



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DESDE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autores:

DIEGO SEBASTIÁN MUÑOZ GAETE

NICOLÁS LEOPOLDO OYARZÚN AGUIRRE

Profesor Guía:

DR. CRISTIÁN BANFI DEL RIO

Santiago de Chile

Septiembre, 2017

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL	8
1 LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	8
A. CONSIDERACIONES GENERALES	8
B. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	13
C. NATURALEZA JURÍDICA.....	15
D. FUNDAMENTOS DE SU INCORPORACIÓN	17
E. REQUISITOS DE APLICACIÓN Y CARÁCTER RESIDUAL.....	19
2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL	22
A. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LOS CONTRATOS	24
B. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL CONTRATO COMO MANIFESTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS	27
CAPITULO II: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS	32
1. EL AED: ASPECTOS GENERALES	32
A. PRINCIPIO DE EFICIENCIA	34
B. EL TEOREMA DE COASE Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN.....	39
2. EL AED Y SU APLICACIÓN AL DERECHO DE LOS CONTRATOS	42
A. ¿QUÉ PROMESAS SON RELEVANTES PARA EL DERECHO?.....	43
B. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN Y AED	45
C. EL MODELO DEL CONTRATO PERFECTO	47
3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SEGÚN EL AED	49
A. TÉRMINOS DE OMISIÓN EFICIENTE DESARROLLADOS POR EL LEGISLADOR	52
B. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS TÉRMINOS NO PREVISTOS POR LAS PARTES	53
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DESDE EL AED	62

1. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL AED	62
2. LA REGLA DEL VENIRE: ¿TÉRMINO DE OMISIÓN EFICIENTE?	65
3. LA UTILIDAD DEL VENIRE PARA CONSTRUIR EL CONTRATO PERFECTO	69
IV. EL DEBER DE COHERENCIA Y LA ESTABILIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES.....	72
V. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS A UN CASO HIPOTÉTICO	74
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80

RESUMEN

La memoria de prueba tiene por objeto estudiar la regla interpretativa de los contratos contenida en el inciso final del artículo 1564 del Código Civil, que consagra la denominada Teoría de los Actos Propios en dicha materia, desde el juicio crítico del Análisis Económico del Derecho ("AED"), intentando determinar si la aplicación de dicha doctrina jurídica al proceso de hermenéutica contractual es deseable desde esta concepción del fenómeno jurídico al permitir arribar a soluciones eficientes ante un conflicto interpretativo.

Así, se analiza en un primer apartado la Teoría de los Actos Propios, su recepción en nuestra tradición jurídica y en el derecho chileno, y su consagración en las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil en la disposición contenida en el inciso final de su artículo 1564 con ocasión de la denominada "interpretación auténtica" de los contratos. En un segundo capítulo se sintetizan los fundamentos principales del AED, exponiendo sus aplicaciones al derecho de los contratos, analizando el proceso de hermenéutica contractual desde esta concepción del derecho y los criterios que se proponen como principios rectores de dicha actividad. Por último, se analiza la compatibilidad, conveniencia y eficiencia de la aplicación de la Teoría de los Actos Propios al proceso de interpretación del contrato desde la visión del AED, contrastando la teoría con los modelos del contrato perfecto y los términos de omisión eficientes.

INTRODUCCIÓN

El Análisis Económico del Derecho (en adelante, “AED”), presente en el estudio y análisis de las ciencias jurídicas desde su incipiente –y a la vez explosivo– desarrollo en las Escuelas de Derecho norteamericanas hace más de medio siglo, vino a incorporar de forma definitiva criterios y perspectivas de innegable valor para diversas áreas de la dogmática y la práctica del Derecho¹.

En particular, es quizás en el Derecho Civil donde esta perspectiva ha encontrado su mayor espacio de desarrollo. Desde el afamado trabajo de Ronald H. Coase “*The Problem of Social Cost*”² los civilistas han incorporado el pensamiento económico (y en especial los criterios de eficiencia y búsqueda del bienestar social que este sostiene) al análisis de las instituciones más relevantes de la disciplina, tales como la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil³.

Desde su génesis la incorporación de estos elementos al análisis de las problemáticas propias del Derecho Civil ha sido objeto de reacciones críticas⁴. Sin

¹ La vigencia, actualidad y reconocimiento público de esta forma de aproximación al fenómeno jurídico se puede apreciar en el reciente premio Nobel de Economía (2016) conferido a los profesores Oliver Hart y Bengt Holmström por sus aportes al análisis económico de la teoría de los contratos. Véase: BBC MUNDO. 2016. Oliver Hart y Bengt Holmström: un británico y un finlandés se llevan el Premio Nobel de Economía 2016 por sus aportes a la "teoría de los contratos" [en línea] <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-37607348>> [consulta: 18/09/17].

² (1960) *Journal of Law and Economics* vol. III., pp. 1-44. Este artículo –uno de los más citados sobre AED– es parte del trabajo por el que se le otorgó el Premio Nobel de Economía a Ronald Coase en el año 1991.

³ El texto *Derecho y Economía* (1999), de los académicos Thomas Ulen y Robert Cooter, se ha constituido como una obra de consulta obligatoria en numerosas cátedras de derecho en universidades nacionales y extranjeras. Para profundizar sobre el desarrollo de la disciplina del AED en Latinoamérica, véase: MERY, Rafael. (2004). Notas sobre el análisis económico del derecho: una mirada desde América Latina. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, pp. 121-140.

⁴ Al respecto, se ha señalado que la depuración y la construcción histórica de la tradición del Derecho Civil desde su origen hasta nuestros días responde a parámetros, en principio, inconciliables con los del AED (v.gr. bienestar, eficiencia). A modo ilustrativo, véase la ponencia de TENA, Rodrigo. 2010. Instinto jurídico contra análisis económico. En: VIII SEMINARIO Harvard-Complutense: 27 y 30 de septiembre de 2010. Cambridge, Universidad de Harvard, 49 p. En nuestro medio, se ha referido al tema desde la óptica de la insuficiencia del AED para resolver dificultades del proceso de adjudicación de decisiones jurisdiccionales MARTÍNEZ, Carlos

perjuicio de ello, mayoritariamente la academia, la doctrina y los operadores jurídicos han considerado que la incorporación del AED al análisis del derecho robustece las posibilidades de la disciplina de aportar a la realidad social atendida la esencial vinculación entre la regulación del tráfico jurídico y las consecuencias que este tiene para la economía. Así, la inclusión de criterios de eficiencia como los que formula el AED al examen de las instituciones del Derecho Civil es lógica y razonable, dado que el ordenamiento jurídico de Derecho Privado es el área que en su génesis ha intentado regular las relaciones de mercado entre particulares, lo que naturalmente supone propender al desarrollo de una regulación que ayude a construir economías de mercado eficientes y a incrementar el bienestar social⁵.

Este trabajo parte de la premisa de que la incorporación de criterios de eficiencia y bienestar, propios del AED, robustece al Derecho Privado, y tiene como finalidad hacerse cargo de la compatibilidad entre los parámetros propios de esta área del derecho y el AED, en particular en una materia tan relevante como lo es la interpretación de los contratos. El camino que trazaremos es el que expondremos a continuación.

Comenzaremos realizando un análisis dogmático de una institución propia del Derecho Civil, a saber, la denominada “Teoría de los Actos Propios” (célebremente conocida a través del adagio *venire contra factum proprium non valet*), relevante aplicación y derivación concreta de principio general de la buena fe contractual. En especial, se intentará delimitar su utilidad como criterio para determinar el sentido y alcance de las disposiciones que estipulen las partes en un contrato. Esta función, encomendada principalmente a los tribunales que deben solucionar conflictos de índole contractual, cobra especial sentido en la labor que estos realizan de interpretar, integrar y aplicar el contrato suscrito por las partes, en atención a su fuerza obligatoria.

(2014). Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3), pp. 925-955.

⁵ Siendo una de las preocupaciones que naturalmente debiese tener el Derecho Civil, no es excluyente a esta área del derecho. Es una finalidad compartida por el Derecho de la Libre Competencia, ciertas áreas del Derecho Administrativo Económico y la Regulación Financiera, entre otras.

Luego, se analizarán los postulados básicos del AED, con énfasis en sus aplicaciones al derecho de los contratos. Se intentará determinar si el AED aporta al proceso de hermenéutica contractual, así como también la función que le corresponde desempeñar a la judicatura en tal labor para lograr soluciones eficientes.

En un último apartado, revisaremos la Teoría de los Actos Propios desde la perspectiva del AED. Procuraremos determinar si el “*venire contra factum proprium non valet*” o “deber de coherencia”, entendido como criterio de interpretación de los contratos en el Derecho Civil, contribuye o no al logro de soluciones eficientes que propendan al bienestar social.

En suma, el objetivo de este trabajo es determinar si la doctrina del “*venire contra factum proprium non valet*” es admisible como un criterio interpretativo de los contratos en el Derecho Civil chileno conforme al AED. Siendo compatibles dichos criterios, intentaremos darle operatividad a su inclusión en la argumentación jurídica propia de la hermenéutica contractual, de tal forma de incorporar una sencilla regla –a saber, el deber de comportarse de forma coherente– que ayude a los tribunales a decidir los litigios en materia de contratos de modo justo y eficiente.

CAPÍTULO I: LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

1 LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

La “Teoría de los Actos Propios” (en adelante, e indistintamente, la “regla del *venire*”) presenta una dualidad interesante. Ella aparece, de forma inicial, como una de las supuestas innovaciones que la doctrina y la jurisprudencia han ido delineando con el devenir de la evolución de los sistemas de derecho civil del derecho continental⁶. Pero a la vez, y de forma prácticamente indiscutible, su origen histórico es rastreado a la génesis misma de la tradición jurídica occidental: el Derecho Romano. Quizás, como sostiene Ekdhal en el principal estudio realizado hasta la fecha de la regla del *venire* en el ordenamiento jurídico chileno, se trate de una elaboración de la antigua doctrina que ha sido delineada y desarrollada de forma sistemática por la doctrina contemporánea⁷.

Esta dualidad podría explicarse por el fenómeno que se ha denominado “*la crisis del contrato*”, proceso en el que la superación de la aproximación clásica a toda problemática del derecho de los contratos desde el dogma de la autonomía de la voluntad hace que la importancia de la coherencia en la contratación se vuelva fundamental⁸. En dicho marco, la doctrina –con acogida paulatina y

⁶ En este sentido, se trata de una de las teorías modernas que aportan un contenido “técnico” al principio general de la buena fe en el Derecho Civil. BOETSCH, Cristián. (2011). *El principio de la buena fe*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 47.

⁷ EKDAHL, María Fernanda. (1989). *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 40.

⁸ BERNAL, Mariana. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del *Venire contra Factum Proprium*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°13, pp. 291-321. Quizás la expresión más gráfica de dicho fenómeno la encontramos en el proceso conocido como “descodificación”, y en la existencia de regulaciones especiales en materia de protección al consumidor que se han ido imponiendo paulatinamente a la aplicación del Código Civil de Bello. Así, dicha legislación se mantiene vigente en Chile hasta nuestros días

progresiva en la jurisprudencia— le ha otorgado cierta prevalencia a instituciones que limitan la autonomía privada, entre otras, la regla del *venire* que se analiza en este capítulo.

Desde luego, pese a encontrar su génesis en el Derecho Romano, la casuística propia de esta etapa inicial de nuestra tradición jurídica impide encontrar una formulación amplia de la regla del *venire*, ya sea en calidad de regla, principio o doctrina⁹.

No obstante ello, los orígenes de la expresión y de la construcción de la doctrina del *venire* se encontrarían en el Digesto, en especial en la solución dada por Ulpiano ante el caso de un padre que intentó privar de efectos al testamento de su hija fallecida por la vía de negarle valor al acto de emancipación. Al respecto, Ulpiano habría delimitado la siguiente solución: “*Después de la muerte de su hija que había vivido como madre de familia válidamente emancipada, y, falleció dejando herederos instituidos en testamento, se prohíbe que el padre mueva controversia contra su propio acto, como si no la hubiese emancipado válidamente y en presencia de testigos*”¹⁰. Aquí encontraríamos la raíz histórica del adagio y de la doctrina objeto de este análisis.

Una segunda y relevante delimitación de los orígenes de la teoría se reconduce a otra sección del Digesto, relativo al derecho de servidumbres de

pero coexistiendo con nuevas regulaciones que se hacen cargo de las desigualdades materiales que se suelen presentar entre los contratantes en el tráfico jurídico-económico. En relación al fenómeno de la descodificación véase el trabajo de CORRAL, Hernán. (2007). *La descodificación del Derecho Civil en Chile*. En: GUZMÁN, Alejandro (edit.). *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*. Santiago: LexisNexis, 641-651 pp.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. (1963). *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*. Barcelona: Editorial Bosch; EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., p. 43; PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). La doctrina de los actos propios. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV, p. 50; CORRAL, Hernán. (2010a). La raíz histórica del adagio *venire contra factum proprium non valet*. En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, p. 21.

¹⁰ D. 1.7.25. En ese sentido: PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p. 50; y CORRAL, Hernán. (2010a). Op. Cit. p. 19.

paso¹¹. Cobra especial relevancia el considerar dicha solución de la casuística latina dado que la regla que se desprende de la formulación del jurista romano perdura hasta nuestros días en ciertas legislaciones comparadas que son parte de nuestra tradición jurídica¹².

Como señala Corral, las ideas inspiradoras del proceso codificador habrían impedido una consagración expresa de la doctrina del *venire* en los Códigos en los que basó Andrés Bello para elaborar el Código Civil de 1855¹³.

Excede a las pretensiones de este trabajo el dar cuenta de la evolución histórica que ha llevado a la adopción y recepción de esta regla en nuestro sistema jurídico. Sin perjuicio de ello, pese a la ausencia de una regla expresa o unívoca en la materia en el Código Civil chileno¹⁴, es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia –nacional¹⁵ y comparada¹⁶– que la Teoría de los Actos Propios tiene recepción y aplicación en los ordenamientos de nuestra tradición jurídica occidental. Así, se ha señalado que *“En efecto, si bien nuestro sistema normativo no establece una regulación específica en relación con aquélla, lo cierto es que la teoría en comento, vertida inicialmente en la máxima “venire contra*

¹¹ D. 8.3.11. En ese sentido: PARDO CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p. 51; CORRAL, Hernán. (2010a) Op. Cit., p. 21.

¹² CORRAL, Hernán. (2010a). Op. Cit., p. 13. A saber, los artículos 1059 del Código Civil Italiano (*“Artículo 1059.- Servidumbre concedida por uno de los copropietarios. La servidumbre otorgada por uno de los copropietarios de una parte inferior indivisa no se forma a menos que los otros también han dado juntos o por separado (1108). La concesión, sin embargo, hecha por uno de los copropietarios, independientemente del otro, obliga a los otorgantes y sus herederos o asigna al no ser capaz de obstaculizar el ejercicio del derecho concedido”*) y 597 del Código Civil Español (*“Artículo 597. Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido”*).

¹³ CORRAL, Hernán (2010a). Op. Cit., p. 28.

¹⁴ SALAH, María Agnes. (2008). Las doctrinas de los actos propios y de la protección de la apariencia: Una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N° 2, p. 192.

¹⁵ En este sentido, CORRAL, Hernán. (2010a), EKDAHL, María Fernanda. (1989) y SALAH, María Agnes. (2008).

¹⁶ BERNAL, Mariana. (2008). Op. Cit., p. 308.

*factum proprium non valet”, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe (...)*¹⁷.

La incorporación de estándares normativos no estrictamente legales aparece con fuerza en la dogmática jurídica desde hace larga data en nuestro medio, siendo un buen ejemplo el alza y la relevancia de los principios generales del derecho en la operatividad de las diversas instituciones legales. En especial, en el Derecho Civil, la renovada importancia del principio de la buena fe y el denominado fenómeno del “*solidarismo contractual*” han cambiado los paradigmas clásicos de análisis (de tal forma que incluso se ha llegado a denominar al fenómeno en Francia como un “*nuevo orden contractual*”) en el que, por ejemplo, el rechazo a las conductas contradictorias cobra una especial relevancia¹⁸.

¹⁷ CORTE SUPREMA. (2016). Sentencia de 14 de Noviembre de 2016, rol N°45.787-16. La jurisprudencia de la Excma. Corte es abundante y reiterada en el mismo sentido. Por ejemplo, se sostuvo en una sentencia del 23 de Enero de 2017 “*Que por otra parte debe tenerse también en consideración el principio encarnado en la frase latina “venire contra factum proprium non valet”, que se ha traducido en la teoría del acto propio, vinculada con el principio de la buena fe, llamado a imperar en todo orden de materias, incluso en el ámbito procesal, de acuerdo con el cual “nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos y no puede, por tanto, ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente” (Alejandro Borda, “La Teoría de Los Actos Propios. Un análisis desde la doctrina argentina”. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18, Universidad de Los Andes; páginas 35 y 36). En este sentido esta Corte ha señalado que, a nadie le es lícito valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias recaídas en los roles número 4689-05, 2349-05, 127-05, 3437-04, entre otras). Así, se impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por el mismo, con perjuicio de un tercero. En otras palabras, el efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haber cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrían de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta”. CORTE SUPREMA. (2017). Sentencia de 23 de enero de 2017, rol N° 40.664-16.*

¹⁸ El “solidarismo contractual” se ha entendido como el “(...) movimiento [que] aparece en Francia a fines del siglo XIX como oposición a los abusos de la autonomía de la voluntad, y busca darle un contenido preciso a la noción de equilibrio contractual al pretender que las partes tengan en cuenta el interés del otro y buscando la conciliación de esos intereses bajo principios de colaboración, lealtad, y coherencia, entre otros. Los

Es en el marco de dicha tendencia que la Teoría de los Actos Propios ha encontrado su principal desarrollo en su configuración actual. Recientes estudios dan cuenta de su amplia adopción como criterio de adjudicación por parte de la jurisprudencia. Así, en nuestro medio, se ha destacado la existencia de multiplicidad de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, con un aumento exponencial durante los últimos años, que –con mayor o menor precisión dogmática– utilizan la Teoría de los Actos Propios para resolver diferentes tipos de conflictos de Derecho Civil¹⁹.

Diversas reglas del Código Civil chileno también darían cuenta de la consagración de esa doctrina. Ninguna de ellas, sin embargo, refiere de forma expresa a la Teoría de los Actos Propios o al adagio latino del *venire*²⁰.

solidaristas critican el derecho subjetivo clásico por tener una finalidad egoísta, y consideran que la ley y los jueces deben intervenir para evitar abuso y restablecer el equilibrio en los contratos". BERNAL, Mariana. (2008). Op. Cit., p. 294.

¹⁹ SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., p. 192; PADILLA, Ricardo. (2013). Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 137 y 142.

²⁰ A modo ilustrativo PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., pp. 66 y ss., señala que la Teoría de los Actos Propios tiene aplicación en los siguientes artículos del Código Civil: art. 269 y ss. (en relación a la emancipación), art. 180 (determinación de la filiación matrimonial), art. 1234 y 1237 (la aceptación o repudiación de una herencia o legado), art. 1723 inc. 2° (pacto que permite mutar el régimen de bienes en el matrimonio), art. 1818 (ratificación de la venta de cosa ajena). SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., pp. 193-194, por su parte, considera como sus principales manifestaciones los arts. 99 y 100 del Código de Comercio (formación del consentimiento) y art. 1683 del Código Civil (titularidad de la acción de nulidad). BOETSCH, Cristián. (2011). Op. Cit., p. 72, por último, la expresa en el artículo 1707 del Código Civil (regla que establece la imposibilidad de que los contratantes vayan contra sus propios actos que se han expresado en declaraciones de voluntad y que han generado confianza en terceros), así como en los artículos 1683, 1841 y 1546 del mismo cuerpo legal.

Con todo, el Art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada a nuestro derecho en virtud del Decreto N° 544 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de fecha 3 de octubre de 1990, consagra expresamente la regla del *venire*: "**Artículo 29.- 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos**". Cabe señalar que dicha

B. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El planteamiento elemental de la Teoría de los Actos Propios establece que la conducta pasada de un agente, de relevancia en el tráfico jurídico y efectos vinculantes, puede generarle al mismo autor un deber de coherencia hacia el futuro para con los sujetos con los que interactúa. En la base de la misma se encuentra la idea de la lealtad y el respeto a las legítimas expectativas creadas en el otro como conductas exigibles y deseables para el Derecho.

Así, el ir contra los propios actos, afectando las expectativas que se han generado en quienes interactúan con el agente (ya sea en relaciones de carácter patrimonial como no patrimoniales, siempre que sean de relevancia jurídica) debiesen recibir una sanción, que en términos generales se formula como la inadmisibilidad de la conducta contradictoria, privándola de sus efectos.

El destacado tratadista español Luis Díez-Picazo describe esta teoría en los siguientes términos: *“Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda conducta incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”*²¹.

De esta formulación se desprenden varios elementos de relevancia a efectos de este trabajo.

regla fue objeto de reserva por el Estado de Chile al aprobarse y promulgarse dicho tratado internacional en nuestro país.

²¹ DIEZ-PICAZO, Luis. (1963). Op. Cit., p. 142.

En primer lugar, que el fundamento de esta teoría radica en el principio general de la buena fe. Ya volveremos sobre este punto, de suma importancia para sustentar una aplicación de la doctrina del *venire* en los sistemas jurídicos que, como el nuestro, no tienen una consagración expresa de la doctrina con la amplitud dada por la dogmática. La buena fe, en cambio, es un principio que no genera duda alguna sobre su consagración en nuestro Derecho Civil y en su aplicación al sistema jurídico en su conjunto.

En segundo lugar, que esta doctrina se centra en los “*comportamientos*” de relevancia jurídica de los sujetos, más que en sus intenciones subjetivas o móviles psicológicos. Así, la conducta de las partes aparece como el principal objeto de análisis de la teoría de los actos propios, comportamientos que generan deberes de actuación futuros para el agente.

Además, como se ha venido esbozando, la consecuencia de la aplicación de esta doctrina es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria con el propio comportamiento previo²².

La dogmática chilena define esta teoría en términos análogos. Así, el profesor Fueyo la entiende como aquél “(...) *principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente*”²³.

²² Alejandro Borda, otro autor citado de manera recurrente en la jurisprudencia nacional que se pronuncia sobre la Teoría de los Actos Propios, entiende a esta como aquella “(...) *regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto a todo comportamiento anterior efectuado por un mismo sujeto*”. BORDA, Alejandro. (2000). *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot, p. 53.

²³ FUEYO, Fernando. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 310. Por su parte, Ekdahl la define como aquella “regla que establece que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, lo que concierne al principio que impide las conductas contradictorias y que se plasma en la máxima *venire contra factum proprium non valet*”. EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., p. 25. En el mismo sentido, Corral sostiene que la misma “permite oponerse al ejercicio de un derecho o pretensión que afecta a un tercero cuando quien lo realiza ha efectuado con anterioridad una conducta o comportamiento que resulta contradictoria con lo que ahora pretende”. CORRAL,

Luego, de las definiciones enunciadas, cabe concluir que la regla del *venire* involucra: (a) dos conductas o comportamientos de relevancia jurídica de un determinado agente, y (b) una contradicción entre ambos comportamientos. Asimismo, el segundo comportamiento debe lesionar la legítima expectativa de un sujeto generada por la primera conducta del agente.

C. NATURALEZA JURÍDICA

La concepción operativa del adagio *venire contra factum proprium non valet* ha estado históricamente condicionada por la evolución de la dogmática jurídica occidental²⁴. Una zona de aparente divergencia entre sus estudiosos concierne a la naturaleza que se asigna a la regla del *venire* en el sistema jurídico. En efecto, la doctrina alberga diversas posiciones, a saber: entenderla como una regla de derecho, como un principio general del derecho o como una doctrina jurídica²⁵.

Para algunos se trata de una norma jurídica o regla de derecho. Los argumentos que se sostienen en ese sentido serían la existencia de excepciones a su aplicación (lo que excluiría la posibilidad de considerarla un principio general), y principalmente su carácter de regla residual. En tal sentido, se añade que se le da

Hernán. (2010b). La doctrina de los actos propios en el derecho de familia. En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, p. 1.

²⁴ Principalmente CORRAL, Hernán. (2010a). Al respecto, se plantea un origen análogo y asimilable a diversas reglas derivadas del derecho romano, su intento de generalización como “*regula iuris*”, su conceptualización como *brocardo* por los glosadores de Bolonia y los canonistas, su delimitación como doctrina por célebres comentaristas como Bártolo y Baldo, y su posterior devenir (luego de su omisión en Las Partidas) para volver a aparecer luego del proceso codificador en el derecho moderno.

²⁵ PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p.54. Sin embargo, la apreciación de la autora en orden a señalar que “*la gran mayoría de estudiosos del tema no dudan en afirmar que estamos ante una regla de derecho al aludir a la expresión venire contra factum proprium non valet*” no parece condecirse –como se demostrará– con la mayoría de la doctrina en la actualidad, siendo aquella una posición minoritaria.

el carácter de regla para constituirla en un límite al ejercicio de los derechos subjetivos²⁶.

Para la posición que podemos identificar como mayoritaria, se trataría de una doctrina que constituiría una manifestación concreta y específica del principio general de la buena fe²⁷. Se le niega la categoría de regla de derecho pues no existe una manifestación normativa expresa como tal de la institución, o al menos un “conjunto normativo que permita efectuar esa deducción”²⁸. Asimismo, de acuerdo a esta posición, la doctrina en comento no constituye un principio general del derecho por las mismas razones esgrimidas por quienes la entienden como una regla jurídica.

Esta tesis, como se ha constatado, es la preponderante en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia²⁹. Así, la Corte Suprema ha sostenido que una determinada “(...) alegación atenta contra la que se ha denominado en doctrina la teoría de los actos propios, la cual como lo ha establecido esta Corte, reconociendo que en nuestro sistema normativo no se establece “una regulación específica en relación con la teoría de los actos propios, la cual, sin embargo, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe –concebida ésta en su faz objetiva- a la que se refiere el artículo 1546 del Código Civil cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan

²⁶ BERNAL, Mariana. (2008). Op. Cit., p. 308; BERNAL, Mariana. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. Revista Vniversitas, N° 120, p. 258

²⁷ LÓPEZ MEZA, Marcelo. (2009). La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación. Revista Vniversitas, N° 119; DIEZ-PICAZO, Luis. (1963); FUEYO, Fernando. (1990); y SALAH, María Agnes. (2008). En general, EKDAHL, María Fernanda. (1989), adhiere a esta teoría.

²⁸ CORRAL, Hernán. (2010b). Op. Cit., p. 106. Ello se vería reforzado por su aplicación en diversas ramas del derecho, siempre con el común denominador de fundarse en tratarse de una aplicación de la buena fe objetiva.

²⁹ PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit., p. 141.

*precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o costumbre pertenecen a ella” (...)*³⁰.

D. FUNDAMENTOS DE SU INCORPORACIÓN

Otra materia que ha suscitado discusión en términos conceptuales dice relación con el fundamento de la incorporación del *venire*. La materia ha sido objeto de debate desde los inicios de los intentos por revitalizar la máxima del *venire* en la era post-codificación en los sistemas de Derecho Civil. En especial, se intenta darle cabida en vista de la ausencia de consagración expresa de la misma en los códigos civiles de diversos países.

Por ejemplo, se ha sostenido que esta teoría se fundamenta en la manifestación tácita de voluntad del agente o en la renuncia tácita de derechos³¹.

Sin perjuicio de lo señalado, existe cierto consenso (incluso entre quienes niegan su carácter de derivación del principio de buena fe para considerarla una regla de derecho) en que sería una institución cuyo fundamento último se encuentra en el principio general de la buena fe en el Derecho Civil.

Así se pronuncian la doctrina y jurisprudencia nacionales, al señalar que *“(...) el proceder de un individuo debe ser necesariamente coherente y por ende no debe estar en contradicción con su anterior conducta, pues ello constituiría una deslealtad, una falta de honradez y de rectitud en sus relaciones jurídicas, que contravendría el deber de proceder lealmente. Es decir, estamos en presencia de un comportamiento contrario a la buena fe objetiva”*³².

³⁰ CORTE SUPREMA. (2015). Sentencia de 10 de diciembre de 2015, rol N° 2581-2015.

³¹ PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p. 59.

³² PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p. 55. En el mismo sentido: EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., pp. 59 y ss; FUEYO, Fernando. (1990). Op. Cit., p. 308; SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., p. 197; LÓPEZ MEZA, Marcelo. (2009). Op. Cit., p.191; y PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit., p. 139, para quien el deber de coherencia se hace exigible a los contratantes *“a través del principio general de la buena fe –establecido en nuestro medio en el artículo 1546 del Código Civil– en su faz objetiva”*;

En la misma línea, Boetsch añade que es en el marco de un “(...) estudio técnico de la buena fe” que se han desarrollado ciertas teorías relevantes para el Derecho Civil moderno, como la de los actos propios, del abuso de derecho, o de la protección de las apariencias tanto en la tradición jurídica de derecho continental como en la del derecho anglosajón. Así, es la buena fe objetiva la que “(...) impide que la confianza generada por una determinada conducta sea defraudada por un obrar contradictorio (...)”³³.

Cabe mencionar que indiscutiblemente estaríamos en presencia de una derivación del principio de la buena fe en su dimensión objetiva, esto es, el comportamiento correcto, honesto o leal (no siendo relevante en principio la buena fe en un sentido subjetivo)³⁴.

La conclusión es refrendada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Así, es recurrente en las sentencias que resuelven conflictos en los que se ha invocado al *venire* que el máximo tribunal sostenga con bastante homogeneidad que este se trata de un “(...) criterio orientador derivado del principio general de la buena fe –concebida ésta en su faz objetiva– a la que se refiere el artículo 1546 del Código Civil cuando prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe (...)”³⁵, o que “(...) esta buena fe objetiva –que como se dijo sirve de sustento a la teoría de los actos propios– consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente, obrando con rectitud (...)”³⁶.

³³ BOETSCH, Cristián. (2011). Op. Cit., p. 68.

³⁴ Sin perjuicio de ello, el sujeto que invoca a su favor la teoría de los actos propios no podría hacerlo de mala fe en sentido subjetivo: “(...) la única función razonable que la buena fe subjetiva puede tener en la aplicación de estas doctrinas aparece como la de desechar aquellos casos en que ha existido mala fe de quien pretende invocarlas en su beneficio”. SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., p. 199.

³⁵ CORTE SUPREMA. (2015). Sentencia de 10 de noviembre de 2015, rol N° 2581-2015.

³⁶ CORTE SUPREMA. (2012). Sentencia de 2 de mayo de 2012, rol N° 3965-2011.

E. REQUISITOS DE APLICACIÓN Y CARÁCTER RESIDUAL

Los presupuestos de aplicación de la teoría de los actos propios presentan, con mayor o menor unanimidad, rasgos bastante delimitados en las fuentes consultadas. A continuación, se dará cuenta de los requisitos que deben estar presentes para que se considere su procedencia y aplicación en un caso concreto.

La formulación clásica y más aceptada que ha sido seguida por la doctrina nacional y comparada en la materia es la formulada por Díez-Picazo, quien plantea que los requisitos de aplicación de la teoría son los siguientes:

“1° Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz. 2° Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3° Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuírsele a la conducta anterior. 4° Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos.”³⁷.

En nuestro derecho, la configuración tradicional de los requisitos de la teoría fue realizada por Ekdahl³⁸, la que ha sido reiterada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacionales.

Sin embargo, ciertos presupuestos de aplicación de la misma han suscitado debate en la doctrina. En relación al primero de los requisitos señalados, Pardo sostiene que debe tratarse de una conducta constituida por uno o varios actos, que den cuenta de *“una forma de proceder del individuo frente una determinada situación jurídica”*, debiendo tratarse de una conducta de relevancia jurídica, de la que debiese obtenerse una interpretación que caracteriza como *“unívoca, objetiva*

³⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. (1963). Op. Cit., pp. 193-194.

³⁸ EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., pp. 38-39.

y también inmediata”. Por último, sostiene que debe tratarse de una conducta jurídicamente eficaz o válida³⁹.

En el mismo sentido, López Meza indica que la conducta inicial del sujeto no puede dar lugar a equívocos o más de una interpretación posible. Cita al respecto jurisprudencia comparada que sostiene que la aplicación de la doctrina exige que los actos “(...) deben ser inequívocos en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídica”⁴⁰. Salah reafirma lo anterior al decir que “(...) debe ser susceptible de influir en la conducta de terceros”⁴¹.

Un elemento fundamental es la contradicción entre la conducta pasada y aquella que se pretende invocar. Pardo exige una contradicción “clara y precisa”⁴². Tal contradicción se vincula a la dimensión objetiva de los actos, con prescindencia de las intenciones en juego. La misma idea expresa López Meza, en el sentido de que la contradicción debe ser “palmaria, no debe dejar lugar a dudas ni a segundas interpretaciones”⁴³. De esta forma, la contradicción entre los comportamientos debe ser objetiva y apreciable externamente, sin atender a la subjetividad (fuero interno de las partes) o a divergencias de interpretación (más de una interpretación volitiva posible) sobre la significación de una determinada conducta.

El sujeto activo debe ser la misma parte o persona que luego incurre en la contradicción. A su vez, el sujeto pasivo de la conducta inicial debe ser la misma persona que es sujeto pasivo de la conducta contradictoria⁴⁴. La carencia de identidad de los sujetos involucrados en los casos sobre los cuales se ha

³⁹ PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., pp. 55-56.

⁴⁰ LÓPEZ MEZA, Marcelo. (2009). Op. Cit., p. 199.

⁴¹ SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., p. 195.

⁴² PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). Op. Cit., p. 57.

⁴³ LÓPEZ MEZA, Marcelo. (2009). Op. Cit., p. 201.

⁴⁴ Dando cabida a su aplicación igualmente ante situaciones de sucesión, representación, subrogación, u otras que permitirían configurar una identidad legal de partes.

pronunciado la jurisprudencia es una de las problemáticas de la aplicación de la teoría⁴⁵.

La doctrina discute acerca de las sanciones aplicables a quien actúa contra sus actos propios, a saber: la indemnización de perjuicios a favor del sujeto pasivo, la inoponibilidad de la conducta contradictoria al sujeto pasivo, la nulidad absoluta, la pérdida del derecho, y la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria (esto es, de la conducta posterior), siendo esta la más aceptada⁴⁶.

Un último aspecto a mencionar es el carácter de regla residual que la doctrina asigna a la Teoría de los Actos Propios, esto es, que su aplicación no puede pugnar con reglas legales de derecho positivo⁴⁷.

El fenómeno jurisprudencial de acudir a estándares extra-legales como la regla del *venire* para resolver determinados conflictos ha sido criticado por la doctrina por contribuir a la vulgarización del Derecho Privado, dado que existen reglas del derecho positivo vigente adecuadas para dar solución a los mismos⁴⁸.

Pues bien, en vista que se cuestiona la utilización de la regla del *venire* para resolver conflictos relativos a la interpretación de contratos⁴⁹, debemos delimitar nuestra propuesta de análisis. No intentaremos refutar los argumentos que llevan a la doctrina a concluir que la regla del *venire* debe tener un carácter residual y ceder en su aplicación ante reglas del derecho positivo que contemplen soluciones

⁴⁵ PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit. p. 149.

⁴⁶ EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., p. 119; SALAH, María Agnes. (2008). Op. Cit., p. 196; CORRAL, Hernán. (2010b). Op. Cit., p. 106. Ratifica lo anterior la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que ha sostenido: “*Que el efecto aparejado a la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta*”. CORTE SUPREMA. (2011). Sentencia de 10 de noviembre de 2011, rol N° 6307-2010.

⁴⁷ PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit., p. 146.

⁴⁸ PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit. p. 137.

⁴⁹ PADILLA, Ricardo. (2013). Op. Cit., p. 177.

a los conflictos jurídicos. Por el contrario, creemos que las razones dadas para ello son atendibles y concordantes con la lógica de nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, como se demostrará, una de las reglas de interpretación de los contratos que consagra el Código Civil chileno, a saber, la parte final del artículo 1564, debe ser entendida como una de las manifestaciones propias de la Teoría de los Actos Propios en nuestra legislación. De esta forma, el estudio de esta teoría en términos conceptuales, así como sus fundamentos, requisitos y consecuencias, es del todo pertinente para comprender la aplicación que se debe hacer (y se ha hecho) de la regla referida, que encuentra su *ratio legis* en el *venire* analizado en este capítulo.

2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

Habiendo delimitado conceptualmente la Teoría de los Actos Propios, corresponde analizar su aplicación y consagración en las reglas de hermenéutica contractual del Código Civil. La doctrina ha analizado con detención las diversas ramas del derecho en las que la Teoría de los Actos Propios tendría aplicación. Se ha analizado su aplicación a disciplinas: en el Derecho Público (en especial, al Derecho Administrativo)⁵⁰, en el Derecho del Trabajo⁵¹, en el Derecho Procesal⁵² y en el Derecho de Familia⁵³.

Dentro del Derecho Civil patrimonial, también se ha realizado por la doctrina una revisión de los casos en que el ordenamiento jurídico consagraría

⁵⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVIII, N° 2, pp. 83-105.

⁵¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. (2009). Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (1er Semestre), pp. 261-280.

⁵² CARRETA, Francesco. (2008). Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N°1, pp. 101-127.

⁵³ CORRAL, Hernán. (2010b). Op. Cit., p. 113 y siguientes.

manifestaciones de la regla del *venire*⁵⁴. Sin perjuicio de ello, su consagración en las reglas de interpretación de los contratos no ha sido objeto de un análisis expreso y acabado en la literatura nacional⁵⁵, pese a que desde larga data –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de nuestros tribunales– se ha reconocido la relevancia de la conducta de las partes a la hora de solucionar conflictos de interpretación contractual.

Sostenemos que es dable entender que el artículo 1564 inciso tercero del Código Civil consagra a la regla del *venire* como criterio que el juez debe considerar para desentrañar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales, incluso cobrando una relevancia mayor a otras reglas de interpretación de los contratos de dicho cuerpo legal. En efecto, como se expondrá en base a la doctrina y jurisprudencia consultadas, la aplicación práctica del contrato se ha constituido en el mecanismo más idóneo para conocer la intención de los contratantes⁵⁶.

⁵⁴ De ellos se realizó una síntesis previamente en la nota al pie N° 20.

⁵⁵ Se podría considerar que –aunque no se refiere expresamente a la regla del *venire*– puede descubrirse implícitamente la idea en el trabajo de CLARO SOLAR, Luis. (2013). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 22: “*La ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido hoy se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio*”. Por otra parte, Alberto Lyon se ha referido al tema en un sentido similar, indicando que “[S]i una parte ha cumplido la obligación de una determinada manera (...) no puede sostener después que dicha forma de cumplimiento no corresponde a la intención de los contratantes”. LYON PUELMA, Alberto (2009). Integración e interpretación de los contratos. En: ALCALDE, Enrique, y FÁBREGAS, Hugo (coord.). Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, p. 186.

⁵⁶ Así, se ha señalado que “(...) muchos ordenamientos incorporan como criterio la conducta de las partes, anterior, concomitante y posterior a la conclusión del acuerdo” para conocer la intención de sus autores”. ARENA, Federico. (2011). Intención, contratos e interpretación de textos jurídicos indeterminados. *Isonomía*, N° 35, p. 72. El Código Civil argentino y el italiano lo hacen expresamente. En el Derecho Civil chileno, ha dado cuenta de la importancia de la conducta interpretativa CLARO SOLAR, Luis. (2013). Op. Cit, p. 21.

A. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LOS CONTRATOS

Dispone el artículo 1564 del Código Civil lo siguiente:

“Art. 1564. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra.” [Énfasis añadido]

Circunstancia conocida es que el Código de Bello siguió de forma bastante literal la propuesta interpretativa realizada por Pothier en su Tratado de las Obligaciones⁵⁷. El célebre jurista francés formula doce reglas de interpretación de las convenciones⁵⁸, cuya estructura y literalidad se repiten con notable similitud en los artículos 1560 al 1566 del Código de Bello.

También se ha señalado que el legislador no tomó el inciso final del artículo 1564 citado de las reglas formuladas por Pothier⁵⁹. Una lectura de las mismas da cuenta de que Pothier no asignó a la conducta interpretativa el rol que nuestro Código le otorgó. Omisión que en nuestro derecho Luis Claro Solar explica como una consecuencia de la relevancia incuestionable de la regla: no sería necesario consagrar de forma expresa aquello que, indudablemente, es el primer criterio para encontrar la voluntad de las partes⁶⁰.

Luego, desde larga data en nuestro Derecho Civil se ha venido analizando el inciso final del artículo 1564 como una regla de interpretación fundamental de

⁵⁷ CLARO SOLAR, Luis. (2013). Op. Cit., p. 22.

⁵⁸ POTHIER, Robert Joseph. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Argentina: Heliasta, pp. 51-63.

⁵⁹ “*El Código Civil chileno consagra tres reglas de interpretación de los contratos que no se encuentran ni en Pothier ni en la ley francesa. Trátase de los artículos 1564 inciso 2°, 1564 inciso 3° y 1566 inciso 2°*”. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. (2010). *Los contratos: parte general*. Santiago: Editorial Legal Publishing, p. 455.

⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis. (2013). Op. Cit., p. 22.

los contratos, dándole los autores nacionales el carácter de “interpretación auténtica” o fidedigna del texto contractual.

Ya sostenía lúcidamente Claro Solar que “(...) *la interpretación o aplicación que las mismas partes han hecho de las cláusulas del contrato, sobre cuya significación discuten después, es, de la aplicación práctica lo mismo que la interpretación auténtica de la ley, o sea la que de ella ha dado el legislador mismo, la que debe naturalmente preferirse a la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias*”⁶¹.

Así, esta regla permite desprender de la “*conducta interpretativa*” de las partes la verdadera intención de las mismas (en los términos del artículo 1560 del Código Civil), mecanismo que debiese tener preeminencia por sobre las demás reglas legales de interpretación de los contratos. Solo en ausencia de una interpretación auténtica, que emane de la conducta de las partes, cabría “*recurrir a la doctrinal, respecto de la cual consigna el Código las diversas reglas que el juez debe seguir*”⁶².

Jorge López destaca la importancia del precepto y cita como fuente que justifica la interpretación auténtica el principio en virtud del cual “*el intérprete, para determinar la intención de las partes, debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas de la declaración. Este principio, en cambio, sí que fue reconocido expresamente por el legislador italiano en el Código de 1942*”⁶³.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ratifica la relevancia de la interpretación auténtica en el proceso de hermenéutica contractual. El máximo tribunal ha sostenido, a efectos de descartar que la conducta interpretativa atente contra la fuerza obligatoria del contrato, que “*(...) Enunciado lo que es el principio del respeto al proceder individual y que obrar contra acto propio no vale, la*

⁶¹ CLARO SOLAR, Luis. (2013). Op. Cit, p. 21.

⁶² CLARO SOLAR, Luis. (2013). Op. Cit., p. 23

⁶³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. (2010). Op. Cit., p. 457. Cita al Artículo 1362-2 del Código Civil italiano: “*Per determinare la commune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*” (Para determinar la intención común de las partes, se debe evaluar su comportamiento general incluso después de la terminación del contrato [traducción libre]).

interpretación auténtica se presenta como una de las de mayor importancia. Subrayando su capital importancia los autores chilenos, Claro Solar, por ejemplo, estiman que en un eventual orden de prelación, ella debería figurar inmediatamente a continuación del artículo 1560. "La interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluido el contrato, ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, acatado, si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad. "En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad". Interpretando auténticamente, la Corte Suprema ha dicho: "La regla del inciso 3 del artículo 1564 es de importancia principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellos mismos de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer". (Jorge López Santa María, op. cit. página 96)⁶⁴.

En el mismo sentido, sostuvo que "(...) Que, en fin, debe tenerse en cuenta el principio que postula que concluido el contrato, ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad declarada, pero en la comprensión que ello no se opone al acuerdo interpretativo de las partes, que es lo que en definitiva implica la aplicación práctica de la convención (...)⁶⁵".

La importancia de la conducta interpretativa como elemento primordial de la hermenéutica contractual se reitera en las sentencias de la Primera Sala (Civil) de la Corte Suprema, por ejemplo al sostener que "(...) no cabe duda que la situación preponderante para precisar esta intención y que debió ser valorada por el órgano judicial correspondiente, es la del comportamiento sostenido por las partes, a partir

⁶⁴ CORTE SUPREMA. (2009). Sentencia de 21 de julio de 2009, rol N° 1556-08.

⁶⁵ CORTE SUPREMA. (2005). Sentencia de 4 de mayo de 2005, rol N° 3111-03.

de la cláusula séptima que sirve como fuente para este arbitraje, por la cual quienes la suscriben comienzan aseverando que: "Toda dificultad que se suscite entre los comparecientes...", intención que evidencia que lo realmente querido por ellas y con arreglo a lo cual desplegaron y acomodaron reiteradamente su comportamiento, coetánea y posteriormente a su celebración, fue sustraer sus conflictos de la justicia ordinaria y someter su solución íntegramente a la jurisdicción arbitral (...)⁶⁶".

B. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL CONTRATO COMO MANIFESTACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

En atención a lo señalado, es del todo lógico entender que la libre y voluntaria ejecución de las obligaciones contractuales de las partes, o de una de ellas con la aquiescencia o aprobación de la contraria, es un mecanismo esencial para determinar la intención de estas al contratar.

En este sentido, se ha indicado que "(...) *el comportamiento de las partes en los contratos, ya sea cuando manifiestan de manera expresa su voluntad o si lo hacen de forma tácita, es fuente de interpretación. El intérprete del contrato debe, por lo tanto, revisar si se presentan incoherencias y confrontarlas con la presunta voluntad de las partes al contratar*"⁶⁷. Es, en definitiva, una voluntad "traducida en el acuerdo" que se expresa en su ejecución práctica; y no la mera voluntad de cada contratante carente de vinculación con la de la contraria.

Esta argumentación se ve reforzada considerando que el *venire*, como se ha señalado anteriormente, es una derivación del principio general de la buena fe objetiva que debiese guiar el proceso interpretativo de los textos contractuales. En nuestro derecho se atribuye suma importancia a la buena fe objetiva como criterio

⁶⁶ CORTE SUPREMA. (2012). Sentencia de 3 de octubre de 2012, rol N° 5643-2012.

⁶⁷ BERNAL, Mariana. (2010). Op. Cit., p. 260.

interpretativo. En este sentido, se ha destacado la relevancia de los parámetros de la buena fe objetiva para la hermenéutica contractual⁶⁸.

Como señala Boetsch, *“(...) no existe una norma positiva que de manera expresa imponga la interpretación de buena fe de los contratos, a diferencia de lo que ocurre en una serie de legislaciones extranjeras, tales como Italia o Alemania”*⁶⁹. Pero el mismo autor concluye inequívocamente que sí tiene aplicación el principio en el ejercicio interpretativo atendido que: a) la buena fe es un principio general del derecho, b) cumple, al igual que todos los principios, una función interpretativa, c) no requiere de una consagración expresa para tener aplicación. Ello hace coherente el ordenamiento jurídico, dado que sostener lo contrario (la ausencia de la buena fe en la interpretación de los contratos) implicaría amparar una interpretación de mala fe de los mismos. Es muy clarificadora la forma en que debiese operar la buena fe como criterio interpretativo en palabras del referido autor: *“Que el juez, a lo largo de su interpretación, se basa en la buena fe, se traduce en que toda aplicación de una norma contractual que conduzca a un resultado deshonesto debe ser rechazada. De este modo, siempre habrá de preferirse la interpretación que mejor se adecue con el principio de buena fe”*⁷⁰.

Ekdahl también sostiene la relevancia del *venire* en la interpretación de los contratos, señalando que *“(...) en los acuerdos o negocios jurídicos que celebren entre sí, así como en su interpretación y ejecución, deberán respetar y hacer prosperar, a modo de fundamento básico en su manera de proceder, los postulados de la buena fe”*⁷¹.

La conclusión del entendimiento de la regla referida del artículo 1564 del Código Civil como una manifestación de la Teoría de los Actos Propios aparece

⁶⁸ CORRAL, Hernán. (2006). La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. *Cuaderno de análisis jurídico. Colección derecho privado*, vol. III, pp. 206 y ss.

⁶⁹ BOETSCH, Cristián. (2011). Op. Cit., p. 131.

⁷⁰ BOETSCH, Cristián. (2011). Op. Cit., p. 133.

⁷¹ EKDAHL, María Fernanda. (1989). Op. Cit., p. 69.

también en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por la claridad de los siguientes considerandos, los transcribimos de manera íntegra a continuación:

“UNDÉCIMO: Que, como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico, aun sin una regulación sistemática sobre el particular, reconoce razones vinculadas al principio elemental de la buena fe que repelen al venire contra factum proprium, puesto que, superando la pura nomofiláxis, constituye una directriz que responde a la idea básica de resistir el amparo de conductas de quienes, por motivos de exclusiva y personal conveniencia, desatienden los márgenes de sus conductas previas se intenta, en cambio, alentar el comportamiento in bonis de los agentes en el sistema jurídico que, a priori, se presume ”

“DECIMOSEXTO: Que el efecto aparejado a la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta (...)”.

“DECIMONONO: Que lo narrado recién, deja ver que, en pos de una interpretación auténtica, los sentenciadores han dado una acertada aplicación a lo preceptuado en el artículo 1560 del Código Civil, al poner el primer acento en la conducta contractual justificada en autos llevada a cabo por los ahora litigantes, siempre en relación a lo expresamente declarado en el texto del contrato y, luego ante la falta de soporte literal definir lo tocante a la prestación de servicios que siguió a la expiración del contrato original, conforme a los dictados de la aplicación práctica de los términos que resultaban acordados insertos en el procedimiento de licitación del que la actora y recurrente tomó parte”⁷².

⁷² CORTE SUPREMA. (2011). Sentencia de 10 de noviembre de 2011, rol N° 6307-2010.

Considerando lo expuesto, cabe preguntarse cómo podría darse operatividad a lo planteado ante un caso concreto, aplicando la teoría de los actos propios a la regla citada y en definitiva concluyendo con la consecuencia de la correlación entre dichos elementos.

El caso sería el siguiente:

(1) Las partes (ambas, o al menos una con la aquiescencia de la otra) dan al contrato una aplicación concreta y práctica en la fase de ejecución del mismo que supone otorgarle a las disposiciones contractuales un sentido preciso y determinado. Así, se cumpliría el primer requisito de aplicación de la Teoría de los Actos Propios, esto es, una conducta jurídicamente relevante, unívoca, válida y eficaz.

(2) Luego, una de las partes (sea la que ejecutó la conducta, o bien, la que consintió o no objetó la ejecución dada por la contraria) ejerce una acción en contra de su contraparte, fundando dicha pretensión en una interpretación que supone darle a la cláusula contractual un sentido diverso al que se le daba en la ejecución que le dio esa misma parte a la disposición contractual en cuestión. O, eventualmente, la parte demandada en juicio opone una defensa o excepción que supone una interpretación del texto contractual diversa a la ejecución dada al contrato por ella misma con aprobación de la contraria, o a la dada por ella con la aquiescencia o ausencia de reclamación de la demandante. Así, se verificarían los otros presupuestos de la Teoría de los Actos Propios, esto es, la conducta posterior contradictoria en términos objetivos⁷³ y la identidad de los sujetos, en términos generales.

(3) El juez, conociendo de dicho conflicto interpretativo, y en aplicación de la Teoría de los Actos Propios (que se encontraría en la *ratio*

⁷³ La esfera de conductas respecto de las cuales podría aplicarse la regla *venire* se extiende más allá de pretensiones judiciales, comprendiendo cualquier conducta apta de generar la contradicción que vulnera una legítima expectativa. BERNAL, Mariana. (2010). Op. Cit., p. 262.

legis del artículo 1564 inciso final del Código Civil), debiese declarar la inadmisibilidad de la pretensión fundada en la conducta contradictoria (la acción o la defensa, según sea el caso).

La observancia de este proceso ante determinados problemas jurídicos sería una buena forma de robustecer las decisiones interpretativas de los textos contractuales y, además, es lógica y consistente con las limitaciones que enfrentan los operadores jurídicos. Como se ha señalado, “(...) *mientras que los estados neuronales u otros estados físicos candidatos no sean más conocidos y accesibles a la inspección, el modo de conocer los estados mentales ajenos continuará siendo, preponderantemente, el examen del comportamiento*”⁷⁴.

Incluso doctrina reacia a la aplicación del *venire* en el ordenamiento jurídico chileno reconoce que en la regla en comento podría entenderse consagrada la misma. Así, se ha sostenido que “*Algunas de las disposiciones de nuestro Código Civil parecen inspirarse en ese refrán (Venire) especialmente las contenidas en los artículos 1564 inciso 3° (...) Esta es la norma de nuestro Código que recoge como fuente de interpretación “la conducta interpretativa”, pero es de advertir, como por lo demás lo hace el mismo Borda, que en ese caso se requiere algo más de lo que exige el refrán del Venire, puesto que se exige que las conductas sean actos comunes a ambas partes, o bien ejecutados por una de ellas con el asentimiento o aceptación de la otra*”⁷⁵.

⁷⁴ ARENA, Federico. (2011). Op. Cit., p. 76.

⁷⁵ LYON PUELMA, Alberto. Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe? En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, p. 60.

CAPITULO II: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

El objetivo de este trabajo es analizar la interpretación del contrato desde la Teoría de los Actos Propios y el AED, a efectos de evaluar la compatibilidad entre ambos parámetros. Creemos que el AED robustece la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, contribuye a la labor hermenéutica de los jueces y da certeza, eficiencia y mejora las posibilidades de previsión a las partes.

En este capítulo nos referiremos, en primer lugar, a algunos conceptos generales del AED; en segundo lugar, nos haremos cargo de los principales aportes y elementos que esta doctrina ha hecho e introducido al derecho de los contratos, y; finalmente, nos referiremos a la contribución que el AED puede realizar a la interpretación contractual.

1. EL AED: ASPECTOS GENERALES

La base de la teoría económica es el fenómeno de la escasez y la asignación de recursos, idea que subyace al principio en virtud del cual *“los hombres tienen necesidades ilimitadas, al tiempo que los medios de que disponen para satisfacerlas son limitados”*⁷⁶. Así, el criterio rector del AED es la eficiencia, elemento que se funda en la economía de bienestar y que supone una concepción antropológica del hombre como “ser racional maximizador de recursos”. De este modo, la aplicación de la economía al Derecho implica el estudio acerca de cómo lograr el máximo de satisfacción con recursos escasos⁷⁷.

⁷⁶ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, p. 60.

⁷⁷ BARCIA, Rodrigo. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, p. 150.

Corolario de lo anterior es lo que en economía se denomina *homo economicus* o hipótesis de comportamiento racionalmente egoísta, en virtud de la cual los hombres intentan incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal⁷⁸. Tal elemento es una base de análisis coincidente con principios que subyacen al estudio jurídico tradicional de los estándares del Derecho Civil patrimonial. Analizar al hombre como maximizador de su beneficio personal no es, en principio, incompatible con los principios rectores del fenómeno contractual, tales como la autonomía privada y el principio de la buena fe en sentido objetivo⁷⁹.

Ambos elementos –el principio de eficiencia y el hombre como maximizador de utilidades– son la base de la teoría económica y conceptos centrales del individualismo metodológico que permite a esta ciencia intentar predecir el comportamiento de las sociedades⁸⁰. En este sentido, es relevante advertir que el objetivo del AED no es defender la economía como un sistema normativo alternativo al ordenamiento jurídico, sino que se postula como un método de predictibilidad de las conductas de las personas en el tráfico negocial. En este orden de ideas, Peña acota que *“Conviene advertir que este supuesto de la racionalidad (...) constituye una concepción metodológica y no normativa, es decir, no se trata de afirmar ni que los hombres deban actuar de esa manera, ni, tampoco, que de hecho y en todos los casos, lo hagan así. Lo que este supuesto de racionalidad económica afirma es que podemos, en un grado relevante,*

⁷⁸ En este sentido, MERY, Rafael. (2004). Op. Cit., p. 123; y PLATA, Luis. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 23, p. 100.

⁷⁹ MONROY, Daniel. (2010). Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos. *Con-texto. Revista de Derecho y Economía*, N° 33, p. 61.

⁸⁰ Scháfer y Ott se refieren a que *“los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente, y que proceden racionalmente para la consecución de ese objetivo”*. SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 61. Este elemento basal del desarrollo de la economía y de particular relevancia para estudiar el derecho desde el AED, se funda en la doctrina del individualismo metodológico de Max Weber, el cual consiste en *“formular conceptos de acción individual estrictamente racional que satisfacen los requisitos lógicos de no contradicción – univocidad – evidencia racional y los requisitos metodológicos de comprensibilidad y explicatividad, por cuanto puede ser incorporado como sujeto de un enunciado causal y como sujeto del que se comprende la razón o el motivo de su acción o causación”* v. GONZÁLEZ, Luis. (1993). El ‘individualismo metodológico’ de Max Weber y las modernas teorías de la elección racional. *Revista Realidad*, N° 34, p. 435.

*formular proposiciones predictivas y explicativas de la conducta interactiva de los seres humanos si los concebimos como animados por este tipo de racionalidad*⁸¹.

Esta racionalidad económica, expresada en los principios de eficiencia y del hombre como maximizador de recursos, son los que el AED utiliza para predecir el comportamiento jurídico de los individuos, o lo que interesa a efectos de nuestra investigación, para intentar consagrar un margen relevante de predictibilidad de las decisiones de los tribunales en materia de interpretación de los contratos.

A partir de lo anterior, consideramos atinente referirnos a conceptos económicos relevantes que el análisis económico utiliza y aplica para comprender el estudio del derecho desde este modelo, a saber: el principio de eficiencia, por un lado, y el Teorema de Coase y los costos de transacción, por otro.

A. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

Consideramos necesario, ante todo, reflexionar brevemente sobre el origen del principio de eficiencia. Para ello, son fundamentales los postulados de Guido Calabresi y Douglas Melamed expuestos en su clásico artículo "*Property Rules, Liability rules, and Inalienability: One view of the Cathedral*"⁸².

Los autores discurren en torno a las reglas que el ordenamiento establece para proteger los derechos. En este sentido, distinguen –de acuerdo al grado de intervención estatal en la protección– tres tipos de reglas: de propiedad, de responsabilidad, y de inalienabilidad. Previo a determinar esta forma de protección, se hace necesario establecer cómo se asignan tales derechos. Los autores sostienen que la eficiencia económica constituye un método para determinar tal asignación.

⁸¹ PEÑA, Carlos. (1996). Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil. En: FUEYO, F., PÉREZ, L., et. al. *Instituciones modernas de derecho civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago: Jurídica Conosur, p. 518.

⁸² (1972) *Harvard Law Review* vol. 85, N° 6, pp. 1082-1128. Nos hemos basado en la traducción efectuada por el Centro de Estudios Públicos: (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. *Revista Estudios Públicos (CEP)*, N° 63, pp. 353-391.

Calabresi y Melamed afirman que la eficiencia económica como método de asignación de derechos requiere *“que elijamos el conjunto de derechos que conduciría a aquella asignación de recursos que no podría ser mejor, en el sentido que un nuevo cambio no mejoraría tanto la condición de aquellos que ganaron con él como para que estos compensaran a aquellos que perdieron e, incluso así, quedarán mejor que antes del cambio”*⁸³. Como se verá más adelante, tal requisito o configuración de la eficiencia económica tiene su origen en el denominado “óptimo de Pareto”.

Siguiendo a los autores referidos, un buen ejemplo es el derecho a realizar actividades riesgosas combinado con el derecho a estar a salvo del riesgo, según lo cual la eficiencia buscará, para determinar la asignación del derecho, la determinación de la menor cantidad de accidentes al menor costo de prevención posible. Así, en el campo del derecho de accidentes, la eficiencia determinará la asignación del derecho “a dañar” de acuerdo a los siguientes elementos:

“1) Que la eficiencia económica por sí sola dictaría aquel conjunto de derechos que favorece las opciones bien informadas entre los beneficios sociales y los costos sociales de obtenerlos, y entre los costos sociales y los costos sociales de evitarlos; 2) que ello implica, en ausencia de certeza respecto de si un beneficio vale sus costos para la sociedad, que el costo debería ser impuesto a la parte o actividad mejor situada para hacer tal análisis de costo-beneficio; 3) que en contextos particulares, como accidentes o contaminación, esto sugiere cargar los costos a la parte o actividad que puede evitarlos del modo más barato; 4) que en ausencia de certeza respecto de quién es esa parte o actividad, los costos deberían ser cargados a la parte o actividad que puede actuar con los menores costos de transacción en el mercado a fin de corregir un error en los derechos, induciendo a aquella parte que puede evitar los costos sociales de modo más barato a que lo haga, y 5), que desde que nos hallamos en un área en que por hipótesis los mercados no operan de modo perfecto —hay costos de

⁸³ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. *Revista Estudios Públicos (CEP)*, N° 63, p. 353.

*transacción—, a menudo tendrá que adoptarse una decisión acerca de si son las transacciones de mercado o las regulaciones colectivas lo que con mayor probabilidad nos acerca al resultado óptimo de Pareto que el mercado “perfecto” alcanzaría*⁸⁴. [Énfasis añadido]

Estos criterios del derecho de accidentes y del AED corresponden a la base elemental con la que la economía analiza el ordenamiento jurídico desde la eficiencia, punto de vista relevante a tener en consideración en el estudio de la regla del *venire*.

Calabresi y Melamed sostienen que además de la razón de la eficiencia como método para determinar la asignación inicial de derechos, conviven con esta tanto preferencias distributivas como lo que denominan “*otras consideraciones de justicia*”. Volveremos sobre ellas cuando analicemos los aportes del AED al derecho de los contratos.

En la literatura nacional se ha definido a la eficiencia como el principio “*en virtud del cual se trata de asignar los recursos productivos o asignar responsabilidades de forma de alcanzar el máximo de productividad o satisfacción*”⁸⁵. Se agrega que la eficiencia, como criterio de análisis, se justifica en la teoría del máximo beneficio social, de modo que una actividad eficiente sería aquella que otorga mayores beneficios a consumidores y productores⁸⁶.

Cabe señalar que la eficiencia no es desconocida para el Derecho. Si bien no es un elemento que normativamente sustente toda nuestra legislación, el desarrollo de los individuos y la persecución de intereses privados propios del Derecho Civil patrimonial son compatibles con la idea de considerar a las personas como maximizadoras de utilidades, circunstancia que se logrará en tanto el derecho pueda proporcionar normas eficientes⁸⁷.

⁸⁴ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. (1996). Op. Cit., p. 356 (énfasis agregado).

⁸⁵ BARCIA, Rodrigo. (1998). Op. Cit., p. 152.

⁸⁶ BARCIA, Rodrigo. (1998). Ibid.

⁸⁷ MONROY, Daniel. (2010). Op. Cit., p. 58.

i. EFICIENCIA DE PARETO

El concepto de eficiencia es concretizado mediante la eficiencia de Pareto⁸⁸, esto es, “*una situación social en que solo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio*”⁸⁹. Luego, para estar en esta situación es necesaria una producción, consumo, y estructura productivas que sean eficientes. Llevada al Derecho, la eficiencia de Pareto se traduce en que “*nadie debe estar mejor, si a consecuencia de ello otra persona debe estar peor, ya sea la contraparte o un tercero*”⁹⁰.

De esta misma forma, Cooter y Ulen señalan que estaremos en una situación eficiente –según Pareto– si es imposible cambiarla para que, por lo menos, una persona mejore su situación sin empeorar la situación de otra persona (en ambos casos, según la propia estimación de la misma)⁹¹.

Así, a modo de ejemplo, si un contratante Y celebra con un distribuidor X un contrato de compraventa de mercaderías pagaderas al contado y cuyo cumplimiento por parte del distribuidor se difiere en el tiempo, ante un eventual incumplimiento del mismo, el criterio de Pareto indicaría que X debería -al menos- reembolsar el monto desembolsado por Y para encontrarnos ante una situación eficiente.

ii. CRITERIO DE KALDOR-HICKS

Pese a la importancia de la eficiencia *paretiana* y su aporte a la disciplina, los economistas elaboraron el denominado “criterio Kaldor-Hicks” con el objeto de salvar las restricciones del óptimo de Pareto. Conforme a este último criterio la

⁸⁸ Para una explicación de la génesis del “óptimo de Pareto” y los principales postulados del célebre economista Vilfredo Pareto, véase CARRERAS, Mercedes. (1992). El óptimo de Pareto frente al utilitarismo. *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, I (2). pp. 127-139.

⁸⁹ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 40.

⁹⁰ BARCIA, Rodrigo. (1998). Op. Cit., p. 153.

⁹¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de cultura económica, p. 26.

compensación a los perdedores no debe ser explícita ni desarrollada en la práctica, sino que basta con que ella exista para que nos encontremos en términos eficientes. En cambio, para Kaldor-Hicks, los “*ganadores deben compensar explícitamente a los perdedores ante cualquier cambio, de modo que si no existe ninguna compensación en tales términos los perdedores podrían vetar el cambio en las circunstancias a los ganadores*”⁹².

Este criterio supone que “*una decisión en virtud de la cual, al menos, un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, este último sigue teniendo alguna ventaja*”⁹³.

De esta forma una acción (ya sea la conducta de un sujeto o una decisión jurisdiccional) resulta eficiente siempre que el beneficio obtenido por una persona pueda compensar la pérdida que sufre otra; de modo que si un sujeto recibe un beneficio de un contrato, este resulta a su vez eficiente solo si la contraparte obtiene una retribución por la misma (ya sea una contraprestación como ocurre en los contratos onerosos, o una liberalidad si es que se trata de un contrato gratuito). Tal noción se asemeja a la idea de causa en los actos jurídicos en el sistema de derecho continental y a la doctrina de la *consideration* en el *common law*⁹⁴.

⁹² En este sentido, COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 66. El postulado es formulado por Nicholas Kaldor (KALDOR, Nicholas [1939]. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, The Economic Journal, vol. 49 N° 195); y complementado por John Hicks (HICKS, John [1939]. The Foundations of Welfare Economics, The Economic Journal, vol. N° 49-196).

⁹³ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 46.

⁹⁴ En este sentido, Posner rescata cinco funciones económicas que tendría la doctrina de la *consideration*, destacando una utilidad vinculada a la determinación de las promesas que deben ser exigibles. A saber: i) reducir el número de demandas relacionadas con simples promesas, exigiendo acreditar algo más que las mismas, ii) reducir la posibilidad de acuerdos contractuales inadvertidos, iii) liberar a los tribunales de la ejecución de promesas triviales, iv) liberar a los tribunales de promesas en las que no existía voluntad seria de obligarse, como en aquellos casos en que no hay determinación del precio del intercambio, y, v) prevenir comportamientos oportunistas. POSNER, Richard (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura económica, pp. 97-98.

B. EL TEOREMA DE COASE Y LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

Uno de los principales exponentes del AED en Estados Unidos fue Ronald H. Coase, quien en su citado artículo "*The Problem of Social Cost*" cuestionó la tradicional forma que habían tenido los economistas de resolver el problema de los daños ocasionados por una agente a otro.

La forma tradicional del cuestionamiento era que, ante un agente X que ha producido un daño a Y, la respuesta económica consistía en determinar la forma de restringir a X (quien produce el perjuicio). Coase discrepó de esta forma de análisis y sostuvo que el restringir al agente del daño también le genera un perjuicio a este, por lo que estaríamos ante un problema de "naturaleza recíproca", lo que implica que el real cuestionamiento económico de la situación consiste en determinar a quién debe permitírsele dañar a otro, teniendo en cuenta que el objetivo es evitar al mayor daño⁹⁵.

A partir de este postulado Coase distingue dos situaciones respecto a la determinación de a quién se le permitirá generar el perjuicio. La primera referente a un sistema de precios con responsabilidad por daños y, la segunda, a uno sin responsabilidad por daños. En el estudio de ambas situaciones parte del supuesto de que no existen costos en la determinación del sistema de precios.

Coase demuestra que si consideramos que los autores de daños son responsables de los perjuicios que generan, o si no lo son y solucionan el problema de forma cooperativa –transando sus derechos a dañar en un mercado perfecto–, la solución a la que llegan será igualmente óptima⁹⁶.

Sin embargo, tal supuesto hipotético supone que exista una delimitación exacta de los derechos de propiedad. Así, se requiere "*conocer si la actividad perjudicial es responsable o no del daño causado ya que sin establecer esta*

⁹⁵ En este sentido, COASE, Ronald. (1992). El problema del costo social. *Revista Estudios Públicos* (CEP), N° 45, pp. 82-83

⁹⁶ COASE, Ronald. (1992). Op. Cit., p. 88.

*delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos*⁹⁷.

Como señalábamos anteriormente, la base del modelo que Coase describe es la existencia de un sistema de precios sin costo, lo que se traduce en que las transacciones de mercado podrían llevarse a cabo sin ningún factor externo o interno que altere las conductas de las partes e impida prever el comportamiento de las mismas. Tal situación es fácticamente imposible. Es aquí donde se manifiesta el aporte del autor al AED: en la conceptualización de los costos de transacción.

Coase señala que *“para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué término, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos*”⁹⁸.

De esta manera, el reordenamiento de derechos o de daños por medio del mercado solo se realizará en aquellos casos en que *“el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurre por este hecho*”⁹⁹. En definitiva, tal situación ocurrirá solo en los casos en que resulte eficiente la transacción de los derechos en el mercado¹⁰⁰.

⁹⁷ COASE, Ronald. (1992). Op. Cit., p. 89.

⁹⁸ COASE, Ronald. (1992). Op. Cit., p. 98.

⁹⁹ COASE, Ronald. (1992). Ibid.

¹⁰⁰ La doctrina nacional no ha sido ajena a estos postulados de Coase, y en particular dos autores se refieren a esto de la siguiente manera: por una parte, Mery Nieto, señala que *“si las transacciones pueden realizarse sin costo alguno y los derechos de apropiación están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos se producirá una redistribución cuyo resultado será el máximo de eficiencia. Por su parte si las transacciones implican costos que impiden la redistribución de los derechos, habrá solo una asignación inicial de los mismos que permita la máxima eficiencia*” MERY, Rafael. (2004). Op. Cit., p. 127.

En las siguientes líneas centraremos nuestra atención en estos costos de transacción, ya que representan una de las formas en que la economía estudia el Derecho, y resultarán de relevancia al determinar su incidencia en el proceso interpretativo de los contratos según el AED que se desarrollarán en los apartados siguientes.

Siguiendo a Bullard, los costos de transacción pueden clasificarse distinguiendo entre costos de búsqueda, de arreglo y de ejecución¹⁰¹.

Los primeros son los costos de determinar con quién y sobre qué contratar, y son relevantes dado que la búsqueda del co-contratante no siempre es indiferente, de acuerdo a la naturaleza del negocio y la confianza como elemento relevante en ciertos actos.

Los costos de arreglo se relacionan con el proceso de negociación y la materialización del contrato. En este punto será determinante el tiempo y el valor de la negociación para que las partes determinen los elementos que incluirán en su relación contractual.

Finalmente, los costos de ejecución se relacionan directamente con el cumplimiento, costos que serán necesarios tanto si este se produce como si se requiere de la ejecución forzada del acuerdo por medio de los medios de solución definidos –o no– por las partes. Determinantes serán en este punto los costos de la judicialización de los conflictos.

En lo que interesa a este trabajo, el análisis de los costos de transacción dice directa relación con la forma en que ellos influyen en el proceso de negociación y determinan el contenido del contrato. En este sentido, Cooter y Ulen ejemplifican de buena manera los costos propios de una relación contractual: *“la celebración de un contrato implica la búsqueda de socios, la negociación de los*

Adicionalmente, Barcia conceptualiza los costos de transacción como *“los costes que genera el negocio al utilizar el mercado como asignador de recursos. Así son costes de transacción los gastos de negociaciones preliminares, costos de honorarios, escrituras, información, etc”* BARCIA, Rodrigo. (1998). Op. Cit., p. 155.

¹⁰¹ BULLARD, Alfredo. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, N° 47, pp. 41-42

términos, la redacción del contrato y su cumplimiento. La búsqueda requiere esfuerzo; la negociación lleva tiempo; la redacción requiere conocimientos especiales, y el cumplimiento requiere perseverancia”¹⁰².

De modo que podemos describir los costos de transacción como toda circunstancia interna o externa que influye en las partes al momento de contratar, y determinar el contenido del contrato. Es difícil imaginar una situación en la que los costos de transacción no influyan en los términos que señalamos. En general, toda relación jurídica de intercambio se ve determinada por estos elementos que, dependiendo de sus características, serán más o menos determinantes en la formación de un acuerdo.

En suma, la eficiencia entendida según Pareto y Kaldor-Hicks y los costos de transacción de acuerdo a Coase, nos permitirán comprender los aportes que el AED ha hecho a las instituciones jurídicas, en particular al derecho de los contratos y a la forma cómo los órganos encargados de interpretar las cláusulas de los mismos podrían utilizar estos elementos propendiendo al mayor beneficio de las partes y al mayor bienestar general.

2. EL AED Y SU APLICACIÓN AL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Luego de haber conceptualizado brevemente los principales conceptos del AED, nos abocaremos a los aportes que este modelo ha realizado al derecho de los contratos. Para ello, dividiremos esta sección en tres apartados. En primer lugar, nos referiremos a la discusión sobre la exigibilidad de las promesas y estudiaremos la relación con la confianza en las relaciones contractuales. En segundo lugar, nos referiremos someramente a la relación entre algunos principios de la contratación propios del Derecho Civil patrimonial y su vinculación con el elemento de eficiencia que el AED introduce. Finalmente, reflexionaremos en torno

¹⁰² COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 267.

al concepto del contrato perfecto y delinearemos los primeros aportes del AED a la interpretación de los contratos.

A. ¿QUÉ PROMESAS SON RELEVANTES PARA EL DERECHO?

Siguiendo a Cooter y Ulen, podemos señalar que el análisis económico se incorpora al derecho de los contratos intentando dar respuesta a dos preguntas esenciales: ¿Qué promesas deberían ser legalmente exigibles? y ¿cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?

Los autores señalan que *“la eficiencia económica requiere el cumplimiento forzado de una promesa si el promitente y el receptor deseaban ese cumplimiento cuando se hizo la promesa”*¹⁰³.

Cooter y Ulen identifican una serie de propósitos del derecho de la contratación. Para los efectos de esta investigación nos centraremos en dos de ellos, a saber: i) asegurar niveles óptimos de confianza, y ii) minimizar los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes. En este apartado nos referiremos al primero de ellos y nos referiremos al segundo en relación a la relevancia de la función interpretativa.

Remitirse a la confianza es un tópico obligado cuando se habla de relaciones contractuales. No obstante, su relevancia no se limita a esta área del Derecho Civil. Quizás la mayor aproximación a este elemento que encontramos en nuestro derecho positivo se encuentra en los principios de la buena fe objetiva¹⁰⁴ y la autonomía de la voluntad¹⁰⁵. De alguna manera el primero supone un elemento de confianza que permite materializar la institución de la obligatoriedad de las

¹⁰³ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 237.

¹⁰⁴ BOETSCH, Cristián. (2011). Op. Cit., p. 81.

¹⁰⁵ VIAL DEL RÍO, Víctor. (2011). Teoría General del Acto Jurídico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 55-59.

promesas, mientras que la autonomía de la voluntad es esencial para que las partes logren concretizar sus acuerdos y que estos sean exigibles.

En este sentido el AED busca determinar el nivel óptimo de confianza para incentivar el intercambio de bienes, de modo que podemos establecer que existirían dos extremos: (a) en principio existe un nivel de desconfianza que inhibe la contratación y (b) uno de excesiva confianza que puede redundar en perjuicios cuando se es exagerado en tenerla.

Cooter y Ulen definen la confianza como *“un cambio en la posición del receptor de la promesa, inducido por la promesa, el cual incrementa el valor del cumplimiento para el receptor de la promesa”*¹⁰⁶. En este sentido, una promesa puede alterar las expectativas que las partes tienen ante la propuesta. Una parte puede confiar en la ejecutabilidad de tal promesa, invirtiendo para aprovecharla de mejor manera, o a la inversa, puede no realizar tal inversión ante la desconfianza de su materialización. Aquí es donde el AED pone el acento en el derecho de los contratos, ya que si este logra garantizar un nivel óptimo de confianza se pueden generar mayores excedentes y, consecuentemente, se invierte en razón de ellas, o se pueden evitar pérdidas que se presentarían si se invierte en razón de una promesa que no se materializará.

Los autores señalan que estaríamos en niveles óptimos de confianza siguiendo la siguiente regla: *“Se requiere más confianza si la ganancia esperada supera a la pérdida esperada (y), contrariamente, la eficiencia requiere menos confianza si la pérdida esperada supera la ganancia esperada”*¹⁰⁷.

Es clarificador en esta materia el ejemplo de Cooter y Ulen respecto a una promesa de viaje realizada por un tío a su sobrino. Si este último confía en la materialización de la promesa del viaje ofrecido, invertirá en productos que contribuyan a maximizar la “ganancia” que espera obtener con el viaje. Si el beneficio que el sobrino espera de los productos que adquirió es mayor a la decepción de no contar con ellos en el viaje, requerirá mayor confianza en el

¹⁰⁶ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 250.

¹⁰⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Ibid.

cumplimiento de la promesa para materializar esta adquisición. Si, por el contrario, no contar con estos productos es menos costoso para él que contar con ellos y decepcionarse en caso de que no se concrete el viaje, se requerirá menos confianza en la materialización de la promesa.

A partir de esta premisa, el AED identifica en el derecho de los contratos un elemento para desincentivar la confianza excesiva que se aleja del óptimo descrito: *“La ley desalienta la confianza excesiva compensando a las víctimas del incumplimiento (de la promesa) por las pérdidas efectivas hasta un máximo igual a la pérdida derivada de la confianza óptima y requiriendo que la víctima asuma todas las pérdidas adicionales causadas por la confianza excesiva”*¹⁰⁸.

B. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN Y AED

Para el AED la discusión sobre los principios no resulta intrascendente. De hecho, siguiendo a Schäfer y Ott, el principio de la libertad contractual desde un punto de vista económico es esencial: *“constituye el reconocimiento de que, en un sistema capaz de funcionar en competencia, sirve para controlar los recursos en el lugar de su utilización más ventajosa”*¹⁰⁹. De tal manera que la libertad contractual constituye el elemento base para que una economía de libre mercado funcione asignando recursos por medio de una estructura productiva que resulte eficiente.

Adicionalmente, respecto a la validez de los contratos, sostienen que desde el punto de vista económico (contraponiéndolo al jurídico) solo estaríamos frente a un contrato válido cuando éste cumple su función económica, es decir, procura utilidad a ambas partes, a no ser que una de ellas renuncie conscientemente a hacer valer sus propias preferencias¹¹⁰.

¹⁰⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 253

¹⁰⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 258.

¹¹⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 279.

Por lo anterior, el principio de eficiencia es complementario y en ningún caso opuesto a principios generales propios del Derecho Civil. De esta manera, la buena fe objetiva, la fuerza obligatoria de los contratos, el principio de la autonomía de la voluntad y en general todos aquellos estándares normativos que orientan a los contratantes en el comportamiento prudente y honesto, son compatibles con el análisis de los contratos desde la perspectiva de la eficiencia.

Así, respecto al control de los contratos, *“no hay que juzgar los mismos exclusivamente por la función económica de generación de eficiencia en la asignación de recursos ni que han de medirse por los criterios de Pareto, sino que (...) se pueden considerar criterios de justicia distributiva y equidad”*¹¹¹.

Adicionalmente, Calabresi y Melamed, en su referido trabajo, cuando analizan los mecanismos para decidir sobre la asignación de un derecho, establecen que además de la eficiencia y la distribución se podría acudir a lo que denominan *“otras razones de justicia”*, y señalan respecto a las mismas que el problema de la utilización del concepto radica que en principio podría ser considerado opuesto a las razones antes esgrimidas. Tal situación es errónea, y en este sentido argumentan que *“El problema con este término es que en ocasiones es tomado para sugerir que la glosa moral de la justicia queda reservada para estas preferencias residuales y no se aplica para las preferencias distributivas (o a las) basadas en la eficiencia. Y ello con seguridad es erróneo, pues muchos derechos que son adecuadamente descritos como basados en la justicia dentro del contexto de nuestra sociedad pueden ser fácilmente descritos en términos ya sea de preferencias distributivas amplias (como igualdad), ya sea de eficiencia, o bien de ambas”*¹¹².

Ahora bien, respecto al principio de buena fe y su relación con el AED, se ha analizado qué ocurriría si aquel fuera una simple norma programática en el derecho de los contratos, de manera que a las partes les estuviera permitido actuar de mala fe. Tal situación contribuiría a que las partes agregasen extensas

¹¹¹ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 282

¹¹² CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. (1996). Op. Cit, p. 365.

cláusulas para prevenir los comportamientos de mala fe, lo que transformaría a la contratación en un ejercicio altamente costoso. Ello se evita precisamente con la inclusión de la buena fe objetiva como criterio que incorpora estándares de lealtad y rectitud en las relaciones contractuales, de modo que tal principio tiene también una función económica, disminuyendo los costos de transacción y constituyendo un “*término de omisión eficiente*” para la interpretación del contrato¹¹³. Sobre este punto volveremos más adelante.

De este modo concluimos que los aportes del AED no son incompatibles con los criterios ni con las ideas subyacentes de justicia o equidad propias del derecho de los contratos. La libertad contractual, la autonomía privada y el principio de buena fe se pueden ver complementados o robustecidos con los parámetros del AED.

C. EL MODELO DEL CONTRATO PERFECTO

Schäfer y Ott señalan que para familiarizarnos con la función económica del derecho de contratos es necesario conceptualizar el contrato perfecto, esto es, aquel “*en que las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución*”¹¹⁴.

El concepto de contrato perfecto se asemeja más a un estándar abstracto que a una situación práctica. Debido fundamentalmente a la existencia de costos de transacción (ya analizados), la posibilidad de encontrarnos ante un contrato perfecto en que las partes hayan previsto completamente todas las posibilidades y riesgos es prácticamente imposible, además de ineficiente desde el punto de vista de los incentivos económicos para la fase de tratativas preliminares y conclusión del negocio jurídico. Si las partes tuviesen que prever todas las posibles

¹¹³ MONROY, Daniel. (2010). Op. Cit., p. 67.

¹¹⁴ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 261.

eventualidades, las negociaciones serían a tal punto extensas y onerosas que convertirían el contratar en un objetivo prácticamente imposible de lograr¹¹⁵.

Es por esto que se señala que la función del contrato perfecto para el derecho radica en el ejercicio jurisdiccional interpretativo, en el cual el juez debe integrar situaciones no reguladas pensando en cómo las partes hubiesen regulado un riesgo eventualmente no previsto¹¹⁶.

Bullard contrapone esta concepción de contrato perfecto con lo que él denomina *contrato óptimo*. Considera que los contratos perfectos son inalcanzables para las partes, fundamentalmente por la presencia de costos de transacción. Y es ante esta situación que el contrato óptimo “*alude a un texto que solo incluye y prevé aquellos términos que económicamente es razonable prever. (...) Los contratos óptimos sólo incluyen aquellas cláusulas en las que los costos marginales de inclusión son inferiores a los beneficios marginales de inclusión*”¹¹⁷.

El concepto de contrato óptimo, más que un elemento interpretativo, constituye una orientación a las partes dentro de la negociación de los términos de un contrato, para que ellas, conscientes de la incapacidad de poder regular cada una de las situaciones o riesgos, determinen qué elementos incluirán en la regulación y cuales quedarán abiertos para una posterior solución interpretativa¹¹⁸.

Considerando lo anterior, se ha sostenido que “*las nuevas normativas en materia contractual, deben estar dirigidas a reconstruir el contrato perfecto,*

¹¹⁵ En este sentido Posner señala “*Perfect foresight is infinitely costly, so that, as the economic literature on contract interpretation emphasizes, the costs of foreseeing and providing for every possible contingency that may affect the costs of performance to either party over the life of the contract are prohibitive*” [La previsión perfecta es infinitamente costosa, por lo que, como la literatura económica sobre la interpretación del contrato enfatiza, los costos de prever y regular toda posible contingencia que pueda afectar a los costos del cumplimiento a cualquiera de las partes durante la vigencia del contrato son prohibitivos (traducción libre)]. POSNER, Richard (2004). The law and economics of contract interpretation. *Texas Law Review*, Vol. 83, p. 1582.

¹¹⁶ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 285.

¹¹⁷ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 45.

¹¹⁸ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 286; y BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 45.

*imputar los riesgos de la manera más eficaz, esto es a la parte que mejor los hubiera podido reducir con el menor costo eficiente*¹¹⁹.

De esta manera, *“el derecho contractual se puede considerar, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, como el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre los que las partes no se han puesto de acuerdo (...) de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación ex ante a su conclusión”*¹²⁰. Así, las funciones de interpretación e integración de los contratos cobran una relevancia especial para el AED.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SEGÚN EL AED

Luego de haber sintetizado los conceptos esenciales que el AED utiliza para analizar el Derecho, y de haber descrito brevemente los aportes principales que esta perspectiva hace al derecho de los contratos, corresponde hacerse cargo de las herramientas que este brinda para interpretar e integrar los contratos desde la perspectiva de la eficiencia e intentando lograr el máximo de bienestar para los contratantes.

Para tal efecto consideramos apropiado referirnos a una de las interrogantes que Cooter y Ulen identifican en el derecho de los contratos vinculada a la interpretación y que enunciamos en apartados precedentes, a saber: la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual mediante la provisión de términos de omisión eficientes.

Teniendo en consideración el modelo de contrato perfecto, los costos de transacción pueden influir en que las partes no negocien todos los términos de su relación, por lo que es muy probable que dejen lagunas en la regulación, vale

¹¹⁹ PLATA, Luis. (2005). Op. Cit., p. 108.

¹²⁰ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 263.

decir, “sucesos que no se consideran explícitamente en el contrato y que afectan las obligaciones creadas en él”¹²¹.

En este sentido, el AED sostiene que cuando los costos de asignación de un riesgo vinculado a la negociación contractual¹²² son mayores al costo de asignación de una pérdida por la no previsión, multiplicado por la probabilidad de que la pérdida ocurra, las partes dejarán una laguna en el contrato¹²³.

Cuando esta hipótesis se verifica, la labor supletoria de la voluntad de las partes, ya sea realizada por el legislador o por el juez, adquiere especial importancia. Es aquí donde el AED puede brindarnos herramientas de hermenéutica contractual vinculadas con el principio de eficiencia.

Ahora bien, pretender que el legislador o los jueces intervengan de manera absoluta en un contrato no solo infringe la autonomía de las partes en la negociación y determinación de los términos del acuerdo, sino que además genera inseguridad respecto a la intangibilidad de los contratos. Es por esta razón que *“para evitar errores económicos de interpretación se ha afirmado que el modelo económico de contrato sólo es de interés en la aplicación del derecho allí donde los contratantes no han regulado puntos relevantes y siempre que se hayan celebrado de buena fe”*¹²⁴.

De esta manera, es necesario señalar que la función hermenéutica económica del contrato perfecto tiene especialmente aplicación en aquellos casos en que las partes no han regulado una materia o lo han hecho de forma ambigua, y no así cuando esta regulación ha sido ineficiente desde el punto de vista económico, toda vez que los principios de autonomía de la voluntad y buena fe

¹²¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 256.

¹²² Por ejemplo, asignar el riesgo de una circunstancia de difícil previsión podría dilatar las negociaciones innecesariamente, lo que se traduciría en mayores costos de información, tiempo y asesoría. Así, los costos de negociar los riesgos de un caso fortuito podrían retrasar la conclusión o incluso llevar a las partes a no contratar. En estas circunstancias las partes acuerdan expresamente dejar una laguna. SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 283.

¹²³ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 257.

¹²⁴ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 282

priman en la fuerza del contrato por sobre el análisis de eficiencia de una o más cláusulas del mismo. De esta forma ya se establece un primer límite a la interpretación por parte del AED: sólo tendrá lugar a esta labor cuando no se haya regulado una materia específica por las partes, y cuando este contrato se haya celebrado conforme a las directrices de la buena fe.

En este mismo sentido se señala que “*Cuando las partes deciden pactar explícitamente un término contractual, o deciden dejar una laguna contractual, adquieren una elemental relevancia –al menos en este último caso– las soluciones que a partir de la ley o del juez existan para llenar esa laguna*”¹²⁵.

Así, podemos afirmar que ante los costos propios de una negociación los contratantes consideran dos elementos relevantes: las normas de omisión que el legislador incluye cuando las partes no han regulado alguna materia en particular, y; la labor interpretativa del juez respecto a la obligación de suplir un término no regulado *ex ante* por ellas.

Parece ser usual en la práctica contractual que ante el riesgo de una cláusula suplida por la ley y no regulada, las partes pretendan delimitar de manera exhaustiva prácticamente la totalidad de los posibles escenarios de su relación contractual. Tal situación hace que las partes busquen incansablemente llegar a un contrato capaz de prever la mayoría de las posibles contingencias, intención que tiene costos de transacción muy altos, ya que implica largos periodos de negociación y asesoramiento, circunstancia que en ciertos casos puede acarrear costos prohibitivos en la contratación. Ante esta circunstancia adquiere relevancia conocer la forma en que el derecho responde a esta problemática en la contratación¹²⁶.

Para el AED existen, al menos, dos vías de solución para este dilema: los términos de omisión eficientes desarrollados por el legislador y la labor interpretativa *ex post* del juez.

¹²⁵ MONROY, Daniel. (2010). Op. Cit., p. 60.

¹²⁶ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 283; y BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., pp. 43-44.

A. TÉRMINOS DE OMISIÓN EFICIENTE DESARROLLADOS POR EL LEGISLADOR

Es necesario estudiar la forma en que el legislador suple los términos que han omitido las partes, refiriéndonos a lo señalado en líneas anteriores en la conceptualización del contrato perfecto. Así, esta labor no es sino “*la reconstrucción del contrato perfecto por el legislador*”¹²⁷.

Como hemos venido señalando, la práctica contractual ha hecho que las partes pretendan aglomerar cada uno de los términos de sus contratos con el objeto de regular cada una de las contingencias posibles, disminuyendo proporcionalmente la labor supletoria que eventualmente podría realizar el legislador y el juez. No obstante, esta idea, como ya señalábamos, puede elevar excesivamente los costos de contratación e incluso inhibir o tornar ineficiente la contratación.

Una maximización del principio de la autonomía de la voluntad, en el sentido que sólo vale lo que las partes han querido y acordado, excluyendo a la legislación supletoria o a la labor jurisdiccional interpretativa o integradora, redundaría finalmente en trabas a la libertad de contratación. De ahí que los ordenamientos jurídicos en materia de contratación tienen que “*dar por válidos contratos imperfectos, pero al mismo tiempo resolver –para garantizar la capacidad funcional de los mismos textos– el problema de su perfeccionamiento o reconstrucción*”¹²⁸.

Es por esto que las legislaciones establecen una serie de elementos subsidiarios a diferentes tipos de contratos, a efectos de que si las partes no regulan una determinada materia, la ley se encargará de suplir ese silencio (lo que

¹²⁷ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 282.

¹²⁸ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 283.

en nuestro medio, aparece en la figura de las denominadas “cosas de la naturaleza” del contrato según dispone el art. 1444 del Código Civil).

De esta manera, *“las reglamentaciones supletorias dispuestas por el legislador mediante el derecho contractual dispositivo para los tipos importantes de contratos (...) exoneran (de estas reglamentaciones) a los respectivos contratantes, y, por consiguiente, reducen los costos del tráfico negocial”*¹²⁹.

No obstante que dicha función supletoria disminuye los costos en la contratación, las normas dispositivas y el derecho en general adscriben a otros objetivos y fines que escapan a la búsqueda del contrato perfecto, y usualmente son utilizadas para distribuir riesgos del contrato en contraposición a criterios de eficiencia –por lo que no siempre cumplen tales términos una función en sentido *paretiano*–.

Asimismo, lo que un ordenamiento jurídico regula es el comportamiento normal de las partes, y no considera las circunstancias particulares que influyen en la celebración de un acto. Por lo tanto, el asegurar *per sé* que las normas dispositivas suplan de manera adecuada lo no regulado por las partes es una afirmación apresurada. Sin embargo, *“las funciones de justicia, reglamentación y adecuación a un fin de una norma coinciden y son idénticas a la función económica del contrato (criterio de Pareto). Por ello, desde una perspectiva jurídica se dice que el derecho dispositivo, que afecta sobre todo a negocios de intercambio de bienes y servicios, sería injusto si, a través de regulaciones inadecuadas, generara costos innecesarios y condujera por consiguiente al despilfarro de recursos”*¹³⁰.

B. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS TÉRMINOS NO PREVISTOS POR LAS PARTES

¹²⁹ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Ibid.

¹³⁰ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 284.

Corresponde hacernos cargo de la labor de los operadores jurídicos de interpretar o integrar un contrato. Es necesario mencionar que para efectos de este apartado la distinción entre ambos ejercicios no es relevante. Siguiendo a Bullard, en *“la integración se cubre un vacío en el contrato. Pero en la interpretación se cubre un vacío de precisión: solo es un tema del nivel de imprecisión existente, es más una diferencia de alcance que de fondo en el proceso cognoscitivo necesario para resolver el entuerto”*¹³¹.

I. LA VOLUNTAD HIPOTÉTICA Y EL CONTRATO PERFECTO COMO MODELOS DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN

Cooter y Ulen sostienen que la labor de los tribunales en materia interpretativa consiste en *“subsana a veces las lagunas imputando un término al contrato, lo que significa actuar como si las partes hubiesen negociado un término que en efecto no negociaron”*¹³².

De esta manera, como ya señalamos, e intentando dar respuesta al propósito de minimización de costos de transacción, es conveniente que los legisladores reemplacen términos de omisión *ineficientes* por términos de omisión *eficientes*, dado que tal situación genera un excedente que redundaría en mejores soluciones para las partes en el sentido económico de las mismas. Como señalábamos, tal situación es bastante común en materia de contratación y es aquí donde los intérpretes deben reemplazar tales términos.

De esta manera, el AED ofrece a los intérpretes una regla sencilla para proveer términos eficientes: *“considerar los términos que las partes habrían convenido si hubiesen subsanado las lagunas mediante una negociación. Imputemos los términos contractuales que las partes habrían convenido si hubiesen negociado sobre todos los riesgos relevantes”*¹³³. De esta forma, el AED

¹³¹ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 36.

¹³² COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 258.

¹³³ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 260.

propone que la integración de las lagunas se realice por medio de la negociación hipotética, de modo que las partes, luego del proceso interpretativo, obtengan un contrato que ellos mismos hubiesen negociado si hubiesen previsto el riesgo imprevisto. De esta forma se subsanan los costos de negociar tales términos anticipadamente.

Sin embargo, el juzgador no es libre en la determinación de la asignación del riesgo en la interpretación. Él debe realizar una investigación de la práctica de las partes y del precio que va incluido en las cláusulas que no requieren interpretación. En definitiva, distribuir un riesgo no asignado implica tener en consideración los elementos que las partes sí acordaron. Con este método podemos encontrarnos en ciertas hipótesis en las que el intérprete deba ajustar los valores de acuerdo a la nueva interpretación y consecuente distribución que está realizando¹³⁴.

Así, la norma supletoria que el juez debe considerar al interpretar el contrato es la voluntad hipotética, de modo que *“lo decisivo, por tanto, es un pauta objetiva o normativa (...) se trata de lo que las partes honradas en colaboración leal hubieran acordado observando los principios de la buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa para obtener una compensación justa de sus intereses”*¹³⁵. Por ello, la interpretación consiste en encontrar la voluntad hipotética, pero siempre suponiendo los lineamientos generales que el contrato y los contratantes ya definieron cuando celebraron el mismo.

Luego, los autores no encuentran diferencias en el criterio “clásicamente” jurídico de interpretación y el análisis económico de tal proceso, toda vez que aplicar el modelo del contrato perfecto y abstracto no es una contradicción con *“la base misma del contrato según la cual el mismo tiene que servir a los intereses de ambas partes y que debe conducir a una compensación justa y razonable”*¹³⁶. Así, los elementos que son propios de una interpretación contractual cuando la base

¹³⁴ En este sentido, COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 262.

¹³⁵ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 286.

¹³⁶ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Ibid.

de análisis es la buena fe objetiva como criterio rector, no son incompatibles con el principio de eficiencia, es más, aparece como razonable y justo un acuerdo que fomenta la utilidad de ambas partes o al menos mejora a una de ellas sin perjudicar a la otra (eficiencia de Pareto)¹³⁷.

De este modo, el analizar la interpretación de los contratos a la luz del criterio del contrato perfecto y la economía de bienestar tiene una función limitadora de la actividad jurisdiccional, obligando al órgano intérprete a seguir las pautas que previamente han definido los contratantes. Así, las reglamentaciones supletorias a la luz del AED obtienen una decisión eficiente en términos de Pareto y permiten construir lo que las propias partes habrían adoptado al hacer valer sus preferencias, siempre y cuando estas hayan actuado racional y razonablemente en términos económicos y respetando la buena fe objetiva¹³⁸.

ii. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL AED

El AED aporta criterios particulares de interpretación de los contratos. En este sentido, Bullard, siguiendo a George M. Cohen, los clasifica distinguiendo entre *textualismo* y *contextualismo*. Esta clasificación nos ayudará a agrupar técnicas de interpretación e identificar diversas funciones del AED en dicha tarea.

En primer lugar, el *textualismo* refiere a aquellos criterios de hermenéutica que se identifican con la perfección del contrato no como modelo ideal sino como pauta deseable y exigible a las partes. En este sentido, el texto del contrato “es la mejor aproximación a la intención de las partes. [Según este criterio] el rol de las cortes o árbitros debe ser el de desincentivar contratos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo”¹³⁹.

¹³⁷ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Ibid.

¹³⁸ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 287.

¹³⁹ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 47.

En esta clasificación podemos incluir los elementos de interpretación que privilegian el tenor literal del contrato en la interpretación¹⁴⁰ y aquellos que interpretan en contra del redactor los términos oscuros en la contratación¹⁴¹. Como se podrá advertir, el *textualismo* es de alguna manera opuesto a los criterios del contrato perfecto y voluntad hipotética que veníamos desarrollando, toda vez que privilegian los elementos expresos del contrato en la interpretación, por sobre lo que el intérprete podría hacer en la distribución de los riesgos del contrato.

Conforme a estos criterios el juez debe guiarse estrictamente por lo expresado por las partes y no le es lícito hacerse cargo de la distribución de los riesgos que las partes no previeron en el contrato. No obstante, el AED puede jugar un rol en esta materia: con reglas textualistas de interpretación, las partes “debieran prever todos los términos del contrato”, y si bien esto se aleja de la eficiencia que veníamos estudiando, sí constituye un incentivo para que las partes sean más rigurosas en sus negociaciones, lo que tiene como contrapartida que los costos de dicha contratación sean más elevados¹⁴².

En segundo lugar, el *contextualismo* “*parte de la premisa de que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. [Según este criterio] las cortes dan sentido a las imprecisiones, usando como referente algún estándar externo al texto del propio contrato*”¹⁴³.

Es en este criterio *contextualista* donde los elementos de contrato perfecto y voluntad hipotética de las partes que desarrollamos anteriormente cobran sentido, y adquiere importancia la labor del juzgador en orden a determinar los vacíos del acuerdo y, consecuentemente, distribuir los riesgos no cubiertos por el contrato de la manera más eficiente. Es en estos modelos de interpretación donde el AED y el

¹⁴⁰ Por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 1560 del Código Civil.

¹⁴¹ Consagrada en Chile en el artículo 1566 del Código Civil.

¹⁴² BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 47.

¹⁴³ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 48.

modelo de eficiencia son más útiles para la labor hermenéutica del órgano juzgador.

A partir de la clasificación entre modelos *textualistas* y *contextualistas*, Posner clasifica los elementos de interpretación que pueden utilizarse en un ordenamiento jurídico. Para ello distingue cuatro técnicas de interpretación, a saber:

a) Técnicas que buscan determinar la voluntad interna de los contratantes a partir del texto del contrato. No es propiamente una técnica literal, porque lo que supone que las partes “*resolvieron el problema interpretativo en la negociación, solo que no lo expresaron claramente en la interpretación*”¹⁴⁴.

b) Técnicas que buscan soluciones económicamente eficientes. Lo que busca esta aproximación interpretativa es determinar cómo habrían resuelto las partes el problema del vacío u oscuridad en los términos contractuales “si se hubiesen colocado en tal supuesto”¹⁴⁵. Esta técnica se asimila a lo que se desarrolló en el apartado anterior respecto a que el juez es quien construye la voluntad hipotética que hubiesen tenido las partes, en términos eficientes. Será el juzgador el que distribuya el riesgo no asignado por las partes teniendo en consideración la búsqueda del mayor bienestar.

c) Técnicas que distribuyen azarosamente los riesgos de la contratación. Este criterio supone que la labor interpretativa fracasa, el texto no es claro, y ello hace imposible determinar la intención de los contratantes y cómo estos hubieran distribuido los riesgos de aquello que no regularon. Así, el objetivo de esta técnica es otorgar “*incentivos futuros a las partes para ser más claros y evitar que ambigüedades similares se produzcan en el futuro*”¹⁴⁶. Ejemplos de este modo de interpretación lo constituyen las reglas que determinan que el

¹⁴⁴ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 49.

¹⁴⁵ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 50.

¹⁴⁶ BULLARD, Alfredo. (2007). Ibid.

riesgo de la ambigüedad es de alguna de las partes¹⁴⁷, por lo que el riesgo no previsto debiese cargarlo aquella parte que aparentemente estuvo en una mejor situación para preverlo. No obstante, las reglas de este orden determinan *ex ante* que el redactor o el acreedor era quien tenía esa carga, lo que no necesariamente se condice con la realidad de acuerdo a las circunstancias particulares de cada relación contractual.

d) Técnicas que se fundan en el método literal de interpretación. La última de las respuestas que Posner otorga para la interpretación es propiamente una no-interpretación. En definitiva, se estará a los términos que las partes pactaron en el contrato. Supone que las partes son conscientes que, si no son claras, solo el texto y nada más que el texto se usará para determinar lo que ellas acordaron¹⁴⁸.

El decidir cuál de estas cuatro orientaciones interpretativas es la más eficiente no es tarea fácil, toda vez que podemos oscilar entre métodos *textualistas* que den preponderancia a la voluntad de las partes expresada en el contrato y métodos *contextualistas* que pongan el acento en la construcción judicial de la asignación de los riesgos no previstos por las partes. No es apresurado señalar que las partes son las que tienen mayor información respecto a sus intereses y el desenvolvimiento de su relación contractual. Además es razonable considerar que las partes son mejores jueces de sus intereses que un tercero que decida por ellos.

Por lo anterior, en principio podríamos sostener que métodos *textualistas* serían más eficientes dado que la importancia en la interpretación está en los elementos que las partes pactaron. Sin embargo, la tarea del descubrimiento de esa voluntad, por medio de la búsqueda de elementos psicológicos de las partes,

¹⁴⁷ Como el artículo 1566 del Código Civil.

¹⁴⁸ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 51.

no es del todo fructífera suponiendo las limitaciones fácticas de encontrar un querer interno¹⁴⁹.

Por esta razón es que consideramos que métodos de reconstrucción como la voluntad hipotética y el contrato perfecto redundan en una mejor decisión de aquello que las partes no previeron, toda vez que este tercero (el juez)¹⁵⁰ por medio de la directriz de la eficiencia y el desarrollo descriptivo en virtud del cual los hombres son *seres maximizadores de recursos*, adoptará una decisión que no es despreciable para los contratantes, dado que es dable suponer que estos buscarán términos en que ambos obtengan beneficios o ambos maximicen su utilidad¹⁵¹, y tal objetivo puede lograrse si un tercero es quien toma la decisión por ellos.

No pretendemos concluir en este apartado que el modelo supletorio de interpretación por el juez es el modelo más eficiente por el cual la interpretación contractual debería dirigirse. Por el contrario, concluimos que los elementos *textualistas* y *contextualistas* de interpretación, así como la justicia y la eficiencia, son pautas complementarias que buscan dar respuesta a un mismo fenómeno: la búsqueda del complemento de aquello que las partes acordaron no pactar, o que por una omisión inconsciente dejaron sin regular.

Acudir únicamente a elementos *textualistas* no parece ser ineficiente en los casos que las partes especificaron de buena manera su relación contractual en el

¹⁴⁹ La problemática ha sido recientemente analizada en COLOMA, Rodrigo. (2016). Interpretación de los contratos: entre literalidad e intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26. Así, como se propone en este trabajo, cuando el art. 1560 del Código Civil señala que “*conocida claramente la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras*”, acudimos a una intención sobre la que no se tiene una intención de aspirar a conocer directamente (como fenómeno de la realidad psíquica), sino que en último término se infiere o presume a partir de indicios, o por medios indirectos que pueden permitir al juez construir una presunción judicial sobre dicha intención. Así, desde ya surge la enorme importancia de la regla del art. 1564 inciso final previamente analizada, toda vez que es de hechos positivos, externos, comportamientos, o conductas de donde es posible colegir qué quisieron decir los contratantes, y en definitiva, cuál era su intención.

¹⁵⁰ Sin dejar de considerar sus limitaciones en información y el costo del error que puede acarrear una decisión jurisdiccional equivocada.

¹⁵¹ BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 51

texto del contrato, e incluso cuando no lo han hecho, la interpretación supletoria de los órganos jurisdiccionales se ve robustecida considerando elementos externos que pueden contribuir a dar una respuesta eficiente en atención tanto a la utilidad de la decisión como a su real querer interno.

Es en este último aspecto a partir del que reflexionamos que asentar la teoría de los actos propios como un elemento de hermenéutica contractual contribuiría a la judicatura a obtener un criterio eficiente y sencillo de interpretación, acorde tanto a las pautas del AED como a la justicia y a la buena fe contractual. Sobre este punto se profundizará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DESDE EL AED

Como se sostuvo en la introducción de este trabajo, el objetivo del mismo es determinar si la regla del *venire*, consagrada en el artículo 1564 del Código Civil, es un criterio de interpretación de los contratos aceptable por los postulados del AED.

En el primer capítulo, delimitamos el sentido y alcance de la regla del *venire* y concluimos que este parámetro de comportamiento, que emana de la buena fe objetiva, tiene recepción y aplicación en el procedimiento de interpretación de los contratos en el Derecho Civil chileno. En el segundo capítulo, revisamos cómo se analiza el proceso de interpretación de los contratos desde el AED, concluyendo que en favor de la eficiencia se propende a modelos hermenéuticos como el denominado contrato perfecto o los términos de omisión eficientes.

Corresponde ahora someter la teoría de los actos propios al juicio crítico del AED considerando lo antes expuesto. En primer lugar, realizaremos una breve mención a la diferenciación entre los procesos interpretación e integración y la visión del AED al respecto. En segundo lugar, se analizará la función interpretativa del *venire* bajo los parámetros de los términos de omisión eficientes que propone el AED. En tercer lugar, se analizará la función del *venire* como regla interpretativa para determinar si ello permite construir dicho contrato perfecto. Por último, se revisará si es que la aplicación del deber de coherencia como criterio de interpretación cumple con las finalidades que el AED identifica como propias del derecho de los contratos.

1. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL AED

Comenzaremos con una breve mención conceptual a los procedimientos de interpretación y la integración del contrato, distinción necesaria para efectos de comprender las conclusiones del AED en relación al proceso de hermenéutica contractual.

Se ha definido la interpretación de los contratos como “*el procedimiento en virtud del cual se tiende a esclarecer y determinar el sentido y alcance de las declaraciones que lo forman*”¹⁵². Mientras que la integración del contrato “*consiste en aquella actividad encaminada a descubrir y agregar aquello que de forma inderogable debe incluirse dentro del contenido del negocio, en otras palabras, a llenar las lagunas o vacíos del contrato, las situaciones imprevistas o no contempladas por las partes, en definitiva, es una actividad que recae no sobre el contenido, sino sobre los efectos del contrato*”¹⁵³.

Así, la labor de integración sería un corolario de la interpretación, ya que una vez que para el intérprete aparece el sentido y alcance del texto contractual y de las estipulaciones de las partes, surgen vacíos o lagunas *desreguladas* y que es necesario llenar por medio del ejercicio de integración.

Es importante señalar que esta diferenciación de procesos, prácticamente basal en el estudio de los contratos en el Derecho Civil, para el AED no es más que un matiz, dado que ambas actividades requieren del mismo ejercicio cognoscitivo por parte del juez¹⁵⁴.

En ese sentido, Posner señala que “*Contract interpretation is the undertaking by a judge or jury (or an arbitrator-more on arbitration later) to figure*

¹⁵² TRONCOSO, Hernán y ÁLVAREZ, Carlos. (2010). Contratos. Santiago: AbeledoPerrot: Legal Publishing, p. 53

¹⁵³ PLATA, Luis. (2005). Op. Cit., p 32. En este sentido los autores consideran que la actividad interpretativa es una actividad lógica compuesta por tres etapas diferentes, la clasificación del contrato, su interpretación y su integración. Por lo que identifican que dentro del proceso de interpretación la integración es una etapa de la misma.

¹⁵⁴ En este sentido Bullard señala que la distinción es más una diferencia de alcance que de fondo en el proceso cognoscitivo necesario para resolver el entuerto. De hecho, al margen de distinciones conceptuales inútiles, el proceso cognoscitivo es virtualmente el mismo. BULLARD, Alfredo. (2007). Op. Cit., p. 36.

out what the terms of a contract are, or should be understood to be. It should be distinguished from simple enforcement"¹⁵⁵. El autor, en la elaboración de su teoría para explicar la vinculación entre AED e interpretación, no se hace cargo de la distinción que nuestra doctrina realiza respecto a la interpretación y a la integración.

Por otra parte, Cohen señala *"In contract law, interpretation usually refers to problems arising from express contract terms that are reasonably susceptible of more than one meaning. Implied terms are those that are added to, or place limits on, expressly stated terms. The two are closely related, yet not identical. For example, if a contract contains a 'best efforts' clause, determining what that clause requires is a question of interpretation; if the contract contains no such clause, courts may have to decide whether to imply a best efforts obligation, and if they do, they have to determine the content of that obligation"*¹⁵⁶. El autor diferencia ambos términos, pero no establece consecuencias diversas para el ejercicio hermenéutico de acuerdo al AED.

De esta manera, es dable sostener que el ejercicio interpretativo e integrador son parte de una misma función en el contexto de adjudicación de decisiones en materia contractual desde el enfoque del AED, por lo que los planteamientos relativos a la función y utilidad del *venire* aplicarán para ambos procesos indistintamente.

¹⁵⁵ POSNER, Richard (2004). The law and economics of contract interpretation. Texas Law Review, Vol. 83, p. 1582. *"La interpretación del contrato es la tarea en cuya virtud un juez o un jurado (o un árbitro) averigua cuáles son los términos de un contrato o cómo deberían entenderse. Debe distinguirse de la mera "aplicación".* (Traducción libre)

¹⁵⁶ COHEN, George. (1999). Implied terms and interpretation in contract law. En: BOUCKAER, B. y DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law & Economics* (1996-2000). Edgar Elgar y University of Ghent, p. 79. *"En el derecho contractual, la interpretación por lo general se refiere a los problemas derivados de las disposiciones contractuales expresas que sean razonablemente susceptibles de tener más de un significado. Los términos implícitos son aquellos que se añaden, o ponen límites, a los términos expresas. Los dos están estrechamente relacionados, pero no son idénticos. Por ejemplo, si un contrato contiene una cláusula de «mejores esfuerzos», la determinación de lo que esa cláusula requiere es una cuestión de interpretación; si el contrato no contiene tal cláusula, los tribunales pueden tener que decidir si ella implica una obligación de mejores esfuerzos, y si lo hacen, tienen que determinar el contenido de esa obligación"* (Traducción Libre).

2. LA REGLA DEL VENIRE: ¿TÉRMINO DE OMISIÓN EFICIENTE?

Someteremos la regla del *venire* al escrutinio de uno de los principales parámetros del AED esbozados en el Capítulo II, esto es: los términos legislativos de omisión eficiente.

Como se señaló, los costos de transacción son una de las principales preocupaciones del AED en los contratos¹⁵⁷. Ello bajo el entendido de que su sola presencia se constituye como un desincentivo a la contratación; e incluso, cuando los costos de transacción exceden a los beneficios que les reportará a las partes una relación contractual, derechamente la contratación se debiese ver frustrada.

Es por ello que resulta fundamental para el AED que el legislador establezca *términos de omisión eficientes*. Dichos términos permiten que las partes no regulen y solucionen cada uno de los aspectos que se podrían presentar en la ejecución de sus obligaciones, o que no tengan la obligación de prever cada una de situaciones de eventual conflicto, asumiendo que ello, siendo quizás en teoría posible, sería excesivamente oneroso y fácticamente inalcanzable en todos los casos¹⁵⁸.

Pero dichos términos de omisión eficientes suponen que el legislador asuma la función de llegar a soluciones que se puedan desprender de una voluntad hipotética palmaria de ciertos contratantes que, puestos en la misma posición que los del caso concreto, habrían decidido en tal sentido.

Cabe entonces preguntarnos si la regla del *venire*, derivada de la buena fe objetiva, y consagrada en el artículo 1564 del Código Civil, permite constituirse como un término de omisión eficiente. La respuesta será afirmativa si dicha regla permite disminuir los costos de transacción, y en último término, si resulta eficiente

¹⁵⁷ COASE, Ronald. (1992). Op. Cit., p. 98.

¹⁵⁸ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., pp. 282-283.

la exigibilidad del respeto de la conducta pasada (deber de coherencia) hacia el futuro en la contratación.

La operatividad de la regla del *venire* ya se ha delimitado en el Capítulo I. Supone que ante términos ambiguos o de dudosa interpretación, o ante una laguna o un vacío en el mismo, ambas partes, o al menos una con la aquiescencia de la otra, toman partido por cierto entendimiento del texto contractual en su ejecución. Luego, a la hora de la disputa sobre el sentido y alcance de una disposición contractual o sobre las obligaciones que el contrato contiene, el juez debiera desestimar una pretensión que supone una interpretación contradictoria con la que se plasmó en la ejecución¹⁵⁹.

Esta regla, en definitiva, da a las partes una suerte de mensaje que deben tener presente al momento de contratar y cumplir con lo pactado: la ejecución o la forma cómo lleven a la práctica sus contratos determinará también el sentido y alcance de las disposiciones que en él se contienen, y las soluciones prácticas a las que arriben en la ejecución del mismo (ante situaciones no reguladas expresamente en lo literal del texto contractual) integrarán el contrato. Luego, su conducta les será exigible a futuro, dado que el juez al interpretar el contrato debiera desestimar la pretensión de aquella parte que alegue un sentido interpretativo incoherente con sus propios actos.

En un sentido normativo, esta regla permite que las partes, a sabiendas de que su comportamiento permitirá interpretar el contrato y a su vez integrarlo, no tengan una imperiosa necesidad de llevar a extender al máximo la redacción de un contrato, toda vez que (presuponiendo un actuar leal y correcto de la contraparte, por el principio de buena fe objetiva), la ejecución que conjuntamente le den al mismo completará aquellos aspectos mal regulados o regulados sin la exhaustividad suficiente.

¹⁵⁹ Ello supone, sin duda, que las partes han dado ejecución a las obligaciones que emanan del contrato. En ausencia de comportamientos de ejecución, no es procedente la aplicación de la teoría, como ya se ha analizado en el Capítulo I.

Sin duda ello propende a una reducción de los costos de transacción en múltiples ámbitos de lo que podríamos denominar la contratación simple¹⁶⁰, dado que las partes pueden acordar los términos esenciales de sus operaciones y permitir que sea su conducta lo que modele y delimite el resto del contenido del contrato.

Sin embargo, su utilidad con miras a la reducción de los costos de transacción no solo se agota en la contratación simple. En los contratos que regulan operaciones altamente complejas del sistema económico (que suelen suponer acuerdos de intercambio largamente discutidos y en los que los partícipes han intentado delimitar con la máxima exhaustividad los términos del mismo) el deber de coherencia también da a las partes una máxima que reducirá costos de transacción a futuro: tienen incentivos a tomar decisiones de ejecución que propendan a un leal comportamiento de acuerdo a la intención mutua que dio lugar al acuerdo. Ello, dado que interpretaciones tendenciosas u oportunistas futuras serán desestimadas por el juez a la hora de aplicar el contrato en cuestión: primará la ejecución de consuno o consentida entre las partes.

Es importante desde ya hacerse cargo de la objeción que se podría plantear a esta forma de entender la regla a la luz del AED. Supuestamente, un *homo economicus* actuará de forma oportunista maximizando su beneficio incluso a costa de sacrificar el bienestar de su contraparte¹⁶¹. Es por ello que es imperativo el correctivo de la buena fe objetiva y la aquiescencia de la contraparte –o al menos su ausencia de reclamo– sobre la ejecución dada. La buena fe objetiva nos dice que no cualquier comportamiento puede ser amparado por el derecho sino solo las conductas leales, y la aprobación o ausencia de reclamo de la contraparte sin duda hace que el comportamiento sí sea una forma de encontrar una voluntad común de los contratantes.

¹⁶⁰ Esto, en oposición a la contratación compleja, que supone diversas fases de negociación en operaciones altamente sofisticadas y asistidas por equipos jurídicos y económicos.

¹⁶¹ COLOMA, Rodrigo. (2016). Ob. Cit., p. 27.

Es por todo lo señalado que, entendida como un *término eficiente de omisión* por el legislador, la regla del *venire* contribuye a disminuir costos de transacción en la contratación.

Por último, en relación a lo expuesto, cabe preguntarnos en términos generales si para el AED la aplicación del *venire* como un término de omisión eficiente genera, valga la repetición, *eficiencia* en términos tales que permita a las partes tomar decisiones que mejoren su bienestar presente.

¿Es eficiente hacer exigible la conducta pasada como un deber hacia el futuro? Es lógico concluir que sí. Una conducta del co-contratante, aceptada por la contraparte, que se volverá vinculante en términos contractuales por aplicación de la regla del *venire* ante una posible disputa judicial, genera una legítima expectativa del sujeto pasivo de la conducta desplegada, teniendo conocimiento de la regla del *venire*.

Ello permite que la contraparte de quien realiza un comportamiento interpretativo pueda tomar decisiones estratégicas que mejoren su posición actual sobre bases sólidas (a saber, la conducta de la contraria, que no se alterará a futuro¹⁶²) y maximicen su bienestar. Es por ello que a nuestro parecer la

¹⁶² Es importante hacer presente que lo expuesto hasta ahora es coherente con el análisis de la Teoría de los Actos Propios a la luz del AED. Sin embargo, esta perspectiva de análisis del derecho contempla una gama de puntos de vista, entre los cuales cabe mencionar el denominado "*incumplimiento eficiente*". En virtud del mismo, hay casos en los cuales la decisión de incumplir un contrato (y asumir el deber de indemnizar los perjuicios que sufra la contraparte) es más deseable para el AED por el bienestar que este genera y deberá considerarse así por el juez. En dichos casos, aún en aplicación de la Teoría de los Actos Propios (para determinar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales) sería deseable para el AED que el juez accediera a la pretensión con miras a no cumplir el contrato. Dicho de otra manera: el mismo deber de coherencia, a la luz del AED, encuentra su límite en la eficiencia. Esto no quiere decir que la Teoría de los Actos Propios conduzca a resultados ineficientes (aunque el reproche desde el Derecho Civil a la teoría del incumplimiento eficiente es, sin duda, admisible), sino que en ciertos casos el incumplimiento es más eficiente que el cumplimiento. Dado que el objeto de este estudio es juzgar la regla del *venire* a la luz del AED, no nos parece que esto sea problemático de cara a los fundamentos y a las consecuencias del análisis realizado. En este sentido: BARCIA, Rodrigo. (1998). Op. Cit., p. 174: el incumplimiento eficiente es aquél en que "(...) el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costes del incumplimiento, es mayor que los beneficios de cumplir el contrato".

aceptación de la regla del *venire* como un término de omisión eficiente genera más eficiencia que el estado contrario, esto es, aquel en que las partes pueden modificar sus conductas y el juez no debiese desestimar las alegaciones que atenten contra la coherencia en la contratación.

La conclusión expuesta se reafirma si invertimos los términos e imaginamos un escenario en que no tenga aplicación la regla del *venire*.

Supongamos que las partes pueden ejecutar los contratos y luego, ante una disputa interpretativa o sobre su contenido, sustenten interpretaciones sobre las disposiciones del mismo que no sean coherentes con la aplicación que le dieron al acuerdo. E imaginemos, además, que el juez no sancione esa incoherencia con la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria. En tal escenario, las partes no tendrían incentivos para tomar decisiones jurídica o económicamente relevantes asociadas a los contratos previamente celebrados, dado que el cambio de las conductas de sus contrapartes sería admisible y, por tanto, existiría un desincentivo general a la toma de decisiones que maximicen el bienestar individual y social.

En conclusión, podemos sostener que la teoría de los actos propios es un criterio de interpretación e integración contractual aceptable y deseable para el AED en la contratación.

3. LA UTILIDAD DEL VENIRE PARA CONSTRUIR EL CONTRATO PERFECTO

Habiéndonos hecho cargo de la aplicabilidad de la regla del *venire* como norma de omisión eficiente desarrollada por el legislador y la conveniencia que afirmamos posee su adopción como regla hermenéutica en la interpretación de los contratos de acuerdo al Código Civil chileno, corresponde que nos hagamos cargo de si la adopción de tal regla por los órganos jurisdiccionales sería un elemento

relevante para la labor de construir la voluntad hipotética de las partes por medio del criterio del contrato perfecto que el AED propone.

Es necesario prevenir que el estudio que realizamos de la regla del *venire* en esta materia no implica que deba adscribirse al mismo tanto como norma de omisión eficiente y como elemento de construcción del contrato perfecto a la vez. El análisis propuesto intenta adscribir la regla del *venire* a las distintas formas de interpretación o integración propuestas por el AED, con la finalidad de encontrar soluciones a problemas de adjudicación contractuales que propone esta doctrina, y determinar si la regla del *venire* puede ser un criterio admisible en los diversos supuestos planteados.

Dicho lo anterior, intentaremos definir si en el análisis que el juez hace al tratar de determinar la voluntad hipotética de las partes (ya sea cuando estas se han referido imperfectamente a una cláusula o han omitido¹⁶³ referencia a alguna circunstancia), el deber de coherencia que las partes han de respetar en sus relaciones sería una forma eficiente y justa de asignar los riesgos no distribuidos o distribuidos imperfectamente.

El modelo de contrato perfecto, como señalábamos, consiste en un modelo abstracto en el que *“las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución”*¹⁶⁴.

De modo que para determinar si la regla del *venire* podría ser utilizada como un elemento en la construcción del contrato perfecto debemos verificar si la existencia de este deber de coherencia que vincula a las partes es eficiente, y en consecuencia determinar si redundaría en que las partes maximicen su utilidad en un caso concreto.

¹⁶³ En este sentido, Bullard da el ejemplo de una cláusula que señala “constructor experto” es una buena forma de aproximarnos a la labor interpretativa en la cual el juez deberá dotar de contenido dicha expresión. Si las partes no se hubiesen referido a esto, el órgano hermenéutico también tendría la función de determinar si lo que las partes consideraron era un “constructor experto”.

¹⁶⁴ SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). Op. Cit., p. 261.

Para ello, es conveniente preguntarnos si el deber de coherencia ínsito en la regla del *venire* contribuye a disminuir costos de transacción en la contratación, a evitar la litigación, a incentivar las relaciones de intercambio y a maximizar el beneficio de estas relaciones. Con este objetivo supongamos por un momento, como ya hicimos en el apartado anterior, que las partes no resultan vinculadas por sus conductas interpretativas anteriores. ¿Cómo afectaría esto a la contratación?

Probablemente si las partes no pueden exigirse mutuamente actuar de acuerdo a sus conductas anteriores debieran invertir más recursos en determinar las cláusulas del contrato, toda vez que no podrían confiar en que la ejecución del acuerdo presente se hará en los mismos términos que los anteriores. De esta manera, el proceso de negociación sería más costoso, y especialmente inconveniente en aquellas relaciones contractuales en que las partes se vinculan sucesivamente.

Adicionalmente, si las partes no tuvieran una base legítima de confianza en la exigibilidad de las conductas anteriores recíprocas, probablemente no tendrían más de una relación contractual por cada relación de intercambio que requirieran. De modo que no se vincularían contractualmente en forma permanente, se multiplicaría la cantidad de contratos que deben celebrar ya que buscarían una contraparte para cada contrato, y con ello existirían más contratos en el sistema, con la consecuente mayor posibilidad de litigar sobre los mismos, y en ese mismo sentido, un mayor costo para el ejercicio jurisdiccional por la mayor cantidad de disputas a resolver.

Así, la vinculación de las partes por medio de la regla del *venire*, contribuirá a dar respuestas eficientes en la interpretación de las cláusulas de los contratos cuando el juez deba construir el contrato perfecto. Es eficiente que el juez al determinar la voluntad aplique esta regla dado que otorgará una respuesta acorde a lo que cabe entender que las partes querían para su relación contractual, y será eficiente que se haga de esta forma porque las partes podrán *ex ante* decidir no regular ciertos términos y podrán confiar en mantener relaciones permanentes con

sus contratantes lo que redundará en que la utilidad de sus relaciones contractuales se maximice.

De este modo, la construcción del modelo perfectamente regulado de contrato, bajo el supuesto de que las partes ejecutaron actos que dan cuenta de su entendimiento del contrato en cierto sentido, se basa en la voluntad de las partes expresada en sus propios comportamientos.

IV. EL DEBER DE COHERENCIA Y LA ESTABILIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES

Uno de los objetivos que el AED identifica en el derecho de los contratos es el propender a generar relaciones contractuales estables entre los sujetos¹⁶⁵. Esta finalidad es consustancial a una perspectiva de análisis cuya principal preocupación es la eficiencia.

Tal finalidad es compartida por el Derecho Civil moderno, para el cual también es un fin deseable la conservación de los negocios jurídicos en general y de los contratos en particular. Su relevancia se puede graficar en que se ha elevado a un carácter de principio general del derecho de la contratación para evitar, por ejemplo, la invalidez total del negocio jurídico que presenta un vicio de ineficacia en algunas de sus cláusulas, o para analizar el esquema de remedios contractuales a disposición del contratante diligente. Así, se ha señalado que “(...) *La conversión del negocio nulo tiene uno de sus fundamentos en el principio de “conservación del negocio jurídico”, principio en cuya virtud la voluntad negocial debe mantenerse en vigor lo más posible a fin de lograr el fin jurídico y fundamentalmente práctico que las partes persiguen con el negocio jurídico*”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Op. Cit., p. 284.

¹⁶⁶ MARTINIC, DORA. (2013). Algunas reflexiones sobre la conversión del negocio jurídico en el Derecho Chileno y Comparado. *Revista Jurídica UCES*, N° 17, p. 59. LA NULIDAD PARCIAL. FABIAN ELORRIAGA DE BONIS Profesor de Derecho Civil Universidad Adolfo Ibáñez, Doctor en Derecho Universidad de Navarra. RDJ. TOMO XCV – No 3 – 1998. En el mismo sentido, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. (1998). La nulidad

El principio también aparece en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, que ha sostenido “(...) *Que al efecto es útil tener en consideración que, coherente con los principios que informan el derecho de los contratos, específicamente el de fuerza obligatoria y el de conservación del negocio jurídico, la resolución debe tener un carácter excepcional, ello por cuanto no todo incumplimiento tiene un carácter resolutorio (...)*”¹⁶⁷.

La generación de relaciones contractuales estables y permanentes reduce naturalmente los costos de transacción, evita la judicialización de las relaciones entre particulares, reduce las externalidades derivadas de la necesidad de reiniciar negociaciones ante cualquier nueva necesidad jurídica, entre otra serie de factores que se aprecian a simple vista como costos indeseables para un sistema jurídico-económico.

Estimamos que la aplicación de la teoría de los actos propios puede propender a esta finalidad, lo que se desprende del rango de predictibilidad de las futuras decisiones jurisdiccionales que otorga a los contratantes, lo que desincentiva comportamientos maliciosamente estratégicos ante una eventual (y probable) sentencia contradictoria posterior. Ello puede propender a evitar la judicialización de las relaciones contractuales y, consecuentemente, dar

parcial. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 3, 77-95, ha señalado que: “(...) *La respuesta, al menos desde el punto de vista teórico-conceptual, se encuentra en el principio de conservación de los actos jurídicos, según el cual el ordenamiento legal debe asegurar al máximo la mantención del acto, para que las partes obtengan el beneficio perseguido con su otorgamiento, en lo que se conoce como la aplicación de la máxima utile per inutile non vitiatur. La aplicación de este principio viene a romper definitivamente la tensión entre validez plena o nulidad plena, haciendo aparecer una especie de término medio o tertium genus, que en el caso implica que el negocio solamente será ineficaz en lo estrictamente necesario, subsistiendo su validez en el resto. Este principio, que es recurrido también para justificar la posibilidad de ratificar o convalidar los actos que adolecen de nulidad relativa, y para construir el fenómeno de la conversión de los actos nulos, sirve para cimentar las bases de la nulidad parcial. Resulta claro que los objetivos que han tenido en vista las partes al momento de contratar, deben ser resguardados por la ley, de un modo tal, que si resulta imposible satisfacerlos en su totalidad, porque un vicio de nulidad de ciertas cláusulas lo impide, se resguarden, protejan y conserven todos aquellos beneficios que sí pueden lograrse, por no estar afectados a vicio alguno*”.

¹⁶⁷ CORTE SUPREMA, (2014). Sentencia de 27 de mayo de 2014, rol N° 3407-2013.

incentivos a las partes a comportarse de forma leal y de acuerdo a los parámetros de la buena fe objetiva.

También el conocimiento de la regla del *venire* incentiva a las partes a tomar decisiones de ejecución contractual responsables y meditadas, pensando siempre en la intención mutua que las llevó a suscribir un acuerdo y no solo en maximizar su propio bienestar a costa del perjuicio de su co-contratante. Ello sin duda redundará en incrementar los niveles de confianza entre los suscribientes de un contrato, lo que a la larga propende a nuevas relaciones contractuales entre los mismos sujetos (o, al menos, a mantener las ya existentes).

V. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS A UN CASO HIPOTÉTICO

Supongamos un contrato entre un transportista de cargas pesadas (T) y una importante empresa del rubro de extracción de sustancias minerales (M). El contrato surge con ocasión de que M necesita contratar los servicios de T para el transporte de carbón desde el lugar de las faenas hasta un importante puerto local que lo conecta con sus compradores alrededor del mundo.

T participa en la licitación ofrecida por M y se adjudica la prestación de transporte de materias primas por una cantidad que anualmente le representa prácticamente la totalidad de su capacidad operativa.

En el contrato se estableció la siguiente cláusula:

“CLÁUSULA X: El presente contrato tendrá una duración de un año contado desde la fecha de su suscripción, el cual se entenderá automáticamente renovado por igual periodo de tiempo en caso de que ninguna de las partes manifieste su voluntad de poner término al mismo por cualquier medio antes del cumplimiento del periodo establecido”

Durante los primeros seis meses de ejecución del contrato ambas partes cumplieron con sus obligaciones de forma exitosa, alcanzándose el propósito del

acuerdo en el tiempo y forma debidos, con T operando al máximo de su capacidad, por lo que cumplir con el contrato significó dedicarse exclusivamente a la prestación comprometida.

Al séptimo mes M comunicó a T su intención de incrementar para el año siguiente su capacidad de extracción, lo que naturalmente conllevaría un aumento de la maquinaria de transporte de T para cumplir con la demanda en el nuevo periodo.

Al octavo mes T remitió a M información relativa a las maquinarias específicas que estaba en proceso de adquisición para cumplir con el referido aumento de demanda, comunicación que luego de ser recibida por M, fue respondida con comentarios técnicos, especificaciones y sugerencias sobre las maquinarias en cuestión.

En el noveno mes T concretó la adquisición de las maquinarias, de altísimo costo, poniendo lo anterior en conocimiento de M y obteniendo una satisfactoria respuesta de esta última por la calidad y utilidad de la inversión realizada con miras a la producción del próximo año.

En los meses siguientes T se abstuvo de ofertar sus servicios a otras empresas o de participar en futuras licitaciones, dado que estimaba que mantendría plenamente ocupada su capacidad operativa con este contrato, al menos por el año siguiente, fundado en las conversaciones sostenidas con M, antes referidas.

Al mes doce, quince días antes de cumplirse el primer año de ejecución del contrato, M notificó a T de su voluntad de ponerle término al mismo, en aplicación de la citada Cláusula X. T tomó conocimiento en días posteriores de que ya había una nueva licitación en curso para adjudicar la prestación de servicios por el próximo periodo, en la que por razones temporales ya no le sería posible participar.

¿Podría aproximarse a este caso un juez aplicando la regla del *venire contra factum proprium non valet*, consagrada en el artículo 1564 inciso final?

¿Sería la eventual solución eficiente, cumpliendo con los parámetros del AED para interpretar los contratos?

Creemos que ambas preguntas se pueden responder de forma afirmativa.

En primer lugar, supongamos que M sostiene que ejerció válidamente la facultad contenida en la Cláusula X para ponerle término al contrato antes del cumplimiento del primer periodo. Por su parte, T podría sostener que las conductas (conversaciones descritas durante la ejecución del contrato) importaban una manifestación de voluntad precisamente con miras a extender por al menos un periodo más el contrato en cuestión, ello también en aplicación de la Cláusula X.

Ante este conflicto resultaría pertinente la aplicación de la interpretación auténtica del contrato de acuerdo al artículo 1564 inciso final. Así, las conversaciones sostenidas por las partes permitían crear una legítima expectativa en T de la prolongación del contrato, toda vez que esta última: 1) recibió de parte de M información que daba cuenta de las condiciones requeridas por el servicio para el año siguiente y 2) preparó e invirtió, con el conocimiento y la aquiescencia de M, mejoras en su capacidad para satisfacer las necesidades de M en el periodo siguiente.

Entonces, la ejecución que las partes dieron al contrato, permite presumir sin duda alguna una voluntad de ambas de prorrogar al menos por un año su relación contractual y de no dar aplicación a la facultad de terminación contemplada en la Cláusula X, siendo inadmisibles que M desconozca sus propios actos de ejecución, dado que ello atentaría contra la buena fe objetiva y el desarrollo leal y correcto de las relaciones entre las partes.

En segundo lugar, creemos que la respuesta anterior sería eficiente para el AED. Primero, la conducta de las partes viene a llenar el vacío o falta de claridad que consciente o inconscientemente tuvieron las partes al redactar el contrato, y lo llena de una forma que supone una lealtad recíproca entre las partes. De lo contrario las partes deberían suponer que las expresiones de voluntad que se dan

durante la contratación por medio de conductas interpretativas no son fidedignas, no son vinculantes, y consecuentemente no se podrían tomar decisiones en base a ellas. En consecuencia, hacer exigibles las conductas interpretativas permitiría una adecuada previsión del devenir de la relación contractual y de las inversiones necesarias para la continuación del contrato.

Luego, creemos que en un contrato perfecto, esto es, aquel en que T y M hubiesen regulado todas y cada una de las contingencias, las partes habrían acordado que la comunicación relativa a requerimientos para nuevos periodos, sumados a conversaciones asociadas a cumplir con dichos requerimientos, debiesen entenderse como una manifestación de voluntad tendiente a perpetuar la relación contractual.

Este breve ejercicio teórico permite mostrar cómo operaría la regla del *venire* en la interpretación de los contratos y lo favorable de sus resultados para el AED.

CONCLUSIONES

1. La Teoría de los Actos Propios (o regla del *venire contra factum proprium non valet*) opera como una regla de interpretación de los contratos aplicable en el Derecho Civil Chileno, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1564 inciso final del Código Civil.

2. Para que el juez pueda aplicar la teoría de los actos propios como regla de interpretación contractual, las partes (ambas, o al menos una con la aquiescencia de la otra) deben haber dado al contrato una aplicación que supone otorgar a las cláusulas contractuales un sentido preciso y determinado, y luego una de las partes (la que ejecutó la conducta, o la que consintió en la ejecución dada por la contraria) debe ejercer una acción o pretensión cuyo fundamento supone darle a la cláusula contractual un sentido diverso al que suponía la ejecución que le dio al contrato. O, eventualmente, la parte demandada debe oponer una defensa que supone una interpretación del texto contractual diversa a la ejecución dada al contrato por sí misma o a la aquiescencia dada a la ejecución de la contraria.

3. La consecuencia de verificarse dicha circunstancia será la inadmisibilidad de la pretensión fundada en una conducta contradictoria, por aplicación de la regla legal mencionada y el principio general de la buena fe objetiva que establece el deber de actuar de forma coherente en el ejercicio de las relaciones contractuales.

4. Una de las funciones principales del AED del derecho de los contratos es precisamente el ejercicio de interpretación e integración de los mismos.

5. La forma en que el AED propone interpretar los contratos consiste en comparar el contrato efectivamente celebrado por las partes con un modelo abstracto denominado *contrato perfecto*, con el objeto de determinar cómo las partes hubiesen regulado un riesgo que, debido a los costos de transacción, no pudieron prever o regularon imperfectamente.

6. Las técnicas de interpretación del AED pueden oscilar entre criterios *textualistas* y *contextualistas*, los que, sin oponerse, complementan una forma eficiente de determinar el contenido no regulado o regulado de forma ambigua por las partes de tal manera que estas maximicen su utilidad, lo que redundará en un mayor bienestar social.

7. La aplicación de la buena fe objetiva es, para el AED, un *término de omisión eficiente*, que contribuye a disminuir los costos de transacción en la contratación. En consecuencia, el juez debe aplicar la regla del *venire* como criterio de interpretación o de integración contractual en tanto derivación específica de la buena fe objetiva.

8. En ausencia de términos de omisión eficientes (insuficiencia de la buena fe objetiva para solucionar el conflicto), el juez también puede aplicar la regla del *venire* para construir el modelo de *contrato perfecto*, bajo el entendido de que la ejecución práctica de los contratos da cuenta de cuál era la voluntad o intención real de los contratantes a la hora de distribuir los riesgos.

9. La aplicación de la Teoría de los Actos Propios al proceso de interpretación e integración de los contratos podría otorgar incentivos para que las partes propendieran a relaciones jurídicas estables. Estos incentivos consisten en la legítima expectativa de confiar en la coherencia de la conducta de su contraparte, objetivo deseable para el AED.

10. En suma, la aplicación de la Teoría de los Actos Propios a la interpretación contractual permite alcanzar soluciones eficientes y aceptables tanto para el AED como para el Derecho Civil.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA CONSULTADA

1. ARENA, Federico. (2011). Intención, contratos e interpretación de textos jurídicos indeterminados. *Isonomía*, N° 35, pp. 54-81.
2. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. (1998). Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2, pp. 149-176.
3. BERNAL, Mariana. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra Factum Proprium. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°13, pp. 291-321.
4. BERNAL, Mariana. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Revista Universitas*, N° 120, pp. 253-270.
5. BOETSCH, Cristián. (2011). El principio de la buena fe. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
6. BORDA, Alejandro. (2000). La teoría de los actos propios. Buenos Aires: Editorial Abeldo Perrot.
7. BULLARD, Alfredo. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, N° 47, pp. 35-87.
8. CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. (1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral. *Revista Estudios Públicos (CEP)*, N° 63, pp. 347-391.
9. CLARO SOLAR, Luis. (2013). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo XII. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
10. COASE, Ronald. (1992). El problema del costo social. *Revista Estudios Públicos (CEP)*, N° 45, pp. 81-134.
11. COHEN, George. (1999). Implied terms and interpretation in contract law. En: BOUCKAER, B. y DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law & Economics (1996-2000)*. Edgar Elgar y University of Ghent.

12. COLOMA, Rodrigo. (2016). Interpretación de los contratos: entre literalidad e intención. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26, pp. 9-49.
13. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. (1998). Derecho y Economía. México: Fondo de Cultura Económica.
14. CORRAL, Hernán. (2010a). La raíz histórica del adagio venire contra factum proprium non valet. En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes.
15. CORRAL, Hernán. (2006). La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. Cuaderno de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado, vol. III, pp. 187-226.
16. CORRAL, Hernán. (2007). La descodificación del Derecho Civil en Chile. En: GUZMÁN, Alejandro (edit.). El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005). Santiago: LexisNexis, 641-651 pp.
17. CORRAL, Hernán. (2010b). La doctrina de los actos propios en el derecho de familia. En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes.
18. DIEZ-PICAZO, Luis. (1963). La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo. Barcelona: Editorial Bosch.
19. EKDAHL, María Fernanda. (1989). La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
20. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. (1998). La nulidad parcial. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 3, 77-95.
21. FUEYO, Fernando. (1990). Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
22. GONZÁLEZ, Luis. (1993). El 'individualismo metodológico' de Max Weber y las modernas teorías de la elección racional. *Revista Realidad*, N° 34, pp. 431-447.

23. LÓPEZ MEZA, Marcelo. (2009). La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación. *Revista Vniversitas*, N° 119, pp. 189-222.
24. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. (2010). Los Contratos: Parte General. Santiago: Editorial Legal Publishing.
25. LYON PUELMA, Alberto. Crítica a la doctrina del acto propio: ¿sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe? En: BORDA, A., CONTARDO GONZÁLEZ, J., et al. *Venire contra factum proprium*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes.
26. LYON PUELMA, Alberto (2009). Integración e interpretación de los contratos. En: ALCALDE, Enrique, y FÁBREGAS, Hugo (coord.). Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.
27. MARTÍNEZ, Carlos (2014). Insuficiencias del análisis económico como base para una teoría de la adjudicación. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3), pp. 925-955.
28. MARTINIC, DORA. (2013). Algunas reflexiones sobre la conversión del negocio jurídico en el Derecho Chileno y Comparado. *Revista Jurídica UCES*, N° 17, pp. 57-69.
29. MERY, Rafael. (2004). Notas sobre el análisis económico del derecho: una mirada desde América Latina. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, pp. 121-140.
30. MONROY, Daniel. (2010). Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos. Con-texto. *Revista de Derecho y Economía*, N° 33, pp. 55-71.
31. PADILLA, Ricardo. (2013). Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20.
32. PARDO DE CARVALLO, Inés. (1991). La doctrina de los actos propios. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XIV.
33. PEÑA, Carlos. (1996). Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil. En: FUEYO, F., PÉREZ, L., et. Al. Instituciones modernas de derecho civil: homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Santiago: Jurídica Conosur.
34. PLATA, Luis. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, N° 23, pp. 97-110.

35. POSNER, Richard (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
36. POSNER, Richard (2004). The law and economics of contract interpretation. *Texas Law Review*, Vol. 83, pp. 1581-1614.
37. POTHIER, Robert Joseph. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Argentina: Heliasta.
38. RODRÍGUEZ, Ambrosio. (2005). *Teoría de los actos propios*. II Curso de actualización Jurídica. *Teorías de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo.
39. SALAH, María Agnes. (2008). Las doctrinas de los actos propios y de la protección de la apariencia: Una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en Derecho*, N° 2, pp. 189-202.
40. SCHÁFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. (1989). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos.
41. TENA, Rodrigo. 2010. Instinto jurídico contra análisis económico. En: VIII SEMINARIO Harvard-Complutense: 27 y 30 de septiembre de 2010. Cambridge, Universidad de Harvard.
42. TRONCOSO, Hernán y ÁLVAREZ, Carlos. (2010). *Contratos*. Santiago: AbeledoPerrot: Legal Publishing.
43. VIAL DEL RÍO, Víctor. (2011). *Teoría General del Acto Jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

II. JURISPRUDENCIA CITADA

1. CORTE SUPREMA. (2005). Sentencia de 4 de mayo de 2005, rol N° 3111-03.
2. CORTE SUPREMA. (2009). Sentencia de 21 de julio de 2009, rol N° 1556-08.
3. CORTE SUPREMA. (2011). Sentencia de 10 de noviembre de 2011, rol N° 6307-2010.
4. CORTE SUPREMA. (2012). Sentencia de 2 de mayo de 2012, rol N° 3965-2011.
5. CORTE SUPREMA. (2012). Sentencia de 3 de octubre de 2012, rol N° 5643-2012.
6. CORTE SUPREMA, (2014). Sentencia de 27 de mayo de 2014, rol N° 3407-2013.

7. CORTE SUPREMA. (2015). Sentencia de 10 de noviembre de 2015, rol N° 2581-2015.
8. CORTE SUPREMA. (2015). Sentencia de 10 de diciembre de 2015, rol N° 2581-2015
9. CORTE SUPREMA. (2016). Sentencia de 14 de Noviembre de 2016, rol N°45.787-16.
10. CORTE SUPREMA. (2017). Sentencia de 23 de enero de 2017, rol N° 40.664-16.