



# Las formalidades convencionales en la contratación moderna. La cláusula de no modificación oral o “no oral modification clause” y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia<sup>(\*)</sup><sup>(\*\*)</sup>

*Contractual formalities in modern contracting. No oral modification clauses and the doctrine of venire contra factum proprium as a limit to its enforceability*

**Rodrigo Momberg Uribe<sup>(\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

**Gonzalo Severin Fuster<sup>(\*\*\*\*)</sup>**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

**Resumen:** Si bien el principio del consensualismo sigue rigiendo como regla general en la contratación moderna, es habitual que se incluyan, especialmente en contratos comerciales complejos y de larga duración, cláusulas que limiten la libertad de las partes para modificarlos o terminarlos, a menos que se observen ciertas formalidades. En este contexto, el presente trabajo analiza las denominadas “cláusulas de no modificación oral”, planteando los argumentos para aceptar su exigibilidad, como asimismo sus límites, por medio de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

**Palabras clave:** Formalidades convencionales - Derecho contractual - Cláusula de no modificación oral - Doctrina de los actos propios - Derecho Civil - Chile

**Abstract:** Although the principle of consensualism is still the general rule in modern contracting, it is common, especially in complex and long-term commercial contracts, to include clauses limiting the parties' freedom to modify or terminate them, unless certain formalities are observed. In this context, this paper analyses the so-called “no oral modification” clauses, putting forward the arguments for accepting their enforceability, as well as their limits, by means of the application of the doctrine of venire contra factum proprium.

**Keywords:** Contractual formalities - Contract law - No oral modification clause - Venire contra factum proprium - Civil Law - Chile

(\*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 30 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 11 de diciembre de 2023.

(\*\*) El presente artículo se enmarca en la ejecución del proyecto Fondecyt N. 1210234: “La terminación unilateral del contrato no basada en el incumplimiento. Una construcción dogmática de un régimen común”, del cual el Dr. Severin es investigador responsable.

(\*\*\*) Abogado por la Universidad Austral de Chile (Valdivia, Chile). LL.M. en European Contract Law y PhD por la Universidad de Utrecht. Profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4774-4256>. Correo electrónico: [rodrigo.momberg@pucv.cl](mailto:rodrigo.momberg@pucv.cl).

(\*\*\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile). Máster en Derecho empresarial y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España). Profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6937-4746>. Correo electrónico: [gonzalo.severin@pucv.cl](mailto:gonzalo.severin@pucv.cl).



## 1. Introducción

### 1.1 Un caso

Un contrato de construcción se encuentra en sus últimas etapas de ejecución. Si bien el programa de trabajo se ha desarrollado dentro de los plazos establecidos, es del interés del mandante disponer de las obras con antelación a la fecha programada para su recepción definitiva. Luego de una serie de negociaciones, las partes acuerdan que el contratista, si entrega las obras con una determinada anticipación a la fecha original, recibirá un premio o recompensa por parte del mandante. El acuerdo consta en una serie de comunicaciones formales intercambiadas entre los representantes de las partes. El contrato de construcción contiene una cláusula del siguiente tenor: *Todas las modificaciones a este Contrato deberán realizarse mediante acuerdo que conste por escrito debidamente formalizado por las partes.*

Para cumplir con la nueva fecha de entrega, el contratista comienza inmediatamente con la aceleración de las obras. En paralelo, el texto final de la Adenda modificatoria al contrato se encuentra en proceso de redacción y revisión por parte de las gerencias y los departamentos legales respectivos. La redacción de la Adenda se retrasa, ya que existen algunas discrepancias técnicas en cuanto a si la entrega anticipada debe también incluir ciertas obras menores, que no obstan a la entrada en funciones del proyecto en general. Finalmente, el contratista logra entregar anticipadamente las obras. Sin embargo, al no haberse firmado la Adenda, el mandante se niega a pagar el premio acordado, aduciendo que la modificación al contrato nunca se perfeccionó, ya que no se cumplieron las formalidades necesarias, invocando al efecto, la referida cláusula relativa a la forma de la modificación del contrato.

### 1.2. Planteamiento

Disputas como estas son frecuentes en la práctica contractual. El presente trabajo pretende abordar los problemas que, como en el caso planteado, presentan las formalidades voluntarias introducidas por las partes a contratos de naturaleza consensual, en particular, las denominadas cláusulas de no modificación oral, o según su denominación anglosajona, *no oral modification clause* (también conocidas por la abreviación *NOM clauses*).

Para estos efectos, el trabajo se estructura de la siguiente manera. Primero, se examina de manera general el principio del consensualismo y el concepto y fundamentos de las

formalidades voluntarias, en cuanto ellas constituyen una atenuación del mentado principio (apartado 2). A continuación, se analiza, en particular, el concepto y la cuestión de la eficacia de las cláusulas de no modificación oral (apartado 3). Seguidamente, de manera separada, por su relevancia, se plantean los límites a los que debe someterse la eficacia de las mencionadas cláusulas, específicamente, la llamada doctrina de los actos propios (apartado 4). Al final, se recogen las principales conclusiones.

## 2. Las formalidades voluntarias o convencionales

### 2.1. El principio del “consensualismo”

En sede contractual, el denominado principio del “consensualismo” expresa la idea de que el sólo consenso (acuerdo) obliga, sin necesidad de cumplir con determinados requisitos externos o formalidades: *solus consensus obligat*<sup>(1)</sup>. Esto se traduce concretamente en la afirmación de que los contratos son, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, *por regla general consensuales, y que sólo excepcionalmente la ley exige un requisito adicional para que el consentimiento se entienda válidamente expresado.*

Se trata de una idea relativamente moderna, ya que “a través de los siglos casi siempre los contratos han sido formales” (López y Elorriaga, 2017, p. 258). En efecto, una de las características del Derecho romano era precisamente su rigor formalista, de modo que “el vínculo contractual solo surgía en caso de cumplimiento estricto de formas determinadas” (Fortich, 2012, p. 197). Esta aproximación se conservó durante siglos. López Santa María (2010) afirma que “el consensualismo y la admisión del contrato como simple acuerdo de voluntades (...) sólo comienza a pregonarse a partir de la Escuela del Derecho Natural” (p. 49)<sup>(2)</sup>. Investigaciones más recientes, sin

(1) Sobre su formulación como principio general, con énfasis en su evolución histórica, véase Fortich (2012).

(2) Agrega el mismo autor, que “[e]ntre sus cultores, Pufendorf y Grocio ejercieron indudable influencia sobre los inspiradores del Código de Napoleón. Aunque el Code Civil de 1804 no lo dice expresamente, la doctrina estima que este cuerpo normativo, que tanta influencia ejerciera, en especial en los países latinos de Europa y de América, consagra el consensualismo por preterición”. Sobre el punto, véase también Fortich (2012, pp. 197-199).



embargo, sugieren que este principio se habría adoptado en el Derecho contractual europeo con anterioridad, tanto por la influencia del Derecho canónico<sup>(3)</sup>, como por la práctica de los tribunales mercantiles<sup>(4)</sup>. En cualquier caso, no debe perderse de vista que, respecto de los derechos hispanoamericanos, el principio del consensualismo o de libertad de forma encuentra un antecedente más antiguo. En efecto, la superación del formalismo y la recepción del consensualismo como regla general tiene, en el Derecho español, un hito muy claro: el *Ordenamiento de Alcalá*, texto vigente en Hispanoamérica, lo recogió expresamente<sup>(5)</sup>.

En la actualidad, el principio del consensualismo parece haberse impuesto. En efecto, lo hallamos expresamente recogido

en algunos textos supranacionales de Derecho contractual, entre los que podemos citar, por ejemplo, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG)<sup>(6)</sup>, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (PICC)<sup>(7)</sup> y el Borrador del Marco Común de Referencia sobre Derecho Privado Europeo (DCFR)<sup>(8)</sup>. La idea de que los contratos son, *en principio*, consensuales, se recoge también en algunos códigos modernos, como el Código brasileño de 2002<sup>(9)</sup> y en el Código civil francés, tras su reciente reforma<sup>(10)</sup>.

- (3) Como explica Marcín (2011), los glosadores, a partir de las fuentes justinianeanas, elaboraron una teoría general del contrato (sobre la base de la noción de “pacto”) que puede sintetizarse así: “si un pacto tiene un *vestimentum*, produce obligación y acción, y se llama *pactum vestitum*” (p. 197). Este mismo autor explica que los canonistas tomaron elementos jurídicos que estaban desarrollando los glosadores, pero que “añadieron el principio de que las promesas son, por sí mismas, obligatorias por cuestión de conciencia, sea que estén «vestidas» o no, y si la causa que forma la base del contrato es apropiada, le da validez [...] una promesa formal, o no, es lo mismo a los ojos de Dios; los canonistas afirmaron que no cumplir lo prometido equivalía a decir una mentira” (p. 198). Sobre el principio del consensualismo y el *pacta sunt servanda* en el Derecho canónico contractual, véase también Lesaffer (2000, p. 182 y ss.).
- (4) En efecto, como explica Dedock (2012) en estos tribunales no se admitía la *exceptio nudi pacti*; al contrario, se entendía que los simples pactos obligaban. El mismo autor rastrea el origen de este principio en las fuentes canónicas, desde el siglo V hasta el momento en que, afirma el autor, se convierte en una parte definitiva del Derecho canónico, en el año 1234 (pp. 121-128).
- (5) En Las Partidas sólo se atribuye fuerza obligatoria absoluta a los contratos nominados y no se la concede a los innominados, a menos que éstos se encuentren revestidos de estipulación o que una de las partes haya cumplido su obligación. El Ordenamiento de Alcalá introdujo una variación de este estado, al prescribir “que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos de cualquier manera que aparezca que alguno se quiso obligar por otro e facer contrato con él” (Título XVI, ley única). Como sostiene Guzmán (2007), “la celebridad de esta ley deriva de que con ella se habría introducido el principio del consensualismo en el Derecho castellano, como régimen general para la celebración de negocios obligacionales, en lo cual, además, este habría sido precursor” (p. 399). El mismo autor, más adelante, agrega: “no cabe dudar que la introducción de las Partidas en Indias fue con la derogación operada por el “Ordenamiento de Alcalá” en esta materia. Pero, además, *a priori* podría pensarse en cuán difícil hubo de ser que la forma promisoria echara raíces en suelo americano, y que resultara utilizada en la práctica. Evidentemente la prueba de esto es la más difícil que existe, porque atañe a un hecho negativo, esto es, a que en los archivos no existan promisiones documentadas según el modelo de las Partidas, al menos con una frecuencia que permita inducir su extendido empleo” (p. 400).
- (6) En su artículo 11 CISG: “(...) el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. La regla consagra el principio del consensualismo; la reserva de Chile es relativa precisamente a este artículo. Al respecto, véase Grob (2011, p. 39).
- (7) Artículo 1.2 PICC (Libertad de forma): “Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluso testigos”. Como se explica en los comentarios oficiales, “[e]ste artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes” (comentario 1 del artículo 1.2, p. 9).
- (8) Artículo II.-1:106: Forma (1) “Un contrato o cualquier otro acto jurídico no necesita celebrarse, redactarse o probarse por escrito, ni está sujeto a ningún otro requisito de forma”, traducción al español en Jerez (2015). En los comentarios oficiales se expresa claramente: “Paragraph (1) lays down the general principle that there is no formal requirements for a contract or other juridical act” Von Bar & Clive. (2010). Comment A (t. I, p. 149)].
- (9) Artículo 107 CCB: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Sobre el punto, explica Benetti (2013), “a ideia deste subprincípio, ligado à liberdade contratual, é a de que o simples consentimento basta para formar o contrato sem formalidades adicionais. No direito antigo e medieval, dominava o formalismo e o simbolismo. A formação dos contratos subordinava-se à obediência de determinada forma ritual. No direito moderno, em princípio, não se exige forma especial para a manifestação de vontade (ela pode ser feita por e-mail, por telefone, por fax, por um comportamento inequívoco no sentido de contratar etc.). O consentimento forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se concretizando se determinada exigência for cumprida (arts. 107 e 108, NCC, como única exceção ao consensualismo) (p. 229). Sobre la recepción del principio del consensualismo en el Derecho brasileño anterior, desde un punto de vista histórico, véase también De Sousa (2008, p. 45 y ss.).
- (10) Artículo 1172 CCF: “Les contrats sont par principe consensuels./ Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l’observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation./ En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d’une chose”. La doctrina estima que en este nuevo artículo hay una “innovación discreta”, por cuanto se consagra de manera expresa en el Código civil el principio del consensualismo. Al respecto, véase Deshayes et al. (2016, p. 312).
- (11) En este sentido, respecto del derecho chileno, López y Elorriaga (2017) indican que “para ser consecuentes con el dogma de la



En los Códigos en los que el principio del consensualismo no se plasma expresamente, suele presentarse como una proyección particular del principio de la autonomía de la voluntad en la fase de celebración del contrato<sup>(11)</sup>. En la doctrina chilena, por ejemplo, esta idea, de que los contratos consensuales son la “regla general”, aparece ya planteada con mucha claridad en textos muy antiguos<sup>(12)</sup>, y es una idea que se sigue reproduciendo en los textos más recientes, usualmente con ocasión del estudio de la clasificación de los contratos que realiza el artículo 1443 del Código civil chileno (en adelante, CC), que distingue, atendiendo a la forma de su perfeccionamiento, entre contratos solemnes, reales y consensuales<sup>(13)</sup>.

Como se puede observar, el consensualismo, constituye un principio o una regla general, no absoluta, de modo que admite, por su propia naturaleza, *excepciones* (los contratos reales y los contratos solemnes). Y, admite, además, ciertas *atenuaciones*. En este sentido, puede decirse que “la calificación de un contrato como consensual no es incompatible con el cumplimiento de una forma” (Deshayes, Genicon &

Laithier, 2016, p. 60). De hecho, son muchos los contratos que “requieren, para tener plena eficacia, del cumplimiento de formalidades habilitantes, de prueba, de publicidad o convencionales” (López & Elorriaga, 2017, p. 260). Así, se admite generalizadamente -y sobre ello no hay discusión- que tanto la ley como el propio acuerdo de las partes pueden implicar una *atenuación* o deterioro del principio del consensualismo.

## 2.2. Concepto y fundamentos de las formalidades convencionales

Las formalidades voluntarias pueden definirse como “aquellas pactadas por las partes, y cuyo ulterior cumplimiento permite que recién el contrato se reputé definitivamente celebrado. Aunque el contrato tenga carácter consensual, los contratantes pueden estipular que sea indispensable exteriorizar el consentimiento mediante el otorgamiento

autonomía de la voluntad, ha debido afirmarse la vigencia del principio del consensualismo contractual. Los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, ya que cualquiera exigencia de formalidades externas, vendría a contradecir la premisa según la cual la voluntad todopoderosa y autosuficiente es la fuente y medida de los derechos y las obligaciones contractuales [...] [e]n nuestros códigos, imbuidos del dogma de la autonomía de la voluntad, el contrato consensual lógicamente aparece como la regla general, pues si la voluntad tiene el poder de genera derechos y obligaciones, fijando la medida o alcance de ellos, no es posible, sin contradicción, exigirle a esa misma voluntad que tenga que acatar o que se vierta a través de ritos o formas determinadas” (p. 116). En el mismo sentido, en relación con el derecho colombiano, Fortich (2012), “la doctrina mayoritaria construye el vínculo es entre autonomía de la voluntad y consensualismo” (p.200). También en el Derecho brasilero (Benetti, 2013, p. 229), aunque, como se ha indicado (supra, nota 10), el principio tiene consagración expresa.

- (12) Aun cuando en los textos antiguos no se utiliza expresamente la denominación “consensualismo”. Así, por ejemplo, Barros (1907), explica que “[e]n general, los actos jurídicos no necesitan para perfeccionarse de formalidades determinadas por la ley; basta para ello el consentimiento, que puede manifestarse de palabra o por escrito, sin fórmulas ni ritualidades especiales (...) por excepción, hay actos o contratos sujetos a ciertas formalidades especiales, de manera que, sin ellas, no producen ningún efecto civil” (pp. 49-50). En el mismo sentido, Claro (1912), señala que “[a]ntiguamente había un formulismo exagerado; el acto jurídico no existía ni se formaba sino por la ejecución de signos o actitudes más o menos complicadas, más o menos simbólicas. Hoy la voluntad es soberana y basta para la formación de los actos jurídicos, para los que, por regla general, la ley no exige más que las condiciones de existencia y validez que hemos anotado” (pp. 51-52).
- (13) En este sentido, Troncos & Álvarez (2020) consideran que “la regla general en los contratos es que sean consensuales. No son reales ni solemnes sino en los casos expresamente señalados por la ley” (p. 20). En el mismo sentido, Alcalde & Boetsch (2021, t. 2, p. 39); Barcia Lehmann (2024, p. 523). Con todo, recientemente se ha discutido la idea de que el mentado artículo 1443 del CC permita fundar la idea de que los contratos consensuales son la regla general. Carvajal (2023) sostiene que el principio del consensualismo está recogido más bien en el artículo 1438 del CC, artículo que define contrato o convención. Sostiene el autor que, “la falta de cualquier requisito formal para que una declaración de voluntad bilateral forme un contrato, de acuerdo con la historia del precepto y sus fuentes, tiene el sentido de consagrar la regla o principio del “consensualismo” (...) sin esta disposición, ninguna otra nos permitiría afirmar el imperio de tal principio entre nosotros” (p. 74). Para dicho autor, el argumento que sostiene la tesis de que el principio del consensualismo puede afirmarse en el artículo 1443 CC es una simple petición de principio, pues no se puede suponer jerarquía alguna que indique que en tal artículo se recoge ese principio. En esa línea, sostiene que, “la falta de cualquier requisito formal para que una declaración de voluntad bilateral forme un contrato, de acuerdo con la historia del precepto y sus fuentes, tiene el sentido de consagrar la regla o principio del “consensualismo” (...) sin esta disposición, ninguna otra nos permitiría afirmar el imperio de tal principio entre nosotros” (ibid.). Carvajal desestima también que el principio del consensualismo pueda afirmarse a partir del artículo 1545 del CC, porque este artículo “se refiere, en cambio, al principio de la fuerza vinculante del contrato”. Sin aportar más argumentos que ese, el autor agrega que “erróneamente, en 1863, Cosme Campillo atribuyó al artículo 1545 la recepción del principio del consensualismo”. Analizado el trabajo de Cosme (1863), podemos concluir que este autor no realiza la afirmación que Carvajal le atribuye, pues, al contrario, el trabajo tiene por finalidad justificar el alcance del artículo 1545 CC, sin vincularlo en ningún momento al principio del consensualismo.



de un instrumento público o privado o a través de otro ritual externo que señalen” (López & Elorriaga, 2017, p. 268)<sup>(14)</sup>.

Lo que las partes buscan con este tipo de formalidades es dar certeza a su voluntad, de modo que ella conste fehacientemente, asegurándose que lo finalmente materializado en la formalidad refleje efectivamente el acuerdo que han alcanzado, generalmente luego de un proceso de negociaciones. Por ello, aun cuando muchas veces se trata de cláusulas que generalmente se pactan en un acuerdo convenido durante las negociaciones destinadas a celebrar un contrato definitivo, es también perfectamente posible que esas cláusulas se inserten en el texto del contrato definitivo, para regular las modificaciones o extinción del contrato ya celebrado por ellas.

El fundamento obvio de las formalidades convencionales se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad y de su derivación en la libertad de forma y en la configuración del contenido contractual. Existe acuerdo en la doctrina en orden a que las partes son libres para estipular que la celebración o la modificación de un contrato naturalmente consensual, no se entienda perfecto mientras no se cumpla con una forma. No existe razón de orden público que permita afirmar lo contrario<sup>(15)</sup>. En este sentido, el efecto natural de las formalidades voluntarias es postergar la perfección del acuerdo, de modo que, hasta antes de la observancia de la formalidad, solo existiría un “vínculo precario”<sup>(16)</sup>, o un “simple proyecto de convención”<sup>(17)</sup>.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que la eventual inobservancia de una formalidad de esta naturaleza no necesariamente implica la ineficacia del mero acuerdo consensual. En este sentido, se dice que el efecto de la inobservancia de las formalidades convencionales es muy diverso a lo que sucede en el caso de las solemnidades establecidas por la ley. En efecto, como ha sostenido la Corte Suprema (2012), tratándose de formalidades convencionales:

Cualquiera de las partes puede retractarse o válidamente desdecirse de la celebración del contrato, mientras la forma pactada no se haya cumplido. En suma, sólo las inobservancias de las solemnidades que las leyes prescriben para el valor de

ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, son sancionados con la nulidad absoluta (Rol No. 3557/2010).

En palabras de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998):

Un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es por voluntad de las partes: si en el primer caso faltan las solemnidades, el acto es inexistente o nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia a éstas (pp. 314-315).

La cuestión, por tanto, consiste en determinar cuándo debe entenderse que se ejecutan tales actos de renuncia. En general ello sucederá cuando la conducta de las partes o de una de ellas produce en la otra la confianza razonable que el acuerdo (el contrato o la modificación al mismo) tiene efecto a pesar de no cumplirse con la formalidad pactada. Ello tiene lugar, por ejemplo, cuando una o ambas partes ejecutan total o parcialmente el acuerdo, sin reclamar por su falta de formalización.

Las ideas anteriores son una generalización de lo expresado por algunas normas del Código civil chileno que se refieren a este tipo de formalidades. Así el artículo 1802 del CC dispone que:

Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2 del artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

(14) La misma definición ha sido recogida por la Corte Suprema, en sentencia de 25 de enero de 2012, Rol No. 3557/2010.

(15) Domínguez Águila (2012) lo explica de la siguiente manera: “El principio de la autonomía privada, que recogen los arts. 1545 y 1560, tiene su expresión, desde este punto de vista, en el llamado consensualismo: que las partes son libres de emplear la forma que mejor les convenga, sea la expresión verbal, sea la escrita u otra. Son incluso libres de exigir la escritura pública allí donde basta la palabra, o la escritura privada (art. 1802)” (p. 122). En el mismo sentido, Alessandri (2003) señala que “Las solemnidades voluntarias, como dijimos, son aquellas que establecen las partes y de cuyo cumplimiento suelen hacer depender la existencia o validez del contrato de venta. La ley las acepta fundada en el principio de que los contratantes son libres para estipular cuanto se les antoje con tal que no se contravenga a las leyes, al orden público ni a las buenas costumbres. La convención que crea dichas solemnidades no contravienen ni a unas ni a otras” (p. 78).

(16) López & Elorriaga (2017) indican que “El efecto característico de estas formalidades consiste en que cualquiera de las partes puede retractarse o válidamente desdecirse de la celebración del contrato, mientras la forma pactada no se haya cumplido. O sea que, por propia voluntad de las partes, estando pendiente la formalidad convencional, el vínculo jurídico todavía es precario o imperfecto” (p. 268).



La misma regla se establece para el arrendamiento en el artículo. 1921 del citado Código<sup>(18)</sup>. En ambos artículos, se admite la posibilidad de pactar formalidades convencionales; con todo, si ha existido ejecución parcial o total del contrato, por una o ambas partes, debe entenderse que se ha renunciado a la formalidad voluntaria, ya que las partes han preferido, por medio de su conducta, que el contrato o acuerdo finalmente se perfeccione y cumpla sin tales formalidades.

Esta renuncia tácita a la formalidad voluntaria también puede entenderse como una consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios, la cual será expuesta latamente en el apartado 4 de este trabajo. Por ahora, es suficiente adelantar que se trata de una hipótesis en que una de las partes pretende desconocer el acuerdo, a pesar de haber actuado en sentido contrario de manera previa, muchas veces aprovechando las consecuencias de dicha actuación<sup>(19)</sup>.

### **3. Una aplicación particular de las formalidades voluntarias: la cláusula de no modificación oral del contrato (*no oral modification clause*)**

#### **3.1. Concepto y fundamento de la cláusula *no oral modification***

En la contratación moderna, una aplicación frecuente de las formalidades voluntarias se encuentra en la denominada “cláusula de no modificación oral del contrato”, también conocida en la contratación internacional como *no oral modification clause* o simplemente por su abreviación *NOM clause*<sup>(20)</sup>. En virtud de esta cláusula, las partes pactan que futuras modificaciones al contrato deberán efectuarse por escrito, generalmente a través de un documento firmado por los representantes designados por las partes.

Debido a su uso frecuente en la contratación moderna, los instrumentos de derecho contractual uniforme generalmente contemplan normas sobre ella. Así, por ejemplo, el artículo 29 CISG, dispone:

(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.

En términos similares, los PICC señalan en su artículo 2.1.18 (Modificación en una forma particular), que:

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

Por último, el artículo II.- 4:105 del DCFR (Limitación de las formas de modificación) establece:

(1) Una cláusula contractual que disponga que un acuerdo para modificar los términos del contrato o resolver la relación contractual debe realizarse de una forma determinada, sólo establece una presunción de que ese acuerdo no será jurídicamente vinculante a menos que se haga de esa forma.

(2) Una parte puede perder el derecho a invocar dicha cláusula en la medida en que provoca que la otra parte confíe razonablemente en sus declaraciones o conducta<sup>(21)</sup>.

Se ha dicho que estas cláusulas cumplen múltiples finalidades, siendo la principal otorgar certeza jurídica a los términos de la relación contractual, especialmente cuando se trata de contratos complejos y de larga duración, en los cuales las prestaciones se

(17) Meza Barros (2010) precisa que, “Mientras no se otorgue la escritura, el pacto verbal es un simple proyecto; la facultad de retractarse las partes es una lógica consecuencia de que el contrato no se ha perfeccionado” (p. 43).

(18) Artículo 1921 CC: “Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga, o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada, si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa”.

(19) En este mismo sentido, Cárdenas & Reveco (2018, p. 187).

(20) Aludiendo a su uso frecuente en la práctica comercial moderna, véase Wagner-Von Papp (2010, pp. 522 y 544).

(21) Traducción en Jerez (2015). El texto original de la norma es el siguiente: “Artículo II.-4:105: Modification in certain form only. (1) A term in a contract requiring any agreement to modify its terms, or to terminate the relationship resulting from it, to be in a certain form establishes only a presumption that any such agreement is not intended to be legally binding unless it is in that form (2) A party may by statements or conduct be precluded from asserting such a term to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct”.



ejecutan de manera parcializada o progresiva por un período extenso de tiempo, y donde las partes se relacionan a través de diversos representantes, muchas veces con facultades también distintas. Al limitar la eficacia de los acuerdos consensuales, las partes se aseguran de que no existirán modificaciones al contrato contraídas por sus representantes sin su conocimiento o aprobación. La escrituración también otorga certeza a las partes de que efectivamente han alcanzado un acuerdo sobre una determinada cuestión. Asimismo, la constancia por escrito facilita la administración del contrato, como también la prueba de su contenido y términos, en el caso de que existan discrepancias posteriores entre las partes, evitando el recurso a la prueba testimonial (Wagner-Von-Papp, 2010, pp. 546-553)<sup>(22)</sup>. Al efecto, estas cláusulas proveen a las partes de una protección formal (la escrituración) frente a simples manifestaciones unilaterales o malentendidos respecto de los términos de acuerdos consensuales no formalizados (Schroeter, 2016, p.507).

### 3.2. La eficacia de la cláusula *no oral modification*

En principio, tal como se ha indicado respecto de las formalidades voluntarias, estas cláusulas deberían considerarse válidas y producir plenos efectos, esto es, deberían restringir las modificaciones posteriores a un contrato ya celebrado, limitando la eficacia de esas modificaciones a aquellas que se efectúen cumpliendo precisamente con la formalidad pactada.

Sin embargo, y a pesar de su uso extendido en la contratación comercial contemporánea, la eficacia de estas cláusulas se mantiene como una cuestión muy discutida. Tal como lo ha destacado un autor, paradójicamente, el argumento principal, tanto para su eficacia como para su ineficacia se basa en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que tienen las partes, sin que exista una superioridad lógica evidente para una u otra opción (Wagner-Von-Papp, 2010, p. 540). En efecto, el otorgar eficacia a la cláusula de no modificación oral implica, por un lado, hacer prevalecer la libertad contractual de las partes al momento de celebrar el contrato y, al mismo tiempo, implica restringirla hacia el futuro, al no permitirles dar eficacia a modificaciones meramente consensuales posteriores. En cambio, negar eficacia a esta cláusula implica restringir la libertad contractual al momento de la celebración del contrato, ya que se priva a las partes de la posibilidad de pactar una cláusula de no modificación oral eficaz, pero amplía su libertad hacia el futuro, ya que las modificaciones consensuales que ellas acuerden serán

válidas y eficaces a pesar de la existencia de la referida cláusula (Wagner-Von-Papp, 2010, pp. 540-543).

Estas contradicciones pueden graficarse recurriendo a los dos casos paradigmáticos en el ámbito del *Common Law*, que fijan posiciones contrapuestas en esta materia. En *Beatty v Guggenheim Exploration Company* (1919), caso que estableció la regla que niega eficacia a estas cláusulas en el common law estadounidense, el juez Cardozo señaló:

Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived. “Every such agreement is ended by the new one which contradicts it” (225 NY 330, pp. 337-388)<sup>(23)</sup>.

Por otra parte, en *Rock Advertising Limited v MWB Business Exchange Centres Limited* (2018), caso en que se estableció la posición actual del *Common Law* inglés, admitiendo la eficacia de estas cláusulas, Lord Sumption expresa:

Party autonomy operates up to the point when the contract is made, but thereafter only to the extent that the contract allows. Nearly all contracts bind the parties to some course of action, and to that extent restrict their autonomy. The real offence against party autonomy is the suggestion that they cannot bind themselves as to the form of any variation, even if that is what they have agreed (UKSC 24).

En definitiva, parecen más convincentes los argumentos a favor de la eficacia de la cláusula. Si bien las partes, al convenirla, han efectivamente limitado su libertad hacia el futuro, ello no es algo ajeno al Derecho de contratos. En general, siguiendo a Lord Sumption, se puede sostener que, al contraer una obligación contractual, siempre se está de alguna manera limitando la libertad, ya que el deudor debe ajustar su conducta a lo pactado, bajo sanción de incurrir en responsabilidad. Asimismo, al pactar una cláusula de no

(22) El autor cita al juez Easterbrook, quien en *Wisconsin Knife Works v National Metal Crafters*, 781 F.2d 1280, 1292 (7th Cir 1986), afirmó que la función principal de estas cláusulas es “to make it easier for businesses to protect their agreement against casual subsequent remarks and manufactured assertions of alteration”.

(23) Esta decisión también ha sido citada en el *Common Law* inglés para sostener la ineficacia de estas cláusulas. Debe además precisarse que la sección § 2-209(2) del Uniform Commercial Code y la legislación de varios estados norteamericanos, otorgan eficacia a las cláusulas de no modificación oral. Al respecto, véase Wagner-Vonn-Papp (2010, pp. 535-535).



modificación oral, las partes no han renunciado completamente a su facultad de modificar el contrato, ya que siempre podrán hacerlo recurriendo a la formalidad estipulada, y de la misma manera podrían incluso dejar sin efecto la cláusula, de modo de recobrar la libertad de modificar el contrato consensualmente hacia el futuro. Por último, hay acuerdo que la cláusula cede ante la buena fe, y en particular frente a la doctrina de los actos propios, como se explica más adelante. Esto evita que la cláusula se pueda ejercer abusivamente.

#### 4. Un límite a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral: la doctrina de los actos propios

En los apartados anteriores se ha explicado que la alternativa más razonable es considerar que, en tanto formalidades voluntarias, las cláusulas de no modificación oral deben ser consideradas eficaces. Sin embargo, esta eficacia (impedir la modificación consensual del contrato) encuentra su límite en los casos en que una parte ha generado en la otra la confianza razonable de que el contrato se ha modificado, a pesar de no haberse observado la formalidad pactada. Generalmente ello se manifiesta en un principio de ejecución tolerado por la contraparte, que luego es desconocido por la parte acreedora, aduciendo la cláusula de no modificación oral. Se trata, en general, de una actuación contraria a la buena fe, en que existe un ejercicio abusivo de la cláusula por la parte que pretende desconocer la modificación, contrariando su conducta anterior, en la cual su co-contratante ha confiado legítimamente. Esta hipótesis puede encuadrarse en la denominada doctrina de los actos propios, la cual se pasa a examinar a continuación.

##### 4.1. La doctrina de los actos propios

La expresión “doctrina de los actos propios” es una formulación abreviada con la que se expresa la idea de que no es posible, o está prohibido, actuar en contradicción con los propios actos. Se trata de una “regla general”, de un “principio” o de una “doctrina”<sup>(24)</sup>, que suele expresarse también mediante diversas expresiones en latín (“*venire contra factum proprium nilli conceditur*”; “*venire contra factum proprium non valet*”; *venire*

*contra facta propria non licet*), todas de igual significado, traducibles precisamente como “no se permite ir contra el propio acto”<sup>(25)</sup> o bien “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos” (Pardo, 1991, p. 49).

La doctrina no propugna la existencia de una prohibición de no contradecirse que opere en términos absolutos; se trata de una prohibición que resulta de la consideración de los intereses de terceros<sup>(26)</sup>, que se vincula con la necesaria protección de las apariencias, la seguridad y, muy especialmente, con la protección de la confianza legítima que la conducta propia despierta en otros; de ahí que esta doctrina también reciba el nombre de “confianza legítima” (Neme, 2003). Como explica Lyon (2010), “esto significa, en su forma más drástica, que no es válido ni lícito para el orden jurídico que una persona pretenda ejercer un derecho subjetivo suyo, de una manera que contradiga la forma como lo ha ejercido en relación con la misma persona anteriormente, lo que trae como consecuencia que deba limitarse el ejercicio de ese derecho en el caso concreto de que se trate; y en sus formas –digámoslo así– menos invasivas de lo que podría ser la Teoría General del Derecho, implica, también, que no puede ser aceptado por el orden jurídico que una persona ejecute una conducta cuando resulta conveniente para sus intereses y sostenga que procede actuar en contrario cuando los perjudica” (p. 59).

La prohibición de venir contra los actos propios es una regla muy antigua, que es conocida en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, tanto en el ámbito del Derecho continental<sup>(27)</sup> como en los sistemas del *Common Law*<sup>(28)</sup>. Es, por lo demás, una

(24) Sobre la discusión de la naturaleza de esta figura, véase Pardo (1991) pp. 54-55. En cualquier caso, si es una regla o no, o un principio autónomo o una mera derivación de la buena fe (como finalmente concluye la autora), no parece que sea algo que pueda sostenerse en abstracto, ya que depende de la forma en que cada ordenamiento jurídico regule esta figura..

(25) Todas estas formulaciones son recogidas por el Diccionario Panhispánico del español jurídico; en distintas entradas que se remiten unas a otras [https://dpej.rae.es]. Hernán Corral recoge -solo a modo ejemplar- siete distintas formulaciones del principio (Corral, 2010, p. 19).

(26) Como explica Corral (2018), “la modificación del comportamiento [en contradicción con comportamientos anteriores] puede lesionar los intereses de terceros que legítimamente han desarrollado expectativas en que una persona no va a variar una decisión o aptitud adoptada previamente” (p. 486).

(27) En relación con el origen de la regla, para el ámbito continental, suele indicarse que se trata de una regla formulada en la Edad Media, sobre la base de algunos textos romanos, en este sentido, véase Pardo (1991, p. 50 y ss.) y, muy especialmente, Corral (2010).

(28) Sobre este punto, con una mirada comparatista, véase Bernal (2008).



regla que tiene un ámbito de aplicación muy amplio, que no se limita al Derecho civil<sup>(29)</sup>. En el ámbito específico del Derecho contractual, se le identifica con un deber de coherencia (Corral, 2010, p. 30), que se entiende usualmente derivado del principio general de la buena fe objetiva<sup>(30)</sup>, y que, como tal, puede configurar una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, sobre la base de la especial relación que existe entre las partes<sup>(31)</sup>.

Esta regla ha sido expresamente recogida en los instrumentos de Derecho contractual uniforme, entre ellos, y como ya se ha mostrado, la CISG<sup>(32)</sup>. Un buen ejemplo de su conceptualización y fundamento, con alcance general, lo encontramos en el artículo 1.8 PICC que recoge expresamente, como regla general aplicable a los contratos comerciales, la doctrina de los actos propios, bajo la denominación “comportamiento contradictorio; *venire contra factum proprium*”. Señala este artículo: “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual ésta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”. Los comentarios oficiales de esta regla explican que ella es una aplicación del principio de buena fe y lealtad negocial. La doctrina de los actos propios “impone la obligación a una parte de no ocasionar detrimento o desventaja a la otra parte actuando de manera contradictoria con el entendimiento de las partes respecto de su relación contractual, sobre la base de la cual la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicho entendimiento”<sup>(33)</sup>. Como explica Vogenauer (2015a), la inserción del artículo 1.8 en la versión 2004 de los PICC tuvo por objeto conciliar el estoppel anglosajón con la aplicación específica del principio de buena fe, en que puede fundarse la doctrina de los actos propios en el derecho continental (p. 227).

Esta vinculación entre la doctrina de los actos propios y el principio general de la buena fe objetiva ha sido explícitamente reconocida por la Corte Suprema de Chile (2016), la cual ha sostenido que:

[N]uestro sistema normativo no 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<sup>(34)</sup>.

Con todo, conviene apuntar que, junto con el recurso al principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios encuentra también algunos otros fundamentos de carácter general, como son la sanción del dolo o mala fe (Lyon, 2010, p. 62); en el principio *nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*<sup>(35)</sup>; aunque también se le ha fundado “en la pura vulneración de la confianza que implica contrariar una conducta propia anterior, no requiriéndose mala fe del sujeto activo de la conducta contradictoria” (Contardo, 2010, p.84). En este sentido, resulta interesante destacar que la Corte Suprema de Chile, mediante sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, ha sostenido que no se puede pretender, por una parte del contrato, cuestionar aquello que aceptó y de lo cual obtuvo provecho, si ello comporta “actitud manifiestamente contradictoria con la conducta adoptada en la oportunidad anterior, asilándose exclusivamente en una interpretación contractual respecto de una convención redactada por él” (Rol No. 7962/2015).

En cuanto a las consecuencias, no existe acuerdo doctrinario ni jurisprudencial sobre las sanciones que conlleva la infracción de la prohibición de actuar contra los actos

(29) Por ejemplo, en Chile, la doctrina tiene también aplicaciones en el ámbito procesal (Larroucau, 2020) o en materia laboral (Sierra, 2010).

(30) En este sentido, respecto del Derecho chileno, véase Boetsch (2011, p. 47), Corral (2018, p. 486), López & Elorriaga (2017, p. 289), y Rodríguez (2021, p. 42). Así también lo destaca Vogenauer (2015a, p.227) en su comentario al artículo 1.8 PICC.

(31) El derecho subjetivo [...] debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender, de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas (Ekdahl, 1989, p. 32).

(32) La Convención de Viena, lo recoge en el ya referido artículo 29, precisamente con ocasión de la regulación de la cláusula de no modificación oral. No obstante, la doctrina más autorizada entiende que se trata de un principio rector de la Convención, siendo numerosas las reglas contenidas en este texto que se fundan en esta doctrina, aun cuando ello no se explicita (Oviedo, 2014, p. 999 y ss.).

(33) Comentario oficial del 1 del artículo 1.8 PICC. En el mismo sentido, véase Brödermann (2018, p. 32).

(34) Sentencia de la Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2016, rol n. 47588/2016 (cdo. 9). El artículo 1546 del Código civil chileno dispone que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

(35) En este sentido, para mayor información, véase Céspedes (2011, pp. 205-206).



propios. Pardo (1991), tras analizar diversas posibilidades (obligación de indemnización de perjuicios, inoponibilidad del acto, nulidad absoluta, pérdida del derecho), se decanta por la “inadmisibilidad de la pretensión contradictoria”, inadmisibilidad que, sugiere, el sujeto pasivo podría esgrimir como fundamento de su defensa, pero también como fundamento de una demanda (p.61)<sup>(36)</sup>. Esta es una idea que resulta especialmente interesante de destacar: la doctrina de los actos propios no es sólo un “escudo”, sino que puede ser también utilizada como “una espada”, esto es, puede servir de fundamento para una pretensión concreta, por parte de quien actuó, razonablemente, sobre la base de la conducta de la otra<sup>(37)</sup>.

Así, la doctrina de los actos propios puede servir, por ejemplo, para prevenir que una parte pueda exigir derechos que le confiere el contrato. Como ilustra Vogenauer (2015a), en una sentencia arbitral de fecha 04 de marzo de 2004, se estableció que una parte no podía exigir el cumplimiento de una cláusula sobre distribución exclusiva, si durante un período prolongado de tiempo, sin objetarlo, había permitido a su contraparte distribuir bienes de la competencia (p. 228). Pero el recurso a esta doctrina puede tener otras funciones.

En la jurisprudencia chilena, el recurso al principio de prohibición de ir contra los actos propios ha permitido también *fundar la existencia de una obligación contractual*, y el deber de cumplirla, a pesar de que el contrato en que esa obligación constaba adolecía de defectos formales (que, incluso, podrían haber justificado negarle eficacia a la relación contractual). Así, por ejemplo, se ha sostenido que un promitente vendedor no podía abstenerse de celebrar la compraventa prometida, si había recibido ya una parte importante del precio, aun cuando, en el caso concreto, la promesa dependía de una condición suspensiva indeterminada<sup>(38)</sup>.

El recurso a la teoría de los actos propios por parte de los tribunales ha servido, también, para dotar de contenido al contrato, integrando conductas posteriores de las partes, que precisan los términos originalmente convenidos. Esto

es lo que ocurrió en un caso conocido por la Corte Suprema, en sentencia del 2014. En este caso, el mandante pretendía que el contratista soportase los mayores gastos en los que incurrió durante la ejecución de la obra, bajo el argumento de que se trataba de un contrato de suma alzada. La Corte Suprema consideró que esa pretensión del mandante era contraria a las exigencias de la buena fe y específicamente a la prohibición de *venire contra factum proprio*, pues se acreditó que el contratista había realizado, durante la ejecución del contrato, consultas específicas en relación con la necesidad de realizar esas obras, que el mandante había respondido precisamente en el sentido de que el contratista no debía asumir sus costos. En este sentido, la Corte (2014) sostuvo que “La conducta asumida [...] de argüir la existencia de un contrato a suma alzada obviando las aclaraciones que forman parte de dicha convención constituye una falta de lealtad con su

Si consideramos estas dos aplicaciones jurisprudenciales del principio de prohibición de ir contra los actos propios, es posible sostener que la doctrina de los actos propios permite concluir que la comunicación entre las partes durante la ejecución del contrato (que es proyección del deber de colaboración propia de estos contratos) puede dotar de contenido al contrato, y que la confianza legítima que se crea en la otra parte no depende necesariamente del cumplimiento estricto de ciertas formas.

En fin, la infracción de la prohibición de ir contra los actos propios puede tener diversas

(36) Esta es la posición generalizada de la doctrina, véase Céspedes (2011, p. 208), con cita a varios autores.

(37) En relación con este rol o función véase Vogenauer (2015a, p. 231).

(38) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 31 de julio de 2007, Rol No. 228/2007. El caso es sintetizado por Contardo (2010) así: “Se pactó en un contrato de promesa de compraventa que “el contrato definitivo se suscribiría cuando se proceda a autorizar la escritura pública a favor del promitente vendedor de parte de su anterior propietario”. En los hechos, la promitente vendedora, demandada de autos, logró celebrar formalmente una compraventa con su “anterior propietario” (léase con el poseedor registral quien había traspasado informalmente la propiedad al demandado) y luego procedió a inscribirla a su nombre. A pesar de la impugnación de la demandada que la promesa no tenía un plazo o condición determinada (el tribunal estableció que se trataba de una condición suspensiva indeterminada), la Corte (...) aludiendo a la buena fe contractual y la doctrina de los actos propios, señala que la promitente vendedora por el evento de haber recibido parte importante del precio no puede abstenerse de cumplir el contrato respectivo aún por existir defectos en la redacción del mismo. Llegar a la conclusión contraria permitiría además un enriquecimiento sin causa de la demandada que a pesar de haber recibido parte del precio, podría venderla a un tercero” (p. 86). El contrato de promesa está regulado en el artículo 1554 del Código Civil chileno, el cual exige, entre otros requisitos, que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato prometido, requisito que no se satisfaría en el caso de las condiciones indeterminadas.



consecuencias, las que naturalmente dependerán del contexto particular y las circunstancias del caso, pues, como se ha indicado, se trata finalmente de proteger la confianza legítima o razonable de la contraparte. De este modo, “la prohibición [de ir contra los actos propios] puede resultar en la creación de derechos y en la pérdida, suspensión o modificación de derechos por medios diferentes al acuerdo de partes” (Comentario 1 del artículo 1.8 PICC). Esto es particularmente importante en relación con las cláusulas de no modificación oral, pues “el entendimiento en el que se basaron las partes puede ser en sí mismo contradictorio con lo acordado por las partes o con sus derechos” (Comentario 1 del artículo 1.8 PICC).

#### **4.2. Los actos propios como límite a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral. Su conexión con la regla de interpretación auténtica**

Como se ha indicado, es razonable reconocer eficacia a las cláusulas de no modificación oral. Asimismo, también se dijo que esa eficacia no puede ser absoluta, pues ella cede en el caso en el que una parte ha generado en la otra la confianza legítima de que la modificación acordada consensualmente no requería sujetarse a la formalidad pactada. Siendo esta hipótesis una aplicación de la doctrina de los actos propios, en el apartado anterior se examinó de manera general dicha doctrina. Corresponde ahora analizar, precisamente, como ella se aplica a las cláusulas en estudio.

En este sentido, conviene recordar que tanto el artículo 29 CISG como el artículo 2.1.18 de los PICC, ambos ya citados, contemplan expresamente como límite a las cláusulas de modificación oral, la inconsistencia de la conducta de la parte que pretende invocarlas, como una aplicación específica de la doctrina de los actos propios<sup>(39)</sup>. En particular, se trata del caso en que la conducta de una parte (ya sea por acción u omisión) genera en la otra la confianza legítima de que la formalidad pactada no es aplicable a la modificación o terminación del contrato, y esta última parte actúa en confianza de dicha conducta.

La doctrina de los actos propios actúa, en este caso particular, como un límite a la literalidad del acuerdo. Para ilustrar cómo funciona esta regla, se puede recurrir al ejemplo propuesto por Honnold (2009):

Un contrato escrito exige del vendedor fabricar 10.000 unidades de un producto de conformidad con las especificaciones indicadas por el comprador y establecidas en el contrato. El contrato señala “Este contrato solo puede ser modificado por un acuerdo escrito de las partes”. Antes de que el vendedor comience la producción, las partes acuerdan, por teléfono, cambiar las especificaciones.

El vendedor produce 2.000 unidades de conformidad con las nuevas especificaciones. El comprador se niega a aceptar esas unidades sobre la base de que ellas no corresponden a las especificaciones del contrato escrito (p. 204).

Así, explica Honnold que, aunque la modificación oral pudiera ser ineficaz para modificar el contrato, la propia conducta del comprador le impide invocar la cláusula, en la medida de que la otra parte haya confiado en esa conducta. Se sostiene que esta regla, de los actos propios, apunta a evitar el abuso de la cláusula de no modificación, en sintonía con la intención general de la CISG de promover la observancia de la buena fe (p. 205).

En este sentido, es posible compartir la conclusión a la que llegan Alcalde y Boetsch (2021), quienes luego de admitir la eficacia de la cláusula de no modificación oral, en relación con los límites de la misma, añaden:

Cosa distinta es que las partes, de manera coordinada, expresa y consciente, desplieguen un obrar que dé cuenta de una modificación de lo pactado. Estimamos que en tal caso debería primar el obrar práctico -conjunto y consciente- de las partes, pues el mismo podría ser perfectamente considerado como una renuncia conjunta a la solemnidad convencional pactada, cuestión que permite el art. 1802. A ello se agrega que, en circunstancias como las descritas, la invocación de la cláusula de modificación solemne del contrato infringiría la buena fe contractual, y más particularmente, sería constitutiva de una contravención a los actos propios (p. 845).

Como se puede apreciar, se trata de interpretar la cláusula de no modificación oral de acuerdo con la aplicación práctica que de ella han hecho las partes. En el Código de Bello, esta regla de interpretación de los contratos se encuentra recogida en el artículo 1564, inciso 3, según el cual “[l]as cláusulas de un contrato se interpretarán (...) por la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”<sup>(41)</sup>.

(39) Sentencia de la Corte Suprema, de 21 de abril de 2014, Rol No. 2274/2012.

(40) La norma inspiradora para ambos artículos es el parágrafo § 2–209(2) del Uniform Commercial Code, también citado previamente (supra nota 31).

(41) Artículo 1564 CC: “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 sobre la misma materia./ O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.



Esta regla de interpretación, llamada “de interpretación auténtica” consagra la idea de que el intérprete “debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas a la declaración” (López & Elorriaga, 2017, p. 513). Y entre esas circunstancias, la propia conducta de las partes resulta fundamental. Como sostiene la doctrina, esta interpretación “auténtica”, “representa la forma genuina en que ellos han realmente entendido el contenido de sus obligaciones y el alcance que a ellas se les atribuyó, por lo que no puede existir un antecedente más definitivo que el sentido que las propias partes le han dado a su contrato” (Elorriaga, 2018, pp. 429-430)<sup>(42)</sup>. Por ello, como afirma Claro (1939), esta regla de interpretación debe “naturalmente preferirse a la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias”. Continúa el autor -citando en este punto a Giorgi- que esta interpretación es “la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual” (pp. 19-20).

La doctrina, al tiempo que reconoce la importancia de la regla, advierte que ella exige atender una interpretación común, este es, que supone establecer la aplicación que ambas partes han hecho del contrato, o al menos una con la aprobación de la otra” (Claro, 1939, pp. 20-21; López & Elorriaga, 2017, p. 511). A este respecto, el artículo 4.3 (c) de los PICC, establece como una de las circunstancias relevantes para la determinación de la intención de las partes y de sus declaraciones unilaterales y conducta, a “las prácticas que ellas hayan establecido entre sí”. Es interesante señalar que los Comentarios oficiales de este artículo señalan que “Este puede ser el caso especialmente en el contexto de contratos de larga duración que implican un cumplimiento complejo y tienen un carácter “evolutivo”, es decir, que pueden requerir adaptaciones en el curso de su ejecución.” Además, los mismos Comentarios hacen alusión al artículo 2.1.18 PICC y a “la limitación de la regla allí contenida en virtud del principio relativo a la prohibición del comportamiento contradictorio establecido en el artículo 1.8”.

Para algunos autores, esta regla de interpretación puede tener incluso una función *correctiva* del texto convencional, esto es, que es posible entender que la aplicación práctica del contrato puede llevar a dotar de contenido al contrato contra el tenor -incluso claro e inequívoco- de la cláusula. Esta es la posición de Barcia (2023), quien, aunque no vincula expresamente la regla con la doctrina de los actos propios, parece ver una evidente aplicación de ella, como surge del ejemplo que propone: “De esta forma, si en un contrato de arriendo se establece que el arrendatario no podrá subarrendar y a pesar de ello, el arrendamiento toma pensionistas con el conocimiento del arrendador; transcurrido un lapso suficiente,

éste último no podrá alegar incumplimiento del contrato” (p.616).

Entonces, como corolario de la aplicación de la doctrina de los actos propios, puede sostenerse que la cláusula del contrato por la cual se acordó que toda modificación del contrato debía hacerse por escrito, puede -y debe- ser interpretada a partir de elementos extrínsecos, como es la propia conducta de las partes. No es necesario reescribir la cláusula o negar completamente eficacia al acuerdo de no modificación oral.

*Con todo*, se ha dicho que esta excepción debe ser interpretada restrictivamente, ya que de otra manera cualquier acuerdo informal podría ser invocado para evadir la cláusula y por tanto dar eficacia a una modificación consensual (Vogenauer, 2015b, p. 378). Por ello, se exige una “confianza razonable” en la conducta de la otra parte. Ante la existencia de esta cláusula, el estándar de razonabilidad es más alto, ya que, en teoría, una parte razonable no debería simplemente confiar en la exigibilidad de un acuerdo informal modificatorio, si ha pactado precisamente una cláusula que exige una formalidad para dicho efecto (Wagner-Von Papp, 2010, p. 571). Por ello, en general, la excepción tendrá lugar sólo cuando la otra parte inequívocamente (de forma expresa, o tácitamente por medio de sus actos) ha confirmado que la modificación no requiere de las formalidades acordadas (Vogenauer, 2015b, p. 378). Ello sucederá, por ejemplo, cuando se ha ejecutado parcial o totalmente el contrato modificado consensualmente, sin objeción de la parte que luego pretende desconocer el acuerdo modificatorio por la inobservancia de la formalidad<sup>(43)</sup>.

Así lo decidió la Corte de Apelaciones de Santiago (2015), en un caso en que se aplicó esta doctrina para admitir modificaciones al contrato, las cuales no se habían sujetado a las formalidades voluntarias pactadas. En su sentencia, para admitir la prevalencia de la conducta de las partes por sobre tales formalidades, la Corte señaló: “Así deberá concluirse en el caso de estos autos, desde

(42) En el mismo sentido, véase Alcalde y Boetsch (2021, pp. 844-845).

(43) Los citados artículos 1802 y 1921 del Código Civil chileno precisamente admiten la renuncia a las formalidades voluntarias cuando ha existido un principio de ejecución del contrato.



que se constata la existencia de múltiples situaciones en las que existió un desplazamiento del marco normativo representado por el contrato, de manera que las partes en los hechos fueron operando sin ajustarse al rigor de las formalidades descritas en esa convención<sup>(44)</sup>.

Por otra parte, los efectos de la modificación consensual sólo pueden alegarse por el tiempo en que se mantiene la confianza en la eficacia de dicha modificación. Es decir, hasta que la parte que ha actuado confiando en la exigibilidad de la modificación consensual, toma conocimiento de la impugnación de la otra parte a dicho acuerdo informal. La modificación de la obligación respectiva puede, por tanto, no ser definitiva (Vogenauer, 2015b, p. 378; Wagner-Von Papp, 2010, p. 573). En un ejemplo de texto, si en un contrato de suministro en que se ha incorporado la cláusula de no modificación oral, las partes acuerdan consensualmente, a requerimiento del suministrado, un cambio en las especificaciones técnicas de los bienes, ejecutándose el contrato según la modificación por cierto período de tiempo con la aquiescencia de ambos, para luego el suministrado desconocer el cambio acordado por no haberse sujetado a las formalidades pactadas, la modificación sólo habrá sido eficaz hasta ese momento, pero no hacia el futuro. El suministrador, a partir de dicho momento, ya no puede alegar que actúa en la confianza legítima de que el contrato ha sido modificado. Ello sin perjuicio de una posible responsabilidad por los perjuicios que haya sufrido la parte que actuó confiando en la eficacia de la modificación. En el caso recién planteado, por ejemplo, por inversiones que el suministrador haya efectuado para producir los bienes en su versión modificada<sup>(45)</sup>.

## 5. Conclusiones

La regla general en el derecho moderno es la prevalencia del principio del consensualismo, es decir, que baste el simple acuerdo de las partes para que un contrato se entienda celebrado y puedan exigirse los derechos y obligaciones que nacen del mismo. Sin embargo, especialmente en contratos complejos y de larga duración, es frecuente que se introduzcan cláusulas que limiten este principio, exigiendo el cumplimiento de ciertas formalidades para la modificación o terminación de la relación contractual. En general, el objetivo de estas formalidades es dar certeza a la voluntad de las partes, respecto a que efectivamente han alcanzado un acuerdo sobre una determinada cuestión.

Una aplicación habitual de las formalidades voluntarias es la denominada “cláusula de no modificación oral del contrato”,

o *no oral modification clause* (NOM clause). Si bien existe aún discusión respecto de su exigibilidad, la tendencia en el derecho uniforme y comparado es a aceptar su eficacia, haciendo prevalecer la libertad contractual de las partes al momento de la celebración del contrato para –paradójicamente– restringir esa misma libertad hacia el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, esta restricción no puede ser absoluta, cediendo en el caso en que una parte haya generado en la otra, mediante sus dichos o conducta, la confianza legítima de que la modificación acordada consensualmente no requeriría sujetarse a la formalidad pactada. Se trata de una aplicación de la denominada doctrina de los actos propios o *venire contra factum proprium*, la cual es reconocida ampliamente en derecho comparado. En este sentido, puede también sostenerse que la cláusula de no modificación oral debe ser interpretada a partir de la propia conducta de las partes, mediante la llamada regla “de interpretación auténtica”, que mira a la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

Finalmente, la aplicación de la excepción a la eficacia de estas cláusulas requiere fijar un estándar elevado de razonabilidad para el contratante que la alega, y además, limitar los efectos de la modificación consensual sólo por el período en que se ha mantenido la confianza en la eficacia de dicha modificación.

## Referencias bibliográficas

- Alcalde, R., & Boetsch, G. (2021). *Teoría general del contrato: Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta* (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general* (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.

(44) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol No. 2078-15, del 05 de junio de 2015.

(45) Ejemplos similares se encuentran en los Comentarios al Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, citado por Vogenauer (2015b, p. 378) y Wagner-Von Papp (2010, pp. 568 y 573).



- Barcia, R. (2023). Actos Jurídicos, negocio Jurídico y Teoría general del contrato (Tomo I). Tirant lo Blanch.
- Barros, A. (1907). *Curso de Derecho civil*. Imprenta Cervantes.
- Benetti, L. (2013). Contratos no direito brasileiro. *Direito & Justiça*, 39(2), 224-236.
- Bernal, M. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium. *Internacional law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 6(13), 291-231. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13909>
- Boetsch, C. (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Brödermann, E. (2018). *UNIDROIT Principles of International commercial contracts. An Article-by-Article Commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Cárdenas, H., & Reveco, R. (2018). *Remedios contractuales*. Thomson Reuters.
- Claro, H. (1912). *Elementos de Derecho civil* (Tomo I). Imprenta Cervantes.
- Claro, L. (1939). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Tomo XII). Editorial Nascimento.
- Campillo, C. (1863). Algunas ligeras indicaciones sobre el uso que corresponde en los fundamentos de los fallos judiciales al artículo 1545 del Código civil. *Anales de la Universidad de Chile*, (23), 110-116. <https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/19854>
- Céspedes, C. (2011). Venire contra factum proprium non valet. *Revista de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián*, (17), 199-209.
- Corral, H. (2010). La raíz histórica del adagio 'venire contra factum proprium non valet'. En H. Corral (Ed.), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 19-33). <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprrium.pdf>
- Corral, H. (2018). *Curso de Derecho civil. Parte General*. Thomson Reuters.
- Contardo, J. I. (2010). La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena. En H. Corral (Eds), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 81-102). <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprrium.pdf>
- Decok, W. (2012). *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Deshayes, O., Genicon, T., & Laithier, Y. M. (2016). *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. LexisNexis.
- De Sousa, C. (2008). *Direito contractual contemporâneo. A liberdade contractual e sua fragmentação*. Editoria Método.
- Domínguez, R. (2012). *Teoría del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ekdahl, M. F. (1989). *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Editorial Jurídica de Chile.
- Elorriaga, F. (2018). Las reglas sobre interpretación de los contratos en los Códigos civiles de Chile y España. En A. Vidal & G. Severin (Eds). *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (pp. 407-444). Thomson Reuters.
- Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, (23), 179-195. <https://uexternado2.metarevistas.org/index.php/derpri/article/view/3307>
- Grob, F. (2011). La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (36), 37-67. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100001>
- Guzmán, A. (2007). La promesa obligacional en las "partidas" como sede de la doctrina general de las obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 34(3), 395-404. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300002>
- Hannold, J. (2009). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4ª ed.). Kluwer Law International.
- Jerez, C. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Boletín Oficial del Estado [España].
- Larroucau, J. (2020). La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 273-296.
- Lesaffer, R. (2000). The medieval canon law of contract and early modern treaty law. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, 2(2), 178-198.
- López J. (2010). Formalidades en los contratos en R. Tavolari (Ed.), *Doctrinas Esenciales Derecho Civil Instituciones Generales*. Editorial Jurídica de Chile.
- López J. & Elorriaga, F. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Editorial Hammurabi.
- Lyon, A. (2010). Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe? En H. Corral (Ed.), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 59-68). <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprrium.pdf>
- Marcín, F. (2011). Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medioevo, con especial atención a la tradición romano-castellana. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, (23), 191-208.
- Meza Barros, R. (1997). *Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*. Editorial Metropolitana.



Neme, M. (2003). Venire contra factum, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Universidad Externado de Colombia.

Oviedo, J. (2014). Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 47(141), 987-1020.

Pardo de Carvallo, I. (2010). La doctrina de los actos propios. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (14), 49-69. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/244>

Rock Advertising Limited v. MWB Business Exchange Centres Limited (2018, 16 de mayo). United Kingdom Supreme Court. (Lady Hale). <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0152.html>

Rodríguez, P. (1997). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Editorial Jurídica de Chile.

Schroeter, U. (2016). Article 29. En Schlechtriem & Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford University Press.

Sentencia 228/2007 (2007, 31 de Julio). Corte de Apelaciones de Antofagasta

Sentencia 3557/2010 (2012, 25 de enero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 2274/2013 (2014, 21 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 7962/2015 (cdo. 18) (2016, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 47588/2016 (cdo. 9) (2016, 5 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 7962/2015 (cdo. 18) (2016, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sierra, A. (2010). La teoría de los actos propios en el ámbito laboral. En H. Corral, *Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica* (N° 18, pp. 141-151). Universidad de los Andes.

Troncoso, H., & Álvarez, C. (2020). *Contratos* (7ª ed.). Thomson Reuters.

Vogenauer, S. (2015a). Artículo 1.8. *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts (PICC)* (2ª ed.). Oxford University Press.

Vogenauer, S. (2015b) “Art. 2.1.18”, en S. Vogenauer (Ed.), *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts (PICC)* (2ª ed.). Oxford.

Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Acquis Group.

Wagner-von Papp, F. (2010). European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses not worth the paper they are written on?. *Current Legal Problems*, 63(1), 511-596. 