuencia, pasa a ser deudor de la obligación de pagar la prima y acreedor de la indemnización, si hubiera lugar a ella.

Estos preceptos fueron reemplazados por la Ley N° 20.667 de 9 de mayo de 2013, por los Arts. 559 y 560 actuales del mencionado Código.

Dichos Arts. 559 y 560 disponen, respectivamente:

Art. 559:

*“Transmisión del seguro. Transmitida la propiedad de la cosa asegurada por título universal o singular, el seguro correrá en provecho del causahabiente desde el momento en que los riesgos le correspondan, a menos que el seguro hubiere sido consentido por el asegurador en consideración a la persona del causante. Terminado el seguro por esta causa, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 520”.*

Art. 560:

*“Transferencia del seguro. Si el objeto del seguro o el interés asegurable fueren transferidos, cesará el seguro de pleno derecho al expirar el término de quince días, contado desde la transferencia, a menos que el asegurador acepte que éste continúe por cuenta del adquirente o que la póliza sea a la orden.*

*“Sin embargo, si el asegurado conservare algún interés en el objeto del seguro, éste continuará a su favor hasta concurrencia de su interés”.*

**124. B. Traspaso de universalidades.** Nuestra legislación, muy influenciada por la teoría del patrimonio atributo de la personalidad (N° 3), reconoce únicamente esta universalidad jurídica, intransferible por acto entre vivos y que

sólo puede ser adquirida a título universal por herencia. En tal evento la regla general es que el asignatario a título universal pase a ocupar el lugar jurídico del causante y se le transmitan todos sus derechos y obligaciones. A su vez, el heredero puede ceder su derecho de herencia y en tal caso traspasa también una universalidad jurídica, formada por toda la herencia o una cuota de ella. Nada de extraño tiene entonces que pasen al cesionario todas las relaciones jurídicas comprendidas en la sucesión, pues reemplaza jurídicamente al heredero cedente (Nº 1167).

Nada semejante ocurre, en cambio, con las llamadas universalidades de hecho, dando lugar a serios problemas en la enajenación de establecimientos comerciales, industriales, mineros, etc. Para esta enajenación no existe en nuestro Derecho una reglamentación específica, y, en consecuencia, cada uno de los elementos comprendidos en ella siguen desempeñando su mismo rol jurídico, y su transferencia, sujeta a las reglas que le son propias; los créditos deberán traspasarse al adquirente por la vía de la cesión de derechos, y las obligaciones, por los medios imperfectos que establece la legislación.

La tendencia actual en éstas, en cambio, es darle el tratamiento que merecen a los traspasos de universalidades, según volveremos a insistir en la parte destinada a las modificaciones subjetivas de créditos y obligaciones (Nº 1246).<sup>138</sup>

<sup>138</sup> Hemos querido llamar la atención sobre este punto, pues en la legislación universal se encuentra en pleno desarrollo la teoría de la Empresa, como un ente jurídico distinto de la persona natural o jurídica que es su propietaria, y en que debe encontrar su solución lógica el problema esbozado.

El Derecho de la Empresa invade todo el sistema jurídico, como lo ha hecho con la Economía, por su enorme desarrollo alcanzado en el siglo XX y su tremenda significación en la vida de los pueblos. Puede apreciarse cómo entre nosotros en las diversas leyes de intervención económica dictadas en los últimos años, el legislador corrientemente refiere a la “Empresa”, sin que exista un concepto unitario de la misma.

En el Código alemán y legislaciones por él inspiradas hay esbozos de solución al problema, y el Código italiano de 1942 lo afronta directamente, en especial en el Título II del Libro V, pero sin que pueda decirse que ni en la doctrina ni legislación comparada exista una teoría plenamente elaborada al respecto. (Véase Sergio FUENZALIDA PUELMA, “Concepto jurídico de la Empresa y su relación con otras figuras del Derecho”, publicado en la *RDJ*, tomo 64, Primera Parte, pág. 39, y MESSINEO, ob. cit., T. II, págs. 195 y sigtes. Un fallo interesante al respecto que aplica en nuestra legislación la teoría de la Empresa, en *RDJ*, T. 66, sec. 3ª, pág. 22).

De ahí que en nuestro país, como en la mayoría, jurídicamente se confunden la Empresa y la persona natural o jurídica que es su propietaria; si es de una sociedad, por la personalidad jurídica

**125. III. El contrato colectivo. Referencia.** El contrato colectivo (Nº 80) es una marcada excepción al efecto relativo del contrato, pues otorga derechos y establece obligaciones para quienes no concurrieron con su voluntad a su otorgamiento siempre, naturalmente, que se hayan reunido las mayorías o representación exigidas por la ley.

**126. IV. Los acreedores de las partes.** Los acreedores de los contratantes se ven indudablemente afectados por las convenciones efectuadas por ellos: los acreedores del deudor, porque deberán soportar la concurrencia del nuevo acreedor en los bienes del obligado, en virtud del derecho de garantía general que todos ellos tienen; incluso éste puede imponerse a los restantes en virtud de una preferencia legal (Nº 1056).

Interesan, igualmente, a los acreedores del acreedor los créditos que éste adquiera, pues a ellos pasa a extenderse su derecho de garantía general.

No por ello los acreedores del deudor o del acreedor del contrato celebrado, pasan a tener dichas calidades respecto de éste; es éste típicamente un problema de oponibilidad del contrato (Nº 148).

Veremos también en su oportunidad que los acreedores del deudor pueden impugnar los actos y contratos celebrados por éste en fraude de sus derechos mediante el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria (Nº 845).

de ésta que le otorga patrimonio propio, es posible hasta cierto punto el traspaso de la Empresa sin que ella pierda su identidad mediante el subterfugio del reemplazo de socios por el simple traspaso de acciones si es anónima, y por sucesivas modificaciones cuando es de personas. Pero si la sociedad es dueña de Empresas, vuelve a resurgir la dificultad.

Es ésta una de las reformas que más se hace sentir en nuestro Derecho.

En parte esta necesidad ha sido llenada en el D.F.L. Nº 1, de 7 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de 24 del mismo mes y año, y que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo (antes D.L. Nº 2.200, de 1978). Dice el inc. final del Art. 3º: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotado de una individualidad legal determinada”.

Como consecuencia de lo anterior, el inc. 2º del Art. 4º dispone que “las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos del trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”. Por tratarse de un traspaso de Empresa la relación laboral también pasa a los nuevos propietarios.

Y, a la inversa, en algunas legislaciones —y se discute si en la nuestra— los acreedores del acreedor pueden ejercer en lugar de éste las acciones y derechos suyos, cuando hay negligencia de su parte en invocarlos. Es la llamada acción oblicua o subrogatoria (Nº 829).

**127. V. Terceros a cuyo favor se establece un derecho en un contrato. Referencia.** Esta situación se presenta en la estipulación a favor de otro, que analizaremos en el párrafo que a éste sigue.

**128. VI. Terceros por cuya cuenta se promete una obligación. Referencia.** Nos referimos en este caso a la promesa de hecho ajeno, que trataremos en el párrafo 3º de esta sección.

**129. VII. Terceros sobre cuyo patrimonio se ha celebrado un contrato. Referencia.** Un tercero puede estar involucrado en un contrato si las partes han convenido respecto de un bien de su dominio.

Ya hemos dicho que en nuestra legislación el contrato sobre cosa ajena es válido, y así pueden venderse, arrendarse, darse en comodato, donarse, legarse, etc., los objetos de otro. Lo que ocurre sí, es que tales actos no afectarán al verdadero dueño, le son inoponibles, y por ello volveremos sobre el punto al tratar esta institución (Nº 165).

**130. VIII. Terceros perjudicados por el contrato celebrado.** Hay muchos casos en que el contrato perjudicará a terceros, como señalábamos en el Nº 126 respecto de los acreedores del nuevo deudor. Pero ello no empece a la legitimidad de tales actos mientras no medie fraude, o sea, intención de perjudicarlos.

Este daño también se presenta en ciertos casos de contratos simulados, y en tal caso el tercero tendrá derecho a impugnarlos por la acción de simulación, según veremos en el Párrafo 4º de esta Sección.

#### *Párrafo 2º*

#### *La estipulación en favor de otro*

**131. Concepto.** La estipulación en favor de otro, o contrato a favor de terceros, está establecida en el Art. 1449 del Código. Dice el precepto “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”.

Con estos elementos podemos definir la institución diciendo que consiste en que un contrato celebrado entre dos partes que reciben el nombre de estipulante y promitente haga nacer un derecho a favor de un tercero ajeno a él, llamado beneficiario.

De acuerdo a estas definiciones, el contrato interesa a tres categorías de personas diferentes:

1º. El estipulante, que es quien contrata a favor del tercero;

2º. El promitente, quien se compromete a favor del tercero en la calidad de deudor de éste, y

3º. El beneficiario, que es el acreedor de la estipulación efectuada en su favor.

**132. Aplicación: los casos más frecuentes.** Como pudo apreciarse con la sola lectura del Art. 1449, la estipulación a favor de otro es una institución de amplia aceptación en nuestra legislación, lo cual fue una anticipación de nuestro Código a su época, pues la misma es la tendencia actual del Derecho Comparado.

En cambio, en el Derecho Romano y en el francés se la aceptaba con muchas limitaciones; en general, únicamente en dos situaciones: si es una cláusula en un contrato que también interesa al estipulante, y cuando va acompañada de una donación con carga. Pero dada la gran utilidad de ella, la jurisprudencia francesa, con su habitual despreocupación por el texto de la ley, ha soslayado las limitaciones y permite una aplicación muy liberal de la estipulación a favor de otro.

Pero si bien ésta puede tener lugar en cualquier clase de contratos, los casos más notorios son los siguientes:

1º. *El contrato de seguro.*

Por ejemplo, el marido contrata una póliza de seguro de vida a favor de su cónyuge; es típica estipulación a favor de otro, pues el contrato lo celebran

a recibir otra cosa que la debida, y el pago debe hacerse “bajo todos respectos” en conformidad al tenor de la obligación.

Finalmente, los perjuicios que debe indemnizar el promitente en caso de no obtener la ratificación del tercero, pueden ser prefijados en el contrato en que se prometió el hecho ajeno mediante una cláusula penal, que no es sino una evaluación anticipada y convencional de los daños para el caso de incumplimiento. No hay inconveniente alguno que en la promesa del hecho de tercero, las partes fijen de antemano por medio de la cláusula penal el monto de la indemnización que pagará el promitente al acreedor si aquél no ratifica; y tanto es así, que según lo vimos en el Art. 1536, tras sentar el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la pena, agrega en su inc. 2º:

*“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 de consentimiento de dicha persona”.*

Este precepto ha dado lugar a problemas de interpretación, porque se le ha solido conectar directamente con el Art. 1450 y se ha topado con el inconveniente de que ambas redacciones no coinciden. En nuestro concepto, existen dos situaciones bien diferentes:

1º. El promitente se ha sujetado a una pena para el caso de que el tercero no ratifique la obligación prometida por él. Semejante cláusula penal es perfectamente válida y nada tiene de anormal, porque está accediendo a una obligación principal existente: la de obtener la ratificación, que es la que el Art. 1450 impone al promitente, y cuyo incumplimiento lo obliga a la pena. El Art. 1536 no tenía por qué referirse a esta situación que es igual a la de cualquiera otra cláusula penal.

2º. El caso previsto por el precepto es diferente: la pena ha sido impuesta al promitente para el caso de no cumplirse por el tercero la obligación prometida. El promitente está garantizando más que la ratificación, el cumplimiento de la obligación misma. Y entonces es evidente que si el tercero no ratifica, no habrá ya cumplimiento posible, el promitente debe la pena. En tal caso, sí que la situación ya no es normal, porque la obligación principal no existe, pues habría nacido sólo con la ratificación, pero el Código no es muy preciso al determinar que ella hace excepción al inciso primero, ya que éste habla de

nulidad. En el evento propuesto no hay nulidad, sino que la obligación no alcanzó a nacer.

En esta cláusula penal pueden, pues, ocurrir dos cosas: el tercero ratifica y no cumple; se deberá la pena y nada hay de anormal porque la obligación principal existe. Y si el tercero no ratifica, se deberá la pena, en la forma antedicha, y la situación es excepcional porque la obligación no existe. La expresión “aunque” que utiliza el precepto, confirma esta interpretación: aun si no hay ratificación, se debe la pena. Con mayor razón se la deberá si ratificada la obligación, no se la cumple.<sup>160</sup>

Por ello es que en el caso de que se esté respondiendo por el cumplimiento y no haya ratificación, se ha sostenido que propiamente no hay cláusula penal, al igual que en la estipulación a favor de otro (Nº 141), sino obligación condicional, opinión que no compartimos por las razones dadas en dicho número.

#### *Párrafo 4º*

#### *La simulación de contrato y las contraescrituras*<sup>161</sup>

**151. Advertencia.** Tanto la simulación como la contraescritura pertenecen a la teoría general del acto jurídico, sin embargo, no podemos dejar de referirnos a ellas en esta parte por la importancia que adquieren en materia de contratos y sus efectos.

Por otro lado, el tratamiento conjunto de ambas materias se justifica por las íntimas relaciones que hay entre ellas, según veremos en el Nº 153, y porque no habiendo texto legal en nuestro país para la simulación, pero sí para la contraescritura, se ha aplicado éste a la primera.

<sup>160</sup> En nuestra doctrina, MEZA BARROS, ob. cit., T. I, Nº 51, pág. 48, no efectúa la distinción entre la obligación de la promesa de hecho ajeno, y la obligación que se ha prometido. Claro Solar, ob. cit., T. X, Nº 566, pág. 506, da la interpretación, a nuestro juicio correcta, al precepto, pero sin analizar su alcance en relación al inc. 1º. GATICA, ob. cit., Nº 271, pág. 353, sostiene que el inc. 2º del Art. 1536 no puede referirse a otra situación que la reglamentada en el Art. 1450, y ello lo lleva a reprochar la redacción del precepto.

<sup>161</sup> Sobre contraescritura véanse las obras referidas en la nota de la introducción, y sobre simulación, la excelente obra de Raúl DIEZ DUARTE, *La simulación de contrato en el Código Civil chileno*, Santiago, Imprenta Chile, 1957, reproducida en muchos de sus conceptos en una sentencia publicada en la *RDJ*, T. 58, sec. 2ª, pág. 21.

**152. La simulación. Concepto y clases.** La simulación forma parte de un tema más amplio: la divergencia entre la voluntad real de las partes y la declarada por ellas.

La simulación se caracteriza porque las partes, de común acuerdo, crean una situación jurídica aparente que difiere de la real; en ella existen dos acuerdos de voluntad: uno, el real, y el otro que está destinado a crear una situación aparente, ficticia y distinta de la verdadera que permanece secreta entre las partes.<sup>162</sup> Por ello una sentencia de nuestros tribunales la ha definido como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.<sup>163</sup>

El acuerdo de simulación alterará uno u otro aspecto del acuerdo real, y puede tener múltiples finalidades, y de ahí una primera clasificación de ella en lícita e ilícita.

La simulación lícita no tiene por objeto perjudicar a terceros, no tiene un fin fraudulento, sino por múltiples razones dejar oculta alguna parte de la declaración real de voluntad. Es el caso de una persona que por razones comerciales no desea que nadie se entere de una negociación por ella celebrada, o quiere efectuar un acto de beneficencia, sin que lo sepa la persona favorecida, etc. Esta especie de simulación es perfectamente lícita, y así se ha fallado.<sup>164</sup>

La simulación ilícita tiene, en cambio, por objeto engañar a terceros o el fraude a la ley, en los varios casos que señalaremos. Se ha dicho que para su configuración se dan cuatro elementos: a) la disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; b) esta disconformidad debe ser consciente

<sup>162</sup> *RDJ*, Ts. 55, sec. 1ª, pág. 188, y 58, sec. 2ª, pág. 21.

<sup>163</sup> *RDJ*, T. 58, sec. 2ª, pág. 21, y *G.J.* N° 154, sent. 1ª, pág. 54. Una sentencia publicada en la *RDJ*, T. 82, sec. 2ª, pág. 86, señaló que la simulación que concurre supone tres requisitos: 1. Disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; 2. Ella debe ser deliberada y consciente, en lo que se diferencia la simulación del error; y 3. Debe haber concierto entre las partes.

<sup>164</sup> “Si la causa real es lícita, no es nula la obligación simulada”. *G.T.* de 1890, T. II, N° 3.996, pág. 887. También la sentencia citada en la nota anterior, pero fundada en el Art. 1707.

y deliberada, pues en caso contrario nos encontraremos frente a un error; c) por acuerdo de las partes, con lo que quedan al margen los casos de fuerza y de reserva mental. En ésta una de las partes ignora que existe diferencia entre la voluntad declarada por la contraparte y la real de ella, mientras que en la simulación las dos partes quieren una cosa distinta a la que declaran, y d) la intención de perjudicar a terceros.<sup>165</sup>

La misma sentencia que glosamos ha declarado que el fin principal de la simulación ilícita es producir una disminución ficticia del patrimonio o un aumento aparente del mismo para de este modo frustrar la garantía de los acreedores e impedirles su satisfacción;<sup>166</sup> tal sería el caso en que una persona simule traspasar alguno de sus bienes a un tercero para dejarlo al margen de la ejecución de sus acreedores. En este caso especial, los acreedores podrán asilarse no sólo en la acción de simulación, a que nos referiremos luego, sino también en la acción pauliana en razón del fraude existente (N° 845).

Pero está lejos de ser la única finalidad de la simulación; ella puede también tener por objeto eludir una prohibición legal, como ocurre, por ejemplo, con la que señala el Art. 1796 para la compraventa entre cónyuges no divorciados: el acto se disfraza de otra convención o se efectúa por interposición de personas. Otra fuente fecunda de actos simulados es el deseo de las partes de escapar a los impuestos que gravan ciertos actos. Por razones de evasión tributaria, o disfrazan el acto, como si la donación la hacen aparecer como compraventa, o alteran algunos de sus elementos principalmente la cuantía, a fin de pagar impuestos menores. La frecuencia de este tipo de simulación es considerable.

La simulación ilícita está penada criminalmente en el Art. 471. N° 2° del Código Penal, que sanciona al “que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.<sup>167</sup>

<sup>165</sup> C.S. de 3 de marzo de 2007. *G.J.* N° 273, pág. 53: refundiendo los requisitos a) y b) en uno solo.

<sup>166</sup> Nuevamente es la sentencia publicada en la *RDJ*, T. 58, sec. 2ª, pág. 21, inspirada en gran parte en la obra del señor DIEZ DUARTE, citada en la nota 161 de este primer tomo. La última parte también fue declarada igual en *RDJ*, T. 55, sec. 1ª, pág. 188.

<sup>167</sup> Una sentencia publicada en *FM.* N° 452, sent. 5ª, pág. 1446, se refiere a un caso de simulación de una deuda a través de una letra de cambio, sancionada penalmente, y otra publicada

Desde otro punto de vista, la simulación se clasifica en absoluta, relativa y por interposición de personas.<sup>168</sup>

En la primera, las partes celebran un acto totalmente ficticio que sólo existe aparentemente; no hay más acto que el simulado, como si el deudor para ocultar sus bienes simula traspasarlos a un tercero, con quien celebra una compraventa que no existe realmente. Esta simulación absoluta ha sido reconocida reiteradamente por nuestros tribunales.<sup>169</sup>

En la relativa, el acto que aparece al exterior existe, pero hay un acuerdo entre las partes que lo modifica y que queda oculto, como si se le da la apariencia de una compraventa a una donación en el ejemplo antes dado. Mientras en la absoluta hay dos acuerdos, uno el aparente y el otro que elimina totalmente a éste, en la relativa el acto oculto modifica al aparente.

Un fallo de la C.A. de Santiago de 14 de julio de 2000, declaró la nulidad absoluta de una compraventa por infracción al Art. 1682, pues se usó la compraventa cuando de lo que se trataba era de dar una garantía al acreedor.<sup>170</sup>

Finalmente, cuando hay interposición de personas, el contrato se celebra aparentemente con una persona para que ésta a su vez lo traspase a otra; es muy frecuente para eludir una prohibición legal, como en el ya señalado caso de la que existe para la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente. Esta interpósita persona recibe los nombres más curiosos, testaferro, cabeza de turco, prestanombre, palo blanco, etc.<sup>171</sup>

El Código se refiere a esta clase de simulación, por ejemplo, en el Art. 966, que declara nula toda disposición testamentaria a favor de un incapaz para suceder “aunque se disfraze de un contrato oneroso o por interposición de

en la *RDJ*, T. 86, sec. 4ª, pág. 146, también sancionó penalmente un arriendo simulado de 30 años para no entregar un predio al comprador.

<sup>168</sup> *FM*, N° 365, sent. 4ª, pág. 145.

<sup>169</sup> Sentencias publicadas en la *RDJ*, Ts. 52, sec. 2ª, pág. 60; 55, sec. 1ª, pág. 188, y 58, sec. 2ª, pág. 21.

<sup>170</sup> *G.J.* N° 241, pág. 91.

<sup>171</sup> *G.J.* N° 227, pág. 28, a propósito de una sociedad, y utilizando las expresiones “palo blanco” y “testaferro”.

persona”, y en el Art. 2144 que prohíbe al mandatario, por sí o por interpósita persona ejecutar determinados actos sin autorización del mandante.

Se ha fallado que la interposición de personas es ilícita cuando la intención del adquirente fingido es transferir lo adquirido y lícita si tuvo la intención de actuar para sí.<sup>172</sup>

**153. Las contraescrituras y sus efectos.** La expresión contraescritura tiene significaciones diversas. En un sentido se habla de contraescrituras para designar a los instrumentos otorgados por las partes para modificar y dejar sin efecto las estipulaciones de otra escritura. Con semejante significado la contraescritura puede importar o no simulación: la implicará si el acto modificatorio alterando sustancialmente lo estipulado está destinado a permanecer secreto; y a la inversa, no siempre la simulación importará una contraescritura: ello dependerá de si el acuerdo real de voluntad se deja por escrito o no. Por ejemplo, cuando en la compraventa se hace figurar un menor precio, no habrá contraescritura si no se deja constancia en un documento de la diferencia.

En cambio, para otros autores y es la opinión que predomina entre nosotros,<sup>173</sup> y en la jurisprudencia,<sup>174</sup> sólo hay contraescritura cuando el documento da constancia de un acto simulado; en consecuencia, si no

<sup>172</sup> *G.J.* N° 154, sent. 1ª, pág. 54.

<sup>173</sup> CLARO SOLAR, ob. cit., T. 12, N° 2.024, pág. 687; VÍCTOR SANTA CRUZ S., *El instrumento público*, *RDJ*, T. 39, sec. 1ª, pág. 54; VODANOVIC, ob. cit., Vol. I, N° 919, pág. 671; DIEZ DUARTE, ob. cit., N° 49, pág. 54. En contra, ALESSANDRI, ob. cit., pág. 423, quien se funda en que la disposición no hace distinción alguno que permita sostener la opinión contraria, y en la diferencia entre nuestra disposición y el Art. 1321, que es su equivalente en el Código francés. Los autores franceses son de opinión que este precepto sólo se refiere a las contraescrituras simuladas, pues les niega todo valor contra tercero. Sus contradictores se fundan también en un argumento histórico; pues nuestro precepto estaría inspirado en el Art. 1214 del Proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena, quien sería de la opinión restringida. Para esta doctrina, si no hay simulación, el valor de los instrumentos que modifican o anulan a otros se determina de acuerdo a las reglas generales.

Estamos con la opinión del Sr. Alessandri por las siguientes razones:

1º. La letra de la ley que habla de “contraescritura”, sin dar en parte alguna a entender que se refiere a las simuladas; antes por el contrario, según el Diccionario contraescritura es un “instrumento otorgado para protestar o anular otro anterior”.

2º. Muy respetable es la opinión de los autores franceses, pero trabajan con un texto muy diferente y no tan completo como el nuestro: Art. 1321: “las contraescrituras no pueden surtir efecto sino entre las partes contratantes; no producirán efecto contra terceros”.

existe simulación, hay una modificación o revocación de lo pactado, pero no contraescritura.<sup>175</sup>

El Código se refiere a ellas en el Art. 1707, ubicado en el Título XXI del Libro 4º, “De la prueba de las obligaciones”. Dice el precepto: “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.

Se ha criticado con justa razón la ubicación del precepto, pues no está destinado a fijar el valor probatorio, sino el efecto de las contraescrituras, su oponibilidad; repitió así nuestro Código el error del francés.

De acuerdo al precepto, hay que distinguir el efecto de la contraescritura entre las partes y los terceros.

Entre las primeras no hay duda de que vale la contraescritura en virtud del principio de la ley del contrato. Así se ha resuelto sin otra limitación que el instrumento privado alterador o revocatorio debe ser reconocido o mandado tener por reconocido de acuerdo a las reglas generales, y que no tendría validez

3º. La opinión de García Goyena no indica en parte alguna que el Art. 1214 de su Proyecto, que efectivamente es igual a nuestro Art. 1707, sólo se aplique a los contradocumentos simulados. Ciertamente se refiere expresamente a ellos (“hacen imposible la superchería a terceros”), que es el caso más importante, pero ello no implica que excluya a los otros. Por lo demás, siendo claro el texto legal nuestro, no hay para qué indagar su espíritu.

4º. Tan claro es el texto del Art. 1707 que los sustentadores de la opinión impugnada señalan que su inc. 2º contiene un error de concepto, porque, redactado en sentido afirmativo, dispone que las contraescrituras públicas producen efectos contra terceros cuando se cumplen los requisitos allí señalados. Tales exigencias eliminan toda posible simulación, y, en consecuencia, si se cumplen no habría contraescritura, si ésta siempre involucrara simulación. No la hay, y sin embargo el legislador habla de todos modos de contraescrituras.

5º. Por último, esta posición es la que mejor protege a los terceros, a quienes les basta probar que hay contraescritura para negarle efectos sin necesidad de tener que acreditar la simulación.

<sup>174</sup> G. T. 1939, 2º Sem., Nº 139, pág. 573, aunque curiosamente recoge la opinión de Alessandri, *RDJ*, T. 43, sec. 1ª, pág. 337.

<sup>175</sup> Para algunos, incluso es contraescritura, aunque no conste por escrito, el acuerdo de las partes que altera o deja sin efecto el acto aparente.

si por su contenido, con arreglo a disposición legal, debe otorgarse también por escritura pública.<sup>176</sup> Por nuestra parte debemos entender a todos aquellos que tienen la calidad de tales, según lo dicho en el Nº 120, y, en consecuencia, a los herederos de ellas también afecta la contraescritura.

En cuanto a los terceros, preciso es subdistinguir: la contraescritura privada de una escritura pública no los afecta en caso alguno. Les es inoponible, cualquiera que sea el conocimiento que de ella tengan.

Y la contraescritura pública de una escritura también pública sólo afecta a terceros si se cumplen copulativamente los dos requisitos señalados por el precepto: que se tome razón de su contenido al margen de la escritura matriz, y también en la copia en cuya virtud obre el tercero. Cumplidos estos requisitos, el Art. 1707, *a contrario sensu*, determina que la contraescritura produce efectos respecto de terceros.

Pero, ¿qué efectos produce la contraescritura respecto de terceros? Porque ya hemos señalado que la regla general es que los contratos no afectan a terceros sino en los casos de excepción ya citados. En consecuencia, lo que ocurre realmente respecto de terceros es que la contraescritura pública que cumple los requisitos señalados les es oponible, no la pueden desconocer y si no la llena, les es inoponible.

Por ejemplo, se otorga una compraventa por escritura pública y se queda adeudando un saldo de precio, pero el vendedor renuncia expresamente a la acción resolutoria (Nº 610); por escritura pública posterior que no cumple los requisitos del inc. 2º del Art. 1707, se deja sin efecto dicha renuncia; semejante contraescritura y la convención de que ella da cuenta, no podría oponerse a terceros; por ejemplo, a un nuevo comprador de la cosa.

Los terceros a que se refiere el Art. 1707 son todos los que hemos señalado como tales, ya sean causahabientes a título singular, acreedores de las partes<sup>177</sup> y los que son totalmente extraños a la convención.

<sup>176</sup> G. T. de 1875, Nº 3.133, pág. 1503; de 1904, T. II, Nº 1.652, pág. 789, y de 1915, 2º sem., Nº 417, pág. 1074; *RDJ*, T. 79, sec. 1ª, pág. 40 y *EM*, Nº 209, sent. 3ª, pág. 37.

<sup>177</sup> Un caso respecto de ellos en la *RDJ*, T. 10, sec. 1ª, pág. 239.

Es frecuente que al suscribir determinados documentos se dejen instrucciones para ser cumplidas por el notario. Por ejemplo, en una compraventa queda retenido el precio para ser entregado al vendedor una vez inscrita la transferencia en el Conservador de Bienes Raíces.

Al respecto se ha fallado que si no alteran lo pactado en la compraventa, las instrucciones no son contraescrituras y no se les aplica el Art. 1707.

*A contrario sensu*, si lo alteran, son contraescrituras y se les aplica el Art. 1707.<sup>178</sup>

**154. Efectos de la simulación.** Si se piensa como nosotros que el Art. 1707 se refiere a toda clase de contraescrituras, simuladas o no, o a la inversa, que sólo comprende a las primeras, de todos modos el problema de los efectos de la simulación debe ser resuelto en Chile de acuerdo a los principios señalados por este precepto, y teniendo en cuenta la clasificación de los actos simulados efectuada en el N° 152. En ello existe unanimidad en los autores y jurisprudencia.<sup>179</sup>

En consecuencia, en primer lugar, para la simulación absoluta, esto es, cuando se ha otorgado un acto solamente aparente que carece de toda existencia real, la sanción será la nulidad absoluta, porque falta el consentimiento real y serio de las partes, con intención de obligarse. Así se ha fallado.<sup>180</sup>

Igualmente, si ha habido simulación para eludir una prohibición legal—caso de la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente— probada la ficción, la sanción será igualmente la nulidad absoluta. El criterio del legislador está manifiesto en el Art. 966 ya citado, pues declara la nulidad de la asignación a favor del incapaz para suceder aunque se disfraza de contrato oneroso o se efectúe por interposición de persona.

En los demás casos de simulación, lícita o ilícita, es necesario efectuar algunos distinguos. En primer lugar, entre las partes y respecto de terceros, según el criterio fijado por el Art. 1707.

<sup>178</sup> *RDJ*, T. 90, sec. 1ª, pág. 86.

<sup>179</sup> *RDJ*, Ts. 33, sec. 2ª, pág. 17; 57, sec. 2ª, pág. 97, y 58, sec. 2ª, pág. 21.

<sup>180</sup> *RDJ*, T. 33, sec. 2ª, pág. 97.

Entre las partes, en principio, prima el acto que refleja la voluntad real de ellas,<sup>181</sup> y respecto de los terceros, les será inoponible el acto simulado; es el distingo claramente expuesto en dicho precepto respecto de los contraescritos.

Pero debe tenerse presente que la validez entre las partes no operará siempre,<sup>182</sup> porque si el acto contenido en el contrato simulado, ejemplo, requiere como solemnidad instrumento auténtico y se ha otorgado por documento privado, será nulo por defecto de forma. Igualmente, si el mandatario infringe la prohibición del Art. 2144 y ejecuta simuladamente los actos a que ella se extiende, nadie está facultado para desconocerlos, sino el mandante, ya que éste podrá ratificarlos haciéndolos plenamente eficaces.

Fuera de estas salvedades, la solución general es la señalada: primacía entre las partes del acto real, inoponibilidad del mismo a terceros.

**155. La inoponibilidad en las contraescrituras y en la simulación está establecida en beneficio de los terceros.** De acuerdo a todo lo expuesto, los contra-documentos, con la sola excepción de los públicos que cumplen los requisitos del inc. 2º del Art. 1707, y los actos simulados, no son oponibles a terceros, no producen efectos, no pueden invocarse en contra de ellos.

Pero como toda inoponibilidad, éste es un derecho de los terceros, no los obliga, de manera que perfectamente podrían renunciarlo y asilarse, si así más les conviene, en el acto simulado o en la contraescritura, con tal, naturalmente, que logren establecer la existencia de uno u otra.

Semejante renuncia es voluntaria; los terceros no pueden ser privados de su derecho y, en consecuencia, en caso de conflicto entre terceros, algunos de los cuales quieran ampararse en el acto aparente o en la escritura y otros que pretendan invocar el acto simulado o el contradocumento, deben ser preferidos los primeros; en tal situación, el acto aparente se impone al real.

<sup>181</sup> *RDJ*, T. 33, sec. 2ª, pág. 17; T. 58, sec. 2ª, pág. 21.

<sup>182</sup> El Código italiano reglamenta expresamente la simulación en los Arts. 1414 a 1417; da valor entre las partes al acto simulado “con tal que existan los requisitos de sustancia y forma”, y respecto de terceros les es en general inoponible. También se refiere a la simulación en los actos unilaterales por acuerdo entre declarante y destinatario (Art. 1414).

**156. La acción de simulación.** Respecto de las partes, como entre ellas en principio prima el acto real, y también en cuanto a los terceros que pretenden hacer valer éste, por ejemplo, porque es nulo absolutamente y quieran que se establezca la nulidad, puede existir interés en que se declare la existencia del acto simulado; para hacerlo invocarán la acción de simulación o de declaración de simulación, a la cual irá unida la acción de nulidad si el acto real adolece de algún vicio que lo haga merecedor a ella. Se ha resuelto que, como toda nulidad, la que deriva de la simulación debe ser declarada judicialmente.<sup>183</sup>

También se ha resuelto que se somete al procedimiento de juicio ordinario.<sup>184</sup>

Para invocar la acción de simulación, se ha exigido que quien la ejerza tenga interés en ella y se ha declarado que lo tiene aquel titular de un derecho subjetivo amenazado por la simulación de un daño cierto.<sup>185</sup>

Para la declaración de simulación se topará con el problema de su prueba, pues si las partes han pretendido mantener oculto el acto real, habrán tomado las precauciones debidas para ello.

La opinión más generalizada es que respecto de ella se aplicarán las reglas generales,<sup>186</sup> y en consecuencia, tendrán lugar las limitaciones a la prueba testimonial, si procedieren. Pero como para los terceros se trata de probar un hecho, para el cual, además, generalmente estarán en la imposibilidad de

<sup>183</sup> *RDJ*, T. 85, sec. 1ª, pág. 214.

Sin embargo, en sentencia publicada en *FM*. N° 329, sent. 17, pág. 141, se resolvió que no había ultrapetita por no haberse declarado la nulidad, lo que no era necesario hacerlo por tratarse de determinar el valor probatorio de un contrato de subarriendo de que daba cuenta determinada escritura pública, el que era un pacto simulado destinado a constituir una prueba de lucro cesante que el actor pensaba cobrar.

El fallo parece más bien tener razones de justicia para no acoger la ultrapetita.

<sup>184</sup> *RDJ*, T. 81, sec. 2ª, pág. 119.

<sup>185</sup> *RDJ*, T. 58, sec. 2ª, pág. 21.

<sup>186</sup> El Art. 1417 del Código italiano se refiere expresamente al punto y acepta ampliamente la prueba testimonial para los terceros, y aun se la permite a las partes para hacer valer la ilicitud del acto disimulado.

obtener una prueba por escrito preconstituida y muchas veces llevará envuelto un fraude, se les reconoce una amplia libertad de prueba.<sup>187</sup>

**157. Excepciones que la simulación y las contraescrituras introducen a los efectos normales del contrato.** Según lo que se ha expuesto anteriormente, de la simulación y de los contradocumentos pueden resultar dos órdenes de alteraciones a las reglas generales de los efectos de contrato:

1º. Entre las partes, porque el acto aparente puede ser privado de fuerza entre ellas, dándole, con las limitaciones señaladas, vigor al acto disfrazado, y

2º. En cuanto a los terceros, porque por regla general el acto simulado y la contraescritura les son inoponibles, tema a que nos referimos en el párrafo siguiente.

**158. El contrato fiduciario e indirecto.** Parientes cercanos a la simulación, aunque no la implican necesariamente y suelen ser difíciles de distinguir de ella y entre sí, son los llamados contratos fiduciarios e indirectos, de antigua prosapia, pero que la doctrina moderna ha pretendido elaborar científicamente para hacerlos formar categorías particulares de contratos.<sup>188</sup>

La voz *fiducia* implica confianza, y en tal sentido se refiere generalmente a los contratos *intuitu personae*, en que la fe en el otro contratante es el motivo que decide a la parte a contratar, como en el mandato.

En el contrato fiduciario e indirecto existe también una confianza, pero en otro sentido; lo que ocurre en ellos es que se utiliza una determinada figura jurídica para obtener otros efectos que los propios de ella, quedando a la sola fe del otro contratante reducirla posteriormente a los realmente buscados

<sup>187</sup> *G.T.* de 1918, T. II, N° 278, pág. 857; *RDJ*, T. 58, sec. 1ª, pág. 175, y sec. 2ª, pág. 21.

Se ha resuelto en fallo publicado en *G.J.* N° 124, sent. 4ª, pág. 45, que entre esas pruebas caben las presunciones.

Igualmente se ha fallado que estas reglas no se aplican a los pagarés, que se rigen por reglas especiales: *G.J.* N° 100, sent. 2ª, pág. 57.

<sup>188</sup> Véanse al respecto Fernando FUEYO L., *Algunos aspectos del negocio fiduciario*, publicado en *RDJ*, T. 56, Primera Parte, pág. 49; MESSINEO, ob. cit., T. II, pág. 453 y la bibliografía extranjera por ellos citada.