

FUNCIÓN SUPLEMENTARIA DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y DEBERES DE CONDUCTA DERIVADOS. UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

SUPPLEMENTARY FUNCTION OF CONTRACTUAL GOOD FAITH AND DERIVED DUTIES OF CONDUCT. AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF MODERN CONTRACT LAW

Sebastián Campos Micin*

RESUMEN

El presente artículo, luego de identificar y referir las funciones institucionales desempeñadas por la buena fe contractual, se concentra en la función suplementaria y los deberes de conducta derivados. La primera parte del trabajo está abocada a la discusión relativa a las ventajas y desventajas de reconocer una función suplementaria a la buena fe. La segunda parte, teniendo a la vista el contenido de diversos instrumentos de armonización, presenta un catálogo no taxativo de deberes de conducta que podrían derivarse de tal función, haciendo referencia a su actual o potencial reconocimiento en Chile.

105

PALABRAS CLAVE: buena fe; función suplementaria; deberes de conducta

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Instructor del departamento de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. N.º ORCID: 0000-0002-3236-8630. Correo electrónico: scampos@derecho.uchile.cl

Recepción: 2021-02-07; aceptación: 2021-05-18.

ABSTRACT

This article, after identifying and referring to the institutional functions performed by contractual good faith, focus on the supplementary function and the derived duties of conduct. The first part of the work is devoted to the discussion regarding the disadvantages and disadvantages of recognizing a supplementary function to good faith. The second part, bearing in mind the content of various harmonization instruments, presents a non-exhaustive catalog of duties of conduct that could derive from the supplementary function attributed to good faith, making reference to its current or potential recognition in Chile.

KEYWORDS: good faith; supplementary function; duties of conduct

INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración continental se distingue entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva¹. Aunque, desde una perspectiva analítica, existan buenas razones para estimar que la buena fe es una sola², en este estudio se hará alusión a la denominada buena fe objetiva –esto es, a la buena fe como norma de conducta– y su proyección en materia contractual. De esta guisa, la buena fe será tratada como un criterio de comportamiento que, en el marco de las relaciones precontractuales, contractuales e incluso postcontractuales, exige la consideración de los legítimos intereses y expectativas del otro³.

¹ HESSELINK (2011), pp. 619 y 620; BIANCA (2000), p. 500; y, GALLO (2017), p. 627.

² Entre nosotros, Peñailillo afirma que la fe es una sola y que la denominada buena fe objetiva no es más que un método para evaluar la fe de un sujeto. No obstante, el autor sugiere que una auténtica buena fe (que para él es subjetiva) implica no sólo un comportamiento conforme a la norma, sino también una convicción. El autor declara expresamente que el comportamiento siempre está ligado a la convicción y, de hecho, deriva de ésta. PEÑAILILLO (1993), pp. 69-71 y PEÑAILILLO (2003), pp. 52 y 53.

En una aproximación diversa, Guzmán, si bien también afirma que la buena fe es una sola, estima que siempre es objetiva. En su visión, la “conciencia” con que se asocia la llamada “buena fe subjetiva” debe apreciarse a la luz del comportamiento del agente. Si la conducta del agente es irregular, entonces deberá tener conciencia de su contravención a las exigencias de la buena fe. Si no tiene tal conciencia, ello será porque ha padecido un error de hecho, el que sólo hará subsistir la buena fe en caso de que sea excusable (excusabilidad que, a su vez, se deberá apreciar objetivamente). GUZMÁN (2002), p. 22.

³ Sobre esta noción, STORME (2003), p. 3; HESSELINK (2011), p. 621; BIANCA (2000), p. 503; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 144 y 180; y, SCHOPF (2018), pp. 113-117. En una aproximación diversa, Betti distingue entre *correttezza* y *buona fede*. Según el jurista

En este sentido, se asumirá que la observancia de la buena fe supone la adecuación de la conducta de cada parte a un modelo abstracto de comportamiento (el de una persona media razonable que actúa leal y rectamente), con independencia de las motivaciones o convicciones que, en los hechos, determinen que la conducta adoptada sea conforme o no a la norma⁴.

Desde una perspectiva histórica, la buena fe hunde sus raíces en el derecho romano, especialmente en relación con la *exceptio doli* y la *formula* asociada a los contratos consensuales⁵.

Con el fin de hacer frente a los rigores de los *iudicia stricti iuris*, la *exceptio doli* fue una cláusula incorporada por el pretor, a petición del demandado, en la fórmula que definía el asunto a ser juzgado por el juez. La cláusula, especialmente operativa en casos de *stipulatio*, decía *si in ea re nihil dolo malo a' a' factum sit neque fiat*⁶. Fue sobre todo la segunda alternativa (*neque fiat*) la que hizo de la *exceptio doli* un poderoso instrumento al servicio de la justicia, pues colocó el acento no tanto en la conducta del demandante, sino en la inequidad que se provocaría de ser acogida la acción. Mediante esta alternativa de la *exceptio doli*, conocida usualmente como *exceptio doli generalis*, se atribuía al juez cierta medida de discreción para resolver el caso acorde con lo que pareciera razonable y justo, delimitando, de esta manera, el ejercicio de los derechos del demandante⁷.

En el caso de los contratos consensuales⁸, la referencia a la buena fe fue expresa. La fórmula aplicable a este tipo de contratos instruyó la condena al demandado en *quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*⁹. En consecuencia, la buena fe operó como una exigencia de reciprocidad y justicia material conforme con la cual la disputa debía ser decidida, dando lugar a los denominados *bonae fidei iudicia*¹⁰. Muchas de

107

italiano, la *correttezza* sólo operaría en sentido negativo, imponiendo fundamentalmente el deber de no lesionar el interés ajeno; la *buona fede*, en cambio, podría operar también en sentido positivo, imponiendo deberes de actuación dirigidos a salvaguardar el interés del otro, cooperando así a su satisfacción. BETTI (1953), p. 63.

⁴ HESSELINK (2011), pp. 619 y 620; BIANCA (2000), p. 500; DIEZ-PICAZO (1996), p. 50; y, CORRAL (2018), p. 32.

⁵ WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 16-18.

⁶ Gai. 4, 119.

⁷ WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), p. 16.

⁸ En el derecho romano, el concepto de contrato consensual quedó reducido a cuatro contratos: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. GUZMÁN (1996), p. 120 y D'ORS (2004), pp. 550-554.

⁹ Al respecto, GUZMÁN (1996), pp. 105-108 y GUZMÁN (2002), pp. 12-14.

¹⁰ D'ORS (2004), p. 545 y BIANCA (2000), p. 504. En estos juicios ya no era necesario insertar excepciones en la fórmula, pues éstas podían hacerse valer directamente *apud iudicem*. D'ORS (2004), p. 140.

las instituciones del moderno derecho de contratos, como los vicios de error y fuerza, los vicios redhibitorios en la compraventa, la indemnización por evicción, entre otras, encuentran su origen en los *iudicia bonae fidei* del derecho romano, manteniéndose posteriormente, bajo el alero de la *aequitas*, durante toda la edad media y el período moderno temprano¹¹.

En la actualidad se afirma que la buena fe, en la mayoría de los sistemas jurídicos de inspiración continental¹², desempeña fundamentalmente tres funciones institucionales:

- 1) sirve como criterio de interpretación y concretización de normas (*adiuware*);
- 2) opera como fuente suplementaria de deberes de conducta (*supplere*); y,
- 3) permite la delimitación del ejercicio de los derechos subjetivos o incluso la corrección de su contenido (*corrigerere*)¹³.

Llevado ello al derecho de contratos, la buena fe serviría como criterio orientador de la interpretación del sentido y alcance de las cláusulas de un contrato; como fuente material de deberes de conducta en las distintas etapas del iter contractual; y, como criterio que permite la delimitación del ejercicio de derechos, prerrogativas o remedios contractuales, o incluso la corrección del contenido del contrato¹⁴.

Por cierto, la nomenclatura aquí utilizada, si bien difundida, no es la única existente¹⁵. En particular, la función suplementaria a veces es refe-

¹¹ ZIMMERMANN (2009), pp. 74 y 75 y WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 16-18.

¹² En lo que concierne a los sistemas jurídicos que adscriben al *common law*, la atribución de funciones institucionales a la buena fe ha sido dispar. Mientras en el derecho inglés existe cierta reticencia a la utilización de un estándar tan vago y riesgoso para la seguridad jurídica y la libertad contractual (ZIMMERMANN [2009], p. 75), en el derecho estadounidense la buena fe encuentra consagración tanto en el derecho estatutario (concretamente, en el *Uniform Commercial Code*) como en el *common law* (véase *Restatement [second] of contracts*). Al respecto, para una revisión crítica y propositiva de la regulación, BURTON (1994), pp. 1533-1564.

¹³ HESSELINK (2011), p. 627; STORME (2003), p. 4; y, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 184.

¹⁴ Así, por ejemplo, el artículo 1:102 (1) de los PECL dispone que “las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios” (función limitativa). Luego, el artículo 1:201 del mismo instrumento señala que “[c]ada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe” (función suplementaria). Más adelante, el artículo 5:102 establece que “[p]ara interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: [...] (g) Las exigencias de la buena fe” (función de criterio de interpretación)

¹⁵ Al respecto, HESSELINK (2011), pp. 624-627. Sabido es que Wieacker, siguiendo algunos planteamientos de Siebert, distingue entre la función concretizadora, la limitativa y la correctiva. WIEACKER (2019), p. 36. Por su parte, Whittaker y Zimmermann estiman que la buena fe, al menos en el ordenamiento alemán y bajo el parágrafo 242 BGB,

rida como integradora, aludiéndose así, fundamentalmente, a la función desempeñada por la buena fe en la determinación del contenido de un contrato¹⁶. Tal función integradora del contenido del contrato serviría tanto para la determinación de la prestación debida como para la creación de deberes secundarios de conducta¹⁷. En la práctica, una noción tan amplia de integración puede conducir a ciertas dificultades a la hora de distinguir entre ella y la interpretación del sentido y alcance de sus cláusulas, sobre todo en lo que se refiere a la determinación de la prestación debida¹⁸.

En opinión del autor, la expresión *función suplementaria* presenta una ventaja comparativa que justifica su preferencia respecto de la expresión *función integradora*: la primera, al no presuponer un contrato ya celebrado, confiere un ámbito de aplicación más amplio a la buena fe como fuente material y subsidiaria de deberes de conducta, permitiendo explicar, por ejemplo, la exigibilidad de deberes precontractuales o postcontractuales.

Desde otro punto de vista, las funciones de la buena fe podrían ser reformuladas en la interpretativa/concretizadora, la suplementaria, la limitativa y la propiamente correctiva¹⁹. Después de todo, la delimitación de las condiciones de ejercicio de un derecho subjetivo y la eventual corrección de su contenido son dos fenómenos diversos²⁰.

desempeña las siguientes funciones: suplementaria, limitativa y correctiva. WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 24-26. En Italia, Gallo estima que la buena fe, en materia contractual, desempeña una función integrativa, limitativa y correctiva del contenido de un contrato. GALLO (2017), p. 634. A estas funciones habría que añadir la función que desempeña en la interpretación del contrato *ex* artículo 1366 del *Codice Civile*. Respecto de esta última, BIANCA (2000), pp. 422-425. En España, a partir de los artículos 7.º, 1258 y 1.4 del *Código Civil*, Carrasco sugiere que la buena fe desempeña tres funciones: integradora, limitativa e interpretativa. CARRASCO (2017), pp. 507-509 y 512. En una línea similar, Diez-Picazo afirma que “[e]n un sentido muy amplio, podemos esbozar tres vías de concreción: como un canon o criterio hermenéutico; como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones; como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos”. DIEZ-PICAZO (1996), p. 50. En Chile, Boetsch atribuye cinco funciones a la buena fe contractual: integradora, correctora, modificadora, extintiva e interpretativa. BOETSCH (2015), pp. 93-112.

¹⁶ En Italia es bien conocida la denominada *funzione integrativa* de la buena fe. BIANCA (2000), pp. 500-504 y GALLO (2017), pp. 637-647. También en España se suele aludir a la función que la buena fe desempeña en la integración del contenido del contrato. CARRASCO (2017), p. 507. Atendida la influencia que el Código de Bello –y, en particular, el artículo 1546– ha tenido en diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, la función integradora resulta también bastante difundida en esta parte del mundo. EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 142 y 184-188.

¹⁷ DIEZ-PICAZO (1996), pp. 50 y 51.

¹⁸ EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 188 y 189.

¹⁹ Esta distinción se ha hecho, por ejemplo, en Bélgica. HESSELINK (2011), pp. 625 y 626.

²⁰ Distinguiendo también entre las funciones limitativa y correctora, WIEACKER (2019), p. 36; WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 24-26; y, STORME (2003), pp. 4 y 5. Este autor,

Finalmente, es posible defender que las funciones de la buena fe son en realidad tres:

- 1) interpretativa/concretizadora;
- 2) suplementaria; y,
- 3) propiamente correctiva.

En efecto, la denominada función limitativa impone al titular de un derecho subjetivo ciertos deberes negativos o prohibiciones para el ejercicio de su derecho que perfectamente pueden ser incardinados en la función suplementaria²¹.

Siguiendo este último esquema (que distingue entre funciones interpretativa/concretizadora, suplementaria y propiamente correctiva), este trabajo se referirá fundamentalmente a la función suplementaria y estará estructurado del siguiente modo: en primer lugar, se pondrán de relieve las ventajas y desventajas que involucra el reconocimiento de tal función, presentando una serie de argumentos estereotipados que sirven para su admisión o rechazo; en segundo lugar, procurando delimitar los riesgos asociados a la práctica de la referida función, se presentará un catálogo no taxativo de deberes de conducta que encuentran su fuente material en la buena fe y que hoy en día están consagrados en diversos instrumentos de armonización, indicándose, en cada caso, su actual o potencial reconocimiento en Chile; y finalmente, se expondrán las conclusiones.

110

Un trabajo como este encuentra justificación en Chile, pues, si bien existen sustantivos avances en torno a las funciones desempeñadas por la buena fe y sus límites²², todavía falta concreción a la hora de ensayar catálogos de deberes de conducta derivados de la función suplementaria y atisbar su reconocimiento actual o potencial en el sistema nacional. Insistir en tal ejercicio de concreción es relevante, pues un catálogo más amplio y definido de deberes de conducta podría servir como guía o pauta de orientación para la jurisprudencia, delimitando, de esa manera, el riesgo de arbitrariedad judicial que subyace a la atribución de funciones institucionales a un estándar tan genérico e indeterminado como la buena fe.

A mayor abundamiento, este trabajo, junto con presentar un panorama general más completo que el que hasta ahora se divisa en la doctrina nacional en torno a la función suplementaria de la buena fe, examina cuestiones que no han recibido atención sustantiva o suficiente y que resultan de alto interés práctico, como ocurre, ejemplarmente, con el encuadramiento en

no obstante, se refiere a la función limitativa como función correctiva y a la correctiva como modificativa. STORME (2003), pp. 4 y 5.

²¹ En similar sentido, STORME (2003), p. 5.

²² BOETSCH (2015), pp. 93-112 y EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 175-200.

las reglas y principios del CC de los deberes de transparencia y de utilizar cláusulas no negociadas de contenido equilibrado²³.

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS ASOCIADAS AL RECONOCIMIENTO DE LA FUNCIÓN SUPLEMENTARIA DE LA BUENA FE

Auer, en un famoso e interesante estudio, afirma que la discusión en torno a la atribución de funciones institucionales a la buena fe puede reducirse a unos pocos pares de argumentos estereotipados que compiten entre sí, perfilándose estructuras discursivas bastante definidas y con igual grado de validez formal. Según la autora, sin perjuicio de eventuales matices o adaptaciones, el grupo de argumentos favorables a la buena fe puede utilizarse para justificar, sea separada, sea conjuntamente, las funciones institucionales que se le puedan atribuir. Por su parte, el grupo de argumentos desfavorables a la buena fe no sólo puede utilizarse para rechazar su consagración en el ordenamiento jurídico respectivo, sino también, en una medida más mesurada, para restringir o delimitar algunas funciones institucionales que esta pueda cumplir en él²⁴.

Centrando la atención en la función suplementaria, los argumentos que típicamente se aducen para su justificación son:

- 1) la imposición de deberes de conducta con base en la buena fe contribuye a resguardar el trato justo (*fair dealing*) en las negociaciones precontractuales y en el contenido de los contratos;
- 2) la referida imposición permite, además, una tutela más eficaz de los legítimos intereses de cada parte contra comportamientos oportunistas o de mala fe de la otra;
- 3) la determinación del contenido del contrato a la luz de las exigencias de la buena fe permite una protección más eficaz de las expectativas razonables de las partes;
- 4) la determinación del contenido del contrato conforme con las exigencias de la buena fe permite que las partes eviten el costo de discutir, diseñar e incorporar cláusulas que regulen todas las eventualidades imaginables que podrían suscitarse durante la ejecución del acuerdo;

²³ Al respecto, conviene tener presente que la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas constituye un fenómeno que va más allá de los ámbitos de aplicación de los controles de incorporación y contenido contemplados en la LPDC, siendo, por tanto, necesario (y útil) mostrar en qué sentido algunas reglas y principios del CC podrían resultar adecuados para hacer frente a algunos problemas que se presentan en tal ámbito y que no se encuentran resueltos por la referida ley ni por la ley n.º 20416.

²⁴ AUER (2017), pp. 181-206.

- 5) reconocer a la buena fe una función suplementaria dota al derecho contractual de un grado razonable de flexibilidad para alcanzar soluciones equitativas en el caso concreto;
- 6) la función suplementaria de la buena fe permite proteger aquellos intereses que, pese a su legitimidad y merecimiento de tutela jurídica, no están adecuadamente resguardados por reglas o doctrinas específicas, aumentando, por esta vía, la racionalización y estabilidad generales del derecho de contratos; y,
- 7) la función suplementaria permite un crecimiento sostenido del derecho contractual y su adecuada adaptación a las necesidades comerciales y éticas del tráfico²⁵.

Por su parte, en contra de la atribución de una función suplementaria a la buena fe suele aducirse que:

- 1) la imposición de deberes de conducta no contemplados expresamente por la ley o el contrato no encuentra justificación en el derecho de contratos, pues este no reconoce un principio general de justo trato ni de justicia material;
- 2) las partes, por regla general, tienen libertad para actuar dentro de la esfera de los derechos y deberes que la ley o ellas mismos han creado, sin que se justifique la imposición de deberes adicionales, no expresamente reconocidos, que coarten la conducta de alguna de ellas;
- 3) el contenido del contrato debe determinarse a partir de lo pactado por las partes, respetando el ejercicio de autonomía privada por ellas realizado;
- 4) la imposición de deberes adicionales con un afán de mayor equidad y completitud del contenido del contrato puede desvirtuar el acuerdo alcanzado, causando costos adicionales e imprevisibles a las partes contratantes;
- 5) atribuir una función suplementaria a la buena fe acarrea un importante riesgo de arbitrariedad y sesgos judiciales;
- 6) en aras de una mayor certeza jurídica, las vicisitudes que puedan generarse durante la ejecución del contrato deben encontrar su solución en las reglas o doctrinas consolidadas que sean aplicables, por muy favorables o desfavorables que ellas puedan ser para los intereses de alguna de las partes; y,
- 7) otorgar a los jueces una discrecionalidad ilimitada puede conducir a una legislación judicial ilegítima²⁶.

²⁵ Cfr. AUER (2017), pp. 202 y 203.

²⁶ Cfr. AUER (2017), pp. 203 y 204.

En opinión del autor, es claro que atribuir a la buena fe una función suplementaria involucra riesgos importantes contra la seguridad jurídica y la autonomía privada. En concreto, las genéricas máximas de lealtad y corrección en el comportamiento podrían dar pie para desvirtuar el sentido del acuerdo expresamente alcanzado en un contrato y justificar la imposición de los más variados y caprichosos deberes de conducta²⁷. Como indica Gallo,

“[i]l rischio è peraltro che si possa eccedere trasformando el principio di buona fe in una sorta di vaso di Pandora, dal quale far scaturire le soluzioni più disparate”²⁸.

No obstante, el papel que ha desempeñado la buena fe en el desarrollo normativo y dogmático del moderno derecho de contratos resulta indementible. En términos generales, las funciones institucionales atribuidas a la buena fe por diversos sistemas jurídicos, de la mano de judicaturas maduras y conectadas con la realidad social, han permitido la adaptación del derecho de contratos a los requerimientos comerciales y éticos del tráfico jurídico contemporáneo²⁹. En particular, en lo que atañe a la función suplementaria, la buena fe ha servido de sustento para el reconocimiento y desarrollo dogmático de numerosos y variados deberes de conducta que, según se verá, están expresamente reconocidos en el moderno derecho de contratos³⁰.

En lo que atañe al déficit de legitimidad, este resulta más aparente que real desde un doble punto de vista. En primer lugar, si bien es cierto que la sentencia judicial –que sería la verdadera fuente formal de las normas *derivadas* de la buena fe– por regla general no constituye una fuente formal que manifieste un ejercicio democrático del poder político, la premisa de que la única función de los jueces es aplicar el derecho positivo ha sido fuertemente rebatida³¹, afirmándose que la buena fe –al igual que otros

²⁷ En Chile, el riesgo de inasibilidad de la buena fe es puesta de manifiesto en DE LA MAZA y VIDAL (2017), p. 24.

²⁸ GALLO (2017), p. 627.

²⁹ SCHOPF (2018), pp. 129, 141 y 142.

³⁰ LARENZ (1985), p. 96; STORME (2003), p. 6; y, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 438 y 439.

³¹ Famosa en Chile es la discusión a este respecto entre Atria y Bulygin. Según Atria, en una visión que el autor de este trabajo no comparte, no es del todo correcta la distinción entre producción y aplicación del derecho para distinguir las funciones institucionales del poder legislativo y del poder judicial. La diferencia, en su opinión, se encontraría en que el legislador, mediante la discusión y aprobación de leyes, justifica las normas que produce, mientras que el juez no está facultado para objetar tal justificación, debiendo aplicar las normas producidas por aquel. Según el jurista chileno, en el caso de lagunas normativas, el juez debe rechazar la demanda, pues no existe una norma que lo autorice a condenar al

principios generales del derecho— permite que el juzgador, mediante la producción de nuevas normas, integre los vacíos legales y/o contractuales, brindando una solución al caso particular³². En segundo lugar, suelen ser los propios ordenamientos jurídicos los que atribuyen una función suplementaria a la buena fe (sea de aplicación general o acotada a la integración del contenido del contrato), dotando al juez de facultades para concretar sus exigencias³³.

En el cometido de esta función, los jueces, por lo general, han estado sometidos a los límites del derecho positivo y del razonamiento jurídico, sin que pueda apreciarse una real invasión en las esferas de otros poderes del Estado³⁴. En este sentido, el límite esencial que a este respecto han de observar los jueces consiste en “fundamentar debidamente su solución en el contexto del ordenamiento jurídico respectivo”³⁵.

Como es evidente, una mera alusión a la buena fe como fuente material de los deberes no constituye una fundamentación suficiente. Idealmente, el juez debiese referir los valores y principios que, manifestados en el respectivo sistema jurídico, justifican la decisión. Para estos efectos, podría resultar útil que el juzgador identifique los valores y principios constitucionales que orientan su decisión, los principios informadores del

114

demandado. La función del juez no sería otra que declarar que los hechos operativos de una norma han sido realizados y por consiguiente su consecuencia normativa es debida. Si no existe tal norma, no hay nada debido. En otras palabras, el juez no estaría facultado para construir una norma general y luego aplicarla al caso concreto. ATRIA (2005), pp. 15-27. Por su parte, Bulygin afirma que, salvo en materia penal (en que el principio de legalidad, al operar como una norma general que ordena que nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido legalmente caracterizado como delito con anterioridad a su perpetración, excluye la existencia de lagunas normativas), si una demanda es rechazada por la inexistencia de una norma que obligue a condenar al demandado es justamente porque el juez, en la parte considerativa de su sentencia, construye la norma general de que no existe una obligación de realizar la conducta requerida por el demandante (norma de permisión). Esa norma no existe previamente en el ordenamiento jurídico. Además, según el jurista argentino, no existe realmente una obligación de rechazar la demanda ante un caso que no esté regulado por una norma general preexistente, pues tanto la decisión de rechazarla como la de acogerla se sustentan en, en definitiva, en normas generales construidas por el propio juez, lo que demuestra que este es soberano para decidir cuál es la solución aplicable. A mayor abundamiento, Bulygin sostiene que las normas generales que crea un juez para los casos en que no exista una norma general preexistente, si bien resultan obligatorias solamente para las partes, constituyen precedentes que, eventualmente, pueden dar pie a líneas jurisprudenciales en el evento de que tales normas sean también aplicadas por otros tribunales. De darse este último escenario, según el jurista argentino, podría afirmarse la existencia de una norma general de origen jurisprudencial. BULYGIN (2005), pp. 29-44.

³² En similar sentido, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 159-162.

³³ HESSELINK (2011), pp. 636, 645 y 646

³⁴ En similar sentido, AUER (2017), p. 201 y EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 178 y 201.

³⁵ EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 201.

sector del ordenamiento jurídico en que se enmarca el conflicto que sean funcionales para su resolución, así como también las eventuales reglas específicas que estén inspiradas en tales principios y puedan servir como base para la construcción de una regla implícita³⁶.

En suma, tal como afirma Schopf,

“al insertar una cláusula general como la buena fe contractual en el conjunto de normas que configuran el derecho de contratos, el legislador traspasa o delega en la judicatura la tarea de determinar en concreto, y de acuerdo con un conjunto de valores y fines previamente definidos, los deberes de conducta y demás efectos jurídicos específicos que rigen una determinada relación contractual”³⁷.

II. DEBERES DE CONDUCTA DERIVADOS DE LA BUENA FE

1. Preliminar

Dado que la buena fe es una norma de conducta de contenido poco definido y que los deberes que derivan de ella responden a las necesidades comerciales y éticas del tráfico (que son variables), la fecundidad de la función suplementaria parece, a primera vista, ilimitada, generando ello un importante riesgo de falta de certeza jurídica. En este orden, la identificación de deberes de conducta que respondan a desarrollos dogmáticos comparados y encuentren consagración en instrumentos de armonización constituye una vía atractiva para conciliar los valores de adaptabilidad y seguridad. En concreto, la presentación de deberes de conducta expresamente reconocidos por los referidos instrumentos podría servir a la judicatura como un insumo revestido de *auctoritas* y densidad dogmática suficientes para una práctica equilibrada y razonable de la función suplementaria atribuida a la buena fe.

Cabe advertir que este trabajo no persigue realizar un análisis exhaustivo de los deberes de conducta que, consagrados en los instrumentos de armonización, constituyan desarrollos dogmáticos derivados de la buena fe³⁸. Tampoco se pretende agotar la operatividad de la función suplemen-

³⁶ Para una mayor indagación sobre este extremo, con referencia a otros posibles métodos de fundamentación, EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 201-207.

³⁷ SCHOPF (2018), p. 142.

³⁸ Así, por ejemplo, no se tratará aquí el deber de no aprovecharse injustamente de la dependencia, confianza, dificultades económicas, necesidades urgentes, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de poder negociador de la otra parte al momento de la celebración de un contrato (artículos 3.10 de los PICC, 4:109 de los PECL, II.-7:207 del

taria en el sistema jurídico chileno. El objetivo no es más que identificar algunos deberes que resultan muy valiosos para el moderno derecho de contratos y vislumbrar su reconocimiento actual o potencial en el sistema jurídico nacional.

El referido objetivo, si bien modesto, no sólo no ha sido hasta ahora satisfecho en Chile, sino que, además, presupone tratar algunas temáticas a las que la doctrina nacional ha prestado nula o muy escasa atención, como ocurre, ejemplarmente, en lo relativo al encuadramiento de los deberes de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado en las reglas y principios del CC.

Antes de comenzar el análisis de los deberes seleccionados, conviene hacer presente que, aunque el Código de Bello únicamente reconozca una función integradora del contenido del contrato (*ex* artículo 1546)³⁹, gran parte de la doctrina y cierta jurisprudencia estiman que la buena fe es un principio general del derecho⁴⁰, cumpliendo diversas funciones a lo largo de todo el iter contractual⁴¹. En su calidad de principio general, la

DCFR y 37 de los PLDC), ni tampoco el deber del acreedor de cooperar con la ejecución de la prestación del deudor en los casos y en la medida en que dicha colaboración sea razonable esperable para tal ejecución (artículos 5.1.3 de los PICC, 1:202 de los PECL, 7:104 de los ACQP y III.-1:104 del DCFR).

En relación con la lesión, pese a existir doctrina autorizada en contrario (DUCCI [2007], pp. 263-269 y LÓPEZ [2015b], pp. 157-164), la jurisprudencia nacional ha estimado que la adaptación o rescisión por lesión no es procedente más allá de los casos expresamente regulados en el CC. En lo que atañe al deber de cooperación y la buena fe como base para su reconocimiento en el sistema jurídico chileno, PRADO (2015), pp. 134-143 y SAN MARTÍN (2015), pp. 149-152.

³⁹ En relación con los antecedentes históricos y el sentido dogmático del artículo 1546 del CC, especialmente en lo que atañe a “las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”, GUZMÁN (2002), pp. 11-23.

⁴⁰ FUEYO (1990), pp. 144-146; BOETSCH (2015), pp. 45, 87 y 88; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 426-430; y, DUCCI (2007), p. 31. En una aproximación más mesurada, hay quienes solamente afirman que la buena fe es un principio informador del ordenamiento jurídico. CORRAL (2018), pp. 31 y 32. En la jurisprudencia, entre otras numerosas sentencias que tratan a la buena fe como un principio, véanse F. J. con Canteras Lonco S.A. (2011); Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014); P. G. y otro con Banco Security (2019); y, B. J. con Municipalidad de Valparaíso (2020).

⁴¹ Según Fueyo, la buena fe “desempeña el papel de fuente de norma positiva y de fijación de los límites de esta última. Es al mismo tiempo fuente de interpretación de la norma, dándole mayor o menor extensión, según el caso”. FUEYO (1990), p. 153. Para un análisis más acabado, BOETSCH (2015), pp. 93-132 y LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 438-460. Véase también EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), pp. 175-200 y CORRAL (2007), pp. 146-152. En la jurisprudencia, véase especialmente Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014). En términos más concretos, la jurisprudencia ha asignado numerosas y diversas funciones a la buena fe, utilizando el principio en cuestión para, entre otras cosas, reforzar la fuerza obligatoria del vínculo contractual; imponer deberes adicionales a la prestación

buena fe permitiría integrar los vacíos legales y/o contractuales *ex* artículo 170 n.º 5 del *Código de Procedimiento Civil*, haciendo efectiva la garantía de inexcusabilidad que han de observar los tribunales⁴².

2. Deberes precontractuales de conducta

a) Deber de negociar correcta y lealmente

El deber general de observar las exigencias de la buena fe durante las tratativas preliminares ha sido reconocido en diversos sistemas de derecho continental⁴³. Entre los instrumentos de armonización, una tipificación clara de este deber se encuentra, por ejemplo, en el artículo II. – 3:301 (2) del DCFR:

“a person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract”⁴⁴.

Aunque el deber de negociar de buena fe esté orientado a resguardar la legítima confianza que el estado avanzado de una negociación podría suscitar en una de las partes en cuanto a que existe una probabilidad alta de concluir el contrato⁴⁵, ello no significa que las partes tengan efectivamente el deber de concluirlo, pues, salvo que ya exista una oferta irrevocable, su libertad en este extremo es absoluta (artículos 2.1.15 [1] de los PICC,

117

debida; determinar la calificación jurídica del contrato celebrado; interpretar el sentido y alcance de las cláusulas; morigerar el sentido literal de las cláusulas; determinar el contenido del contrato; y, facilitar la prueba de un contrato. Al respecto, CORRAL (2007), pp. 152-165.

⁴² EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ (2013), p. 195 y FUEYO (1990), pp. 160-162.

⁴³ Artículos 1337 del *Codice Civile*, 227 del *Código Civil* portugués, 197 del *Código Civil* griego, 1104 y 1112 del *Code Civil* y § 311.2 (1) del BGB. Al respecto, BEALE *et al.* (2019), pp. 423-427.

⁴⁴ Sin perjuicio de ello, en el ámbito de los instrumentos de armonización, la primera regulación de la responsabilidad por infracción al deber de negociar correcta y lealmente se encuentra en los PICC (actualmente el artículo pertinente es el 2.1.15 [2]), aunque bajo el rótulo de *negotiations in bad faith*. En todo caso, el “deber de no negociar de mala fe” ha sido entendido como una concreción del deber de buena fe y trato justo establecido en el 1.7 de los PICC, de modo que la formulación negativa contemplada en el referido artículo 2.1.15 (2), aunque ha generado alguna duda, no ha aparejado una interpretación restrictiva predominante. A mayor abundamiento, aunque los PECL, los ACQP y los DCFR se refieran, con mejor técnica, a la responsabilidad por infracción al deber de negociar conforme con la buena fe y el trato justo, la regulación de los PICC ciertamente influyó en ellos y les sirvió de base. BABUSIAUX (2018a), pp. 360-362 y ZULOAGA (2015a), pp. 351-354.

⁴⁵ Al respecto, INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 71; BABUSIAUX (2018a), p. 364; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 22-25; BARROS (2020), pp. 1119-1124; y, LÓPEZ (2019a), pp. 66 y 67.

2:301 [1] de los PECL, 2:103 [1] de los ACQP, II. – 3:301 [1] del DCFR y 10 de los PLDC)⁴⁶. No obstante, en caso de que una parte hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte (artículos 2.1.15 [2] de los PICC, 2:301 [2] de los PECL, 2:103 [2] de los ACQP, II. – 3:301 [3] del DCFR y 11 [1] de los PLDC)⁴⁷. Estará especialmente obligado a esta reparación quien entable negociaciones o prosiga en ellas sin una verdadera intención de llegar a un acuerdo con la otra parte (artículos 2.1.15 [3] de los PICC, 2:301 [3] de los PECL, 2:103 [3] de los ACQP, II. – 3:301 [4] del DCFR y 11 [2] de los PLDC)⁴⁸.

En un sentido amplio, son varias las conductas que pueden estimarse contrarias al deber de negociar de buena fe, destacando entre ellas:

- 1) negociar sin intención de concluir un contrato;
- 2) sostener negociaciones paralelas aparentando en alguna de ellas que existe exclusividad;
- 3) retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada;
- 4) inducir consciente o negligentemente a otro, sin advertencia alguna, a la celebración de un contrato nulo; y,
- 5) revelar a terceros información confidencial⁴⁹.

⁴⁶ BEALE *et al.* (2019), p. 431; ZULOAGA (2015a), p. 357; DE LA MAZA (2020), pp. 128 y 129; DOMÍNGUEZ *et al.* (1998), p. 181; y, DOMÍNGUEZ (2020), p. 88. En alguna medida, esta absoluta libertad resguarda un adecuado funcionamiento de la libre competencia. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 69. No obstante, existen algunos sistemas de derecho continental en que la infracción al deber de negociar de buena fe podría eventualmente llevar a una orden judicial de concluir el contrato. BEALE *et al.* (2019), p. 466.

⁴⁷ En la mayoría de los sistemas de derecho continental, los daños resarcibles son los de confianza, consistentes, fundamentalmente, en los gastos en que incurrió la parte agraviada durante las negociaciones y la eventual pérdida de oportunidad de celebrar el mismo contrato con un tercero. BEALE *et al.* (2019), p. 464; BABUSIAUX (2018a), pp. 371-373; ZULOAGA (2015a), pp. 361 y 362; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 26 y 27; BARROS (2020), pp. 1117, 1118 y 1120; y, LÓPEZ (2019a), pp. 68 y 69. Véanse también los comentarios oficiales al artículo 2.1.15 de los PICC. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 69. Una disposición particularmente clara, que rechaza expresamente la reparación de los *expectation damages* es el artículo 11 (3) de los PLDC, que dispone “[e]n ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado”. DE LA MAZA (2020), p. 137. Controvertiendo el punto, especialmente respecto de aquellos casos en que, de no existir la infracción, el contrato habría sido con toda seguridad celebrado, KÖTZ (2017), pp. 35 y 36.

⁴⁸ Un ejemplo de ello consiste en que una parte entre en una negociación con el sólo propósito de obtener información confidencial de la otra parte o de impedirle que contrate con un competidor de aquella. BEALE *et al.* (2019), p. 428 y BABUSIAUX (2018a), p. 368.

⁴⁹ Para una revisión de derecho comparado, doctrina y jurisprudencia, BEALE *et al.* (2019), pp. 427-479. En una aproximación similar, señalando que el deber de negociar correcta y lealmente es un deber general que se concreta en diversos deberes

En un sentido restringido, el deber de negociar de buena fe se traduce en el deber de no retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada⁵⁰. En general, el punto de no retorno, esto es, el punto en que el retiro o interrupción sin una justificación razonable genera responsabilidad, depende de las circunstancias del caso y, en particular, de la medida en la cual la otra parte, como resultado de la conducta de la primera, tuviera razones para confiar en un desenlace positivo de la negociación, así como también del número de asuntos sobre los cuales ya se hubiese alcanzado un acuerdo⁵¹.

En consecuencia, para que el retiro o interrupción de las negociaciones sea contrario a la buena fe es necesario que se cumplan dos condiciones:

- 1) que el estado de la negociación y la conducta previa de quien se retira o interrumpe las tratativas hayan generado en la otra parte una confianza razonable en que el contrato sería concluido; y,
- 2) que el retiro o interrupción carezca de una justificación razonable⁵².

En todo caso, en un modelo de libre competencia, la sola circunstancia de haberse recibido una mejor oferta podría configurar una justificación razonable, por muy avanzadas que estén las negociaciones⁵³.

En el ordenamiento jurídico chileno, si bien no existe una norma expresa que lo consagre, la jurisprudencia, en varios casos, ha reconocido un deber de negociar correcta y lealmente⁵⁴, señalando en forma explícita que la buena fe es el fundamento de tal deber y también de la responsabilidad precontractual⁵⁵.

precontractuales, NASARRE (2012b), pp. 252 y 253. Por cierto, la negociación sin una real intención de celebrar un contrato es el supuesto típicamente regulado como una hipótesis particular (y no única) que genera responsabilidad precontractual. BABUSIAUX (2018a), pp. 367 y 368 y ZULOAGA (2015a), p. 355.

⁵⁰ Al respecto, KÖTZ (2017), pp. 32-39.

⁵¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 71. BEALE *et al.* (2019), pp. 463-466.

⁵² BEALE *et al.* (2019), pp. 463 y 464 y BARROS (2020), pp. 1122 y 1123. En similar sentido, ZULOAGA (2015a), pp. 358-360.

⁵³ BEALE *et al.* (2019), p. 465 y ZULOAGA (2015a), p. 360.

⁵⁴ Véase, entre otros, Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011); J. D. con A. A. (2011); U. C. con Corpbanca (2012); Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012); F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014); y, Constructora Salfa S.A. con Fisco (2019), voto de disidencia. Comentando algunos de estos fallos, DOMÍNGUEZ *et al.* (1998), pp. 180-185; SAN MARTÍN (2013), pp. 315-322; BARRIENTOS (2012), pp. 829-847; PRADO (2015), pp. 170 y 171; y, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 13-27.

⁵⁵ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); U. C. con Corpbanca (2012); Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012); M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011).

La jurisprudencia, siguiendo a Barrientos⁵⁶, ha precisado que para la configuración de tal responsabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos:

“a) la creación de una razonable confianza en la conclusión o perfeccionamiento del contrato proyectado; b) El carácter injustificado e intempestivo de la ruptura de los tratos preliminares; c) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes y d) La relación de causalidad entre el daño al patrimonio por un lado y la confianza que fue promovida y resultó defraudada por el otro negociante”⁵⁷.

A mayor abundamiento, los tribunales han mostrado preferencia por canalizar la pretensión indemnizatoria bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual⁵⁸, acotándose la reparación a los denominados daños de confianza⁵⁹.

b) Deberes de información

A partir de la segunda mitad del siglo XX comenzó a afirmarse que la existencia de asimetrías informativas justificaba, a la luz de las exigencias de la buena fe contractual, la imposición de deberes precontractuales de información adicionales a los presentes en los códigos decimonónicos⁶⁰. Actualmente, en una aproximación que ha sido criticada, algunos instrumentos de armonización han llegado a consagrar un deber genérico de información⁶¹. En esta línea, el artículo 2:201 de los ACQP,

⁵⁶ BARRIENTOS (2008), p. 51.

⁵⁷ J. D. con A. A. (2011). En similar sentido, Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018).

⁵⁸ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); J. D. con A. A. (2011); F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014); Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018); e, Inmobiliaria y Administradora CGL con Petrobras Chile Dist. Ltda. (2020).

⁵⁹ Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996); J. D. con A. A. (2011); U. C. con Corpanca (2012); Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018); y, V. R. con Inmobiliaria e Inversiones R.P.M. (2020).

⁶⁰ SCHULZE y ZOLL (2018), pp. 106 y 107; HESSELINK (2011), p. 628; LLOBET (1996), p. 38; DE LA MAZA (2010a), p. 93; BOETSCH (2015), pp. 116-118; y, MUNITA (2019), pp. 200-202. En relación con los deberes de información atípicos, un completo análisis en DE LA MAZA (2009), pp. 307-393.

⁶¹ En contra de la imposición de un deber de información tan amplio, de la Maza sostiene que los ACQP y el DCFR han extrapolado injustificadamente principios propios del derecho del consumo al derecho civil. DE LA MAZA (2009), pp. 367-369. Además, un deber genérico de información puede desincentivar desproporcionadamente el ejercicio de la iniciativa privada. DE LA MAZA (2009), pp. 360-364. En una línea similar, manifestándose en contra de un deber genérico de información, BARROS (2020), pp. 1128-1130.

fundado dogmáticamente en la buena fe⁶², dispone en términos bastante amplios que

“[b]efore the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”.

En la misma línea se mueve el artículo II.-3:101 (1) del DCFR⁶³, que sigue de cerca a los ACQP⁶⁴.

En una aproximación menos ambiciosa, los PICC y los PECL imponen deberes de información a propósito de la regulación del error y el dolo por omisión⁶⁵. En relación con el error, los artículos 3.2.2 de los PICC⁶⁶ y 4:103 de los PECL⁶⁷ contemplan, entre otras, la hipótesis en que,

⁶² En el comentario 3 al artículo 2:101, titulado “In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith”, se afirma que: “[t]he duty to act in good faith encompasses the duty of a business to act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers”.

⁶³ Article II.-3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services.

(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can [...]. Al respecto, SCHULZE Y ZOLL (2018), p. 124. Para una crítica, NASARRE (2012a), pp. 183-185.

⁶⁴ NASARRE (2012a), p. 184.

⁶⁵ DE LA MAZA (2009), pp. 327 y 328.

⁶⁶ Artículo 3.2.2.

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y: (a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o (b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si: (a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o (b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

⁶⁷ Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho

(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la

al momento de la celebración del contrato, una de las partes sabe o debe saber que la otra ha incurrido en un error. Si, en contra de las exigencias de la buena fe, tal parte no informa de manera adecuada a la otra para que salga del error, este error, en la medida que sea determinante (3.2.2 [1] de los PICC y 4:103 [1.b] de los PECL), excusable (3.2.2 [2.a] de los PICC y 4:103 [2.a] de los PECL) y ajeno a los riesgos asumidos expresa o tácitamente en el contrato por la víctima (3.2.2 [2.b] de los PICC y 4:103 [2.b] de los PECL), permitirá a anular el contrato. A su turno, en lo que respecta al dolo por omisión, los artículos 3.2.5 de los PICC⁶⁸ y 4:107 de los PECL⁶⁹, junto con la regulación del dolo positivo, se refieren a la hipótesis en que una parte omite dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios a las exigencias de la buena fe, habilitándose a la víctima para anular el contrato. Particularmente ilustrador a este respecto es el artículo 4:107 (3) de los PECL:

“[p]ara determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial: (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; (b) el coste de obtener dicha información; (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la

122

víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes.

(2) No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando: (a) atendidas las circunstancias su error fuera inexcusable, o (b) dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias.

⁶⁸ Artículo 3.2.5. Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

⁶⁹ Artículo 4:107: Dolo

(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.

(2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.

(3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:

- (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
- (b) el coste de obtener dicha información;
- (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
- (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

información por sí misma, y (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte”.

Está fuera de duda que los deberes de información, sean genéricos o específicos, están enderezados, fundamentalmente, a reforzar la libertad de conclusión⁷⁰. En esta línea, se ha sostenido que las razones para el establecimiento de deberes precontractuales de información son, en esencia, tres:

- 1) el aseguramiento de las bases indispensables para un ejercicio adecuado de la libertad de elección;
- 2) el aseguramiento de un conocimiento adecuado de los alcances jurídicos y económicos del compromiso; y,
- 3) el aseguramiento de un conocimiento adecuado de las cualidades del bien o servicio ofrecido⁷¹.

Se trata, en suma, de tornar posible la autodeterminación de determinados agentes del mercado⁷².

Con todo, dejando total o parcialmente a un lado el reforzamiento de la autonomía privada, algunos particulares deberes de información se orientan a la protección de la salud, seguridad y bienes de quien pretende adquirir un bien o servicio, como ocurre, por ejemplo, con el deber de suministrar determinada información en el etiquetado de ciertos productos, con el deber de suministrar instrucciones de uso en relación con productos peligrosos y con el deber del vendedor de informar que la cosa entregada pertenece a un tercero o que está afecta a un vicio redhibitorio que conoce o debe conocer⁷³.

En lo que respecta a los remedios, la infracción a deberes de información puede dar lugar a una indemnización de perjuicios y, en hipótesis de

⁷⁰ SCHULZE y ZOLL (2018), p. 106; NASARRE (2012a), p. 185; AUER (2017), p. 191; DE LA MAZA (2009), pp. 62 y 174; DOMÍNGUEZ (2020), p. 90; y, MUNITA (2019), pp. 198 y 199. En lo que respecta a las relaciones de consumo, GARCÍA (2015) p. 822; DE LA MAZA (2010b), p. 39; ISLER (2019), pp. 207 y 208; y, BARRIENTOS (2013), p. 98.

⁷¹ GARCÍA (2015), pp. 825-830.

⁷² Como es sabido, esta aproximación ha sido fuertemente criticada. En concreto, según autorizados estudios de economía conductual, los consumidores y las micro y pequeñas empresas tienen una racionalidad limitada que no les permite llevar a cabo el falaz ideal del *homo economicus*. Al respecto, SIMON (1955), pp. 99-118; SUNSTEIN y THALER (2003), pp. 1159-1202; y, LOEWENSTEIN y O'DONOGHUE (2006), pp. 183-206. Schulze y Zoll sintetizan muy bien el punto en relación al derecho de consumo: “[T]he performance of the information duty is therefore reduced to a formality that has no positive influence on improving the consumer’s actual level of information. The consumer will only become an ‘informed consumer’ in theory, whereas the practical reality is that it Will be ‘struck down’ by the information without being able to make actual use thereof”. SCHULZE y ZOLL (2018), p. 111. Véase también MUNITA (2019), pp. 216-217.

⁷³ DE LA MAZA (2009), pp. 174, 175, 196, 243 y 244.

error o dolo omisivo, a la nulidad relativa del contrato⁷⁴. A mayor abundamiento, específicamente en hipótesis de error, un remedio adicional es la adaptación del contrato. En concreto, en caso de que el error haya sido sufrido por una sola de las partes, la adaptación operaría previa propuesta de la otra, la que, en principio, deberá ser aceptada si consiste en la ejecución del contrato en los términos en que el *errans* había entendido el acuerdo (artículos 4:105 [1] de los PECL y II.-7:203 [1] del DCFR). Si el error, en cambio, es compartido, el juez, a petición de cualquiera de las partes, deberá otorgar al acuerdo el sentido que, en buena lógica, estas le habrían dado de no haber existido el error (artículos 4:105 [3] de los PECL y II.-7:203 [3] del DCFR)⁷⁵.

Tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos, en el sistema nacional puede distinguirse entre deberes de información típicos y atípicos. Son típicos aquellos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico y atípicos los que impone el juez en concreción de las exigencias de la buena fe⁷⁶. Como deberes típicos de información contemplados en leyes especiales pueden mencionarse, entre otros, los establecidos en los artículos 3.º letra b), 14, 30, 32 y 35 de la LPDC; 10 de la ley n.º 20584; 514 del *Código de Comercio*; y 6.º y 7.º de la ley n.º 20606. Indirectamente, el CC también establece tal clase de deberes, como puede extraerse de la indemnización prevista para casos de evicción (artículos 1849 inciso 2.º, 1930 inciso 4.º y 2188) y de aquella prevista para casos de vicios redhibitorios (artículos 1861, 1933, 2192 y 2203)⁷⁷.

Ciertamente, los deberes que más interesan en este trabajo son los atípicos, pues ellos son los que, al menos desde una perspectiva formal, se enmarcan en la función suplementaria atribuida a la buena fe.

La posibilidad de sustentar deberes precontractuales de información atípicos derivados de la buena fe ha sido reconocida en varias oportunidades por la jurisprudencia⁷⁸. Aquí conviene hacer mención especial a dos casos.

En *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.*⁷⁹, la Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que existe una

⁷⁴ En lo que atañe a la indemnización, LÓPEZ (2019a), pp. 93-108 y HERNÁNDEZ (2018), pp. 620, 621, 623, 624, 628 y 629.

⁷⁵ Al respecto, LÓPEZ (2019a), pp. 115-121.

⁷⁶ DE LA MAZA (2010a), p. 87.

⁷⁷ LÓPEZ (2019a), pp. 23, 93 y 94.

⁷⁸ Entre otros casos, véanse *Torres con Axa Seguros de Vida S.A.* (2001); *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* (2007); *Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile* (2014); *F. P. y otros con Parque Arauco S.A.* (2014); *Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile* (2018); y, *Constructora Salfa S.A. con Fisco* (2019), voto de disidencia.

⁷⁹ *Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.* (2007).

“obligación de informar que surge como una exigencia impuesta por el principio de buena fe” y que tal información se extiende a la “necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad”. Si bien puede sostenerse que la decisión encuentra justificación a la luz de los hechos del caso⁸⁰, los términos de la sentencia son desafortunados, pues pareciera que la Corte, a partir de la buena fe, coligió la existencia de un deber genérico de informar, exigible en abstracto y aplicable incluso en contratos entre partes que se encuentran en un relativo plano de igualdad⁸¹.

Distinta es la aproximación en Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile⁸². En tal caso, la Corte Suprema, en una aproximación que parece más razonable, sostuvo que la buena fe sólo excepcionalmente impone deberes precontractuales de información atípicos. En palabras del máximo tribunal,

“[e]n la etapa previa existen deberes precontractuales que pueden hacerse descansar en la buena fe objetiva, de forma de imponer, *en determinadas circunstancias*, peculiares deberes de información, que aseguren una negociación justa y no basada en un aprovechamiento que el derecho no tolere”⁸³.

En cuanto a las sanciones, no cabe duda de que la infracción a deberes de información puede dar lugar a hipótesis de nulidad relativa por error o dolo (*ex* artículos 1453, 1454, 1455 y 1458 del CC). Es claro también que, si la infracción ha generado perjuicios, habrá derecho a indemnización⁸⁴.

En lo que atañe a la adaptación (remedio acotado a hipótesis de error), es necesario distinguir. Según doctrina autorizada, si el error es unilateral, las exigencias de la buena fe son suficientes para afirmar el deber del *errans* de aceptar la adaptación propuesta por la otra parte cuando tal propuesta consiste en la ejecución del contrato en los términos en que el

⁸⁰ En concreto, Glide Diversiones Ltda. había arrendado a Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. un inmueble con la finalidad, explicitada en el contrato, de habilitar y explotar económicamente una cancha de minigolf. Conforme con lo pactado, las autorizaciones administrativas pertinentes debían ser solicitadas por el propio arrendatario. En tal marco, el arrendatario presentó los antecedentes a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura para la aprobación de su proyecto de habilitación de la referida cancha. Su solicitud, sin embargo, fue rechazada, pues el predio no se encontraba urbanizado, no contaba con permiso de edificación ni tampoco con recepción final. Además, una franja del precio estaba sujeta a utilidad pública.

⁸¹ DE LA MAZA (2010a), pp. 93 y 94.

⁸² Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014).

⁸³ Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014).

⁸⁴ Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. (2007).

errans había entendido el acuerdo. La aceptación, en tal caso, implica una renuncia a la acción rescisoria y la adaptación, en consecuencia, opera extrajudicialmente⁸⁵. A su turno, si el error es compartido, las partes, si no están de acuerdo en el modo en que el contrato debe ser adaptado, podrán facultar al juez para ello⁸⁶. Esta última alternativa, si bien plausible teóricamente, parece difícil de ser llevada a la práctica, máxime teniendo en cuenta la reticencia de los tribunales nacionales a la revisión o adaptación del contenido de un contrato.

c) Deber de confidencialidad

En el curso de una negociación, una parte podría revelar cierta información confidencial que motive o convenza a la otra acerca de la conveniencia de celebrar un contrato. Si tal información corresponde a una idea u obra protegida por una patente, modelo de utilidad, derecho de autor u otro derecho de exclusiva, todo uso inapropiado o divulgación a terceros por parte del destinatario de la información lo hará responsable de indemnizar perjuicios y/o de restituir el enriquecimiento injustificado, todo ello bajo las reglas de los ordenamientos de propiedad industrial e intelectual⁸⁷. Asimismo, si existe un acuerdo expreso o tácito de confidencialidad, entonces habrá un vínculo contractual y la revelación de la información a terceros supondrá un incumplimiento contractual que, en su caso, dará lugar a responsabilidad⁸⁸.

No obstante, si la información revelada no está protegida por un derecho de exclusiva ni tampoco existe una declaración expresa de que la información entregada es confidencial (que daría lugar a un acuerdo tácito de confidencialidad), la buena fe tiene la potencialidad de justificar igualmente la imposición de un deber de no revelar a terceros la información recibida ni utilizarla para fines propios, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no⁸⁹.

Como es evidente, no existe una regla general que imponga que la información recibida deba ser tratada como si fuera confidencial. De hecho, las partes, en su libertad para conducir las negociaciones, pueden decidir qué información intercambiar, de modo que resulta razonable asumir que la información intercambiada puede ser revelada a terceros

⁸⁵ LÓPEZ (2019a), pp. 132-134.

⁸⁶ LÓPEZ (2019a), pp. 134-136.

⁸⁷ BEALE *et al.* (2019), p. 478. Por cierto, el deber de confidencialidad que deriva de la buena fe puede servir como un reforzamiento de la protección dispensada por los ordenamientos de propiedad industrial e intelectual. BABUSIAUX (2018b), p. 376.

⁸⁸ BEALE *et al.* (2019), p. 478 y ZULOAGA (2015b), pp. 367 y 369.

⁸⁹ BEALE *et al.* (2019), p. 478; BABUSIAUX (2018b), p. 379; ZULOAGA (2015b), pp. 366 y 367; y, BOETSCH (2015), p. 118

o incluso utilizada para fines propios, se celebre o no el contrato⁹⁰. De ahí que el deber de confidencialidad sea excepcional, surgiendo cuando, atendida la naturaleza de la información recibida o las calidades de las partes, la revelación a terceros o la utilización en provecho propio después de interrumpir las negociaciones lesione el interés de quien la ha entregado⁹¹. Ejemplos de información cuya naturaleza es potencialmente confidencial son el *know-how*, las estrategias comerciales, las listas de clientes o proveedores, los balances privados y los resultados de una auditoría o investigación⁹². El ejemplo típico en que determinadas calidades personales pueden tornar cierta información confidencial es aquel en que las partes o los terceros que reciben la información son actuales o potenciales competidores⁹³. Otro caso que puede añadirse, derivado también de la calidad de las partes, es el del secreto profesional⁹⁴.

Resulta interesante que la infracción del deber de confidencialidad no sólo puede dar lugar a una indemnización de perjuicios, sino también a una pretensión restitutoria por enriquecimiento injustificado⁹⁵ e incluso a una acción de cesación y prohibición de infracción futura⁹⁶. Estos remedios, por cierto, son de opción de la víctima. Además, la acción de cesación puede acumularse a la indemnizatoria o a la restitutoria⁹⁷.

Asimismo, resulta destacable que el deber de confidencialidad no sólo opera en las tratativas preliminares, sino también, en caso de concluirse el contrato, durante su ejecución y en la etapa postcontractual⁹⁸.

En el ámbito de los instrumentos de armonización, el deber que se está analizando se encuentra en los artículos 2.1.16⁹⁹ de los PICC, 2:302¹⁰⁰

⁹⁰ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 72 y BABUSIAUX (2018b), p. 378.

⁹¹ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 73. Véase también, BABUSIAUX (2018b), pp. 378 y 379 y ZULOAGA (2015b), pp. 367 y 368.

⁹² BEALE *et al.* (2019), p. 478 y ZULOAGA (2015b), p. 368.

⁹³ BEALE *et al.* (2019), p. 478 y LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 443.

⁹⁴ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 460.

⁹⁵ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012), p. 73; NASARRE (2012b), p. 258; BABUSIAUX (2018b), pp. 381 y 382; y, ZULOAGA (2015b), pp. 369 y 370.

⁹⁶ BABUSIAUX (2018b), pp. 381 y 382 y ZULOAGA (2015b), p. 370.

⁹⁷ BABUSIAUX (2018b), p. 382.

⁹⁸ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 460 y NASARRE (2012b), p. 258.

⁹⁹ Artículo 2.1.16. Deber de confidencialidad. Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

¹⁰⁰ Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad. Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene

de los PECL, II. – 3:302¹⁰¹ del DCFR y 12¹⁰² de los PLDC. En una línea similar, el actual artículo 1112-2 del *Code Civil* dispone que

“[c]elui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l’occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun”.

En el ordenamiento jurídico chileno, salvo algunas reglas especiales¹⁰³, no existe una norma general que consagre un deber de confidencialidad. No obstante, tal deber ha sido reconocido por la doctrina, amparándose en la exigencia de buena fe que rige en la fase precontractual¹⁰⁴. En la jurisprudencia, el sindicado deber ha sido reconocido, *obiter dictum*, en Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile¹⁰⁵. Más allá, dicho deber ha sido también reconocido en el marco de la relación de confianza que surge entre un abogado y su cliente¹⁰⁶, así como también en materia laboral¹⁰⁷. Con todo, cabe tener presente que el deber de con-

la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comporta una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

¹⁰¹ Article II. – 3:302. Breach of confidentiality.

(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party’s own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.

(2) In this Article, “confidential information” means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party.

(3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it.

(4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach.

¹⁰² Artículo 12. Deber de confidencialidad Quien recibe información confidencial con ocasión de las negociaciones del contrato no puede usarla ni revelarla, so pena de indemnizar los daños y restituir los beneficios obtenidos.

¹⁰³ Véanse los artículos 42 n.º 6 de la ley n.º 18046 y 164 y 165 de la ley n.º 18045.

¹⁰⁴ BARRIENTOS (2008), pp. 100-109; BOETSCH (2015), p. 118; y, LÓPEZ (2019a), p. 93.

¹⁰⁵ Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018).

¹⁰⁶ Consejo de la Transparencia con C. M. (2012) y Consejo de Defensa del Estado con M. J., B. Y. y B. E. (2014).

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, se ha reconocido un deber de confidencialidad en relación con las claves dadas por un empleador a una trabajadora para acceder al sistema de la empresa, en V. S. con Forum Servicios Financieros S.A. (2013). No obstante, según consta en el fallo, en el contrato de trabajo constaba expresamente un deber de no divulgar ni compartir con terceros las claves de acceso, de modo que el caso en cuestión no corresponde realmente a uno en que se haya reconocido un deber precontractual de confidencialidad.

fidencialidad, según autorizada doctrina, puede subsumirse en el deber de negociar lealmente¹⁰⁸, el que sí ha sido reconocido en términos más amplios por la jurisprudencia¹⁰⁹.

d) Deber de transparencia

El deber precontractual de transparencia, cuya observancia corresponde a quien se sirve de cláusulas no negociadas, es un deber de alcance amplio, emparentado con los deberes de información, que está orientado a resguardar una adecuada formación del consentimiento y, con ello, un auténtico ejercicio de la libertad de elección por parte de los potenciales adherentes¹¹⁰.

El deber de transparencia, en sentido amplio, se traduce en una serie de deberes más específicos, todos los cuales encuentran sustento en la buena fe contractual¹¹¹: dar al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato; redactar las cláusulas de manera clara, comprensible, precisa y concreta; destacar las cláusulas que desempeñen un rol importante en la determinación de los alcances económicos y jurídicos del contrato; y, no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio¹¹².

Técnicamente, el control orientado a resguardar la transparencia del clausulado es el denominado control de incorporación¹¹³. Concebido con alcance amplio, tal control se integra por cargas dirigidas a resguardar la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del clausulado¹¹⁴.

No obstante, si bien existen sistemas jurídicos en que el referido control tiene un amplio alcance¹¹⁵, los instrumentos de armonización, siguiendo

¹⁰⁸ LÓPEZ (2019a), pp. 21, 91-93.

¹⁰⁹ Véanse, por ejemplo, F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014) y Constructora Salfa S.A. con Fisco (2019), voto de disidencia.

¹¹⁰ En palabras de Pertíñez, “si el cliente no puede evaluar los términos de la operación que está por concluir y por lo tanto comparar las ofertas en competición, faltan las bases mínimas para la operatividad de un mercado en el que pueda desenvolverse la autonomía privada”. PERTÍÑEZ (2004), pp. 28 y 29.

¹¹¹ PERTÍÑEZ (2004), pp. 27 y 28.

¹¹² HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), p. 146 y PERTÍÑEZ (2004), p. 32.

¹¹³ Con todo, al menos en el marco del derecho europeo de contratos, la transparencia es examinada, según el respectivo sistema, ya en el marco del control de incorporación, ya en el de contenido. Al respecto, entre otros, JANSEN (2018), pp. 275-277.

¹¹⁴ HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), pp. 146-148.

¹¹⁵ En el ámbito portugués, el capítulo II del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, intitulado “inclusão de cláusulas contratuais gerais em contratos singulares”, regula un control que, sobre la base de los denominados deberes de comunicación e

el modelo de la Directiva 93/13/CEE¹¹⁶, fraccionan el deber de transparencia, evaluando su cumplimiento, en una parte, con ocasión del control de incorporación, y en la otra, con ocasión del control de contenido. En términos más concretos, la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato es evaluada con ocasión del control de incorporación (artículos 2:104¹¹⁷ de los PECL, 6:201¹¹⁸ de los ACQP

información, resguarda no sólo la posibilidad de conocer y comprender el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, sino también su razonable previsibilidad. En el caso estonés, el § 37 de la *Law of Obligations Act*, además de establecer cargas de cognoscibilidad en su apartado primero, dispone en su apartado tercero que “standard terms the contents, wording or presentation of which are so uncommon or unintelligible that the other party cannot, based on the principle of reasonableness, have expected them to be included in the contract or which the party cannot understand without considerable effort are not deemed to be part of the contract”.

¹¹⁶ A la luz de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado en torno a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, el cumplimiento del deber de transparencia material no sólo presupone la entrega oportuna de información veraz, suficiente, clara y comprensible en relación con los elementos económicos del contrato, sino también, eventualmente, una adecuada ilustración y advertencia de los riesgos o peligros que entraña el vínculo. Sobre el alcance de este deber en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, CAMPOS (2019), pp. 68-75. En lo que concierne a un eventual deber de advertir e ilustrar los riesgos asociados al contrato, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), p. 152; PERTÍÑEZ (2013), pp. 4 y 18; y, sobre todo, LÓPEZ (2019b), pp. 937-943. Esta última autora explica que la advertencia consiste en atraer la atención de una de las partes a determinados riesgos o peligros que subyacen a la celebración o ejecución de un contrato.

Desde una perspectiva histórica, cabe referir que el deber relativo a no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio ha sido denominado deber de transparencia material, y ha dado lugar al denominado control de transparencia material, el cual hunde sus raíces en jurisprudencia alemana de la segunda mitad del siglo XX. PERTÍÑEZ (2004), pp. 113-119 y CÁMARA (2006), pp. 27 y 28.

¹¹⁷ Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual (1) Los términos de un contrato que no hayan sido objeto de negociación individual sólo podrán oponerse contra una parte que no tuviera conocimiento de ellos cuando la parte que los invoca hubiera adoptado medidas suficientes para que la otra parte repare en ellos antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión. (2) La mera referencia en el texto del contrato a una cláusula, no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento.

¹¹⁸ Article 6:201: Acquaintance with terms not individually negotiated (1) Contract terms which have not been individually negotiated bind a party who was unaware of them only if the user took reasonable steps to draw the other party’s attention to them before or when the contract was concluded. (2) Terms are not brought appropriately to the other party’s attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document. (3) If a contract is to be concluded by electronic means, contract terms are not binding on the other party unless the user makes them available to the other party in textual form. (4) Consumers are not bound to terms to which they had no real opportunity to become acquainted before the conclusion of the contract.

y II.-9:103¹¹⁹ del DCFR), mientras que la claridad y comprensibilidad en la redacción y, en su caso, el deber de no alterar subrepticamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio, con ocasión del control de abusividad (artículos 6:302¹²⁰ y 6:303 [2]¹²¹ de los ACQP y II.- II.-9:402¹²² y II.-9:406 [2]¹²³ del DFCR)¹²⁴.

Cabe destacar que, sin perjuicio de algunas reglas aplicables únicamente en los contratos de consumo (artículos 6:201 [4] de los PECL y II.-9:402 [2] del DFCR), los instrumentos de derecho uniforme exigen la observancia del deber de transparencia en todo contrato al que se pretendan incorporar cláusulas no negociadas, con independencia de la calidad del adherente (sea o no consumidor).

En Chile, el deber de transparencia no encuentra una regulación adecuada ni tampoco la atención de la doctrina. En la LPDC se contemplan algunas modestas cargas de incorporación. El artículo 17 establece, en general, algunas cargas de comprensibilidad (relativas a la legibilidad, idioma y tamaño de letra) que deben cumplir las cláusulas no negociadas para su incorporación en un contrato por adhesión, cualquiera sea la modalidad de contratación que se aplique en el caso particular. Por su parte, el artículo 12 A contempla un par de cargas de cognoscibilidad para la contratación electrónica o bajo cualquiera otra forma de comunicación a distancia¹²⁵.

¹¹⁹ II.-9:103: Terms not individually negotiated. (1) Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded. (2) If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other party only if they are made available to the other party in textual form. (3) For the purposes of this Article (a) "not individually negotiated" has the meaning given by II. - 1:110 (Terms "not individually negotiated"); and (b) terms are not sufficiently brought to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.

¹²⁰ Article 6:302: Transparency of terms. Not individually negotiated terms must be drafted and communicated in plain, intelligible language.

¹²¹ Article 6:303: Scope of the unfairness test [...] (2) For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

¹²² Article II.-9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair.

¹²³ Article II.-9:406.2: For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

¹²⁴ Para una revisión crítica a esta aproximación, CAMPOS (2019), pp. 90-100.

¹²⁵ Al respecto, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020), pp. 158 y 159.

En lo que concierne al ámbito de aplicación subjetivo del control, este no sólo es procedente tratándose de contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores, sino también, en virtud del artículo noveno n.º 2 de la ley n.º 20416, de 2010, en aquellos contratos por adhesión celebrados entre proveedores y micros o pequeñas empresas.

En opinión del autor, las deficiencias de la regulación legislativa del control de incorporación, tanto en lo que respecta a las cargas como en lo relativo a su ámbito de aplicación subjetivo, podrían ser corregidas merced a la función suplementaria de la buena fe. En concreto, en la hipótesis en que, desde la perspectiva de un adherente de diligencia ordinaria (considerando el carácter profesional o no profesional del mismo y el marco en que se celebra el contrato), una cláusula no negociada no pudo ser conocida de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato, o su contenido no es comprensible o, según las circunstancias, no resulta razonablemente previsible, tal cláusula no debiese estimarse siquiera tácitamente consentida. Luego, la falta de consentimiento configurará la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del CC, consistente en la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato¹²⁶. Por cierto, la nulidad absoluta afectará únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente¹²⁷.

Lamentablemente, no existe en la jurisprudencia ni en la doctrina nacional un verdadero desarrollo del control de incorporación más allá de los límites de la LPDC.

e) Deber de utilizar cláusulas no negociadas
con un contenido equilibrado

Las cláusulas que satisfagan las cargas de incorporación y sean, por tanto, transparentes, podrán estimarse, al menos, presuntivamente consentidas, pues resultarán cognoscibles, comprensibles y razonablemente previsibles para un adherente de diligencia ordinaria. Sin embargo, la mentada superación no asegurará siempre que las cláusulas respectivas sean eficaces. Sólo lo hará en relación con aquellas que determinan los elementos esenciales del contrato¹²⁸. En lo que atañe a las demás, la superación del control de incorporación

¹²⁶ Las bases de esta tesis pueden verse en CAMPOS (2019), pp. 287-291. Por cierto, la nulidad absoluta afectará únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente.

¹²⁷ Según doctrina nacional autorizada, la nulidad regulada en el CC puede ser parcial incluso más allá de los casos expresamente contemplados en tal cuerpo legal. TAPIA y VALDIVIA (1999), p. 165 y DOMÍNGUEZ (2016), pp. 183 y 184.

¹²⁸ En relación con la cuestión de cuáles son cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, CAMPOS (2019), pp. 232-234.

sólo permitirá que las cláusulas sean sometidas a un control subsecuente, el de contenido, que ya no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato¹²⁹.

El control de contenido suele estructurarse sobre la base de una lista negra y una cláusula abierta¹³⁰. En general, en virtud de esta última, una cláusula es abusiva cuando se desvía en tal medida del derecho dispositivo que pone en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente¹³¹.

Probablemente la primera formulación técnica de una cláusula abierta de abusividad se deba a la línea jurisprudencial desarrollada en la segunda parte del siglo XX por el Tribunal Supremo Federal alemán. Según dicha línea, son ineficaces las condiciones generales que, en contra de las exigencias de la buena fe, impongan al adherente una situación de excesiva desventaja. Tal situación puede apreciarse cuando las condiciones generales impuestas se aparten de tal forma del derecho dispositivo que ya no puedan conciliarse con las nociones básicas de justicia y equidad, o cuando restrinjan derechos o deberes fundamentales derivados de la naturaleza del contrato¹³².

Más tarde, la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo vería consagración positiva en la AGBG, de 09 de diciembre de 1976. Dicha ley consagró una lista gris (§ 10) y una negra (§11) de condiciones generales abusivas¹³³. Por su parte, el § 9.1 estableció que

“las cláusulas en condiciones generales de contratación son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, perjudican injustificadamente a la contraparte contractual del predisponente”.

En este orden, reconociendo los parámetros que antes perfilara el Tribunal Supremo Federal para la apreciación de abusividad, el § 9.2 dispuso que

“en la duda, se presume un perjuicio injustificado: 1. cuando la cláusula no sea compatible con los principios fundamentales de la legislación de que se aparta; 2. cuando limite los derechos y deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato poniendo en peligro la realización de su propia finalidad”¹³⁴.

¹²⁹ Entre otros, ALFARO (1991), p. 254; PERTÍÑEZ (2004), pp. 40-42; BLANDINO (2012), p. 678; GONZÁLEZ (2015), p. 1143; BIANCA (2000), pp. 369 y 370; y, RIZZO (2013), p. 56. Para una distinción entre el control de sorpresividad y el de contenido, CAMPOS (2020b), pp. 758-808.

¹³⁰ Así ocurre, en general, en todos los sistemas modernos. Para una visión panorámica de diversos sistemas de tradición continental, CAMPOS (2019), pp. 107-181.

¹³¹ Al respecto, CAMPOS (2019), pp. 37-46.

¹³² ZIMMERMANN (2008), p. 202.

¹³³ EBERS (2016), p. 145.

¹³⁴ ZIMMERMANN (2008), p. 202.

Ante el éxito del modelo instaurado, el legislador alemán, una vez que decidió la integración del derecho de las condiciones generales de contratación en el BGB, incorporó a este último el contenido íntegro de la AGBG mediante la reforma de enero de 2002¹³⁵. En la materia que aquí interesa, los parágrafos 9, 10 y 11 de la AGBG pasaron a ser los parágrafos 307, 308 y 309 del BGB.

Como puede advertirse, en el sistema alemán, la función atribuida a la buena fe en la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas se traduce en el control de cómo y en qué medida la estructura jurídica predispuesta satisface los intereses del adherente. Tal control se realiza en torno a los intereses típicos del adherente, que no son sino aquellos tutelados mediante las reglas del derecho dispositivo¹³⁶. En otras palabras, las exigencias de la buena fe se concretan en el deber del empresario de servirse de un contenido predispuesto equilibrado, que no entorpezca la satisfacción de las expectativas que, a la luz de la naturaleza del contrato, el adherente alberga en la ejecución. Por ello se afirma que la constatación de un desequilibrio normativo importante en el contenido de una cláusula no negociada revela *per se* una contravención a la buena fe¹³⁷.

Más modernamente, en el ámbito de los instrumentos de armonización, el control de abusividad, aplicable a todo contrato por adhesión –cualquiera sea la calidad del adherente–, se encuentra reconocido en los artículos 4:110¹³⁸ de los PECL, 6:301¹³⁹ de los ACQP y II.-

¹³⁵ ALBIEZ (2002), pp. 1147-1151.

¹³⁶ ALBANESE (2013), p. 702.

¹³⁷ GONZÁLEZ (2015), p. 1113.

¹³⁸ Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

¹³⁹ Article 6:301: Unfairness of terms

(1) A contract term which has not been individually negotiated is considered unfair if it disadvantages the other party, contrary to the requirement of good faith, by creating a significant imbalance in the rights and obligations of the parties under the contract. Without prejudice to provisions on collective proceedings, when assessing the unfairness of a contractual term, regard is to be given to the nature of the goods or services to be provided under the contract, to all circumstances prevailing during the conclusion of the contract, to all other terms of the contract, and to all terms of any other contract on which the contract depends.

(2) A term in a contract between businesses which has not been individually negotiated is considered unfair only if using that term amounts to a gross deviation from good commercial practice.

9:403¹⁴⁰, II.-9:404¹⁴¹ y II.-9:405¹⁴² del DCFR. Los PLDC, en cambio, guardan silencio al respecto¹⁴³.

En general, en lo que concierne al modelo de apreciación de abusividad, los instrumentos de armonización europeos siguen a la Directiva 93/13/CEE, cuyo artículo 4.1 establece tres parámetros que orientan la apreciación de abusividad:

- 1) la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato;
- 2) todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración; y
- 3) todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

Los mentados parámetros, y en particular la consideración de las circunstancias concurrentes, sirven para concretizar la tutela al adherente, sustentándose en la premisa de que los contratos por adhesión, aunque se alejen del modelo clásico de contratación, siguen teniendo naturaleza contractual, debiendo ser consideradas las particularidades de cada concreta relación¹⁴⁴.

Con todo, conforme ha sostenido doctrina autorizada, la consideración de las circunstancias concurrentes –y, en particular, la información suministrada al adherente– no impide la apreciación de abusividad a la luz de parámetros abstractos, sino que sirve como complemento para apreciar la abusividad –*rectius*, sorpresividad– de aquellas cláusulas que, sin desviarse ostensiblemente del derecho dispositivo, provocan una defraudación de las expectativas que el adherente se ha forjado en función de las concretas y singulares circunstancias que han concurrido a la celebración del contrato¹⁴⁵. Ello es consistente con el hecho de que la entrega de la mejor y

¹⁴⁰ Article II. – 9:403: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer. In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴¹ Article II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties. In a contract between parties neither of whom is a business, a term is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and significantly disadvantages the other party, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴² Article II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between businesses. A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.

¹⁴³ Para una crítica constructiva frente a este silencio, CAMPOS (2020c), disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der> [fecha de consulta: 06 de diciembre de 2021].

¹⁴⁴ BALLESTEROS (1999), p. 210.

¹⁴⁵ PAGADOR (1998), pp. 72-74.

más completa información no justifica la eficacia de una cláusula que no haya superado una apreciación abstracta de abusividad, pues, como se ha señalado previamente, el control de contenido no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato¹⁴⁶.

En el sistema jurídico chileno, el control de contenido también se estructura sobre la base de una lista negra –letras a) a f) del artículo 16 de la LPDC– y una cláusula abierta –letra g) del artículo 16 de la misma ley–. En virtud de esta última, una cláusula es abusiva cuando, en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. La jurisprudencia, en línea con la evolución comparada¹⁴⁷ y con la doctrina nacional¹⁴⁸, ha centrado la apreciación de abusividad en la constatación del desequilibrio normativo importante¹⁴⁹. Particularmente claras a este respecto son las sentencias dictadas por la Corte Suprema en SERNAC con Ticketmaster Chile S.A.¹⁵⁰, SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar¹⁵¹ y SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A.¹⁵², que, sin hacer referencia a la buena fe, afirman

¹⁴⁶ Entre otros, ALFARO (1991), p. 254; PERTÍÑEZ (2004), pp. 40-42; BLANDINO (2012), p. 678; GONZÁLEZ (2015), p. 1143; BIANCA (2000), pp. 369 y 370; y, RIZZO (2013), p. 56.

¹⁴⁷ Más allá del caso alemán, en el marco de la Directiva 93/13/CEE también se plantea la cuestión de si acaso la buena fe realmente desempeña un rol importante en la apreciación de la abusividad o si simplemente constituye su fundamento y criterio de justificación. GONZÁLEZ (2015), p. 1113. Algunos Estados, a la hora de transponer el artículo 3.1 de la Directiva, han consagrado cláusulas generales que, requiriendo expresamente el desequilibrio significativo, omiten toda remisión a la buena fe. Así ocurre, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, Estonia y Grecia. EBERS (2016), p. 153. Así ocurre también en Francia. El artículo L 132-1 del *Code de la Consommation* dispone: “sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”.

¹⁴⁸ De la Maza sostiene que la constatación de un desequilibrio importante podría servir de base de una presunción de mala fe. DE LA MAZA (2004), pp. 18 y 19. Por su parte, Momberg y Pizarro sugieren que todo desequilibrio importante implica en sí una contravención a la buena fe o es al menos indiciario de ella. MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 343-347.

¹⁴⁹ Hubner y Juárez con Universidad Mayor (2008); P. P. con Universidad Andrés Bello (2008); R. C. con Universidad Andrés Bello (2012); SERNAC con Cencosud (2013); y, SERNAC con Ticket Fácil S.A. (2018). Para una revisión de estas sentencias, MOMBERG y PIZARRO (2013), pp. 348 y 349 y CAMPOS (2019), pp. 242-244.

¹⁵⁰ SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. (2018).

¹⁵¹ SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar (2019).

¹⁵² SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019).

“que el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor”.

En relación con el modelo de apreciación de abusividad, la referida letra g) dispone que “se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. De esta manera, la LPDC consagra un modelo de apreciación abstracta, pues la remisión a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen puede entenderse referida a las expectativas típicas que alberga el adherente en función de la naturaleza del contrato y a las reglas de derecho dispositivo que lo regulan. En este sentido, el control resguarda la finalidad típica que subyace al contrato, plasmada en la regulación contemplada en el derecho dispositivo¹⁵³.

Pese a que alguna jurisprudencia y cierta parte de la doctrina nacional han confundido o acercado en demasía el control de contenido y el de sorpresividad¹⁵⁴, la Corte Suprema, en el último tiempo, ha ido asentando que el control de contenido es abstracto y que puede realizarse prescindiendo de las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato¹⁵⁵.

En lo que respecta al ámbito de aplicación del control, este no sólo es procedente tratándose de contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores, sino también, en virtud del artículo noveno n.º 2 de la ley n.º 20416, de 2010, en aquellos contratos por adhesión celebrados entre proveedores y micros o pequeñas empresas. A mayor abundamiento, en virtud de la función suplementaria de la buena fe, es posible generalizar el control y aplicarlo en todo contrato por adhesión, cualquiera sea la calidad del adherente. Esta opción, aunque parezca extraña, no es del todo desconocida por la jurisprudencia nacional¹⁵⁶.

137

¹⁵³ LORENZINI y POLIT (2013), pp. 468-472.

¹⁵⁴ Para una crítica a este acercamiento, CAMPOS (2020b), pp. 785-808.

¹⁵⁵ SERNAC con Banco BBVA (2018) y Asociación de consumidores de Tarapacá con Banco Santander Chile (2019).

¹⁵⁶ En diversas sentencias, la Corte de Apelaciones de Santiago desarrolló una línea jurisprudencial de conformidad con la cual, a propósito de contratos de *leasing*, estimaba que carecía de causa la cláusula penal que permitiese al arrendador, junto con la resolución del contrato por falta de pago de rentas y consecuencial restitución de la cosa, exigir al arrendatario el pago de un porcentaje o de todas las rentas que el primero percibiría en caso de que se ejecutase el contrato por todo el tiempo previsto por las partes. La falta de causa se sustentó en que el pago de la pena no encontraba ninguna prestación recíproca por parte del arrendador, desvirtuándose el equilibrio de intereses que debe existir en todo contrato bilateral. Entre otras, véanse, Santiago Leasing S.A. con Industrias de Remolques Indurem S.A. (2005); Santander Factoring S.A. con G. L. (2006); Santiago Leasing S.A. con

La extensión del control de contenido a todo contrato por adhesión, pese a no estar sustentada en reglas expresas, es un fenómeno usual en el derecho comparado, atisbándose en este punto una importante concreción de las exigencias de la buena fe¹⁵⁷. Por cierto, esta extensión no implica, en el caso chileno, aplicar por analogía el artículo 16 de la LPDC. En realidad, el régimen contemplado al respecto en la LPDC no es más que una concreción legislativa de las exigencias de la buena fe, y son estas exigencias las que, en su función suplementaria, justifican la extensión del control a los contratos no cubiertos por la LPDC y la ley n.º 20416¹⁵⁸. Por lo demás, las exigencias de la buena fe son de orden público, de modo que toda cláusula no negociada que, apartándose de tales exigencias, pretenda introducir al contrato un desequilibrio significativo importante en perjuicio del adherente, adolece de objeto ilícito y es, por tanto, nula absolutamente (*ex* artículo 1682 del CC)¹⁵⁹.

Rimpex Chile S.A. (2008); Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2008); y, Hns. Banco S.A. con M. M. (2008).

La doctrina nacional criticó duramente esta línea jurisprudencial fundamentalmente por la inclusión de una frase en ellas en que, más allá de la falta de causa, se esgrimía que “[d]esde luego que esta situación pugna con la licitud de la causa como elemento del acto jurídico”. La Corte, en rigor, confundió la falta de causa con su ilicitud. La línea fue truncada por una sentencia de nulidad de la Corte Suprema en Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2010). Para una síntesis de la evolución y una revisión de los argumentos de la Corte Suprema, SELMAN (2011), pp. 611-622.

Un fallo que merece una mención aparte es la dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en V. C. con S. J. (2010). Allí, a propósito de un contrato de arrendamiento de 10 ómnibus, se estimó abusiva una cláusula que permitía al arrendador, en caso de no pago de las rentas, poner término anticipado al contrato, pudiendo exigir la restitución de los bienes y el pago de las rentas vencidas más un porcentaje de las rentas pendientes a título de cláusula penal. La Corte, en el considerando 12.º de la resolución, señaló expresamente que “aparece de manifiesto la falta de reciprocidad en las obligaciones y derechos de ambos contratantes, con desequilibrio importante para uno de ellos, y afectación de los principios básicos de libertad contractual, que impiden que se considere la existencia de un justo equilibrio de las contraprestaciones, generando en consecuencia una cláusula abusiva”. Criticando esta sentencia, en una aproximación que el autor de este trabajo no comparte, BARRIENTOS (2014), pp. 309 y 310.

¹⁵⁷ Al respecto, CAMPOS (2019), pp. 16-28.

¹⁵⁸ Lo mismo se ha planteado en España en relación con el régimen allí vigente, en MARÍN (2018), p. 11. Carrasco, jurista influyente en el medio español, afirma que “al final se aprecia un horizonte de razonabilidad en el que tarde o temprano tendrán que instalarse los tribunales y la doctrina que carezca de prejuicios. Existirá control de contenido sobre toda cláusula de la cual el adherente no sea su autor (o coautor) y toda cláusula de esta suerte será llamada cláusula no individualmente negociada. Todo lo demás es exceso de teoría y mixtificación, inútil para el Derecho”. CARRASCO (2017), p. 784.

¹⁵⁹ Sobre esta construcción, CAMPOS (2019), pp. 197-210, 303-319.

3. Deberes de conducta asociados a la etapa de ejecución del contrato

a) Deber de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales

En los contratos de larga o indefinida duración es usual la existencia de cláusulas o disposiciones legales que habilitan a una de las partes para poner fin o modificar unilateralmente los términos del contrato. En la medida que tales cláusulas superen el control de contenido, las exigencias de la buena fe estarán centradas en que el ejercicio de la prerrogativa contractual no sea abusivo¹⁶⁰.

En el caso de una prerrogativa de terminación unilateral, las exigencias de la buena fe se concretarán en la necesidad de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra y el otorgamiento de un plazo razonable para que la relación contractual pueda ser adecuadamente finiquitada, causando el menor perjuicio posible a los intereses implicados¹⁶¹. Si la cláusula que reconoce la prerrogativa es de terminación *ad nutum*, bastará con el cumplimiento de los requisitos recién enunciados, sin que sea necesario que la terminación esté fundada en razones determinadas, pues la cláusula reconoce un derecho potestativo a una de las partes¹⁶².

Por su parte, en lo que concierne a las prerrogativas de modificación unilateral, las exigencias de la buena fe se concretarán en que la modificación pretendida sea anunciada con una antelación razonable y por un medio que asegure el conocimiento de la otra; que se especifiquen las opciones concedidas (normalmente se concederá la opción de poner término al contrato); y que, en caso de que el contrato sea de consumo, la notificación de la modificación no atribuya al silencio el valor de ma-

¹⁶⁰ En lo que concierne al abuso de una prerrogativa de terminación unilateral, atañe al abuso de una prerrogativa de modificación unilateral, MOMBERG (2014), p. 180; PERTÍÑEZ (2011), p. 803; y, LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 459.

¹⁶¹ CAPRILE (2011), pp. 288-294. En una aproximación diversa, Severin postula que, en el caso de las cláusulas de terminación *ad nutum*, la exigencia de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra parte deriva de la propia naturaleza de la cláusula, pues esta confiere un derecho potestativo que se ejerce mediante un acto jurídico unilateral recepticio. En lo respecta a la determinación de la forma del aviso, si nada ha dicho el contrato, el autor propone acudir a la aplicación que las partes han hecho del contrato, constatando cuáles son los medios de comunicación que normalmente han utilizado durante la vigencia de la relación. Con todo, en lo que atañe a un eventual deber de otorgar un plazo razonable (el autor no estima que sea siempre exigible), Severin sí estima adecuado su justificación en la buena fe. SEVERIN (2020), pp. 714 y 715.

¹⁶² CAPRILE (2011), pp. 292 y 293 y SEVERIN (2020), pp. 723 y 724.

nifestación de voluntad¹⁶³. El cumplimiento de estas exigencias permitirá que la otra parte pueda conocer y comprender la modificación pretendida y disponer del tiempo suficiente para reflexionar acerca de cuál de las opciones que se le confieren es la más conveniente.

En lo que atañe a los remedios contractuales, la buena fe ha servido como criterio delimitador de las condiciones de procedencia de los medios de tutela que el ordenamiento reconoce al acreedor ante el incumplimiento¹⁶⁴. En esta línea, la buena fe ha servido para supeditar la procedencia de *exceptio non adimpleti contractus* y de la resolución a hipótesis de incumplimientos significativos o graves¹⁶⁵. Asimismo, ha servido para justificar la denegación del cumplimiento específico si este resulta desproporcionado de cara a los intereses de las partes¹⁶⁶.

En el ámbito de los instrumentos de armonización, el deber de no abusar de las prerrogativas contractuales se enmarca con claridad en el deber de cada parte de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (artículos 1:201 de los PECL y 7 [1] de los PLDC). Por su parte, el deber de no abusar de remedios contractuales encuentra consagración específica en los artículos 7:102 de los ACQP y III.-1:103 (1) del DCFR. El primero dispone que “[t]he creditor must exercise its rights to performance and remedies for non-performance in accordance with good faith”. Por su parte, el segundo señala que

“[a] person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship”.

En Chile, el deber de no abusar de prerrogativas contractuales ha sido reconocido, acaso excesivamente, en Ingeniería y Movimientos de

¹⁶³ En similar sentido, en lo que atañe a contratos de consumo, TAPIA (2014), pp. 51-57.

¹⁶⁴ HESSELINK (2011), pp. 633 y 634; AEDO (2020), pp. 876-879; y, LÓPEZ (2015a), pp. 113-120. Véase también, LÓPEZ (2012), pp. 33-40.

¹⁶⁵ STORME (2003), p. 10; CAPRILE (2012), pp. 58 y 59; CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 519 y 520; AEDO (2019), p. 83; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 450; y, BOETSCH (2015), pp. 126-129.

¹⁶⁶ En Alemania, el § 275 (2) del BGB establece que el deudor puede denegar la prestación en la medida que esta requiera un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulta desproporcionado en relación con el interés del acreedor. Al respecto, ZIMMERMANN (2008), p. 48. Con la reforma de febrero de 2016, el artículo 1221 del *Code Civil* también reconoce esta exclusión. Véase también, entre otros instrumentos de armonización, el artículo 94 (2) de los PLDC; en la presentación de tales principios se hace una expresa alusión a la buena fe como fundamento de la regla. DE LA MAZA y VIDAL (2017), p. 66.

Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A.¹⁶⁷ y también, de modo implícito, en ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada¹⁶⁸. En el primero, a propósito de una cláusula de terminación *ad nutum*, la Corte Suprema, avalando la sentencia arbitral de segunda instancia, afirmó que

“no parece posible abstraerse sin más de la ulterior responsabilidad que podría conllevar esa unilateral decisión por la sola circunstancia de haberse convenido en el contrato, ya que un término intempestivo, abrupto o abusivo bien podría importar una infracción de la obligación de ejecutar el contrato de buena fe [...] aun cuando se estimara que la cláusula contiene un derecho potestativo no sometido a una condición suspensiva, como sugiere quien recurre, todavía en esa hipótesis su ejercicio podría ser revisado evaluando las razones que lo motivaron si así fuere reclamado, como de hecho sucedió, y obedece a una intención desviada o una temeraria desconsideración del interés de la contraparte”¹⁶⁹.

Por su parte, en materia de remedios contractuales, los tribunales, con base expresa en la buena fe, han supeditado la procedencia de la resolución a incumplimientos graves¹⁷⁰, así como también la excepción de contrato no cumplido a incumplimientos también graves o cuanto menos significativos¹⁷¹. No obstante, pese a ser un tema que también ha llamado

141

¹⁶⁷ Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A. (2019).

¹⁶⁸ ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada (2019). Véase especialmente el considerando 8.º.

¹⁶⁹ Para una crítica a esta aproximación, SEVERIN (2020), pp. 723 y 724. En palabras del autor, “[e]n el caso conocido por la Corte Suprema al que me refería al comienzo de este trabajo (Tranex con Anglo), tal vez es posible que existieran algunos antecedentes que llevaron al tribunal de segunda instancia, y a la Corte Suprema, a entender que, en el caso concreto, el cliente o mandante (Anglo) había actuado de mala fe al terminar el contrato, y que, precisamente por esa razón, el Derecho no podía amparar su conducta. Pero, eso es muy distinto a sostener, como doctrina, que la buena fe objetiva imponga que la terminación de un contrato, en virtud de una cláusula de terminación *ad nutum*, exija justificar una ‘causa legítima’”. SEVERIN (2020), p. 724.

¹⁷⁰ Seguridad Vialher Chile Limitada con Convenio Servicio de Salud Talcahuano (2007) y R. A. con Comercial Automotriz ExpoAutos Limitada (2007).

¹⁷¹ Véanse, entre otras sentencias, Enami con Incomin S.A. (2003); D. J. con F. J. (2008); F. J. con Canteras Lonco S.A. (2011); Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A. (2012); M. K. con G. E. (2012); y, S. A. con Christel y Nicolás Mazet Ltda. (2015). Comentando algunas de estas sentencias, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 558-563.

la atención de la doctrina nacional¹⁷², no existen pronunciamientos que, con base en la buena fe, limiten el cumplimiento específico cuando el coste de este resulta desproporcionado de cara a los intereses de las partes¹⁷³.

b) Deber de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida

En países como Francia y Bélgica, con base en las reglas originarias del *Code*¹⁷⁴, la jurisprudencia tradicional solía rechazar la aplicación de la teoría de la imprevisión, sosteniendo que el deber de ejecutar los contratos de buena fe no implica que, ante un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias que torne excesivamente onerosa la obligación de alguna de las partes, el acreedor no pueda hacer efectivo su crédito en los términos pactados¹⁷⁵. No obstante, sobre la base del referido deber, en algunos casos se estimó que el cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias impone a las partes un deber de renegociación, cuya infracción da lugar a una indemnización de perjuicios¹⁷⁶. Muchos años más tarde, en lo que respecta a Francia, mediante la ordenanza de 10 de febrero de 2016, se reformó el *Code Civil*, incorporando el artículo 1195, que reconoce expresamente el deber renegociación y, en términos más generales, la teoría de la imprevisión.

142

En el *Codice Civile*, pese a existir una regulación específica sobre la excesiva onerosidad sobrevenida que no hace alusión expresa a un deber de renegociación (artículos 1467 a 1469), doctrina autorizada ha sostenido que tal deber resulta exigible y que encuentra su fundamento en la función integradora de la equidad (*ex* artículo 1374 del *Codice Civile*) y en el deber de ejecutar el contrato conforme la buena fe (*ex* artículo 1375 del *Codice Civile*). La infracción de tal deber daría derecho a una indemnización e incluso permitiría a la parte afectada oponer la excepción de contrato no cumplido¹⁷⁷.

Actualmente, en el ámbito de instrumentos de armonización, el artículo 6:111 de los PECL establece que las partes tienen el deber de negociar una adaptación de los términos del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento resulta excesivamente gravoso debido a un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias. Luego, si, en un plazo razonable,

¹⁷² Véanse, entre otros, DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 376-382; CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 312-314; y, especialmente, BAHAMONDES (2019), pp. 178-213.

¹⁷³ CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 313.

¹⁷⁴ Cabe tener presente que el Código de Napoleón no sólo fue adoptado en Francia, sino también en Bélgica y Luxemburgo.

¹⁷⁵ CABRILLAC (2016), p. 117 y RÜFNER (2018), p. 907.

¹⁷⁶ CABRILLAC (2016), pp. 118 y 129 y MOMBERG (2010), p. 51.

¹⁷⁷ GALLO (2017), pp. 1038-1042.

las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, se puede pedir al juez que ponga fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados o que lo adapte, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. En cualquier caso, el juez podrá ordenar que la parte que se negó a renegociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o ruptura¹⁷⁸.

El DCFR, aunque con algunos matices¹⁷⁹, adopta una solución similar en el artículo III.-1:110, y lo propio hacen los PICC (artículo 6.2.3)¹⁸⁰ y los PLDC (artículo 84)¹⁸¹.

El actual artículo 1195 del *Code Civil* sigue la línea recién referida, estableciendo que la parte afectada puede solicitar a la otra la renegociación de los términos del contrato, manteniéndose el contrato en los mismos términos durante la renegociación. Luego, en caso de rechazo o fracaso de la renegociación, las partes pueden acordar la resolución del contrato, en la fecha y bajo las condiciones que determinen, o pedirle al juez que lo adapte. En ausencia de un acuerdo dentro de un tiempo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o declarar su extinción en la fecha y en las condiciones que fije¹⁸².

En términos generales, la renegociación debe ser ejecutada con una intención seria de lograr una solución equitativa y no extenderse más allá de un plazo razonable¹⁸³.

En cuanto a su contenido, el deber de renegociación se traduce en:

- 1) el deber de la parte afectada con la excesiva onerosidad sobrevenida de requerir la renegociación en el más breve plazo y sin dilación injustificada;

¹⁷⁸ Al respecto, GARCÍA (2014), pp. 404-408.

¹⁷⁹ En la disciplina del DCFR, la renegociación no se mira tanto como un deber, sino como un requisito o carga para que luego la parte afectada pueda solicitar la revisión o resolución judicial. Además, en un cambio de nomenclatura con el que el autor de este trabajo simpatiza (que restablece la nomenclatura propia de la tradición continental), la disposición, en vez de asumir la premisa de que el cumplimiento se predica respecto del contrato, habla de que “la obligación debe cumplirse”, “cumplimiento de una obligación”, “modificar la obligación” o “resolver la obligación”. Refiriendo estos matices, GARCÍA (2014), pp. 410-412.

¹⁸⁰ Al respecto, McKENDRICK (2015), pp. 819-822.

¹⁸¹ DE LA MAZA (2011), pp. 315 y 316 y MOMBERG (2010), pp. 54-56. La versión de 2015 de los PLDC sólo establecía un derecho a renegociar, sin dejar claro si su ejercicio constituía o no una carga para solicitar una eventual adaptación o resolución judicial. La versión de 2017, en cambio, perfecciona el tenor de la disposición. Al respecto, SAN MIGUEL (2020), pp. 404, 410 y 411.

¹⁸² CABRILLAC (2016), pp. 120-122.

¹⁸³ CABRILLAC (2016), p. 121.

- 2) el deber de fundar la necesidad de una renegociación en circunstancias concretas que den cuenta de un cambio sobrevenido e imprevisible que genera una excesiva onerosidad;
- 3) el deber de que las propuestas y contrapropuestas que se formulen en el marco de la renegociación sean serias, sin omitir información que sea útil para arribar a una solución adecuada;
- 4) el deber de cada parte de considerar los intereses de la otra a la hora de formular propuestas; y,
- 5) el deber de que la renegociación se realice sin dilaciones injustificadas y sin que existan retiros intempestivos o injustificados¹⁸⁴.

En el sistema jurídico chileno, si bien el deber de renegociación ha sido defendido en la doctrina como una concreción de las exigencias de la buena fe (*ex* artículo 1546 del CC)¹⁸⁵, no ha existido hasta el momento un reconocimiento jurisprudencial. Obviamente, tal falta de reconocimiento es consistente con la reticencia predominante que existe en los tribunales en relación con la teoría de la imprevisión¹⁸⁶. Habrá que ver si los desastrosos efectos asociados a la pandemia flexibilizarán, en su caso, el criterio jurisprudencial. El último precedente al respecto¹⁸⁷, dictado ya en el estado de excepción constitucional de catástrofe, no descarta que la teoría de la imprevisión tenga asidero en el ordenamiento jurídico¹⁸⁸.

144

c) Deber de comunicación de impedimento temporal

En el ámbito de los instrumentos de derecho uniforme y de armonización, la configuración de un impedimento temporal por hechos que escapan a la esfera de control del deudor excusa el incumplimiento y libera de responsabilidad al deudor (artículos 79 [1] de la CISG; 7.1.7 de los PICC; 8:108 y 9:510 [1] de los PECL; III.-3:104 y III.-3:701 [1] del DCFR).

En general, la apuntada liberación se explica por el hecho de que el caso fortuito excluye la imputabilidad e indirectamente la relación causal, frustrándose la concurrencia de tales requisitos de la indemnización de perjuicios¹⁸⁹.

Ahora bien, conforme entendieran juristas tan prestigiosos e influyentes como Ulpiano, Gayo, Domat y Pothier, la liberación de responsabilidad, para que sea plena, está supeditada a que el deudor comunique

¹⁸⁴ MOMBERG (2010), pp. 57 y 58; MOMBERG (2011), pp. 88 y 89; y, CAMPOS (2020a), p. 143. En similar sentido, DE LA MAZA (2011), pp. 316 y 317. A propósito de los PICC, haciendo una especial alusión a los 2 primeros deberes mencionados, MCKENDRICK (2015), pp. 819 y 820.

¹⁸⁵ MOMBERG (2010), pp. 56 y 57; MOMBERG (2011), p. 92; y, CAMPOS (2020a), pp. 142-144.

¹⁸⁶ Para una revisión de la jurisprudencia, CAMPOS (2020a), pp. 149-158.

¹⁸⁷ ForexChile S.A con G. V. (2020).

¹⁸⁸ Al respecto, CAMPOS (2020a), pp. 157 y 158.

¹⁸⁹ BRANTT (2010), pp. 212-217 y CAMPOS (2020a), pp. 30 y 31.

sin dilación irrazonable la configuración del impedimento temporal¹⁹⁰.

Como explica San Martín, el referido deber de comunicación o aviso constituye un deber secundario de conducta, derivado del deber de ejecutar los contratos de buena fe. Se trata de un deber que permite hacer frente a las dificultades y coadyuvar en la satisfacción de las expectativas del otro, cuya exigibilidad depende de que el aviso sea posible conforme con el estándar de diligencia aplicable¹⁹¹. Tal deber se emparenta con aquel más general de comunicar a la otra parte las circunstancias de las cuales se haya tenido conocimiento en caso de que ellas sean relevantes para la ejecución del contrato¹⁹².

En el derecho comparado, el deber de aviso está reconocido en los artículos 79 (4) de la CISG, 7.1.7 (3) de los PICC, 8:108 (3) de los PECL, III.-3:104 (5) del DCFR. Conforme con estas disposiciones, la parte imposibilitada de cumplir debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de las circunstancias que configuran el impedimento, la otra parte reciba una comunicación de la existencia del referido impedimento y de sus efectos. De lo contrario, el acreedor tiene derecho a una indemnización por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación¹⁹³.

Cabe aclarar que, ante la falta de aviso, el deudor sólo responderá de los perjuicios que de ello deriven, y no de los perjuicios resultantes del incumplimiento, el que está excusado por el impedimento temporal¹⁹⁴. Ello, además de ser coherente con la circunstancia de que no resulta posible establecer una relación causal entre la falta de aviso y todos los perjuicios derivados de la imposibilidad actual de cumplimiento, demuestra que el deber de aviso está orientado únicamente a resguardar los intereses del acreedor¹⁹⁵.

En Chile, el deber del deudor de comunicar la configuración de un impedimento temporal no encuentra consagración expresa en una regla general ni tampoco ha sido reconocido por la jurisprudencia. Por el contrario, en *Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A.*¹⁹⁶, la Corte Suprema, avalando al sentenciador de

¹⁹⁰ SAN MARTÍN (2012), pp. 549 y 550.

¹⁹¹ SAN MARTÍN (2012), pp. 551-554 y 560. En similar sentido, MARÍN (2020), p. 258. Refiriendo asimismo a las exigencias de la buena fe y al deber de cooperación que compete a las partes, SCHWENZER (2016), p. 1147 y PICHONNAZ (2015), p. 877.

¹⁹² BIANCA (2000), p. 509 y GALLO (2017), pp. 639 y 640.

¹⁹³ SCHWENZER (2016), p. 1148.

¹⁹⁴ SCHWENZER (2016), p. 1148; PICHONNAZ (2015), p. 878; y, SAN MARTÍN (2012), p. 559.

¹⁹⁵ Así lo entiende también GALLO (2017), pp. 639 y 640.

¹⁹⁶ *Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A.* (2009).

instancia, estimó que, ante la concurrencia de un caso fortuito que impedía el suministro de energía eléctrica, la buena fe no imponía realmente un deber de comunicación exigible a la empresa prestadora del servicio, máxime teniendo presente que esta procuró desde un primer momento la superación del impedimento.

A juicio del autor, la sentencia recién referida yerra profundamente, pues, en el contexto de un contrato relacional como el de suministro, un mínimo de consideración y lealtad por el legítimo interés del otro impone el deber de comunicar cualquiera circunstancia que conocidamente pueda perjudicarlo. El deber de superar el impedimento no sufre el de comunicación, pues aquel dice relación con la diligencia promotora exigible y con la posibilidad fáctica y normativa de predicar la existencia de un caso fortuito, que presupone un evento irresistible¹⁹⁷.

CONCLUSIONES

La buena fe desempeña, al menos, tres funciones institucionales en el derecho de contratos:

146

- 1) sirve como criterio de interpretación y concretización del contenido del contrato (*adiuvare*);
- 2) opera como fuente suplementaria de deberes positivos y negativos de conducta (*supplere*); y,
- 3) permite, excepcionalmente, la corrección de lo acordado (*corrige-re*). Este trabajo se ha centrado fundamentalmente en la función suplementaria.

El debate en torno a la admisión o rechazo del principio de buena fe –y la consecuencial atribución de más o menos funciones institucionales– se encuentra, en cierto sentido, agotado, distinguiéndose estructuras discursivas claramente definidas que, con igual grado de validez formal, compiten entre sí. En este orden, una práctica judicial de la función suplementaria centrada en ciertos deberes de conducta que encuentran consagración en instrumentos de armonización constituye una vía atractiva, revestida de *auctoritas* y densidad dogmática suficientes, para lograr una salida razonable al indicado debate y alcanzar un punto de equilibrio entre los valores de adaptabilidad y seguridad jurídicas.

Entre los diversos deberes sustentados en la buena fe que integran el moderno derecho de contratos se ha hecho alusión a algunos que resultan exigibles en la etapa de precontractual y a otros que operan en la de ejecución del contrato.

¹⁹⁷ Al respecto, BRANTT (2010), pp. 145-159 y CAMPOS (2020a), pp. 18-24.

En relación con la etapa precontractual, se han tratado los deberes de negociar correcta y lealmente, de información, de confidencialidad, de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado. La jurisprudencia chilena, en general, está en sintonía con la evolución dogmática comparada en lo que atañe al deber de negociar correcta y lealmente. Respecto del deber de información, todavía no se aprecia claridad en cuanto a las hipótesis en que encuentra justificación ni tampoco en relación con su alcance, existiendo precedentes contradictorios. En cuanto al deber de confidencialidad, existe un reconocimiento más bien aislado, aunque pareciera que la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno al deber de negociar correcta y lealmente resulta lo suficientemente amplia para hacer frente a los problemas que, en su caso, podría generar la infracción de aquel (del deber de confidencialidad). Finalmente, en lo que atañe a los deberes de transparencia y de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado, falta un importante trecho por recorrer, siendo este un ámbito en que la función suplementaria, de la mano de otras reglas del CC, podría servir para complementar la regulación existente en la LPDC y la ley n.º 20416 y, de esa manera, integrar los vacíos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. La propuesta de este trabajo al respecto, según se expresara oportunamente, es que las cláusulas no transparentes se miren como no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (*ex* artículo 1682 del CC) y que las cláusulas no negociadas de contenido significativamente desequilibrado se reputen como cláusulas que, por resultar contrarias al orden público y a las buenas costumbres, adolecen de objeto ilícito, siendo, por tanto, también nulas absolutamente (*ex* artículo 1682 CC).

147

En lo que concierne a la etapa de ejecución del contrato, se han examinado los deberes de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales, de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida y de comunicación por impedimento temporal. De los tres, el único que ha encontrado reconocimiento y desarrollo jurisprudencial es el de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales. En relación con los demás, cabe esperar que la función suplementaria atribuida a la buena fe pueda, en un futuro no tan lejano, lograr los resultados que demanda un derecho de contratos justo y equilibrado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO, Cristián (2019). “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, Santiago.
- AEDO, Cristián (2020). “Límites de la responsabilidad contractual. Contornos a la luz de sus requisitos”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.). *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.

- ALBANESE, Antonio (2013). “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”. *Europa e Diritto privato*, n.º 3.
- ALFARO, Jesús (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- ATRIA, Fernando (2005). “Sobre las lagunas”, en Fernando ATRIA, Eugenio BULIGYN, José Juan MORESO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan RUIZ (autores). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- AUER, Marietta (2017). “Good faith: a semiotic approach”. *Argumentum*, v. 18, n.º 1.
- BABUSIAUX, Ulrike (2018a). “Art 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- BABUSIAUX, Ulrike (2018b). “Art 2:302: Breach of Confidentiality”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- BAHAMONDES, Claudia (2019). *El cumplimiento específico de los contratos*. Santiago: DER ediciones.
- BARRIENTOS, Francisca (2014). “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- BARRIENTOS, Marcelo (2008). *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*. Santiago: Legal Publishing.
- BARRIENTOS, Marcelo (2012). “Culpa in contrahendo en mutuo hipotecario”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, n.º 3, Santiago.
- BARRIENTOS, Marcelo (2013). “Artículo 3º b)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- BARROS, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2ª edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomos I y II.
- BEALE, Hugh, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Jacobien RUTGERS y Stefan VOGELNAUER (2019). *Cases, materiales and text on Contract Law*. 3ª edición. Oxford: Hard Publishing.
- BETTI, Emilio (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè.
- BIANCA, Massimo (2000). *Il contratto*. 2ª edición. Milano: Giuffrè Editore S.p.A.
- BLANDINO, María (2012). “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- BOETSCH, Cristián (2015). *La buena fe contractual*. Santiago: Ediciones UC.
- BRANTT, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*. Santiago: Legal Publishing.

- BULYGIN, Eugenio (2005). “Sobre las lagunas”, en Fernando ATRIA, Eugenio BULYGIN, José Juan MORESO, Pablo NAVARRO, Jorge RODRÍGUEZ y Juan RUIZ (autores). *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- BURTON, Steven (1994). “Good Faith in Articles 1 and 2 of the U.C.C.: The Practice View”. *William & Mary Law Review*, vol. 35.
- CABRILLAC, Rémy (2016). *Droit européen compare des contrats*. 2ª edición. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso Éditions.
- CÁMARA, Sergio (2006). *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Navarra: Aranzadi.
- CAMPOS, Sebastián (2019). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*. Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián (2020a). *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*. Santiago: DER ediciones.
- CAMPOS, Sebastián (2020b). “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley N° 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”. *Revista chilena de Derecho*, n.º 3, Santiago.
- CAMPOS, Sebastián (2020c). “Hacia el control de contenido de las cláusulas no negociadas en los PLDC”. *Blog de la red chilena de derecho comparado*. Disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der> [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- CAPRILE, Bruno (2011). “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en Gonzalo FIGUEROA, Enrique BARROS y Mauricio TAPIA (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot.
- CAPRILE, Bruno (2012). “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, Valparaíso.
- CÁRDENAS, Hugo y Ricardo REVECO (2018). *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*. Santiago: Thomson Reuters.
- CARRASCO, Ángel (2017). *Derecho de contratos*. 2ª edición actualizada. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán (2007). “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 12-13.
- CORRAL, Hernán (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Iñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”. *Revista chilena de Derecho privado*, n.º 1, Santiago.

- DE LA MAZA, Iñigo (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%c3%bligo_de_la.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- DE LA MAZA, Iñigo (2010a). “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, Valparaíso.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010b). “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, n.º 2, Coquimbo.
- DE LA MAZA, Iñigo (2011). “Las consecuencias de la alteración sobrevinida de circunstancias”, en Gonzalo FIGUEROA *et al.* (coords.). *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010*. Santiago: Legal Publishing.
- DE LA MAZA, Iñigo (2020). “El retiro unilateral de las negociaciones en los PLDC”, en Álvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Iñigo y Álvaro VIDAL (2017). “El contenido: una primera aproximación”, en Iñigo DE LA MAZA *et al.* (eds. y coords.). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- DE LA MAZA, Iñigo y Álvaro VIDAL (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría General del Contrato*. 5ª edición. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ, Ramón *et al.* (1998). “Comentario de jurisprudencia, N° 3: Responsabilidad precontractual. Ruptura injustificada de negociaciones. Daños causados”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 204, año LXVI, Concepción.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2020). *Teoría general del negocio jurídico*. 3ª edición. Santiago: Prolibros ediciones.
- D’ORS, Álvaro (2004). *Derecho Privado Romano*. 10ª edición. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.
- DUCCI, Carlos (2007). *Derecho civil. Parte general*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- EBERS, Martin (2016). *Obligaciones, Contratos y Protección del Consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros*. Santiago: Ara Editores.
- EYZAGUIRRE, Cristóbal y Javier RODRÍGUEZ (2013). “Expansión y límites de la buena fe – A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos””. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago.
- FUEYO, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- GALLO, Paolo (2017). *Il contratto*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- GARCÍA, Manuel (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson.
- GARCÍA, José (2015). “Art. 60. Información previa al contrato”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª edición. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ, Isabel (2015). “Art. 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª edición. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- GUZMÁN, Alejandro (1996). *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica, tomo II.
- GUZMÁN, Alejandro (2002). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, Santiago.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2018). “Consecuencias civiles aplicables ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar”, en Claudia BAHAMONDES, LEONOR ETCHEBERRY y Carlos PIZARRO (eds.). *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Sebastián CAMPOS (2020). “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Privado (Externado)*, n.º 39.
- HESSELINK, Martijn (2011). “The concept of good faith”, en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Chantal MAK, y Edgar DU PERRON (eds.). *Towards a European Civil Code*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (2012). *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*. Madrid: La Ley.
- ISLER, Erika (2019). *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JANSEN, Nils (2018). “Art 2:104: Terms not Individually Negotiated”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- KÖTZ, Hein (2017). *European contract law*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- LARENZ, Karl (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. (trad.) Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas.
- LLOBET, Josep (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- LOEWENSTEIN, George y Ted O'DONOGHUE (2006). “We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law”. *The University of Chicago Law Review*, n.º 73.

- LÓPEZ, Jorge y Fabián ELORRIAGA (2017). *Los contratos. Parte general*. 6ª edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2012). “El Abuso del Derecho de Opción del Acreedor y su Importancia en la Construcción de un Sistema Equilibrado de Remedios por Incumplimiento Contractual”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2015a). *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2015b). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2019a). *La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual*. Santiago: Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia (2019b). “¿Es la obligación/deber de advertencia una categoría exclusiva de la ley N° 19.496? Hacia una justificación dogmática y propuesta de construcción en el Código Civil chileno”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE, Gabriel HERNÁNDEZ, Fabiola LATHROP y Mauricio TAPIA (coords.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.
- LORENZINI, Jaime y Joaquín POLIT (2013). “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ, Joel GONZÁLEZ, Marcelo BARRIENTOS y Juan GOLDENBERG (coords.). *Estudios de Derecho Civil VIII*. Santiago: Legal Publishing.
- MARÍN, Juan Carlos (2020). “Caso fortuito, imposibilidad y remedios del acreedor. Regulación en los principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, en Alvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- MARÍN, Manuel (2018). “Los controles de transparencia y de contenido en los contratos entre empresarios”. *Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_controles_de_transparencia_y_de_contenido_en_los_contratos_entre_empresarios.pdf [Fecha de consulta: 07 de febrero de 2021].
- MCKENDRICK, Ewan (2015). “Article 6.2.3”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- MOMBERG, Rodrigo (2010). “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, Santiago.
- MOMBERG, Rodrigo (2011). “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en Iñigo DE LA MAZA (coord.). *Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

- MOMBERG, Rodrigo (2014). “Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- MOMBERG, Rodrigo y Carlos PIZARRO (2013). “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.). *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- MUNITA, Renzo (2019). “Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico”, en Carlos CÉSPEDES (dir.). *Temas actuales de Derecho Patrimonial*. Santiago: Thomson Reuters.
- NASARRE, Sergio (2012a). “1.-3:101: Deber de aportar información sobre bienes muebles, otros activos y servicio”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- NASARRE, Sergio (2012b). “Sección 3. Deberes de negociación y confidencialidad”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*. Barcelona: Atelier.
- PAGADOR, Javier (1998). *La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas Contractuales Abusivas*. Madrid: Marcial Pons.
- PEÑAILILLO, Daniel (1993). “La apreciación de la buena fe”. *Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción*, vol. II, n.º 1, Concepción.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Aranzadi.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2011). “Artículo 85”, en Sergio CÁMARA (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1(2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2013). “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *InDret*, n.º 3.
- PICHONNAZ, Pascal (2015). “Article 7.1.7”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- PRADO, Arturo (2015). “Sobre la responsabilidad civil precontractual”. *Revista Actualidad jurídica*, n.º 32.
- PRADO, Pamela (2015). “La colaboración del acreedor: una aplicación concreta de la buena fe”, en Lilian SAN MARTÍN (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago: Thomson Reuters.
- RIZZO, Vito (2013). “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici” en Alessandra BELLELLI, Lorenzo MEZZASOMA y Francesco RIZZO (dirs.). *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva CEE 93/13*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

- RÜFNER, Thomas (2018). “Art 6:111: Change of Circumstances”, en Nils JANSEN y Reinhard ZIMMERMANN (eds.). *Commentaries on european contract laws*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- SAN MARTÍN, Lilian (2012). “El ‘deber de aviso’ ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII*. Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN, Lilian (2013). “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones. Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles. Corte suprema, rol 1872/2010”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 1, Santiago.
- SAN MARTÍN, Lilian (2015). “La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria a propósito de ‘Julio Fritz Vidal con Banco Santander Chile’”. Corte Suprema, Rol N° 137-2010”, en Lilian SAN MARTÍN (ed.). *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MIGUEL, Lis (2020). “De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLDC: una mirada desde el derecho comparado”, en Álvaro VIDAL y Gonzalo SEVERIN (eds. y coords.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHWENZER, Ingeborg (2016). “Article 79”, en Peter SCHLECHTRIEM y Ingeborg SCHWENZER (dirs.). *Commentary on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. 4ª edición. Oxford-New York: Oxford University Press.
- SELMAN, Arturo (2011). “La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa: una evolución en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n.º 2, Santiago.
- SEVERIN, Gonzalo (2020). “Cláusulas de terminación ad nutum, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.
- SCHOPF, Adrián (2018). “La buena fe contractual como norma jurídica”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, Santiago.
- SCHULZE, Reiner y Fryderyk ZOLL (2018). *European contract law*. Baden-Baden: Nomos.
- SUNSTEIN, Cass y Richard THALER (2003). “Libertarian paternalism is not an oxymoron”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n.º 4.
- SIMON, Herbert (1955). “A behavioral model of rational choice”. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1.
- STORME, Matthias (2003). “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1.
- TAPIA, Mauricio (2014). “Silencio y aceptación del consumidor”, en Francisca BARRIENTOS (coord.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- TAPIA, Mauricio y José VALDIVIA (1999). *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- WIEACKER, Franz (2019). *El principio general de la buena fe*. (trad.) Luis Díez-Picazo. Santiago: Ediciones Olejnik.
- WHITTAKER, Simon y Reinhard ZIMMERMANN (2000). “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Reinhard ZIMMERMANN y Simon WHITTAKER (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. (trad.) Esther ARROYO I AMAYUELAS. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2009). *Europa y el derecho romano*. Madrid: Marcial Pons.
- ZULOAGA, Isabel (2015a). “Article 2.1.15”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- ZULOAGA, Isabel (2015b). “Article 2.1.16”, en Stefan VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press.

Normas citadas

- Acquis principles – ACQP.
- Bürgerliches Gesetzbuch – BGB (Alemania).
- Code civil* (Francia).
- Codice Civile* (Italia).
- Código Civil* chileno.
- Código Civil* español.
- Código Civil* griego.
- Código Civil* portugués.
- Código de Comercio* chileno.
- Decreto-Lei N° 446/85, de 25 de octubre de 1985 (Portugal).
- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 21 de abril de 1993.
- Draft common frame of reference -DCFR.
- Ley n.º 18045, de mercado de valores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de octubre de 1981.
- Ley n.º 18046, sobre sociedades anónimas. *Diario Oficial de la República de Chile*, 22 de octubre de 1981.
- Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 07 de marzo de 1997.
- Ley n.º 20416, sobre empresas de menor tamaño. *Diario Oficial de la República de Chile*, 03 de febrero de 2010.

- Ley n.º 20584, sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 24 de abril de 2012.
- Ley n.º 20606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad. *Diario Oficial de la República de Chile*, 06 de julio de 2012.
- Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos – PLDC.
- Principles of european contract law – PECL.
- Restatement (second) of contracts.
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts – PICC.
- Uniform Commercial Code.
- United Nations Convention on contracts for the international sale of goods – CISG.

Jurisprudencia citada

- 156 Forestal Bío-Bío S.A. y otra con Madesal y otra (1996): Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996, rol n.º 374-1993.
- T. con Axa Seguros de Vida S.A. (2001): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2001, rol n.º 6497-2000.
- Enami con Incomin S.A. (2003): Corte Suprema, 31 de marzo de 2003, rol n.º 1594-2001.
- Santiago Leasing S.A. con Industrias de Remolques Indurem S.A. (2005): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de mayo de 2005, rol n.º 1045-2000.
- Santander Factoring S.A. con G. L. (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2006, rol n.º 6037-2001.
- Seguridad Vialher Chile Limitada con Convenio Servicio de Salud Talcahuano (2007): Corte de Apelaciones de Concepción, 04 de octubre de 2007, rol n.º 1980-2002.
- R. A. con Comercial Automotriz ExpoAutos Limitada (2007): Corte Suprema, 31 de octubre de 2007, rol n.º 4693-2006.
- Glide Diversiones Ltda. con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A. (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de noviembre de 2007, rol n.º 3073-2003.
- Santiago Leasing S.A. con Rimpex Chile S.A. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2008, rol n.º 4270-2004.
- H. y J. con Universidad Mayor (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de julio de 2008, rol n.º 8775-2004.
- Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 2008, rol n.º 10671-2006.
- Hns. Banco S.A. con M. M. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de julio de 2008, rol n.º 3381-2007.

- P. P. con Universidad Andrés Bello (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2008, rol n.º 2335-2008.
- D. J con F. J. (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 2008, rol n.º 2008-2004.
- Agrícola Ariztía Ltda. y Royal & Sun Alliance Seguros S.A. con Emeléctric S.A. (2009): Corte Suprema, 01 de diciembre de 2009, rol n.º 701-2008.
- Banco Crédito e Inversiones con Comercial Traim Alimentos S.A. y otros (2010): Corte Suprema, 02 de marzo de 2010, rol n.º 4626-2008.
- V. C. con S. J. (2010): Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de junio de 2010, rol n.º 5484-2009.
- F. D. v. Wells Fargo Bank (2011): United States District Court, District of Massachusetts, 798 F.Supp. 2d 336.
- F. J. con Canteras Lonco S.A. (2011): Corte Suprema, 24 de marzo de 2011, rol n.º 3789-2009.
- Asociación Gremial de Productores de Huevos de Chile con Banco de Chile (2011): Corte Suprema, 31 de agosto de 2011, rol n.º 1061-2010.
- M. C. con Metalúrgica San Vicente Limitada (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de septiembre de 2011, rol n.º 683-2011.
- J. D. con A. A. (2011): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, rol n.º 1872-2010.
- Administradora de Recursos Humanos y Marketing Adepex Ltda. con Distribución y Servicio D y S S.A. (2012): Corte Suprema, 31 de enero de 2012, rol n.º 1180-2011.
- U. C. con Corpbanca (2012): Corte Suprema, 12 de abril de 2012, rol n.º 218/2011.
- R. C. con Universidad Andrés Bello (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012, rol 1905-2011.
- Territorio S.A. con Inmobiliaria Leja Limitada y otra (2012): Corte Suprema, 05 de septiembre, rol n.º 3647-2012.
- M. K. con G. E. (2012): Corte de Apelaciones de San Miguel, 07 de septiembre de 2012, rol n.º 486-2012.
- Consejo de la Transparencia con C. M. (2012): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, rol n.º 2423-2012.
- SERNAC con Cencosud (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol n.º 12355-2011.
- V. S. con Forum Servicios Financieros S.A. (2013): 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 06 de noviembre de 2013, rol n.º O-2878-2013.
- Muebles López & López Limitada con Banco Itaú Chile (2014): Corte Suprema, 02 de septiembre de 2014, rol n.º 14243-2013.
- F. P. y otros con Parque Arauco S.A. (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de octubre de 2014, rol n.º 3918-2013.
- Consejo de Defensa del Estado con M. J., B. Y. y B. E. (2014): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, rol n.º 23134-2014.

- S. A. con Christel y Nicolás Mazet Ltda. (2015): Corte de Apelaciones de Temuco, 11 de septiembre de 2015, rol n.º 758-2014.
- SERNAC con Ticket Fácil S.A. (2018): Corte Suprema, 07 de marzo de 2018, rol n.º 79123-2016.
- SERNAC con Ticketmaster Chile S.A. (2018): Corte Suprema, 09 de abril de 2018, rol n.º 62158-2016.
- SERNAC con Banco BBVA (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, rol n.º 100759-2016.
- Sociedad Comercial Timbres Timbres con Banco Itaú Chile (2018): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2018, rol n.º 45515-2017.
- Constructora Salfa S.A. con Fisco (2019): Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol n.º 38683-2017.
- SERNAC con Corporación Educacional Universidad del Mar (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019, rol n.º 5363-2018.
- Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Ltda. con Anglo American Sur S.A. (2019): Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, rol n.º 38506-2017.
- P. G. y otro con Banco Security (2019): Corte Suprema, 21 de agosto de 2019, rol n.º 44485-2017.
- Asociación de consumidores de Tarapacá con Banco Santander Chile (2019): Corte Suprema, 29 de agosto de 2019, rol n.º 8735-2018.
- ST Rent Transportes Limitada con Sociedad Melón áridos Limitada (2019): Corte Suprema, 06 de diciembre de 2019, rol n.º 6431-2018.
- SERNAC con Constructora Santa Beatriz S.A. (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol n.º 114-2019.
- ForexChile S.A con G. V. (2020): Corte Suprema, 20 de marzo de 2020, rol n.º 28122-2018.
- Inmobiliaria y Administradora CGL con Petrobras Chile Dist. Ltda. (2020): Corte Suprema, 19 de junio de 2020, rol n.º 12903-2018.
- V. R. con Inmobiliaria e Inversiones R.P.M. (2020): Corte Suprema, 27 de octubre de 2020, rol n.º 1487-2019.
- B. J. con Municipalidad de Valparaíso (2020): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2020, rol n.º 22889-2019.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACQP	Acquis principles
<i>al.</i>	<i>alii</i> (otros)
BGB	Código Civil alemán
CC	Código Civil chileno
Cfr.	Confróntese

CISG	United Nations Convention on contracts for the international sale of goods
coord.	coordinador <i>a veces</i> coordinadora
coords.	coordinadores
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dir.	director
ed.	editor
eds.	editores
Etc.	etcétera
LPDC	Ley n.º 19.496, Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, <i>Diario Oficial de la República de Chile</i> , 7 de marzo de 1997
p.	página
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
PLDC	Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos
pp.	páginas
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor