

Los contratos. Concepto, clasificaciones, categorías, interpretación, efectos y principios de la contratación.-

1.-Concepto de contrato.-

Nuestro Código Civil y en general nuestro derecho recoge la idea de contrato como un acuerdo de voluntades. Como la principal o al menos más corriente de las fuentes de las obligaciones. Se le atribuye a la voluntad de las partes el ser el origen y medida de las obligaciones. Tal concepción es coherente con la idea de la autonomía de la voluntad que, inspirada en la consagración en el Código Civil francés de 1804, está contemplada en casi todos los códigos latinoamericanos.

La autonomía de la voluntad trae como consecuencia una perspectiva de los contratos en varios aspectos. Desde luego se traduce en el *consensualismo*, es decir, la tendencia a evitar las formas en la manifestación de los acuerdos. En segundo lugar se traduce en el principio de la *libertad contractual*, esto es, la idea de que los particulares pueden acordar todo aquellos que no esté prohibido. En tercer lugar, se traduce en el principio de la *fuerza obligatoria de los contratos* (artículo 1545) y en el principio del *efecto relativo de los contratos*. En la interpretación de los contratos, en fin, se traduce en la necesidad de ahondar en *la intención de los contratantes* al momento de haber pactado.

Nuestro Código define el contrato en el artículo 1438 como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Se suele señalar que esta definición confunde contrato con convención. Convención es todo acto jurídico bilateral, cualquiera sea su función o efecto. Dentro de ese concepto genérico se situaría el específico de contrato: convención destinada a crear derechos y obligaciones. Tal crítica es efectiva sólo para parte de la doctrina, pues incluso en algunos Códigos (italiano, alemán), convención y contrato es lo mismo.

El objeto del contrato son las obligaciones (y derechos) que engendra. Ellas tienen como objeto una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

En todo contrato se distinguen elementos de la esencia (algunos comunes a todo acto jurídico y otros específicos de cada contrato), de la naturaleza y accidentales (artículo 1444).

2.-Clasificaciones de los contratos.-

a) Contratos unilaterales y bilaterales.- Artículo 1439.-

Todo contrato es una convención, es decir, un acto jurídico bilateral, que requiere para su formación del consentimiento de dos o más partes. El contrato es unilateral o bilateral según que imponga obligaciones sólo a una de las partes o a ambas.

Tal clasificación tiene enorme importancia pues hay una serie de problemáticas que sólo se plantean a propósito de los contratos bilaterales. Tal sería la teoría

de los riesgos, la teoría de la imprevisión (y sus derivados, es decir, la teoría de la revisión o de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente), la resolución por incumplimiento de obligaciones, la excepción del contrato no cumplido ("la mora purga la mora"), la cesión del contrato.

Se denomina contratos sinalagmáticos imperfectos a aquellos contratos unilaterales que después de perfeccionados, generan obligaciones para aquella parte que originalmente aparecía dispensada de toda obligación. Así, el depósito, el comodato, el mutuo,...(artículos 2235, 2191 y 2192, 2203). Las nuevas obligaciones sin embargo no emanan del contrato sino de la ley. De ahí que el contrato no deje de ser unilateral.

Hay una categoría contractual cercana al del contrato bilateral que es el contrato plurilateral o asociativo. El artículo 1420 del Código italiano los define como aquellos con dos o más partes, en los que las prestaciones de cada una de ellas van dirigidas a la consecución de un fin común. Es lo que ocurre entre nosotros con el contrato de sociedad (artículo 2053 del C Civil y 349 del Código de Comercio).

En la doctrina comparada que ha desarrollado la idea del contrato plurilateral se distinguen algunos caracteres especiales. Desde luego, el vicio del consentimiento que pudiere afectar a alguno de los contratantes no afectará, por regla general, a la validez del contrato en su totalidad. En segundo lugar, los contratos plurilaterales admiten la incorporación o salida de algunas partes. En tercer lugar, los contratos plurilaterales tienen vocación de permanencia en el tiempo, a diferencia de los contratos bilaterales, que normalmente se extinguen al paso de haber nacido.

b) Contratos gratuitos y contratos onerosos.- artículo 1440

El contrato oneroso es aquel del que ambas partes reportan beneficio y contrato gratuito es aquel del que sólo una de las partes obtiene un beneficio.

Esta clasificación de los contratos no dice relación con las partes que resultan obligadas sino con las partes que resultan *beneficiadas*. No todo contrato unilateral es gratuito y no todo contrato bilateral es oneroso. Unilateral oneroso es el mutuo de dinero (artículo 12 de la ley 18.010), el depósito en que se faculta al depositario para usar de la cosa en su provecho (artículos 2220 y 2222 N°2), el comodato celebrado en utilidad de ambas partes (artículo 2179), la prenda, fianza o hipoteca en que el tercero que contrata con el acreedor reporta una utilidad del acreedor. En cuanto a contratos bilaterales gratuitos, se podría citar el mandato no remunerado y la donación con cargas (o "con causa onerosa" como le llama nuestro Código).

¿Qué importancia tiene la clasificación de los contratos entre gratuitos y onerosos? Desde luego por la gradación de la culpa contractual (artículo 1547 inciso 1°). En segundo lugar, en los contratos onerosos se reglamenta la obligación de sanear la evicción (artículos 1838 y s.s., 1928 y s., 2085). Por regla general los contratos onerosos no son *intuitu personae* (salvo excepciones, como la transacción -artículo 2456-; en tanto que los contratos gratuitos son por regla general *intuitu personae*. Tiene importancia también la clasificación desde el punto de vista de los presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana (artículo 2468), para analizar cuando el adquirente de una cosa arrendada está obligado a respetar el arriendo (artículo 1962), para la procedencia de la reivindicación en el pago de lo no debido (artículo 2303).

c) Contratos conmutativos o aleatorios.- Artículo 1441.

Critica: Esta norma supone injustificadamente que los contratos onerosos son siempre bilaterales, en circunstancias de que un contrato oneroso puede ser, como hemos visto, unilateral. Además, excluye de los contratos conmutativos a aquellos que engendran obligaciones de no hacer.

Más bien se podría decir que el contrato conmutativo es aquel en que las partes pueden, en los tratos preliminares y al momento de la conclusión del contrato, apreciar o valorar los resultados económicos que el contrato le ocasionará. Únicamente en los contratos conmutativos, las partes están en condiciones de pronosticar si el contrato les reportará utilidad o no, cómo, en cuanto y por qué. En el contrato aleatorio ningún cálculo es posible. El destino del contrato queda enteramente supeditado al azar, la suerte, a la total incertidumbre. Cuando se celebra un contrato bajo una condición, hay incertidumbre acerca de la existencia del contrato, pero en modo alguno acerca de los efectos económicos del contrato, si llega a existir. En tanto que en el contrato aleatorio hay total certidumbre acerca de la existencia del contrato; pero hay incertidumbre acerca de los efectos económicos del contrato.

La mayoría de los contratos onerosos son conmutativos. Nuestro Código califica de aleatorios el seguro, la renta vitalicia, el censo vitalicio, el juego o la apuesta. El seguro es aleatorio desde el punto de vista del asegurado pero no lo es desde la perspectiva del asegurador. En el caso de la compraventa de cosas que no existen pero se espera que existan, el contrato puede ser conmutativo-condicional o aleatorio-puro y simple, según las circunstancias (artículo 1813). Esta clasificación de los contratos tiene importancia desde la perspectiva de la lesión enorme y de la teoría de la imprevisión.

d) Contratos principales y accesorios.- artículo 1442

Contratos principales son los autónomos, que se bastan a sí mismos, y accesorios los que presuponen otra obligación. Las cauciones son obligaciones de garantía. No necesariamente presuponen un contrato de garantía. El contrato de garantía no sólo es dependiente de una obligación principal, sino que además tiene por objeto garantizar esa obligación principal. Un contrato que depende de otro pero que no tiene un objeto de garantía es un contrato "dependiente" (como las capitulaciones matrimoniales).

La importancia de esta clasificación radica en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (artículos 2381 N°3, 2434, 2516)

e) Contratos consensuales, reales y solemnes.- artículo 1443

Según que requiera para su perfeccionamiento del **sólo** consentimiento, o de la entrega o tradición de una cosa o del cumplimiento de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto. Pero el consentimiento es siempre necesario.

En nuestro Código, inspirado en el consensualismo, los contratos consensuales son la regla general. Esto significa, por ejemplo, que las solemnidades, al ser excepcionales, hay que interpretarlas restrictivamente.

Pero muchos contratos consensuales, sin dejar de serlos, deben cumplir de hecho con muchas formas (de publicidad, habilitantes, de prueba). En los contratos reales, quien entrega la cosa perfeccionando el contrato, se transforma en acreedor de la obligación restitutoria.

f) Contratos nominados o innominados.-

Contratos nominados o "típicos" son los que la ley ha reglamentado; innominados o atípicos aquellos que la ley no ha reglamentado. La existencia de los contratos atípicos o innominados nace del principio de la libertad contractual y no tiene más limitación que el cumplimiento de los requisitos generales de todo acto jurídico y en particular los relativos al objeto lícito y a la causa lícita. Cuando las partes no han previsto en el contrato innominado una determinada situación y debe recurrirse a las disposiciones supletorias de la ley, han de aplicarse las normas del contrato típico más parecido.

g) Contratos de ejecución instantánea y de tracto sucesivo.-

Contratos de ejecución instantánea son aquellos en que las obligaciones nacen apenas se celebra el contrato. Si el cumplimiento queda diferido en el tiempo, estamos frente al contrato de ejecución diferida (ejemplo, compraventa a plazo). Contratos de tracto sucesivo son aquellos en que el nacimiento de las obligaciones, del mismo modo que su cumplimiento, se prolonga en el tiempo (ejemplo: arrendamiento, contrato de trabajo, contrato de suministro),...

En los contratos de ejecución instantánea, sea de cumplimiento instantáneo o diferido, la nulidad y la resolución operan retroactivamente. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, la nulidad o la *terminación* operan sólo hacia futuro.

La distinción de los contratos de ejecución instantánea tiene interés también en relación a la teoría de los riesgos, a la caducidad del plazo (legal y convencional -"cláusulas de aceleración", como la prevista por el artículo 19 de la ley 4.702), y a la teoría de la imprevisión.

h) Contratos individuales y contratos colectivos.-

Contrato individual es aquel para cuyo nacimiento o formación es indispensable la manifestación de voluntad de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas.

El contrato colectivo es aquel que obliga a personas que no concurrieron a celebrarlo, que no consintieron o que incluso disintieron. El contrato colectivo es, pues, una excepción al principio de la relatividad de los efectos de los contratos. Históricamente ha sido lo característico de los contratos a que se llega como consecuencia de una negociación colectiva. También se presenta en la ley de quiebras (artículos 180 y 191 de la ley N° 18.175) y en el artículo 58 N° 6 de la ley N° 6.071.

i) Contratos de adhesión y de libre discusión.-

El contrato de libre discusión es aquel en que las partes han deliberado en cuanto a su contenido, examinando y ventilando las cláusulas del contrato. Las

partes discuten en un plano de igualdad y libertad. El contrato de adhesión, en cambio, es aquel en que una de las partes ha dictado o redactado las cláusulas y la otra parte se ha limitado a aceptar, adhiriendo en bloque a dichas cláusulas. En el contrato de adhesión hay ciertas características típicas. Se trata de contratos con un destinatario general, de carácter permanente y muy minuciosos. Así en los contratos de transporte, de seguros, ...

Pero lo característico del contrato de adhesión es el desequilibrio en el poder negociador de ambas partes.

Hay quienes han discutido que los contratos de adhesión sean tales (Saleilles, Duguit, Hauriou); piensan que se trata de actos jurídicos unilaterales cuyos efectos, una vez verificada la adhesión por el tercero, se determinan según la sola voluntad del oferente. Otros estiman, en cambio, que son contratos porque, aunque poco libre a veces, el consentimiento existe (Ripert, Demogue, Josserad, Colin y Capitant).

Por otra parte, resulta interesante destacar que la adhesión supone un desequilibrio en la fuerza negociadora de las partes. Ahora bien, esa situación puede ser distinta en la etapa de la formación del consentimiento a lo que ocurre en la etapa de cumplimiento del contrato. En la etapa de cumplimiento del contrato la parte débil suele transformarse en más poderosa.

Nuestra jurisprudencia, aunque excepcionalmente, ha hecho aplicación de la doctrina del contrato de adhesión, restando valor a ciertas cláusulas en que aparece de manifiesto la falta de libertad al aceptarlas por una de las partes. Tales cláusulas no serían contractuales sino verdaderos actos jurídicos unilaterales insertos en un contrato.

Hay dos reglas tradicionales de interpretación especiales del contrato de adhesión que se pueden enunciar del siguiente modo: la regla de la interpretación en contra del redactor (artículo 1566 inciso 2º) y la regla de la preferencia de la cláusula manuscrita por sobre la cláusula impresa (que se desprende del artículo 1560).

Los inconvenientes de la adhesión han ido siendo paliados mediante diversos mecanismos. Desde luego, la regulación de ciertas cláusulas en los contratos de adhesión ("*contrato dirigido*"). Otro mecanismo que se suele aplicar es la necesidad de la aprobación previa por la autoridad de los modelos de ciertos contratos (ejemplo: artículos 62 y 63 de la ley No 18.302, que reglamentan los contratos de seguros contra riesgos por energía nuclear; también ver el artículo 2 N° 1 del DL 637, de 1974, que obligaba a obtener el visto bueno de DIRINCO de los contratos de las empresas para adquisición de vehículos motorizados).

En legislación comparada, resulta interesante citar del Código Civil italiano, el artículo 1341: "Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrán el efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante; caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórrogas o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial"

3.-Categorías contractuales.-

a) El contrato dirigido.

Alessandri lo define como aquel "reglamentado y fiscalizado por los poderes p'ublicos en su formación, ejecución y duración o aquel en que el poder público establece la fijación predeterminada y oficial de algunas de sus principales condiciones".

Muchas veces el legislador se ha encargado de establecer imperativa y normadamente el contenido de ciertos contratos. Así, el D.L. 600 sobre inversión extranjera, la ley No 18.010 sobre operaciones de credito de dinero, la ley 18.045 de mercado de valores. Otras veces esa reglamentación proviene ilegítimamente de normas dictadas por la autoridad administrativa, sin sustento legal. En ocasiones, también, ocurre que la autoridad "dirige" el contrato estableciendo la persona del contratante. Así ocurría, por ejemplo, bajo la vigencia de la ley de arrendamiento de predios rústicos del año 1968, en la que se establecía que si el arrendador del predio rústico decidía enajenarlo, debía ofrecerle la primera opción al arrendatario. Hoy día, en virtud del artículo 10 del Código de Minería, el Estado tiene un derecho de compra preferente respecto de minerales en que haya presencia de torio y uranio. También se podría citar el artículo 25 de la ley No 18.046, que establece la primera opción para suscribir nuevas acciones, en favor de los accionistas de las Sociedades Anónimas.

b) El contrato forzoso.

Es aquel que el legislador se obliga a celebrar o da por celebrado. No se trata de contratos que se deban celebrar como consecuencia de obligaciones nacidas de contratos preparatorios (como el de promesa) libremente celebrados. Tampoco se trata de contratos que se celebran forzosamente por causa de circunstancias de hecho excepcionales (como el depósito necesario).

Se puede distinguir el contrato forzoso ortodoxo y el contrato forzoso heterodoxo. En el primer caso, hay dos etapas. Primero, una orden de la autoridad exigiendo contratar. Segundo, el contrato mismo, celebrado en general con cierta autonomía y libertad. Ejemplos: artículos 374 (caución que deben rendir los guardadores), 775 (caución que debe rendir el usufructuario), artículo 30 de la ley No 18.045 (caución que deben rendir los corredores de bolsa), DFL No 151, de Hacienda, de 1981 (que establece el seguro obligatorio para los vehículos motorizados). En algunos casos la obligación de contratar es implícita. Así, en el mandato sin representación (artículo 2151), surge para el mandatario la obligación de ceder los efectos del contrato al mandante.

En el contrato forzoso heterodoxo, el legislador constituye el contrato de un sólo golpe: tanto el vínculo como su contenido vienen predeterminados por la autoridad. La libertad contractual desaparece por completo. Así, en caso de enajenación de empresas quebradas como unidades económicas, por el sólo ministerio de la ley, se entienden constituidas hipotecas en los inmuebles y prendas en los muebles, para garantizar las obligaciones del adquirente (artículo 129 de la ley 18.175). Así, el artículo 71 del Código Tributario entiende constituida fianza *ipso iure*, en el adquirente cuando una persona natural o jurídica cese en sus actividades por venta, cesión o simple traspaso a otra de sus bienes, negocios o industrias.

Para entender adecuadamente el contrato forzoso, sería necesario distinguir entre el contrato *como acto de constitución de la relación jurídica* y el contrato *como relación jurídica constituida*. En el derecho romano clásico, la palabra contrato significaba la relación jurídica constituida; en caso alguno el acto generador de la relación jurídica. Sólo a partir del Siglo XVII el contrato pasa a ser concebido como un acuerdo de voluntades.

El legislador muchas veces reserva contratos forzosos para reglamentar materias que de lo contrario aparecerían como vinculadas a obligaciones legales. Lo ilustra el caso del DL 600, pues en la legislación anterior (DFL No 258, de 1960), el estatuto del inversionista extranjero emanaba directamente de la ley y no del contrato.

c)El contrato tipo.-

Es aquel en que las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación. Leslie Tomassello ("La Contratación", EDEVAL, 1984, lo define como "aquel en que se estipulan las condiciones generales que e contratos individuales ulteriores habrán de ser aceptadas por las partes, en que se fija una fórmula, modelo o cliché, contenida en un módulo o formulario destinado a servir de base a los contratos que más adelante se concluyan". Los contratantes adoptan un formulario o modelo. Tienen la ventaja de reducir la fase de las negociaciones pre.contractuales. Tienen el inconveniente de que se prestan para cláusulas abusivas, como renuncia a derechos, plazos de caducidad ("clausulas de aceleración"), renuncia a acciones, cláusulas de irresponsabilidad,... Hay contratos tipo unilaterales (que en el fondo son además *de adhesión*) como las pólizas de seguros, los contratos de transporte aereo,... y contratos tipo bilaterales (como los contratos individuales de trabajo luego de una negociación colectiva).

Manifestación de la contratación tipo es la estandarización de los términos de las compraventas internacionales (CIF, FOB, FAS,...)

Es importante destacar la diferencia entre el contrato tipo y el contrato de adhesión. El contrato tipo es normalmente el instrumento del que se vale el oferente en la contratación de adhesión.

Tomasello señala que entre el contrato de adhesión, el contrato dirigido y el contrato tipo hay muchas veces una relación secuencial:"Los contratantes, ya sea individualmente o conjuntamente con el grupo económico de que forman parte, cuando están en condiciones de dictar a sus futuros clientes o contrapartes los términos del contrato, suele elaborar un **contrato tipo** que en el futuro será fuente de **contratos singulares de adhesión**, con los riesgos que una contratación de esta naturaleza encierra y que muchas veces mueve al poder público a intervenir para dirigir el contrato, dñándose el fenómeno del **contrato dirigido**..."

El artículo 1342 del Código Civil italiano se refiere a los contratos tipo señalando: "En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas,..."

d)El contrato-ley.-

Con el objeto de fomentar el desarrollo de determinadas actividades productivas o en general alcanzar ciertas metas económicas o sociales, muchas veces el Estado otorga por ley franquicias, regalías en general estatutos jurídicos de excepción. Ahora bien, como el poder legislativo podría en cualquier momento por ley poner fin a estos estatutos jurídicos excepcionales, y eso genera una incertidumbre que conspira precisamente contra la confianza que se pretende lograr, se han ideado como figura jurídica nueva los contratos leyes. Mediante ellos, *el Estado* garantiza que hacia futuro (aunque normalmente dentro de un espacio de tiempo limitado), no se alterarán esos estatutos jurídicos excepcionales. Ejemplos históricos han sido el artículo 18 del DFL N° 2, de 1959 de franquicias tributarias para viviendas económicas, o la invariabilidad del régimen tributario establecido en el artículo 7° del D.L. N° 600. La Corte Suprema lo ha aceptado invariablemente, contra la opinión de parte de la doctrina (Eduardo Novoa Monreal) y, a veces, del Consejo de Defensa del Estado. Bajo la actual Constitución, se han dictado Contratos Leyes, como la ley N° 18.392, de enero de 1985, que establece por 25 años un régimen de franquicias tributarias y aduaneras en favor de empresas que se establezcan en la XIII Región o en la Antártica.

Lo anterior nos conduce al tema de la intangibilidad de los derechos personales emanados de los contratos. Durante mucho tiempo se ha discutido si en nuestro derecho sólo es concebible la propiedad sobre los derechos reales o también lo es sobre los derechos personales. Hoy, sobre la base del artículo 19 N° 24 de la Constitución, se admite en general que también cabe concebir propiedad sobre derechos personales en el acreedor, por lo que sería inconstitucional una ley que los vulnerara sin previa indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia sigue con algunos altibajos en esta materia. El tema se ha planteado en profundidad a propósito del artículo 2 del DFL N° 9, de 1968, que significó alterar derechos derivados de contratos de arrendamiento; y con ocasión del D.L. N° 1069, de 1975, que limitó el monto de los dineros que se podían retirar mensualmente por los inversionistas en V.H.R de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo.

f) El Subcontrato.-

Es aquel contrato nuevo derivado y dependiente de otro contrato de la misma naturaleza. María del Pilar Baeza C ("La subcontratación", De. Jurídica, 1981), lo define como "aquel contrato en virtud del cual una parte transfiere a otra, por vía de una sucesión constitutiva, derechos u obligaciones que han nacido para ella de una relación contractual previa, sin que esta última relación se extinga". Se alude a una sucesión constitutiva, pues los derechos y obligaciones que integran el contrato derivado tienen como base el contrato original, en términos tales que la posición del contratante intermediario en el primero pasa a un tercero que es parte en el contrato derivado.

Nuestro Código lo contempla a propósito del arrendamiento (artículos 1946, 1963, 1973 y artículo 5o de la ley N° 18.101), del mandato (artículos 2135, 2136 y 2138), en el contrato de construcción por suma alzada (artículo 1003 N° 5), en el contrato de sociedad (artículo 2088). También en el Código de Comercio (artículos 168, 261 a 267).

Ultimamente este tema ha sido desarrollado en profundidad por la doctrina nacional (Leslie Tomasello y María del Pilar Baeza).

Para que haya subcontrato es necesario que el contrato base sea de tracto sucesivo o bien de ejecución diferida. En efecto, la subcontratación supone la posibilidad de transferir créditos u obligaciones contractuales vivos derivados de un contrato vigente. Además, es necesario que no sea un título traslativo de dominio. Pues en estos, se produce la incorporación del bien o derecho transefrido en el patrimonio del adquirente, con el consiguiente enriquecimiento para éste, el que le permitirá celebrar un nuevo contrato sucesivo. Es necesario, además, que no exista una prohibición legal o contractual de subcontratar. Se ha añadido que tampoco puede tener lugar la subcontratación en los contratos de garantía. En efecto, la multiplicación de los vínculos podría poner en peligro la seguridad y garantía del crédito del primer titular acreedor. En la subcontratación, el contrato base no puede atribuir más que la posibilidad de disfrute de un objeto. Por último, es necesario que el contrato base no sea *intuitu personae* (salvo el mandato)

El subcontrato es dependiente del contrato base. Las prestaciones emanadas del subcontrato deben ser de la misma naturaleza que las emanadas del contrato base. El argentino Héctor Masnatta, que ha desarrollado brillantemente el tema, señala que “el contrato derivado debe tener el mismo objeto del contrato básico. Los derechos y las obligaciones de éste pueden ser modificadas cuantitativamente -sin exceder sus límites-, pero no pueden transformarse cualitativamente”. Cuando el objeto cambia sustancialmente, no hay subcontratación sino lo que la doctrina ha definido como subcontratación impropia (Ejemplo: el arrendatario da en comodato).

Lo mismo puede decirse de la causa. El subcontrato se constituye y actúa sobre unas relaciones ya existentes, de manera que la causalidad-finalidad jurídica y económica que motiva al contratante intermediario necesariamente ha de ser análoga a la de la primera relación.

Desde otra perspectiva, interesa distinguir el subcontrato de figuras que le son similares.

Desde luego, no es lo mismo subcontrato que la utilización de auxiliares o sustitutos. El subcontratante no actúa junto al obligado principal (como el auxiliar) ni pasa a ocupar su puesto (como el sustituto) sino que es parte contractual independiente de un contrato derivado de otro principal y básico.

Tampoco debe confundirse la subcontratación con la delegación. En la delegación, una persona da una orden o autorización a otra, con el fin de que ésta realice una determinada prestación en favor de un tercero, de modo que esa prestación (o la promesa en que aquella puede consistir), se entienda hecha por cuenta de quien dió la orden. La delegación tiende en la práctica a concentrar dos prestaciones entre tres personas en una sola prestación entre dos. En cambio, en la subcontratación, el contratante que subcontrata no se libera de la relación jurídica base en que es parte y el tercero subcontratante no entra en una relación jurídica con el co-contratante de quien subcontrató. El contratante que subcontrata, al igual que el delegante, se sirve de un tercero. Pero con la diferencia que la delegación produce una modificación de la relación jurídica existente, en tanto que el subcontrato no, sin perjuicio de que se crea otra relación jurídica.

Tampoco ha de confundirse la subcontratación con la cesión de créditos. La cesión de créditos no es una forma o categoría de contrato sino la tradición de los derechos personales. La cesión de créditos supone una sustitución de un acreedor en el lugar de otro; en tanto que en la subcontratación, el acreedor

que ha subcontratado permanece plenamente vinculado, tanto en la relación base como en la relación derivada. Por los mismos motivos, tampoco ha de confundirse la subcontratación con la “asunción de deudas” también denominada en la doctrina transmisión pasiva de la obligación. La asunción de deudas es una elaboración de la doctrina moderna, que rompe con lo esquemas clásicos para los cuales por causa de muerte podían transmitirse tanto créditos como deudas, en tanto que por acto entre vivos sólo podían transferirse créditos.

Desde otro punto de vista, tampoco ha de confundirse la subcontratación con la cesión de contrato. La cesión de contrato es el traspaso por uno de los contratantes a un tercero de su íntegra posición jurídica (no sólo de su calidad de acreedor o de deudor) en un contrato determinado. En el subcontrato, el primer contratante del contrato base no pasa a vincularse con el segundo contratante del subcontrato. En cambio, en la cesión de contrato, el cesionario pasa a vincularse directamente con el primer contratante; y el cedente desaparece jurídicamente de la relación. Es decir, en el subcontrato hay simultaneidad de dos relaciones jurídicas. En la cesión de contrato, hay sustitución de una unidad jurídica a otra. Además, en la cesión de contrato el traspaso es necesariamente total, en tanto que en la subcontratación, es posible que el subcontrato involucre sólo parte de los derechos y obligaciones emanados del contrato base.

g) El autocontrato.-

Es el acto jurídico que una persona celebra consigo misma sin que sea necesario la concurrencia de otra, en razón de que el compareciente actúa a la vez

- como parte directa y como representante de otra,
- o bien simultáneamente como representante de partes diferentes,
- o bien, por último, como titular de dos patrimonios (o fracciones de un patrimonio) sometidos a estatutos jurídicos diferentes.

Ejemplo del primer caso es el mandatario que compra para sí o que el mandante le ha ordenado vender.

Ejemplo del segundo, cuando una persona es simultáneamente mandataria del comprador y mandataria del vendedor (como lo corredores de Bolsa de Comercio).

Ejemplo del tercer caso lo encontramos en la *partición consigo mismo*. Como si en sociedad conyugal, la mujer aporta a la sociedad conyugal un terreno del cual es comunera con un tercero y luego durante el matrimonio adquiere *con patrimonio reservado* la cuota del tercero. Se formará una comunidad consigo misma que habrá que partir, a fin de definir qué parte del inmueble puede ella administrar y cual en cambio está sometida a la administración del marido.

En la doctrina comparada hay varios autores que han aceptado la idea de que el autocontrato es, propiamente, un contrato (Romer, Giorgi, Demogue, Vallimaresco), entre ellos, destaca la obra de Rumelin que ha difundido la tesis de que el autocontrato es un acto jurídico unilateral que produce los efectos de un contrato desde que compromete dos patrimonios diferentes. Otros han sostenido que no hay contrato pues todo contrato supone dos voluntades y no

puede haber dos voluntades en una sola persona (Baudry-Lacantierie, Masnatta,).

El autocontrato existió en ciertos casos en el Derecho Romano en el "sibi solvere": el administrador de un patrimonio ajeno podía pagarse a sí mismo, como representante, lo que él, personalmente, adeudaba a su representado y, a la inversa, podía pagarse a sí mismo, en cuanto acreedor, lo que el representado le adeudaba a él.

En la legislación comparada, la mayoría de las legislaciones no hacen una referencia general sino que prohíben, en ciertos casos, la autocontratación. El Código Alemán es el más especial en este punto. Según el artículo 181, el autocontrato sólo es lícito cuando el representante ha sido expresamente autorizado para ello (por ley o por el mandante) o cuando el autocontrato consiste exclusivamente en el cumplimiento de una obligación. A su vez, el Código Civil italiano establece que "el contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado podrá ser anulado a instancias del representado, si el conflicto era conocido o conocible por el tercero" (artículo 1394) y que "es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiere autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de tal manera que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses."

En cuanto a la naturaleza jurídica del autocontrato, Alessandri ha sostenido que se trata de un acto jurídico unilateral, toda vez que un contrato es la conciliación de voluntades opuestas, lo que en la especie no ocurriría. Han profundizado esta opinión Avelino Leon y David Stitckin. Claro Solar, en tanto, ha sostenido que el autocontrato es propiamente contrato pues se manifiestan dos voluntades diferentes por parte de una misma persona. Esta idea ha sido perfeccionada por Jorge López S.M. En nuestra legislación hay casos restringidos o regulados de autocontratación (artículo 412, 1796) que evidencian que la regla general sería la posibilidad abierta.

En la representación legal de las personas naturales, cabe citar los artículos 410 y 412 en relación al 1799 (respecto a tutores y curadores), los artículos 1796 en relación al 124, 130, 188, 252, 257 y 258 (en relación al padre o madre de familia), los artículos 1137, 1138 en relación al 1796 y 1899 (en relación al marido y mujer). En la representación convencional de los particulares, hay autocontratos especialmente prohibidos al mandatario (2144) y se regula el autocontrato del mandatario relativo al mutuo de dinero (2145). Fuera de los casos de los artículos 2144 y 2145, hay que distinguir: Si el mandante ha prohibido la autocontratación, lo obrado por el mandatario violando la prohibición será inoponible al mandante; si el mandante la ha autorizado, el mandatario podrá autocontratar eficazmente aunque haya conflicto de intereses, pero sin perjuicio de que el mandante podrá accionar contra el mandatario si la conducta de éste es dolosa o culposa; y, si nada ha dicho el mandante, el mandatario podrá autocontratar, salvo que se produzca un conflicto de intereses.

En la representación de las personas jurídicas, la autocontratación será posible siempre que no exista alguna prohibición legal o estatutaria o que en definitiva se acredite un conflicto de intereses. En la ley de sociedades anónimas, hay que tener presente el artículo 44 en cuya virtud una sociedad anónima puede

celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Tomasello ha dicho, sintetizado, que El autocontrato será inadmisibile en todos los casos en que la ley lo haya prohibido expresamente y en todos aquellos en que suscite un conflicto de intereses, lo último aunque no exista un texto legal que expresamente lo prohíba, puesto que las prohibiciones legales están basadas precisamente en la contraposición de intereses y cuando la ley ha querido permitir la autocontratación, no obstante tal contraposición de intereses, la ha sometido a determinadas condiciones que debe llenarse si se pretende que el acto tenga valor; de lo contrario no valdrá así como o valen los expresamente prohibidos”.

Un tópico que se suele olvidar en esta materia es la mal llamada autocontratación en materia judicial. El “autolitigio”. Aunque en nuestro derecho no hay una regla que lo establezca en terminos formales y explícitos, no es posible que una persona actúe en un proceso por sí y como representante de otro o como representante de los dos litigantes, pues cada vez que surgen conflictos de intereses, se hace necesario el nombramiento de un curador especial (artículos 154, 188, 257, 506). Recordar también el artículo 232 del Código Penal que castiga al abogado que patrocina a las dos partes de un mismo litigio..

h) El contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda.-

El primero es aquel en que una de las partes se reserva la facultad de designar, mediante una declaración ulterior, a la persona que retroactivamente adquirirá los derechos y contraerá las obligaciones inicialmente radicadas en su patrimonio. (artículo 256 del Código de Comercio). En Chile es general es aceptado en virtud de la libertad contractual (Ver Obligaciones de R. Abeliuk).

El segundo es aquel en el cual una de las partes, inicialmente queda indeterminada o en blanco, en la seguridad de que después será individualizada (no por voluntad unilateral de ese contratante sino por un hecho externo). Una de las partes lo es sólo aparente o al menos transitoriamente.

4.- La interpretación de los contratos.-

La interpretación de los contratos tiene una enorme importancia práctica, toda vez que permite definir los efectos del contrato a falta de acuerdo entre las partes. Básicamente pueden ser interpretados de una manera subjetiva y de una manera objetiva. En el primer caso, se pretende buscar la intención o voluntad de los contratantes. En el segundo caso se intenta descubrir, al margen de la voluntad de los contratantes, qué es lo socialmente más útil o que es lo que en justicia parece más razonable.

La interpretación subjetiva de los contratos.-

Para la doctrina clásica, que inspira el Código Civil chileno, la voluntad es la causa eficiente del derecho. Coherente con lo anterior, nuestro sistema legal

interpretativo se sustenta en las intenciones de los contratantes. El sistema es limitado pues se funda en ficciones. En presencia de un contrato dudoso, lo más verosímil es que cada una de las partes le haya atribuído el sentido que más le favorece; sin intención común. Y frente a una dificultad en el proceso de ejecución del contrato, resulta vano preguntarse cual habría sido la común intención de las partes, pues si cada una de ellas hubiese previsto la dificultad, la habría resuelto en el sentido que le era más favorable.

El Código chileno, establece en el artículo 1560 que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Esta norma no estableció una metáfora sino que expresa el ideal del voluntarismo jurídico liberal. Intenta impulsar al interprete a desarrollar un trabajo de investigación psicológica. Se trata de una labor muy compleja que, de llegar a tener éxito, muchas veces será gracias al buen sentido más que a las normas legales sobre interpretación que supuestamente sirven de guía o ayuda al interprete. En todo caso se puede decir que la misión del intérprete consiste en establecer presunciones, nunca certezas, acerca de la voluntad común.

Ahora bien, el juez no debe detenerse en el sentido literal de los términos, sino que debe tomar en consideración las "circunstancias de la especie", es decir, todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención. Esta idea la recoge nuestro Código al señalar en el art 1564 inc 2o que "las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia"

Se ha planteado un problema que en Chile es polémico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y se refiere a si todo contrato debe ser interpretado o sólo aquel oscuro. En Chile la reciente tendencia se dirige a considerar que todo contrato, claro u oscuro, debe ser interpretado. Aunque comparto esta opinión, pienso sin embargo que no resulta pertinente invocar, como se suele hacer, en su apoyo la norma del artículo 19 inciso 1o a contrario sensu. Me parece que sostener que sólo deben ser interpretados los contratos oscuros envuelve una contradicción pues resulta imposible determinar si un contrato es claro u oscuro sin previamente haberlo, precisamente, interpretado.

Las controversias que hacen necesaria la interpretación de un contrato pueden ser innumerables, pero podrían agruparse del siguiente modo:

- a) Ambigüedad en el contrato. El contrato admite dos o más sentidos diferentes y perfectamente razonables. Puede producirse esta situación ya sea por palabras o frases equívocas.
- b) Oscuridad del contrato. El contrato tiene contradicciones internas de modo tal que no presenta ningún sentido determinado. Un contrato, por ejemplo, puede contener referencias que permitan calificarlo de donación y otras que sólo lo expliquen como compraventa.
- c) Los términos del contrato son claros pero insuficientes o excesivos o haberse empleado de manera dudosa.

Nuestro Código no sólo contempla reglas de interpretación, sino que también establece casos de interpretación legal, esto es, situaciones frente a las cuales el legislador no se limita a dar una directriz al intérprete sino que interpreta anticipadamente, dictando una solución que el juez deberá aplicar en todos los

casos que correspondan a la hipótesis legal. Desde luego, en ciertos casos 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 (artículos 567 a 575, 1242 a 1244, 1823, 1829, 1874, 1879, 1956,...). En otros casos, los contratantes no se pronuncian sobre un aspecto particular de la convención. Entonces, el legislador suple el silencio "adivinando" cual habría sido la voluntad de los contratantes si hubiesen previsto la interrogante prevista por el legislador. Por último, hay casos en que la voluntad de las partes es derechamente interpretada por el legislador (Ejemplo: si en el matrimonio nada se dice se entiende celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal).

Las reglas de interpretación las podríamos clasificar en dos grandes bloques según se refieran a los elementos intrínsecos o a los elementos extrínsecos del contrato.

I.- Reglas de interpretación relativas a los elementos intrínsecos del contrato. Esto es, reglas que llevan a interpretar el contrato en sí mismo, considerando sólo los elementos que es posible hallar en el contrato. Estas reglas carecen de jerarquía. No hay entre ellas un orden de preferencia.

a)Regla de la armonía de las cláusulas (artículo 1564 inciso 1o). Supone que en todo contrato las cláusulas son interdependientes.

b)Regla de la utilidad de las cláusulas (artículo 1562). Pothier pone el siguiente ejemplo: se conviene entre Pedro y Pablo que Pablo "podrá pasar por sus heredades". Aunque puede interpretarse que se refiere ya sea a las heredades de Pedro o a las de Pablo, debe interpretarse que se refiere sólo a las de heredades de Pedro, ya que no tendría sentido ni efecto la cláusula en que se autoriza a Pablo a pasar por las heredades de su propiedad. Eso sí que si una cláusula es nula, no podrá, a pretexto del artículo 1562, intentar la darla por válida.

c)Regla del sentido natural.(artículo 1563 inciso 1o). Ejemplo:Si no se dice en un arrendamiento de inmuebles urbanos los períodos de pago de las rentas, se deben entender mensuales.

II.-Reglas de interpretación relativas a los elementos extrínsecos del contrato. Se refiere a indagar en los que en la doctrina clásica se denominan las "circunstancias de la especie". Pienso que estas circunstancias deben ser consideradas en cualquier contrato, no sólo consensual sino también solemne. Claro que si se trata de un contrato solemne, no podría recurrirse a pruebas extrínsecas para desfigurar una cláusula del contrato. Para probar estas circunstancias extrínsecas no regirán las limitaciones a la prueba testimonial pues se tratará de probar hechos y no actos jurídicos.

a)Regla de la aplicación restringida del texto contractual. (artículo 1561). Un ejemplo de nuestra jurisprudencia. Si se estipula que en la administración de los bienes del poderdante, podrá el banco mandatario 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 relación a la transacción, se repite la regla en el artículo 2446. Si se llega a una transacción en un juicio de nulidad de un embargo, ello no obsta a que se podría demandar con posterioridad indemnización de perjuicios producidos por la traba del embargo.

b)Regla de la natural extensión de la declaración.(artículo 1565). Ejemplo de Pothier: 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 pudiere tocarles, ello no obsta a que entren al regimen todas las demás cosas que de acuerdo a la ley corresponde que ingresen.

c)Regla de los otros contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia, sea anteriores o posteriores al contrato que se trata de interpretar (artículo 1564 inciso 2o).

d)Regla de la interpretación auténtica (artículo 1564 inciso 3o). En el fondo, los contratantes han "interpretado" el contrato de común acuerdo y en un mismo sentido al aplicarlo de una determinada forma. El contratante que en la aplicación práctica le da un determinado sentido, no podría después ir contra sus propios actos intentando desvirtuar esa interpretación. Sin embargo, el interprete debe actuar con prudencia, toda vez que se de cuenta que la aplicación práctica llevada a cabo fue motivada, en una de las partes, por algún error.

III.-Reglas subsidiarias de interpretación contractual. En otras legislaciones, dicen relación con la costumbre y la equidad. En nuestro Código se limitan a la costumbre.(artículo 1546).

a)Regla de las cláusulas usuales. 1563 inciso 2o. Lamentablemente nuestra jurisprudencia ha dado a esta norma un alcance muy restringido, relacionándola con los llamados "elementos de l naturaleza" de los contratos. La razón de tan limitante alcance radica en que en nuestra legislación la costumbre sólo excepcionalmente constituye derecho cuando la ley se remite a ella.

b)Regla de la última alternativa (artículo 1566 inciso 1o). Esta norma es rígidamente supletoria y en último lugar. Se interpreta a favor del deudor. Pero no se sustenta en la equidad como se ha creído sino en la regla de que incumbe probar las obligaciones al que las alega, al acreedor. Actori incumbit probatio. (artículo 1698). La persistencia de una duda evidencia falta de prueba (de parte del acreedor). Pero si la duda proviene de una cláusula ambigua redactada por alguna de las partes, se interpretará en contra de esa parte, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que debió darse (artículo 1566 inciso 2o). Esta última regla de ha aplicado mucho en al interpretación de contratos de adhesión.

Se consideró por algun tiempo que las reglas de interpretación son simples consejos que el legislador da al juez, sin carácter vinculante. Hasta el punto que si el tribunal no aplicara estas reglas o las aplicara mal, no podría enmendarse por la vía de casación. Nuestra jurisprudencia mayoritaria y más reciente, en cambio sostiene que "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"... "La infracción de estas reglas puede dar motivo a un recurso de casación en el fondo" (R T 17, S 1ª, p 444).

La interpretación objetiva de los contratos.-

El sistema subjetivo de interpretación se funda en el voluntarismo jurídico que concibe la voluntad de los contratantes como fuente única del derecho, al margen de hechos sociales. Para la escuela objetiva de interpretación, llegado el momento de interpretar un contrato no interesa como acto genético de constitución de la relación jurídica, sino como relación jurídica ya formada.

La corriente objetiva de interpretación ha tenido acogida particularmente en el Código Civil Alemán de 1900. El artículo 133 dice: "En la interpretación de una declaración de voluntad, será necesario investigar la voluntad real sin atenerse al sentido literal de las palabras". El artículo 157 agrega que "Los contratos deben ser interpretados como lo exige la buena fe en correlación con los usos sociales".

No interesa la voluntad que tuvieron las partes al concluir el contrato, sino que interesa desentrañar el alcance que debe dársele al contrato de modo que los efectos jurídicos sean los que cualquier hombre razonable atribuiría a la convención.

La interpretación y la calificación del contrato frente al recurso de casación en el fondo.-

El problema se plantea, como es sabido, dado que nuestro Código concibe el contrato como "ley" para los contratantes.-

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. Pero operando siempre sobre la base de la esencia misma de los hechos que configuran el acto y nunca sobre la denominación que las partes haya dado al acto. Nuestra jurisprudencia ha sido reiterada en sostener que es indiferente la calificación que las partes hayan dado al acto. En verdad sin embargo, dentro del contexto del voluntarismo jurídico que inspira las normas de calificación o interpretación contractual en el régimen chileno, la calificación de las partes no es del todo inútil; puede ser indicativa de la voluntad subjetiva de ellas.

La interpretación y la calificación no siempre van unidas. Puede ocurrir que se requiera de una pero no de la otra, o de necesiten ambas. En todo caso, cuando se requieren ambas, la interpretación es siempre previa a la calificación. Cuando una sentencia califica erróneamente el contrato, está violando; a) el propio contrato (que para las partes es ley); b) la ley que define el contrato realmente celebrado; c) la ley que define el contrato que la equivocada calificación supone celebrado. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha estimado que la calificación de un contrato es una cuestión de hecho.

En caso de errónea interpretación del contrato, ha habido varias opiniones:

a) El recurso de casación en el fondo es improcedente, pues las reglas de interpretación no son normas jurídicas que vinculen al juez sino meros consejos.

b) El recurso de casación por errónea interpretación del contrato procede cuando la interpretación ha significado desnaturalizar el contrato.

c) El recurso de casación por errónea interpretación procede siempre pues la interpretación supone la aplicación de normas jurídicas.

5.-Principios fundamentales de la contratación.-

a) El principio básico que inspira la contratación en el derecho privado y en particular en el derecho civil chileno, es el de la autonomía de la voluntad. Es decir, la voluntad sería fuente y medida de los derechos y obligaciones que el contrato produce.

De este principio básico se derivan sub-principios como es el del consensualismo y el de la libertad contractual (ambos relativos a la genesis del contrato) y el de la fuerza obligatoria y el del efecto relativo de los contratos (en relación al efecto del contrato).

b) El principio del consensualismo se ha visto deteriorado últimamente por el avance de las formalidades (de publicidad, habilitantes o de prueba).

El principio de la libertad contractual se ha visto deteriorado, como ya hemos señalado, en virtud del surgimiento de los contratos dirigidos, forzosos y de adhesión.

c) En cuanto al principio de la fuerza obligatoria de los contratos, muchas veces el legislador *se introduce* en un contrato vulnerando su fuerza obligatoria. A veces ello ocurre frente a situaciones de emergencia, dictando leyes que ordenan suspender remates, que prorrogan los vencimientos de plazos (leyes de morosidad),... En otros casos, hay normas de aplicación permanente en que la ley desconoce lo pactado, como en ciertos artículos del Código Civil como el 1879 o el artículo 2180. Ha habido leyes que han alterado contratos en curso, ordenando mantener una relación jurídica contractual que a la luz del título convencional había expirado. Pero lo más grave es cuando la alteración de contratos en curso afecta por retroactividad el derecho de propiedad sobre derechos personales emanados del contrato. Ello es claro a partir de los nuevos términos en que está concebido el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Sobre esta materia ha habido múltiples recursos de protección y de inconstitucionalidad recogiendo la idea de que el acreedor es *dueño* de su derecho personal. Famosos fueron los recursos de inaplicabilidad contra el artículo 2o transitorio del DFL N° 9 de 1968 que dispuso que los plazos convenidos con anterioridad a la ley debían entenderse prorrogados hasta completar 10 años. Esta norma afectaba al derecho de dominio del acreedor sobre su derecho personal a exigir la restitución en el plazo convenido *de acuerdo a la ley vigente a la celebración* del contrato. Por tal motivo esta materia guarda íntima relación con el artículo 22 inciso 1° de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes.

En todo caso, aun suponiendo que exista derecho de propiedad sobre derechos personales (lo que es discutible doctrinalmente a la luz de la concepción *cosificada* del derecho de dominio de raigambre romanista, es perfectamente dable afirmar la legitimidad y constitucionalidad de las leyes que alteran derechos personales *emanados de contratos en curso* justificadas por la función social del derecho de propiedad que la misma Constitución garantiza.

d) El principio de la fuerza obligatoria de los contratos llevada a los ojos del juez nos conduce a tratar al tema de la Teoría de la Imprevisión.

Sobre esta materia hay bastante desarrollo en la doctrina nacional. Básicamente debido a Lorenzo de la Maza ("La teoría de la imprevisión", 1931), Juan Carlos Dorr Zegers ("Notas acerca de la teoría de la imprevisión", Revista Chilena de Derecho, 1988), Fernando Fueyo ("Algo sobre la teoría de la imprevisión", R.D.J. T. 51), Pablo Rodríguez ("La obligación como deber de

conducta típica”), y Jorge Lopez S.M. (En su libro Los Contratos. Parte General).

Para comprender adecuadamente recurramos al concepto de De La Maza: define la teoría de la imprevisión como aquella “doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen una perturbación grave en relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles esas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas.

La doctrina alemana (Karl Larenz) ha enfatizado la intangibilidad de los contratos aún frente a cambio de circunstancias *ruinosas* para una de las partes, fundada en que *asi como no hay libertad sin riesgo, no hay libertad contractual sin riesgo contractual*. Nuestra jurisprudencia (salvo algunos pocos fallos arbitrales) ha sido unánime en este aspecto. En un fallo publicado en la Gaceta de los Tribunales en 1925 y que ha servido de inspiración a la demás jurisprudencia, se afirma que “los tribunales carecen de facultad para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbre o de reglamentos administrativos”. Se sustenta en la idea de la norma de derecho *Pacta Sunt Servanda*. Incluso Chile, al ratificar el 09 de abril de 1981 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, formuló una *reserva* al artículo 62 concerniente al problema de la imprevisión, declarando su adhesión al principio de la inmutabilidad de los tratados.

En Chile hay normas que se inspiran en una actitud favorable a la revisión, como los artículos 2180, 2227, 2003 regla 2ª y otras inspiradas en sentido contrario (1983, 2003 regla 1ª). También se ha citado el artículo 1544. Estas normas sin embargo no caen de lleno en el problema de la imprevisión. El tema de la imprevisión queda circunscrito más bien a la posibilidad de que un juez pueda *en general* y sin norma legal específica que lo autorice, para revisar la vigencia de un contrato que por circunstancias imprevistas se ha tornado excesivamente oneroso de cumplir para una de las partes (aunque no imposible, pues lo imposible por caso fortuito o fuerza mayor extingue la obligación -1670-), sea disminuyendo la obligación agravada, agravando la prestación recíproca, acortando la vigencia del contrato o derechamente dando por terminado el contrato por faltar la conmutatividad de las obligaciones.

En otros países se ha dado a veces soluciones legislativas para casos específicos. En enero de 1918 se dictó en Francia la Ley Faillot, que facultó a los jueces para dajar sin efecto los contratos celebrados con anterioridad a la guerra y cuyo cumplimiento se hubiere hecho excesivamente oneroso para los deudores; más tarde, tras la segunda guerra mundial, el 22 de abril de 1949 se dictó otra ley en el mismo sentido, lo que llevó a Ripert a decir, sin poca razón, que “la jurisprudencia contraria a la imprevisión ha tenido tal vez el inconveniente de incitar al legislador a hacer él mismo lo que el juez no quería hacer. Ha intervenido mediante medidas generales que han destruido aún más contratos que los que hubiere hecho la más amplia interpretación jurídica”

Una de las teorías en que se ha fundado la teoría de la imprevisión es la que la explica extrapolando al derecho privado la cláusula del derecho internacional

Rebus Sic Stantibus. De acuerdo a esta explicación, los contratantes contratan en el entendido de que las obligaciones que contraen y en general la fuerza vinculante del contrato quedan supeditados a que se mantengan las circunstancias de hecho vigentes al momento de contratar. La debilidad de esta explicación radica en que presumir la cláusula *Rebus Sic Stantibus* en los contratos es una ficción sin base real. La verdad es que cuando se contrata lo normal es que las partes consideran tan ventajosas sus condiciones que no prevén una modificación de circunstancias. De hecho podría expresarse la cláusula, y sin embargo en la práctica rara vez se hace, salvo en los contratos internacionales (*Clausula Hardship*).

Otra explicación a la teoría de la imprevisión es la que la fundamenta en el principio del enriquecimiento sin causa. Nadie tiene derecho a enriquecerse sin causa a costa ajena. Pero para que se aplique este principio es necesario a) Que haya habido un enriquecimiento de un patrimonio a costa del empobrecimiento de otro patrimonio, todo ello *sin causa legítima que lo justifique* y es además necesario que no haya otro medio que la acción *in rem verso* para conseguir la reparación. La debilidad de la teoría que explica la posibilidad de revisión de contratos por excesiva onerosidad sobreviniente reside precisamente en que el principio del enriquecimiento sin causa supone ausencia de causa. Ahora bien, en el caso de la imprevisión, es incontrastable que *la causa es el contrato*. Con todo, en este fundamento (del enriquecimiento sin causa) se han sustentado algunos dictámenes de Contraloría General de la República que han acogido la teoría de la imprevisión. (Nºs 010670, de 28.08.91; 041042 de 23.11.88; y 011598 de 21.04.87)

Otros explican la teoría de la imprevisión invocando el concepto de causa de los actos jurídicos. Juan Carlos Dorr ha desarrollado muy bien esta idea que siendo ingeniosa tiene una gran debilidad. Explica que la causa no interviene sólo al momento de concertarse las voluntades, esto es, al momento de celebrarse el contrato, sino que su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en ejecución. Así, si al momento del cumplimiento esta causa ha desaparecido, por sobrevenir circunstancias extraordinarias e imprevisibles, es que el contrato se verá carente de causa y por ende nulo. La gran debilidad de esta postura radica en que, como ha puesto de manifiesto César Parada en una ponencia en el Colegio de Abogados en 1994, “no puede aceptarse la teoría de que un contrato que nazca como válido se transforme con el transcurso del tiempo en nulo”.

También hay quienes han explicado la teoría de la imprevisión sobre la base del concepto de contrato conmutativo, que aparece violentamente destruido con sucesos extraordinarios e imprevistos e imprevisibles.

Pablo Rodríguez elabora en su libro la siguiente explicación: La obligación no es un imperativo de realizar una prestación sino que impone un deber de realizar una conducta típica, con una determinada y precisa exigencia de diligencia (artículo 1547) más allá de la cual esta no cubre el imperativo, dificultado por sucesos imprevistos.

Otros explican la teoría de la imprevisión invocando la doctrina del abuso del derecho. Sin embargo, el problema es que, al menos en la doctrina nacional, la doctrina del abuso del derecho se ha explicado no tanto en el contexto de la *funcionalidad* de los derechos como en las normas sobre responsabilidad extracontractual. Luego, desde esa perspectiva, pareciera fuera de lugar

explicar en la responsabilidad extracontractual un t3pico esencialmente contractual como es el de la teor3a de la imprevisi3n.

Nos parece que la teor3a de la imprevisi3n en Chile m3s bien deber3a sustentarse en aplicar el principio que inspira el art3culo 1558 (de excluir los perjuicios imprevistos o imprevisibles, salvo dolo). Si un incumplimiento no es doloso sino que "explicable" por la excesiva onerosidad sobreviniente, esos perjuicios imprevistos e imprevisibles provocados por un cambio imprevisto e imprevisible de las condiciones de hecho no debieran ser indemnizados. Por otra parte, en los contratos en que el deudor responde de culpa leve (1547), frente a un imprevisto cambio de circunstancias que haga excesivamente oneroso el cumplimiento, el afectado podr3a demandar judicialmente se declare su no exigibilidad de cumplir sin arriesgarse a ser condenado a indemnizar toda vez que cumplir, en las nuevas condiciones, *ser3a exigirle un grado de diligencia mayor que aquel al que est3 obligado, esto es, el de un simple buen padre de familia*.

Tambi3n nos parece aceptaba la explicaci3n de la teor3a de la imprevisi3n sobre la base de que los contratos deben *ejecutarse* de buena fe (art3culo 1546).

En general se se3ala que la teor3a de la imprevisi3n supone la existencia de un contrato conmutativo de tracto sucesivo o de ejecuci3n diferida. Sin embargo, en Argentina el art3culo 1198 del C3digo Civil permite accionar la resoluci3n del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente tambi3n en los contratos aleatorios "cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extra3as al riesgo propio de contrato", dado que -agrega- "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que veros3ilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsi3n". A igual conclusi3n llega el art3culo 1441 del reciente y moderno C3digo Peruano de 1984, agregando que tambi3n procede en los contratos de ejecuci3n inmediata cuando la prestaci3n a cargo de las partes ha sido diferida por causas no imputables a ellas. El C3digo Civil italiano de 1942 (art3culo 1467) contiene una soluci3n similar. Siempre puede sin embargo el demandado enervar la acci3n *ofreciendo modificar equitativamente el contrato*.

En el comercio internacional se suelen utilizar cl3usulas de readaptaci3n destinadas a poder enfrentar adecuadamente un cambio de circunstancias. Entre ellas est3 la cl3usula *government take clause* introducidas por las grandes empresas distribuidoras de petr3leo, y que les permite trasladar a los compradores del crudo los aumentos de precio impuestos por los pa3ses productores; la cl3usula *First refusal clause*, o cl3usula de alineamiento sobre las ofertas de la competencia, por la cual el vendedor se compromete a bajar el precio del suministro si bajan los precios practicados por sus competidores en el mercado; la cl3usula *del cliente m3s favorecido*, por la cual el proveedor promete a su comprador proporcionarle los mismos beneficios que pudiere, en el futuro, acordarle a otros clientes. Pero la m3s aplicada es a cl3usula *hardship* que permite a cualquiera de las partes exigir una adaptaci3n del contrato si se produce un cambio de circunstancias que las llevaron a vincularse, de modo que este cambio le ocasione a ellas un rigor ("hardship") injusto.

e) Otro principio b3sico de la contrataci3n es el del efecto relativo de los contratos. El contrato por regla general s3lo produce efectos entre las partes y no beneficia ni perjudica a terceros. La ley del contrato (concepto que enraza en la autonom3a de la voluntad) lo es s3lo para las partes.

Partes en un contrato son aquellas personas que personalmente o representadas concurren a la formación del acto, así como los herederos de estas. Aunque puede ocurrir que los herederos no adquieran los derechos y obligaciones que del contrato surgieron para su causante-parte. Ello puede ocurrir por varios motivos, como que el derecho u obligación era intuito personae, o lo era el contrato, o en el contrato se estipuló la intransmisibilidad (como en la sociedad), o el heredero aceptó limitadamente (con beneficio de inventario),...

Son terceros absolutos aquellos que fuera de no participar en el contrato ni en forma personal ni representados, no están ligados jurídicamente con las partes por vínculo alguno.

Los causahabientes a título singular (legatarios, compradores, donatarios, mutuarios) se ven afectados por un acto del que no han sido parte sino sus autores, y que han generado derechos reales (artículos 792 o 2033). Lo que resulta más discutible es si ese efecto se produce cuando el contrato generó sólo derechos y obligaciones de orden *personal*. Así por ejemplo, si una persona se obliga a no enajenar o a no instalar en una determinada calle un determinado negocio (obligaciones de no hacer), cabe preguntarse si acaso afectarían esas obligaciones al legatario. La respuesta es afirmativa si se sigue la doctrina de las obligaciones *ambulatorias* o *propter rem*. Esta doctrina inspira varios casos en que obligaciones siguen por expresa disposición legal al adquirente de un derecho de propiedad (gastos comunes, contribuciones de bienes raíces,...). Pero creemos que fuera de los casos expresamente previstos por la ley no produciría efectos el contrato respecto de los terceros causahabientes.

La estipulación a favor de otro constituye una excepción a la relatividad de los efectos del contrato en la medida en que se admita la doctrina que la explica como la creación directa de un derecho en favor de un tercero.

La estipulación en favor de otro, repudiada por el derecho romano y difundida por el derecho alemán (artículo 328 del BGB, C Civil alemán), ha sido consagrada en nuestro Código en el artículo 1449. *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.* Ejemplos prácticos son el seguro, el contrato de transporte, los contratos de donación con carga en beneficio de un tercero,...

Una primera teoría explica esta institución como una oferta que hace al beneficiario el estipulante, titular de un crédito adquirido frente al tercero. En un segundo acto, el beneficiario acepta la oferta de cesión. Es decir, el crédito alcanza a ingresar al patrimonio del estipulante. Esta explicación tiene pues el inconveniente de que el crédito puede ser embargado en el patrimonio del estipulante. Además, si el estipulante falleciera antes de la aceptación del beneficiario, se habría producido una circunstancia de caducidad de la oferta.

Una segunda teoría explica la estipulación en favor de otro como una agencia oficiosa operada por el estipulante. La debilidad de esta explicación radica en que e la agencia oficiosa en agente actúa en representación del interesado, en tanto que en la estipulación en favor de otro el estipulante actúa a nombre propio. Además, dos características de la agencia oficiosa no se encuentran en

la estipulación en favor de otro. a) El interesado en la agencia oficiosa debe cumplir las obligaciones contraídas por el agente si éste ha administrado bien el negocio (artículo 2290); esto no ocurre en la estipulación en favor de otro, pues el tercero, aunque el negocio haya sido bien administrado, puede rechazar la estipulación; b) El agente oficioso después de iniciada la gestión está obligado a proseguirla; en cambio el estipulante puede revocar la estipulación de común acuerdo con el promitente, mientras no acepte el tercero.

Una tercera teoría explica esta institución como una declaración unilateral de voluntad generadora de obligaciones. Esto no tiene sin embargo cabida en nuestro derecho, pues nuestro Código Civil habla de un contrato entre estipulante y promitente.

Una última teoría explica esta institución simplemente como una derogación del principio del efecto relativo de los contratos. Un caso de adquisición directa de un derecho por una persona que no ha sido contratante. El derecho del beneficiario no emana de la aceptación sino del contrato. La aceptación es sólo un presupuesto para la exigibilidad del derecho.

El estipulante y el promitente son las partes del contrato. El estipulante puede demandar la resolución si el promitente no cumple; no puede demandar nada para sí porque no es acreedor (salvo en virtud de una cláusula penal), pero sí podría demandar para (en favor) del beneficiario. Promitente y beneficiario, aunque no han pactado, se hallan en relación de deudor-acreedor. Pero el beneficiario, pese a ser acreedor en virtud de la estipulación, no puede ejercer ese derecho sino desde la aceptación. El beneficiario no podría en cambio ejercer acción resolutoria, pues no es parte contratante. Si el beneficiario muere después de la estipulación pero antes de aceptar, transmite a sus herederos el derecho de aceptar. Entre estipulante y beneficiario no hay relación jurídica alguna, si bien muchas veces están en la vida real muy íntimamente relacionados.

La promesa de hecho ajeno.- Esta institución está contemplada en el artículo 1450 del Código Civil. "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 en contra del que hizo la promesa". No es que una persona se obligue por un tercero. Lo que el deudor promete es un hecho (obligación de hacer) propio: lograr que otro consienta en dar, hacer o no hacer. La obligación de hacer del promitente consiste en lograr que el tercero ratifique. Si fracasa, el tercero no quedará obligado y el promitente deberá indemnizar (indemnización contractual). En el fondo el promitente es un agente oficioso.

Se habla de efecto expansivo o absoluto de los contratos cuando un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. Así por ejemplo, la víctima de un accidente del tránsito puede accionar directamente contra la Compañía de Seguros *en sede contractual*, aunque no haya sido parte del contrato.

Un tercero puede oponer un contrato a las partes. Así, la víctima de un accidente del tránsito puede accionar contra el garaje que no arregló bien el vehículo, no obstante la víctima no haber contratado con el garaje. A la inversa, un contrato puede ser opuesto por las partes a un tercero. Así, la jurisprudencia

francesa ha acogido demandas indemnizatorias del promitente comprador en contra del comprador que incitó al vendedor a no respetar el contrato de promesa. Nuestra jurisprudencia ha considerado que una persona que ocupa un inmueble como promitente comprador o como arrendatario tiene derecho de oponer esos contratos al tercero que con posterioridad adquirió el inmueble y que ejerce la acción de precario.

En relación al principio de la fuerza obligatoria de los contratos hay que considerar el tema de la inoponibilidad. Una clásica definición de Daniel Bastian la define como la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico. La inoponibilidad puede provenir de varios motivos:

- a) Incumplimiento de formalidades de publicidad (artículos 1707, 1902, 2114, 2513)
- b) Por falta de fecha cierta (artículo 1703)
- c) Por falta de consentimiento (artículo 1815, 1916 inciso 2o, 2390, 2160, 2136)
- d) Inoponibilidad de una nulidad (artículos 1895, 2058, 122) o de una resolución (artículos 1490 y 1491) o de la rescisión, resolución o revocación de las donaciones (artículo 1432).
- e) Inoponibilidad de actos simulados.

La simulación no está tratada en forma sistemática en nuestro Código. La doctrina nacional la sistematizó básicamente sobre la base de la magna obra de Ferrara sobre "La simulación en los negocios jurídicos". Su clásica definición la describe como la manifestación de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes o entre el declarante y la persona a la que va dirigida la voluntad, con el objeto de producir con fines de engaño la apariencia de un acto jurídico que no existe o bien que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.

La simulación lícita la contempla nuestra legislación en varios casos. Así, en las asociaciones o cuentas en participación, en el mandato sin representación, se *oculta* a terceros la verdadera connotación del acto. La simulación es ilícita cuando tiene por objeto burlar derechos de terceros.

En la *simulación absoluta*, el acto ostensible no oculta realidad alguna. Como el deudor que vende y transfiere sin la menor intención de hacer ambas cosas, con el objeto de eludir a los acreedores. En la *simulación relativa*, las partes celebran un acto jurídico real, pero lo disimulan bajo una apariencia distinta sea en la naturaleza de las cláusulas (ejemplo, se dice haberse recibido el precio y en el hecho no fue así), sea alterando la naturaleza del acto celebrado (se aparenta una compraventa para eludir pago de impuesto en el contrato que en realidad se quiso celebrar: un mutuo). En la *simulación por interposición de persona*, el acto aparente es real pero con otros sujetos que los reales. (artículos 966, 1796, 2144).

En Chile no se discute que entre las partes prevalece el acto real y oculto por sobre el falso y ostensible. Cualquiera de las partes puede pedir (mediante el ejercicio de la acción de simulación) que el Tribunal reste eficacia al acto ostensible y dé valor al oculto. Así se desprende de interpretar *a contrario sensu* el artículo 1707. La acción de simulación es una acción declarativa y requiere que junto a ella se ejerza la de nulidad o inexistencia del acto

ostensible, o bien otras acciones específicas (por ejemplo, de aumento del precio del acto ostensible al precio realmente convenido). Respecto de terceros relativos, contra ellos les es inoponible el acto secreto u oculto. Pero si lo prueban, podrían prevalecerse de él. Si un tercero quiere prevalecerse del acto aparente y otro tercero quiere desconocerle valor, se produce entonces un conflicto entre los terceros. Hay en este caso una laguna legal. Pero aplicando analógicamente el principio del artículo 1817 del Código Civil se concluye, al menos, que debe preferirse la posición del tercero que es poseedor.

f) Un último principio fundamental de la contratación es el principio de la buena fe contractual. Este principio es inspirador a su vez de otros principios o doctrinas, como la de la imprevisión, la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*) o la de el error común (artículo 1013, 1576 inc.2o).

La buena fe subjetiva es la creencia, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no atenta contra el derecho. Tiene aplicación en varias normas (artículos 122, 706 inciso 1o, 1842, 1859, 2300).

La buena fe objetiva es la que consagra el artículo 1546, consiste en la conducción correcta o leal en el contexto de las relaciones contractuales. Se trata de un estándar legal que tiene un valor normativo flexible que queda entregado primordialmente al criterio del juez. La exigencia de la buena fe puede proyectarse ya en el ámbito de los tratos preliminares, en el de la celebración del contrato o en el ámbito del cumplimiento del contrato. A propósito de la celebración y del cumplimiento en la legislación comparada hay varias situaciones interesantes. Por ejemplo, la facultad del juez de rechazar una demanda resolutoria por incumplimiento insignificante o por algún incumplimiento cuando la buena fe permitiría hablar de una causal de inexigibilidad. En el ámbito post-contratual también se manifiesta la buena fe objetiva. Así, se ha sostenido en jurisprudencia extranjera que concluido un arriendo de oficinas, el ex-arrendatario tiene derecho a que el ex arrendador informe a quienes concurren, acerca de la oficina a donde se trasladó el ex arrendatario.

6.-Algunos problemas específicos de los contratos bilaterales.-

Todos los contratos bilaterales tienen en común como causa de cada obligación, la obligación asumida por la otra parte.

a) La excepción del contrato no cumplido ("*exceptio non adimpleti contractus*"). Es aquella que puede oponer el demandado por obligación nacida de un contrato bilateral cuando el demandante no ha cumplido por su parte o no está llana a cumplir en la forma y tiempo debidos. En Chile esta excepción no está expresada como tal sino que se deduce de la regla de que *la mora purga la mora* establecida en el artículo 1552 del Código Civil. Y no sólo en un juicio ordinario sino también se puede oponer esta excepción en el juicio ejecutivo de conformidad con el artículo 464 No 7 del Código de Procedimiento Civil.

Para que proceda esta excepción es necesario a) que se trate de un contrato bilateral; b) que la parte demandante en contra de quien se opone la excepción no haya cumplido ni esté llana a cumplir; c) que la obligación del demandante sea actualmente exigible. Cuando se trata de un contrato en que ambos están

en mora de cumplir sus obligaciones, como en una promesa en que ni el promitente vendedor quiere vender ni el promitente comprador quiere comprar, procede sea declarada la resolución del contrato pero sin indemnización de perjuicios. No puede haber indemnización porque no ha habido mora (C. Suprema).

b)La resolución por incumplimiento. Esto está en íntima relación con la condición resolutoria tácita. Supone un incumplimiento imputable de una obligación exigible emanada de un contrato bilateral.

c)La teoría de los riesgos.- Este es un tema que sólo se plantean los contratos bilaterales en que surgen obligaciones de especie.

La pérdida fortuita de una cosa que no es objeto de obligación o de relación personal alguna sólo puede ser para su dueño ("Res perit domino").

La teoría de los riesgos se plantea a propósito del cumplimiento de contratos en curso. Al extinguirse la obligación de uno de los contratantes por imposibilidad de ejecución, ¿se extingue la obligación correlativa del otro? Si la respuesta es si quiere decir que los riesgos los carga el deudor (perderá lo pagado o por pagar y no recibirá en compensación). Si la respuesta es no significa que los riesgos son de cargo del acreedor (el deudor, pese a no cumplir, obtendría la prestación correlativa).

La teoría de los riesgos supone varios elementos base: un contrato bilateral cuyo cumplimiento este pendiente; extinción de la obligación de una de las partes (imposibilidad total y fortuita) , lo que presupone una obligación de especie o bien de un género muy limitado.

En Chile rige el principio de que los riesgos son del acreedor ("res perit creditor") -artículo 1550 y 1820- aunque existe también otra alternativa: que el riesgo sea de cargo del deudor ("res perit debitori").

Nuestra solución encuentra sus raíces en el derecho romano. El *emptio* en cuya virtud el comprador se obligaba a pagar un precio y la *venditio* en cuya virtud el vendedor se obligaba a transferir la cosa. Era lógico entonces que el incumplimiento de la obligación de uno de los contratos dejara subsistente la obligación del otro.

En Francia se aplica el principio *res perit domino*, pero manteniendo los riesgos de la cosa en el comprador, lo que es perfectamente posible dado que en Francia el comprador es dueño desde perfeccionada la compraventa aunque no se le haya entregado la cosa.

En Chile el principio *res perit creditor* tiene sin embargo algunas excepciones:

-Si el deudor se encuentra en mora o se comprometió a entregar la cosa a dos o más personas en virtud de obligaciones distintas (artículo 1550)

-Si el deudor asumió sobre sí los riesgos de caso fortuito

-Si la cosa se debe bajo condición suspensiva. (artículo 1486 inciso 1o).

Pero el principio *res perit debitori* prevalece en los códigos civiles más modernos (artículo 1463 del Código Italiano de 1942, artículo 578 del Código Argentino, artículo 1431 del Código Peruano).

7.- La doctrina de los actos propios y la teoría de la apariencia.-

Desde los primeros comienzos del derecho ha existido una regla que se ha expresado con el aforismo *venire contra factum proprium non valet*. Se podría traducir como que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta. Es, de alguna manera una regla de razonable interpretación de los actos y contratos a la luz de la experiencia de los contratantes. Si bien no es posible ocultar que su proyección va mucho más allá de la teoría general de los contratos.

Enneccerus, en su Tratado de Derecho Civil Alemán, expresa esta doctrina en los siguientes términos: "A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente, según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe".

La doctrina de los actos propios supone la exigencia de corrección y lealtad en el actuar jurídico de las personas. Cuando quienes integran un grupo social tienen conciencia de la existencia de un arquetipo de conducta, su acatamiento produce un estado de recíproca dependencia en el comportamiento de los individuos, hasta el punto de permitir cierto grado de previsión en el obrar. Luego, la problemática surge frente a la existencia de una conducta que induce de manera razonable a la creencia de que ella en definitiva se agotaría en su dirección de origen; que no será contradicha. Frente a esta situación, la prohibición de ejercer un derecho en forma contradictoria con el comportamiento pasado, constituye sin duda una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos. Concretamente, la limitación está dada en virtud del principio de que los derechos deben ejercerse de buena fe. Un derecho no se ejerce de buena fe no sólo cuando se aparta de la función económica o social que lo justifica sino también cuando se ejerce de una manera o en circunstancias tales que lo hacen desleal.

Ahora bien, existen muchos casos en que el legislador expresamente permitió contradecir una conducta propia pasada. (artículos 99 del C. de Comercio, y artículos 115, 172, 999, 1136, 1129, 1412, 1428, 1879,... del Código Civil). Pero otras normas, en cambio, parecen estar inspiradas en la doctrina en análisis (210, 1468, 1683, 1685, 2173 inc 2º, artículos 55, 85 y 101 del Código de Procedimiento Civil)

El origen histórico de esta doctrina se remonta a un texto del Digesto de Ulpiano donde se impide que un padre que ha emancipado legalmente a su hija, confiriéndole la calidad de *sui iuris* pueda alegar la nulidad del testamento otorgado por ella, sosteniendo que dicha emancipación no fue jurídicamente eficaz. Otros textos como el Corpus Iuris Canonici contienen otros aforismos en igual sentido, tales como: "nadie puede mudar de parecer en perjuicio de otro", "No se puede reprobado lo que una vez se ha aprobado", "No es lícito impugnar el hecho propio", "El que alega su propia torpeza no debe ser oído".

La doctrina de los actos propios reconoce sus raíces en el principio de la buena fe. Por una parte, la buena fe subjetiva entendida como la convicción de actuar conforme a derecho aunque objetivamente no sea así. Pero sobre todo, la doctrina de los actos propios se funda en la buena fe objetiva. Esto es, la buena fe entendida como una regla de comportamiento humano que exige a los miembros de un grupo social la observancia de ciertas pautas, deberes o normas de conducta que condicionan un actuar correcto, adecuado y leal en las relaciones mutuas. Es decir, la buena fe en el sentido en que la toma el artículo

1546 del Código Civil. Como una exigencia objetiva y abstracta de conducta exigible a todas las personas por igual al margen de sus creencias o convicciones.

En la doctrina comparada se encuentra diversas manifestaciones de la doctrina de los actos propios a través de diversas instituciones.

En el Common Law, a través de la práctica jurisprudencial se ha elaborado la doctrina del *estoppel*. En virtud de esta doctrina, alguien que por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en otros la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia, impide al primero que pueda negar la verdad de lo que ha representado, con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de otra persona. Se habla del “estoppel by record” (no se puede contrariar lo que se encuentra registrado en registr público); de “estoppel by Deed” (no se puede rebatir lo que se ha declarado en instrumento público); “estoppel by Facts in Pays” (impedimento de contrariar una conducta que ha adquirido notoriedad en un lugar).

En el derecho alemán, el artículo 242 del *Bürgerliches gesetz buch*, el Código Civil de 1900, ha inspirado la doctrina del *Verwirkung* o “retraso desleal”. Dice el citado artículo: “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe, en atención a los usos del tráfico”. Interpretando esta norma, el tratadista alemán, Enneccerus, dice: “Del artículo 242 cabe derivar el siguiente principio: si uno espera para ejercitar sus derechos tanto tiempo que su silencio (no sin culpa) despierta en la otra parte la confianza legítima de que tal derecho ya no será ejercitado, y según los principios de la buena fe, que imperan e el trafico de la vida, el ejercicio posterior es considerado como desleal, cabe oponerse al mismo mediante la excepción perentoria”. Es decir, la doctrina del *Verwirkung* agrega una peculiaridad a su perspectiva singular de la doctrina de los actos propios: el transcurso del tiempo. La primera vez que se aplicó la doctrina del *Verwirkung* fue tras la depreciación monetaria post-primera guerra mundial. Por tal motivo, se otorgaron a los acreedores recursos legales extraordinarios para revalorizar sus créditos. Sin embargo, la jurisprudencia entendió que si los interesados dejaban pasar mucho tiempo sin ejercer las acciones respectivas, no les sería lícito ejercerlas después, pues se consideró contrario a la buena fe que los deudores permanecieran en duda prolongada acerca de si las acciones serían ejercitadas o no.

Sintetizando los requisitos o presupuestos para la procedencia y aplicabilidad de la doctrina de los actos propios se podrían señalar:

- a) Que en un ámbito determinado un sujeto observe una conducta externa, jurídicamente relevante, inequívoca y eficaz;
- b) Que tal sujeto pretenda luego contradecir dicha conducta, a través del ejercicio de un derecho subjetivo formulado o materializado en una pretensión objetivamente contraria al sentido que de la conducta anterior se deriva o infiere.
- c) Que un tercero modifique su propia situación confiando en la conducta original del agente y que ello ocasione un perjuicio a éste.
- d) Que exista identidad de sujetos.

Jurisprudencialmente, en Chile la doctrina de los actos propios sólo ha ido aplicada en contada oportunidades y en forma muy tímida. En un juicio indemnizatorio ganado por la Polla Chilena de Beneficencia contra el Banco del

Estado, al momento de la liquidación de lo adeudado, se aplicaron por el tribunal intereses lineales. Polla Chilena de Beneficencia objetó la liquidación exigiendo se aplicaran intereses compuestos capitalizando la deuda mes a mes. Se invocó la doctrina de los actos propios y la Corte de Apelaciones acogió la apelación aplicando tal doctrina. En un informe en derecho que aportó Jorge Lopez S.M. dice que ta doctrina "...presupone el despliegue de cierta conducta, que induce a la creencia de que no se hará valer despues una pretensión contraria con tal conducta. En la especie, no pretenderá el Banco del Estado que se liquiden linealmente los intereses que adeuda, en circunstancias que su comportamiento habitual es cobrar intereses sobre intereses, incluso sin pacto expreso, en el servicio de las deudas. Si la conducta del Banco del Estado es cobrar interñes compuesto, ahora va contra sus propios actos el pretender pagar con el mero interés simple su deuda..."