

# **PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO CONTRACTUAL**

**RODRIGO BARRÍA DÍAZ  
ALFREDO FERRANTE  
LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA  
EDITORES**



**THOMSON REUTERS**

## ÍNDICE

	Página
Controles <i>ex post</i> sobre condiciones generales y diseño de contratos: la experiencia española .....	1
<i>Fernando Gómez Pomar - Mireia Artigot Golobardes</i>	
Aspectos fundamentales del actual desarrollo interno del derecho de contratos. Crítica al modelo económico neoclásico del contrato .....	29
<i>Enrique Barros</i>	
Cuestiones novedosas regidas por la CISG .....	43
<i>Edgardo Muñoz</i>	
Querer y poder en el derecho de los contratos: las denominadas condiciones potestativas.....	73
<i>Cristiano de Sousa Zanetti</i>	
Los tipos contractuales y el contrato de <i>layaway</i> .....	95
<i>Luis F.P. Leiva Fernández</i>	
El contrato agrícola y el régimen de inscripción voluntaria. Especial mención al carácter oponible del contrato.....	109
<i>Álvaro Vidal Olivares</i>	
Autonomía de la voluntad y arbitraje.....	133
<i>Alfredo Ferrante</i>	
Autonomía de la voluntad en el derecho civil francés: el ocaso de un mito .....	149
<i>Mauricio Tapia R.</i>	

	Página
Apuntes iniciales sobre la incidencia del riesgo normativo o regulatorio en la autonomía contractual en el ordenamiento peruano.....	169
<i>Héctor Campos García</i>	
Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas .....	205
<i>Cristián Banfi del Río</i>	
El error en el sentido y alcance de las cláusulas del contrato: desde la interpretación hasta la invalidación .....	221
<i>Pamela Prado López</i>	
Cargas y deberes del acreedor como mecanismos de equilibrio contractual.....	245
<i>Lilian C. San Martín Neira</i>	
Asociación o cuentas en participación y grupos de empresas: algunas disquisiciones con relación a su configuración, distribución de riesgos y responsabilidad .....	267
<i>María Fernanda Vásquez Palma</i>	
Incumplimiento contractual, restitución de ganancias del deudor y enriquecimiento injustificado.....	307
<i>Rodrigo Barría Díaz</i>	
Indemnización por inejecución de obligaciones de hacer y no hacer personalísimas: ¿un caso de opción de responsabilidad? .....	325
<i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i>	
La noción de incumplimiento en la jurisprudencia reciente. Su incidencia en la aplicación del artículo 1489 del Código Civil ....	341
<i>Claudia Carolina Mejías Alonzo</i>	
La tutela del acreedor en el arrendamiento de cosas: un análisis desde el Código Civil y su cotejo con el modelo acuñado por el moderno derecho de contratos .....	361
<i>Patricia Verónica López Díaz</i>	
El contrato de servicios y sus desafíos para el derecho contractual chileno: su reconocimiento como categoría autónoma. La superación del arrendamiento y el mandato.....	399
<i>María Graciela Brantt Zumarán</i>	

	Página
El diálogo entre el derecho común y el derecho del consumidor . <i>Jorge Baraona González</i>	421
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW .....	447



## RIESGOS EN LA INTERPRETACIÓN DE UN CONTRATO ENTRE PARTES SOFISTICADAS

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO\*

*RESUMEN: Los contratos entre partes sofisticadas deben ser interpretados con apego a su letra, pues ésta refleja la intención de ellas, salvo evidencia concluyente en contrario. Ello es coherente con el pacta sunt servanda y la estabilidad contractual, reduciendo el riesgo de arbitrariedad o error judicial.*

1. Supóngase un contrato de prestación de servicios suscrito entre personas jurídicas expertas en el rubro pertinente, las cuales recibieron oportuna y cabal asesoría jurídica de parte de abogados altamente calificados.

El contrato contiene dos cláusulas de terminación anticipada: una, para el caso en que cualquiera de las partes incurra en incumplimientos graves definidos en el pacto, y otra, sin expresión de causa, del siguiente tenor:

*“Este contrato tendrá una vigencia de 60 meses a partir del día 1 de octubre de 2013, y en consecuencia terminará el día 31 de septiembre del año 2018. No obstante lo anterior, ambas partes podrán ponerle término de mutuo acuerdo, o bien, una cualquiera de ellas podrá ponerle término mediante aviso por carta certificada a la otra parte enviado con 60 días de anticipación a la fecha del término anticipado. Con todo, dentro de un plazo razonable previo a la terminación del contrato, las partes evaluarán la mutua conveniencia de mantener la vigencia de éste en los términos y condiciones que acuerden. Para esta evaluación se considerará, entre otros factores y sin que implique limitación de ninguna especie, el resultado de estudios de aceptación, análisis de mercado o cualquier otro método que razonablemente se pueda utilizar para determinar la calidad y aceptación de las Señales”.*

---

\* Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile. Este trabajo integra el Proyecto Fondecyt Regular N° 1170094. Todas las traducciones son mías. Las referencias a artículos se entienden hechas al Código Civil chileno.

2. La cláusula antes transcrita consagra un desahucio, desistimiento, renuncia o resciliación unilateral.

La cláusula, también denominada de revocación o simplemente “de salida”, confiere “*la facultad de un contratante para dejar sin efecto el contrato por su unilateral decisión*”<sup>1</sup>, distinguiéndose de la resolución o terminación unilateral por incumplimiento del contrato<sup>2</sup>.

Específicamente, la cláusula habilita a cualquiera de las partes a desistirse anticipada y unilateralmente del contrato sin expresión de causa (*ad nutum*).

Luego, “*se trata de un derecho potestativo que se concede a una o ambas partes del contrato a efectos de extinguir la relación contractual cuya principal característica es la de la innecesidad de alegar una justa causa*”<sup>3</sup>.

En efecto, como afirma otro autor, “*... trátense de contratos a término indefinido o de duración determinada sin que medie incumplimiento imputable, son las propias partes las que, por disposición particular, acuerdan la posibilidad de romper unilateralmente el negocio en cualquier momento, durante su ejecución, otorgando, a una de ellas, o a las dos, la facultad de desvincularse, usualmente en determinadas circunstancias y previo agotamiento del procedimiento previsto al efecto, lo que le quita su eventual carácter puramente discrecional. Así, por ejemplo, la obligación de motivar la decisión de terminar, o la de comunicarla con cierta antelación, o la de pagar una indemnización a la parte que la sufre. Aunque doctrina y jurisprudencia han discutido sobre la validez de tales pactos, fundamentalmente argumentando que el contrato quedaría sujeto a una condición potestativa y, por lo tanto, dependería de la voluntad de la persona que se obliga, lo que lo haría nulo... generalmente se admite*

---

<sup>1</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 447.

<sup>2</sup> Véase, *v. gr.*, MOLINA MOLINA, Ranfer, “La terminación del contrato ‘ad nutum’”, en *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia* 10 (2006), pp. 125-158; CAPRILE BIERMANN, Bruno, “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en Figueroa, Gonzalo (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, LegalPublishing, 2011, pp. 271-296; PIZARRO WILSON, Carlos, “Las cláusulas de salida en los contratos. Una técnica que permite escapar, pero sin incumplir”, en Bahamondes, Claudia (coord.), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 581-591.

<sup>3</sup> KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 15.

*su eficacia con base en dos razones: una, que se trataría de un mutuo disentimiento anticipado, perfectamente válido a la luz del texto del artículo 1625 del Código Civil<sup>4</sup>, y otra, que como normalmente su ejercicio no es discrecional, la condición puramente potestativa desaparece”<sup>5</sup>.*

3. Imagínese que quien contrató los servicios ejerce su derecho a terminar el contrato según lo estipulado en la citada cláusula y que su cocontratante alega que ésta quedó incorporada por error, tildándola de *cláusula patológica* y esgrimiendo que la terminación unilateral debe fundarse en un incumplimiento, nunca en el mero arbitrio.

La controversia se intensifica. El contratante desahuciado demanda a la contraparte de cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios. El litigio girará, en buena medida, en torno a la interpretación de la cláusula<sup>6</sup>.

Pues bien, en lo que sigue argumentaré que la disputa debería dirimirse a favor de la demandada, haciendo primar la letra del contrato y ello, en gran medida, atendido que son partes sofisticadas que, cabe entender, asumieron conscientemente los riesgos contractuales y así los plasmaron en el texto.

4. Por de pronto, según reza el art. 1560, “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”.

Luego, el primer elemento que el juez debe analizar para descubrir la voluntad real de los contratantes –si tal empresa es factible– es la letra del convenio.

Es más, el juez debe presumir que ella refleja la verdadera intención de los contratantes, salvo que quien alegue lo contrario y lo demuestre. Y es que la regla prescribe que sólo si se “conoce claramente” una intención de las partes distinta de la que quedó recogida en el texto del pacto deberá preferirse aquélla.

---

<sup>4</sup> Debe entenderse esta remisión al art. 1567 CC.

<sup>5</sup> NAVIA ARROYO, Felipe, “La terminación unilateral del contrato de derecho privado”, en *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, n. 14, 2008, p. 38.

<sup>6</sup> Sin dudas también podrá ser materia de la controversia la cuestión de si el demandado ejerció su facultad de desistirse unilateralmente del contrato, sin abusar de tal derecho, esto es, actuando de buena fe y notificando a la contraparte con la antelación prevista en el pacto. Requisitos a los que no me referiré en este trabajo y sobre los cuales puede verse, v. gr., MOLINA, R., “La terminación del contrato...” cit. (n. 1), pp. 146-153; CAPRILE, B., “El desistimiento unilateral...” cit. (n. 1), pp. 288-295, y PIZARRO WILSON, Carlos, “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en *Revista Ius et Praxis*, n. 13, 2007, pp. 23-26.

Por cierto, el adverbio “claramente” impone un elevado estándar probatorio, que deberá superar quien afirme que la letra no representa la voluntad de las partes<sup>7</sup>. Mientras no se desentrañe una intención distinta, deberá considerarse que los contratantes quisieron decir exactamente lo que manifestaron por escrito.

En efecto, es imposible descubrir estados mentales. La intención (la de dañar, la de los contratantes u otra) a lo más puede ser colegida de comportamientos exteriores, objetivos, positivos, como la palabra escrita en un contrato.

Rodrigo Coloma explica con lucidez esta idea:

*“La dificultad para conocer la intención de las partes es consecuencia de que se suele poner especial atención en algo que sucedería en la mente de un sujeto (estado mental) para así reconocer que esta existe o ha existido. Así las cosas, el problema sería insoluble, ya que se carece de la tecnología que permita observar lo que ocurre en la mente de las personas (más allá de procesos químicos o de impulsos eléctricos). La filosofía de la mente y las ciencias cognitivas –a pesar de sus innegables avances en las últimas décadas– no han entregado a los juristas herramientas que les permitan ir más allá de lo que históricamente ha sido posible, observando la conducta de las partes, anterior, concomitante y posterior a la conclusión del acuerdo... En primer lugar, debe advertirse que, al menos hasta donde alcanzan nuestras capacidades cognitivas, conocer la intención no exige adentrarse en la mente de los contratantes, sino realizar una actividad interpretativa/inferencial de sus comportamientos. En segundo lugar, tales comportamientos pueden ser acciones lingüísticas (textuales u orales) o no”<sup>8</sup>.*

Por eso, en un antiguo fallo, la Corte Suprema declaró que *“de acuerdo con el artículo 1560 del Código Civil, que establece las reglas fundamentales sobre la interpretación de los contratos, éstos son lo que expresa la escritura, a menos de establecerse en forma fidedigna que los contratantes entendieron estipular una cosa determinada distinta. Y no puede ser de otra manera, puesto que en los contratos, como en la ley, y como en todo acto hablado o escrito, el lenguaje es la expresión de la voluntad. La sujeción al texto escrito será menos rigurosa en el contrato que en la ley, pero tal*

---

<sup>7</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 49-50.

<sup>8</sup> COLOMA CORREA, Rodrigo, “Interpretación de contratos: entre literalidad e intención”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 26, 2016, pp. 25-26.

*es la regla, y en materia contractual no es dable separarse de ella sino en virtud del conocimiento claro de una intención diversa*<sup>9</sup>.

Análogamente, comentando el art. 1560, Luis Claro Solar asevera:

*“... debe admitirse, por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido, expresan con exactitud su pensamiento; y por consiguiente, cuando el sentido de estas palabras es evidente y razonable, no hay ningún otro elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes... la intención de los contratantes es expresada por las palabras de que ellos se sirven; y cuando las palabras son claras, la intención por esto mismo es cierta; si en este caso se dejaran de lado las palabras para investigar otra intención de los contratantes, se pondría en lugar de una intención claramente manifestada por los contratantes mismos la intención establecida por el intérprete por vías más o menos conjeturales y prefiriéndose a una interpretación cierta una interpretación incierta...y si los términos de la convención son claros, deben, por lo mismo, ser aplicados en su sentido literal y no buscarles un sentido arbitrario que vendría a substituir a la obligación convenida por las partes una obligación nueva que ellas no se habían siquiera imaginado”*<sup>10</sup>.

5. La cláusula contractual referida es meridianamente nítida y no admite dobles lecturas: cualquiera de las partes puede poner término al contrato, sin necesidad de ofrecer un motivo y sin más formalidad que la de comunicar su decisión a la contraparte, mediante carta certificada, remitida con la antelación indicada a la fecha de la terminación efectiva.

Asimismo, si bien esta cláusula comienza expresando que el contrato tendrá una duración de 60 meses, la frase inmediatamente siguiente indica “*No obstante lo anterior*”. El sentido natural y obvio de esta conjunción (“*sin embargo, sin que estorbe ni perjudique para una cosa*”)<sup>11</sup> implica que, a pesar de haberse pactado un contrato a cinco años, cualquiera de las partes podía desahuciarlo, cuando así lo estimara, con independencia del tiempo transcurrido desde su celebración.

Luego, la duración acordada es solo una expectativa, una contingencia, un riesgo ínsito en el contrato que las partes asumieron conscientemente.

---

<sup>9</sup> Corte Suprema, 8 de agosto de 1956, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 53, sec. 1ª, p. 217.

<sup>10</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, T. XII, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 16-18.

<sup>11</sup> Diccionario RAE, 22ª edición.

La letra de la cláusula aludida es una prueba concluyente de que las partes aceptaron la posibilidad de que el contrato culminara por desistimiento unilateral y anticipado de cualquiera de ellas.

De hecho, es innecesario recurrir a las reglas accesorias de interpretación contractual, como la del art. 1566, que se pone en el caso de una cláusula ambigua<sup>12</sup>, ya que la cláusula bajo examen ciertamente no lo es: la intención real de las partes está reflejada, sin vaguedades, en el texto de la cláusula.

6. Supóngase, adicionalmente, que las partes intercambiaron diversos borradores del contrato durante las tratativas preliminares, que sólo a partir del segundo proyecto de contrato la cláusula en comento fue incluida, que la actora luego la eliminó en borradores posteriores, pero que, en definitiva, fue restituida en la versión del contrato que las partes suscribieron.

De esta forma, la historia de la negociación del contrato demostraría que la cláusula de desahucio no fue fruto de una equivocación, tesis esta última que devendría aún más increíble si quien la sostiene fue asesorada legalmente y si ambas partes expresaron que celebran el contrato “*en forma libre y espontánea, en perfecto y cabal conocimiento de cada uno y de todos sus derechos*”.

Aun cuando la letra del contrato evidencia que las partes quisieron pactar y en efecto estipularon la cláusula de desistimiento unilateral, anticipado y sin expresión de causa, otras reglas de interpretación contractual confirman dicha conclusión, a saber:

a) El hecho de que el contrato incluya otras cláusulas de terminación unilateral, que exigen un incumplimiento, no priva de efectos a la que aquí se comenta. Esta cláusula faculta a cualquiera de las partes a poner término al contrato por su simple voluntad, sin necesidad de dar razón alguna, pues se trata de un desistimiento, sin perjuicio de permitir que la otra parte convenza a la primera de la mutua conveniencia de perseverar con el contrato. En cambio, las demás cláusulas de terminación facultan al beneficiario de los servicios para desahuciar el contrato ante un incumpli-

---

<sup>12</sup> “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.// Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

miento grave del prestador de los servicios. Se trata, entonces, de cláusulas que desempeñan funciones completamente diferentes.

b) La cláusula que atrae nuestra atención se justifica por sí sola: faculta a cualquiera de las partes para desligarse del contrato, en cualquier momento, sin necesidad de justificar su decisión y aunque no exista otra que el mero arbitrio. Del hecho de que se aplique la cláusula de terminación por desistimiento unilateral no se sigue que las cláusulas de terminación por incumplimiento sean superfluas: éstas son necesarias para poner término al contrato por incumplimiento. No son cláusulas redundantes o contradictorias, sino diferentes. La cuestión estriba en interpretar la cláusula de terminación unilateral sin expresión de causa de forma que surta algún efecto en lugar de entenderla de una manera que la torne inútil<sup>13</sup>. Ello exige reconocer la validez de la cláusula en comento, que nació del acuerdo de las partes. Éstas se confirieron el derecho a desahuciar el contrato sin expresión de causa.

c) La interpretación armónica de las cláusulas implica admitir que, al interior del contrato, conviven dos clases distintas –no antagónicas– de terminación unilateral: una, por incumplimiento grave de la obligación del prestador del servicio, y, otra, basada en la voluntad de cualquiera de las partes a desistirse del contrato, cuando quisiera y cualquiera fuera la causa que la animara a ello, si tal existiera.

Esta forma de interpretar dichas cláusulas permite otorgarle a cada una de ellas el sentido que mejor conviene al contrato en su conjunto<sup>14</sup>, cual es que las partes, ejerciendo su autonomía, dejaron abiertas diversas posibilidades de terminación de aquél: vencimiento del plazo fijo, resciliación, resolución unilateral por incumplimiento de las obligaciones o desistimiento unilateral por cualquiera de las partes.

7. Así, aparte de lo dicho, que la demandante, al solicitar una medida prejudicial precautoria, admitió la aplicabilidad de la cláusula de terminación referida, que después impugna. Ello constituiría un reconocimiento de que la cláusula es eficaz, resultando procedente invocar la regla de la interpretación auténtica, que, como se sabe, envuelve una verdadera

---

<sup>13</sup> “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Art. 1562 CC.

<sup>14</sup> “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Art. 1564 inc. 1º, CC.

confesión de parte<sup>15</sup> y está estrechamente conectada con el principio de la buena fe, consagrado en el art. 1546, y con uno de sus corolarios más conocidos: la prohibición de contradecir las actuaciones pasadas<sup>16</sup> o doctrina de los actos propios<sup>17</sup>.

En efecto, el comportamiento correcto, honesto y leal que se impone desde los tratos preliminares y hasta después de la extinción del contrato<sup>18</sup>, impide traicionar la conducta pretérita. Luego, no debe escucharse al contratante que, habiendo reconocido cierta cláusula contractual, pretenda después desconocerla o atribuirla a un error.

La aplicación práctica de ambos contratantes, o de uno de ellos con aprobación del otro, es vinculante hacia el futuro. Como enseñara Luis Claro Solar: *“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”*<sup>19</sup>.

Análogamente, como indica Alberto Lyon, *“si una parte ha cumplido la obligación de una determinada manera... no puede sostener después*

---

<sup>15</sup> *“O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”*. Art. 1564 inc. 3º, CC.

<sup>16</sup> El principio de la buena fe *“impide que la confianza generada por una determinada conducta sea defraudada por un obrar contradictorio”*: BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 68.

<sup>17</sup> EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. La jurisprudencia ha reconocido frecuentemente esta doctrina, v. gr., declarando que *“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 él mismo, con perjuicio de un tercero”*: Corte Suprema, 30 de mayo de 2007, rol N° 4689-2005, cons. 10º; Corte Suprema, 17 de noviembre de 2014, rol N° 18031-2014.

<sup>18</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, LegalPublishing, 2010, pp. 67 y ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Santiago, LegalPublishing, 2010, 5ª ed., pp. 337 y ss.

<sup>19</sup> CLARO, L., *Explicaciones cit.* (n. 10), t. III, p. 20.

*que dicha forma de cumplimiento no corresponde a la intención de los contratantes*<sup>20</sup>.

En fin, como ha declarado la jurisprudencia, *“la aplicación práctica que se haya dado a las estipulaciones de un contrato, determina y fija el significado y sentido que las partes han querido otorgarles”*<sup>21</sup>.

Es decir, la regla de la interpretación auténtica halla su justificación en el principio de la buena fe y está íntimamente relacionada con la doctrina de los actos propios. De esta forma, si un contratante reconoció el carácter vinculante de la cláusula de terminación unilateral, dicha admisión debe ser sancionada mediante la aplicación de dicha cláusula, sin prestar oído a aquella parte en su alegación ulterior sobre la supuesta inaplicabilidad de la misma cláusula por estimar que fue fruto de un error: tal argumento es incongruente con sus actos previos y perjudica a la otra parte, pues significa desconocer lo consentido y pactado<sup>22</sup>.

Es más, el hecho de sostener que la cláusula es “patológica” devela el amago de la parte avezada y asesorada por aprovecharse de su propio dolo

---

<sup>20</sup> LYON PUELMA, Alberto, *“Integración e interpretación de los contratos”*, en Alcalde, Enrique, y Fábregas, Hugo (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Universidad del Desarrollo, Santiago, Facultad de Derecho, 2009, p. 186.

<sup>21</sup> Corte Suprema, 28 de noviembre de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 85, sec. 3<sup>a</sup>, p. 183.

<sup>22</sup> La contradicción de los actos propios previos es sancionada con la negación de toda eficacia a la conducta posterior, en la medida que se verifiquen tres requisitos, los que en mi opinión concurrirían en el presente caso: *“a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; b) una conducta posterior por parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona en quien incide el acto perjudique a la contraparte jurídica”*: Corte Suprema, 5 de octubre de 2006, rol N° 1696-2005, cons. 13°. *“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 él mismo, con perjuicio de un tercero. De esta manera, los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte...”*: Corte Suprema, 22 de junio de 2011, rol N° 9430-2009, cons. 11°.

o torpeza: *nemo auditur*<sup>23</sup>. Brocardo que también deriva del principio de la buena fe y de la prohibición de contradecir la conducta anterior.

Así como esta máxima priva de legitimación para demandar la nulidad absoluta de un contrato a quien lo celebró sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba<sup>24</sup> y para solicitar la restitución de lo dado o pagado en virtud de un objeto o causa ilícita a sabiendas<sup>25</sup>, sancionándose la mala fe<sup>26</sup>, igualmente impide acoger las acciones de cumplimiento, resolución o indemnización de perjuicios interpuestas por quien desconoce sus actos previos, se desdice de lo que consintió y lo atribuye a un error.

8. En un contexto fáctico y jurídico como el que he intentado describir, cabe enfatizar que, al momento de interpretar el contrato, no debe olvidarse que quienes lo celebraron son contratantes sofisticados, que contaron con

---

<sup>23</sup> “... investigando acerca de los orígenes de este precepto prohibitivo de nuestra ley civil, se llega hasta el Derecho Romano en que hubo preceptos similares que dieron nacimiento al conocido aforismo jurídico ‘*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’, esto es, en términos más simples, ‘que nadie puede ser oído cuando alega su propia torpeza’, máxima que reproducida más tarde por Delvincourt y traducida del francés por don Andrés Bello bajo la norma de que ‘nadie puede alegar su propia inmoralidad’, inspiró la nota marginal puesta por éste como comentario al precepto análogo al artículo 1683 que se contenía en el ‘Proyecto Inédito de Código Civil’, que figura en el tomo XIII de sus ‘Obras Completas’ y que revela el pensamiento de nuestro Código. Y de estos antecedentes puede inferirse racionalmente que esta prohibición, que es a la vez sanción del litigante inmoral, es de carácter restrictivo y personalísimo en atención al móvil que la inspira y, por ende, no puede operar sino respecto de la persona natural que celebró el acto o contrato a sabiendas del vicio existente”: Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de noviembre de 1952, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. 51, sec. 1ª, p. 48, cons. 6º, dejada afirme por Corte Suprema, 12 de enero de 1954. Similarmente, se ha fallado que “un comerciante experimentado y exitoso que no podía ignorar, en caso de haber existido el vicio que pretende, las circunstancias en que éste se fundaría, por lo que, a la luz de lo que dispone el artículo 1683 del Código Civil, está privado de la titularidad de la acción de nulidad absoluta dado que alega su propia torpeza”: Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 1992, *Gaceta Jurídica*, N° 146, p. 49.

<sup>24</sup> Art. 1683 CC.

<sup>25</sup> Art. 1468 CC.

<sup>26</sup> “La ley, al establecer la prohibición del artículo 1683... tomó en cuenta consideraciones de moralidad, y quiso sancionar la reticencia en que incurre una persona que celebra un contrato, a sabiendas de que adolece de un vicio que acarrea su nulidad absoluta, porque esto significa que lo está celebrando con plena conciencia de que está infringiendo disposiciones de orden público y de interés general, que la ley tiene mucho interés en proteger, lo que constituye una acción reprobable”: ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, 3ª ed., t. I, pp. 542-543.

asesoría jurídica durante la negociación, celebración, ejecución, extinción y agotamiento del convenio.

Esta circunstancia acarrea consecuencias legales y prácticas, que se traducen en la exigencia de un mayor estándar de diligencia al contratante ducho que al novel. Luego, el contratante que posee vasto conocimiento y dilatada experiencia en la provisión de los servicios que presta y que ha recibido y recibe asesoría letrada, no puede razonablemente imputar la inclusión de la cláusula de desistimiento unilateral a un supuesto error.

Tal explicación es inverosímil e inaudita, porque contradice la historia de la negociación del contrato y el reconocimiento previo de la aplicabilidad de la cláusula, y es inaceptable pues proviene de un contratante experto de quien se espera que al menos lea los contratos que pretende celebrar antes de firmarlos.

Nuevamente es pertinente el *nemo auditur* y cabe destacar que, aunque esa parte se hubiese percatado a la hora undécima de la existencia de la cláusula cuestionada, ello demostraría que, lejos de observar el cuidado que su condición de experta le imponía, incurrió en culpa lata.

La relación contractual aquí esbozada no es asimétrica, como la que enlaza a proveedores con consumidores, en cuyo caso se justifica que el legislador intervenga y resguarde los intereses del contratante débil, privando de eficacia a las cláusulas abusivas, como es, sin ir más lejos, la que otorga “*a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución*”<sup>27</sup>.

Tratándose de un contrato que vincula a personas jurídicas que ostentan amplio y similar nivel de conocimiento y experiencia, poder de negociación, asesoría legal, en suma, a contratantes sofisticados<sup>28</sup>, las partes deben

---

<sup>27</sup> Art. 16, letra a), Ley N° 19.496, de 1997.

<sup>28</sup> Los elementos o factores que permiten establecer la presencia de partes sofisticadas inciden “*tanto en la naturaleza del negocio como en el nivel educacional formal e informal y las habilidades y destrezas profesionales de los partícipes de la operación; en la dificultad del análisis que debe tener lugar para avanzar en el proceso de contratación; en la capacidad que se exige para diseñar soluciones creativas a las cuestiones que las partes deben resolver; soluciones que, a su turno, no deben entorpecer las negociaciones entre ellas; en el criterio y buen tino del consejo legal y financiero y, en fin, en la rigurosidad con que el contrato debe reflejar la intención de las partes contratantes*”: MONTERO IGLESIS, Marcelo, “Notas sobre el impacto de la formación del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticadas”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico*, n. 3, 2006, p. 119.

honrar estrictamente la palabra empeñada, apegándose a lo que redactaron en el contrato, no debiendo prestarse oído a la parte que intente sustraerse a cláusulas que pactó consciente, libre y voluntariamente, pero que hoy le resultan desventajosas.

9. El principio de la buena fe no se opone, sino que manda respetar el *pacta sunt servanda*. El cumplimiento del contrato tal como fue acordado, en la especie el respeto de la cláusula de desistimiento unilateral inmotivada, es un imperativo que fluye del principio de la buena fe<sup>29</sup>.

Exigencia aún más acuciante tratándose de contratantes complejos, informados y asesorados. Como advierte Íñigo de la Maza, “*Si se trata de partes sofisticadas –digamos, por ejemplo, dos empresas transnacionales que negocian una fusión– probablemente el ámbito de acción de la buena fe tienda a reducirse y debemos considerar que, en general, no debemos apartarnos de la literalidad del contrato y hemos de confiar en que éste plasma la genuina voluntad de las partes. Por lo mismo, no hemos de alejarnos de ella a pretexto de consultar las exigencias de la buena fe. En cambio, si una parte no es sofisticada –digamos esta vez un consumidor– y la otra sí –imaginemos una gran empresa– probablemente la conclusión es que la buena fe nos exige alejarnos de la literalidad del contrato*”<sup>30</sup>.

10. En los EE.UU., donde la sofisticación contractual es un tema relevante en el foro y en la academia, la doctrina sostiene: “*Se presume ex post que una parte sofisticada sabía sobre lo que negoció y leyó (o debería haber leído) y entendió (o debería haber entendido) los términos de un contrato escrito. Se espera de las partes sofisticadas que negocien hábilmente y que ordenen sensatamente los riesgos contractuales*”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> “[C]orresponde a la buena fe contractual el que el contrato se cumpla tal como fue planteado, sobre todo si ha sido pactado para tener una larga duración en el tiempo y en que las partes tienen derecho a operar sobre la expectativa razonable de que el contrato se cumplirá no obstante la variación de las circunstancias existentes a la época del contrato”: CORRAL, *Contratos y daños por incumplimiento*, cit. (n. 18), p. 244.

<sup>30</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “Buena fe y partes sofisticadas”, en *El Mercurio Legal*, 8 de noviembre de 2013.

<sup>31</sup> “*It is presumed ex post that a sophisticated party was aware of what to bargain for and read (or should have read) and understood (or should have understood) the terms of a written agreement. Sophisticated parties are expected to negotiate ably and order contract risks sensibly*”: MILLER, Meredith, “Contract law, party sophistication and the new formalism”, en *Missouri Law Review*, n. 75, 2010, pp. 495-496.

Adicionalmente, se ha demostrado empíricamente que, a la hora de diseñar un contrato y determinar *ex ante* los medios para su cumplimiento efectivo, las partes sofisticadas prefieren que el juez que conozca del litigio ordene honrar estrictamente sus cláusulas en vez de concederle una competencia amplia e incierta que le permitiría prescindir de esas estipulaciones y resolver el caso conforme a la equidad<sup>32</sup>.

Igualmente, se ha argumentado que, a la luz de la jurisprudencia norteamericana, los contratantes sofisticados adhieren a una interpretación apegada al texto de contrato. Estos contratantes están dispuestos a invertir y gastar dinero a fin de que sus obligaciones queden establecidas por escrito, expresa e incondicionalmente, lo que incentiva el cumplimiento de sus contratos junto con reducir los costos de un eventual pleito<sup>33</sup>.

A su turno, la jurisprudencia estadounidense reconoce como pilar fundamental del derecho de contratos la idea de que *“la libertad contractual prevalece en una transacción efectuada libre e independientemente entre partes sofisticadas...y en ausencia de consideraciones de política pública que la contrarresten, no existe razón para exonerarlas de las consecuencias de sus contratos”*<sup>34</sup>.

11. Por su parte, si bien la jurisprudencia inglesa se inclina a interpretar las cláusulas expresas atendiendo al contexto que explica o rodea su incorporación en el contrato, de suerte que para fijar su significado el juez ha de considerar todos antecedentes que pueda haber influido en la forma en que una persona razonable comprendería las palabras escritas en el documento<sup>35</sup>, dicho criterio arroja generalmente un resultado similar al que produce la interpretación clásica que se circunscribía a examinar el texto con prescindencia de todo otro elemento.

---

<sup>32</sup> KRAUS, Jody S., y SCOTT, Robert E., “Contract design and the structure of contractual intent”, en *New York University Law Review*, n. 84, 2009, pp. 1023-1104.

<sup>33</sup> SCHWARTZ, Alan, & SCOTT, Robert E., “Contract interpretation redux”, en *Yale Law Journal*, n. 119, 2010, pp. 926-964.

<sup>34</sup> “Freedom of contract prevails in an arm’s-length transaction between sophisticated parties...and in the absence of countervailing public policy concerns there is no reason to relieve them of the consequences of their bargain”: *Oppenheimer & Co., Inc. v. Oppenheim, Appel, Dixon & Co.*, 660 N.E.2d 415, 421 (N.Y. 1995).

<sup>35</sup> *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896.

Como aseveran Atiyah y Smith, “los abogados que redactan y leen documentos jurídicos formales suelen operar en un contexto en el que se entiende que los instrumentos son relativamente auto-interpretativos. En realidad, una de las razones para contratar un abogado para que redacte un contrato es que se supone que los abogados tienen la destreza para poner por escrito las necesidades y deseos precisos de sus clientes”<sup>36</sup>.

En el mismo sentido, “la ‘regla’ según la cual a las palabras debe atribuirse su ‘significado natural y ordinario’ refleja la proposición de sentido común de que no aceptamos fácilmente que las personas hayan incurrido en errores lingüísticos, particularmente en documentos formales”<sup>37</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia anglosajona se rehúsa a inmiscuirse o intervenir un contrato que, sin estar viciado en su origen, resulte desequilibrado o injusto desde un punto de vista sustantivo, esto es, en razón de sus cláusulas<sup>38</sup>.

En efecto, “... los tribunales no reclaman tener jurisdicción para invalidar una cláusula por irrazonable que ésta pudiera ser: si de hecho las partes la han acordado y ella cubre correctamente el supuesto en que una parte ahora pretende confiar, luego eso es simplemente el ejercicio por las partes de su libertad de contratar”<sup>39</sup>. Y es que, como la House of Lords resolviera en un caso célebre, “... en materias comerciales en general, en que las partes no tienen un poder de negociación desigual y los riesgos normalmente están cubiertos por seguros, no sólo no está demostrada la necesidad de intervención judicial sino que todo indica, y esta parece haber sido la intención del legislador, que debe dejarse que las partes distribuyan libremente los riesgos según estimen adecuado y que deben respetarse sus decisiones”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> ATIYAH, Patrick S., y SMITH, Stephen A. *Atiyah’s introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon Press, 2006, 6th ed., p. 149.

<sup>37</sup> *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912-913, Lord Hoffmann.

<sup>38</sup> *Hart v. O’Connor* [1985] AC 1000 (PC), 1017-108, Lord Brightman.

<sup>39</sup> CARTWRIGHT, John, *Contract law*, tercera ed., Oxford, Hart, 2016, p. 220.

<sup>40</sup> *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] 1 AC 827, 843, Lord Wilberforce.

12. No muy distinto es lo que, en ocasiones, ha resuelto nuestra Corte Suprema, al reconocer amplia libertad a los contratantes para configurar el contenido de sus convenciones; soberanía que el juez debe respetar:

*“El artículo 1545 del Código Civil dispone, como es de sobra sabido, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, de lo que se sigue que si, como se indicó, las partes previeron y acordaron soberanamente que se produciría un determinado efecto en una también determinada circunstancia, nadie, ni aun el juez, puede contradecir esa manifestación de voluntad conjunta”<sup>41</sup>.*

13. En definitiva, la sofisticación, que es notoria en una relación contractual como la que he tratado de describir precedentemente, implica aceptar que las partes deben asumir su responsabilidad y, por consiguiente, han de respetar la forma en que acordaron repartir, y en efecto distribuyeron, los riesgos en el contrato.

Pues bien, una de las contingencias que ellas tomaron consciente, deliberada y libremente fue la posibilidad de que cualquiera de ellas se desistiera anticipada y unilateralmente de su relación contractual. Si una de ellas ejerce tal facultad, observando el procedimiento previsto al efecto, la otra parte no está legitimada –sin vulnerar el *pacta sunt servanda* y la buena fe contractual– para cuestionar dicha conducta.

---

<sup>41</sup> Corte Suprema, 9 de diciembre de 2008, rol N° 6341-2007, cons. 4°.