



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**DEL ÁMBITO DE LA BUENA FE
Y DE LA BUENA FE CONTRACTUAL**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

AUTOR: LIAT SHARON TAPIA MALIS
PROFESOR GUÍA: RODRIGO GIL LJUBETIC

Santiago, Chile

2013

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN -----	3
INTRODUCCIÓN:	
DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA BUENA FE	4
CAPÍTULO I:	
LA BUENA FE -----	10
1. LA VISIÓN TRADICIONAL DEL CONCEPTO DE BUENA FE -----	10
2. UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BUENA FE -----	16
<i>a) Aplicación de la buena fe como regla jurídica</i> -----	<i>20</i>
<i>b) Aplicación de la buena fe como principio general del derecho</i> -----	<i>32</i>
<i>c) Aplicación de la buena fe como estándar de conducta</i> -----	<i>40</i>
CAPÍTULO II:	
LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS -----	47
1. FUNCIONES DEL ARTÍCULO 1546 DEL CÓDIGO CIVIL -----	47
<i>a) Buena fe y pacta sunt servanda</i> -----	<i>48</i>
<i>b) Buena fe e interpretación</i> -----	<i>50</i>
<i>c) Buena fe como mecanismo de integración</i> -----	<i>54</i>
<i>d) La buena fe como patrón de conducta</i> -----	<i>70</i>
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1546 DEL CÓDIGO CIVIL -----	89
<i>a) Aplicación de la buena fe en la etapa de ejecución del contrato</i> -----	<i>90</i>
<i>b) El principio general de buena fe en la etapa de negociación del contrato</i> -----	<i>92</i>
<i>c) La buena fe en la celebración del contrato</i> -----	<i>97</i>
<i>d) La etapa post-contractual</i> -----	<i>102</i>
CONCLUSIONES -----	105
BIBLIOGRAFÍA -----	109

RESUMEN

La buena fe es un concepto jurídico indeterminado de inmensa aplicación práctica en Derecho Privado. Pese al gran interés que ha suscitado este tema, aún subsisten marcadas diferencias en la forma en como es comprendida por los operadores jurídicos.

En esta tesis se propone un mecanismo para entender la labor del juez frente a un caso en el que se invoque la buena fe que depende en último término de si ésta está o no regulada legalmente. El mayor ámbito de discrecionalidad viene dado por su aplicación como un principio general del derecho, siempre que no exista ley que regule la materia y que el legislador no haya manifestado su voluntad expresa o implícitamente en sentido diverso. Si está regulada, sea como regla específica o como estándar de conducta, el juez deberá ceñirse a los límites establecidos en la misma norma que la recoge, restringiéndose su ámbito de discrecionalidad.

Por su gran trascendencia en la práctica jurídica, este trabajo indaga en las funciones y en el ámbito de aplicación del artículo 1546 del Código Civil, norma que invoca la buena fe como estándar de conducta. Este patrón de comportamiento recibe aplicación exclusivamente en la fase de ejecución del contrato, encontrándose la fase precontractual regida por el principio general de buena fe. Los distintos niveles de discrecionalidad judicial en estas etapas se justifican desde el punto de vista de la certeza que un contrato debe traer a las partes, lo que determina que el juez, en la aplicación del estándar de buena fe, se vea impedido de desnaturalizar la convención, quedando por lo tanto vinculado por los fines prácticos perseguidos por las partes.

Palabras clave: buena fe, estándar jurídico, concepto jurídico indeterminado, principios generales del derecho.

INTRODUCCIÓN

DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DE LA BUENA FE

La principal misión del derecho es lograr una convivencia pacífica y ordenada de los hombres en sociedad¹. Para ello, éste se vale de normas imperativas, que se presumen conocidas por todos desde su entrada en vigencia y a las cuales todas las personas, ya sean naturales o jurídicas, de derecho público o privado, se deben sujetar. De esta forma, se supone, se logra el objetivo señalado.

Es necesario, entonces, que las leyes que componen el ordenamiento jurídico sean capaces de orientar la conducta de los sujetos de derecho en el sentido deseado por el legislador, de manera que éstos sean capaces de predecir las consecuencias derivadas de sus actos.

Sin embargo, ocurre que en ciertos casos el legislador se vale de normas que no describen de manera precisa las situaciones en las que han de aplicarse, ni la conducta que el destinatario debe observar. Esta situación genera incertidumbre tanto para el sujeto que ha de regirse por la norma como para el juez, al no recibir un mandato claro que determine la manera como ha de fallar.

Estas normas, llamadas comúnmente “conceptos jurídicos indeterminados”, permean diversos cuerpos normativos dentro de nuestro derecho. En derecho privado existen múltiples conceptos jurídicos indeterminados, como son la noción de “culpa”, “buenas costumbres”, “orden público”, “buena fe”, por señalar algunos. Este trabajo se centra en la situación de incertidumbre que genera la noción de “buena fe”.

El jurista Werner Flume ha sido locuaz al describir la problemática en torno a la buena fe, al señalar que “es obvio que una decisión ha de ser conforme a la buena fe; la cuestión es sólo qué

¹ VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: Manual de Derecho Civil. 2ª ed, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001. p.4.

decisión es conforme a la buena fe². Es justamente la incertidumbre en torno a la noción de buena fe la que ha servido de motor a esta tesis, que pretende avanzar en el sentido de lograr una mayor claridad en el entendimiento del tema propuesto.

El primer capítulo de esta memoria busca precisar la manera en que la buena fe debe ser aplicada por los tribunales de justicia y cómo ha de ser interpretada por los particulares.

Si bien la doctrina ha realizado grandes avances en esta materia, aun persisten ciertas interrogantes. A mi juicio éstas se solucionan mediante la distinción entre la buena fe como principio y la buena fe como norma. En efecto, la forma en que los tribunales de justicia deben aplicar el concepto de buena fe varía en los casos en que el legislador la consagró expresamente - ya sea en forma de una regla específica, ya sea en forma de estándar jurídico - y en los casos en que omitió referirse a ella, en los cuales es pertinente preguntarse por la posibilidad de aplicarla como principio jurídico.

Existen diversas opiniones respecto a la posibilidad que tiene el juez de invocar directamente un principio jurídico como solución a un caso concreto. Como se verá en el capítulo primero, sostengo que la aplicación de un principio general del derecho ha de reservarse para aquellos casos en que no sea posible inferir de las normas que reglamentan una determinada materia, una voluntad del legislador tendiente a hacer primar un bien jurídico específico; y ha de aplicarse en aquellas hipótesis en que sea razonable sostener que el legislador pretendió reservar esa ponderación al juez, por las particulares circunstancias que rodean la materia.

Cuando se ha concluido que una materia ha de ser regida por el principio general de la buena fe, surge la pregunta respecto a la forma en que el juez deberá aplicarla.

En primer lugar, parece adecuado que el adjudicador determine qué es lo que impone la buena fe en el caso concreto, esto es, cuál sería la decisión deseable en aras de la buena fe. Luego, ha de señalar cuál es la conducta que se sigue de invocar otros principios jurídicos que pudieran verse involucrados en la hipótesis de hecho (por ejemplo, el principio de autonomía de

² FLUME, Werner. *Negocio jurídico*. 4ª Ed. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, [Traducción de J.M Miquel y E. Gómez], 1998. p.589.

la voluntad, la protección a la propiedad, la responsabilidad, entre otros). Las conductas que imponen los diversos principios han de ser ponderadas en su mérito, debiendo el juez dar preponderancia a una por sobre otra, considerando el impacto que genera dicha valoración de principios, no sólo en el caso en el que se aplica, sino que también respecto a otros casos análogos³.

Algo distinto ocurre cuando el legislador ha hecho referencia expresa a la buena fe, pues aquellos casos suponen una ponderación previa de los diversos bienes jurídicos atingentes a la institución y una decisión del legislador en un sentido determinado, por lo que el juez no podrá valerse de la amplitud del concepto de buena fe para hacer primar algún valor por sobre otro. Dicho de otro modo, en los casos en que se regula expresamente la buena fe, el principio general es cristalizado en la norma, por lo cual ya no será pertinente que el juez se remita directamente a los principios generales del derecho a la hora de fallar el caso sometido a su decisión, sino que ha de aludir a la norma que lo contiene.

La forma en la cual el legislador ha precisado el contenido de la buena fe y por consiguiente, el ámbito de libertad que tiene el juez para decidir, es variable. Puede haberla regulado como una regla de contenido preciso y determinado - como ocurre, a modo de ejemplo, en las normas sobre prestaciones mutuas – o puede haberlo hecho mediante la incorporación de un estándar jurídico – como en el caso del artículo 1546 del Código Civil, que la consagra para regir la fase de ejecución del contrato.

Cuando el legislador ha consagrado una regla específica, como demostraré por medio de algunos ejemplos en el cuerpo de esta tesis, el ámbito de discreción judicial es restringido y la efectividad de la norma como mecanismo orientador de la conducta de las personas en el derecho es mayor, pues se hace explícita la elección del codificador por determinados valores jurídicos.

³ Si bien el Código Civil dispone, en su artículo tercero inciso segundo que “[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, la Constitución Política de la República consagra, en su artículo 19 N°3, la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que supone una solución uniforme por parte de los tribunales de justicia ante dos casos análogos.

Por otro lado, si se utiliza el estándar de buena fe como mecanismo regulatorio, el ámbito de discreción judicial se amplía, permitiendo una mayor adecuación de la solución al caso concreto pues se faculta al juez para considerar *ex post* ciertas circunstancias a las cuales el legislador no podrá tener acceso anticipadamente. Con todo, esta forma de regulación sacrifica la seguridad en el tráfico, tan necesaria al momento de contratar, ya que para los particulares se vuelve difícil anticiparse a las circunstancias que el juez estimará relevantes a la hora de emitir su decisión.

El estándar de buena fe se encuentra recogido en el artículo 1546 del Código Civil. Por la gran importancia práctica y teórica que reviste esta disposición, en el capítulo segundo indagaré en el estudio de este precepto.

Comenzaré exponiendo las principales funciones que la doctrina y la jurisprudencia han atribuido tradicionalmente a la disposición en comento.

De la investigación realizada con motivo de este trabajo aparece que a esta norma se le han atribuido diversas funciones. Una primera función es la interpretativa de las normas contractuales, otros la han entendido en relación con el artículo 1545 del Código Civil, señalando que la buena fe impone la obligación de cumplir el acuerdo en los términos convenidos, por otro lado, se ha señalado que opera como un mecanismo integrador de derechos y obligaciones al contrato y por último, como la consagración en materia de contratos de un patrón de conducta conforme al cual los contratantes han de comportarse.

Sin perjuicio del desarrollo que recibirá cada una de estas funciones en el capítulo segundo, adelanto que son las funciones integradoras y de fijación de estándar de conducta las que a mi juicio se ajustan cabalmente a la norma del artículo 1546 del Código Civil.

La función integradora consiste en la posibilidad que se le otorga al juez de imputar un derecho o una obligación no regulada previamente en el contrato cuando se verifique una laguna o vacío contractual.

La integración es una institución necesaria en el derecho de contratos, ya que es usual que los problemas entre co-contratantes se generen justamente a partir de la inexistencia de una

disposición que regule la circunstancia que se presenta ante ellos. Las razones que explican la existencia de una laguna contractual son numerosas, lo que las hace de frecuente ocurrencia. Es por ello que el artículo 1546 del Código Civil permite al juez integrar el contrato, no a su arbitrio, sino que basándose en la naturaleza misma de la obligación, en la ley o en la costumbre, elementos que, como se verá, son fundamento y límite de la integración judicial.

Por otro lado, la consagración de un estándar de conducta en materia contractual se justifica fundamentalmente en base a dos consideraciones. En primer término, no ha de desconocerse que el contrato genera una situación en la que las partes deben colaborar mutuamente en vista de satisfacer el interés recíproco. Durante la ejecución del contrato los co-contratantes deben comportarse de manera honrada y leal con la contraparte, quien tendrá derecho a exigir ciertas actitudes en el cumplimiento de las obligaciones. En segundo lugar, el contrato constituye no sólo un mecanismo de satisfacción de los intereses particulares de los contratantes, sino que también es una eficaz herramienta de la sociedad toda, mediante la cual se persiguen diversos fines, como la regulación de las relaciones interpersonales en la comunidad y la transferencia de bienes y servicios. Bajo esta perspectiva, la ejecución de los contratos no interesa sólo a las partes, sino que a la comunidad en su conjunto, la que razonablemente puede esperar que las personas vinculadas se comporten de una manera decente.

La distinción contenida en el primer capítulo, entre principios y normas, cobra gran relevancia al momento de determinar qué es lo que, en concreto, exige el estándar de buena fe a las partes contratantes.

Así, ha de tenerse presente que si bien los términos del artículo 1546 del Código Civil son amplios, el juez se encuentra impedido de invocar directamente el principio general al caso sometido a su decisión, sino que deberá realizar un juicio de abstracción, comparando la conducta del sujeto concreto con aquella que la comunidad estima exigible en aras de la buena fe, utilizando para su determinación los elementos fijados en dicho artículo (la naturaleza de la obligación, la ley y la costumbre).

Una última cuestión a abordar en este trabajo, dice relación con la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del estándar de buena fe a ámbitos distintos a la ejecución del contrato.

Este tema es relevante a la luz de la distinción entre la aplicación de un principio jurídico y de una norma jurídica, pues si se afirma que la aplicación de la buena fe en fases distintas a la ejecución de la convención es por medio de un estándar, se estará restringiendo consecuentemente la libertad decisoria del juez.

Si bien gran parte de la doctrina ha señalado que el estándar de buena fe se aplica durante todo el íter contractual y por consiguiente, se extiende desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución de la convención, hasta etapas posteriores a la misma, estimo que la norma del artículo 1546 del Código Civil se circunscribe exclusivamente a la fase de ejecución de los contratos, esto es, la que va desde su celebración hasta su cabal extinción. En su oportunidad analizaré la forma en como se debe aplicar, o excluir su aplicación, en materia precontractual, durante la celebración del contrato y en la llamada fase postcontractual.

Dicho esto, el próximo capítulo comenzará con una breve síntesis de lo que ha señalado la doctrina nacional sobre la buena fe, para que una vez situados en el estado actual de la cuestión, sea posible avanzar en búsqueda de una mayor claridad en la aplicación de la buena fe en general y del artículo 1546 del Código Civil en particular.

CAPÍTULO I

LA BUENA FE

Una lectura coherente y armónica del ordenamiento privado supone hacerse cargo de desentrañar el sentido y fijar el alcance de una normativa que no siempre se vale de reglas precisas y determinadas sino que, en ocasiones, emplea conceptos con contenido indeterminado⁴, como el de “buena fe”. Para poder comprender qué se esconde tras aquel concepto, en este capítulo expondré lo que tradicionalmente ha entendido la doctrina por buena fe, para luego proponer una aproximación alternativa a aquella mirada.

1. La visión tradicional del concepto de buena fe

El jurista español Luis Díez Picazo ha señalado que “el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de aprehender dentro del derecho civil”⁵. Es probablemente aquella dificultad la que explica el gran interés que ha despertado este tópico tanto en la doctrina nacional como internacional. El intento por comprender una noción que pareciera pertenecer más al ámbito moral que al jurídico, ha devenido en la coexistencia de múltiples planteamientos en torno a ella, sin existir hasta hoy consenso respecto a su contenido y alcance.

⁴ Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos “que no poseen un contenido descriptivo que limite los casos de aplicación”. [BARROS BOURIE, Enrique. Conceptualismo y Vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011, p. 23]. Cuando el legislador se vale de este tipo de conceptos, “lo que hace es ordenar o prohibir acciones que merezcan una cierta calificación valorativa sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión” [ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid, Trotta, 2000. p.41].

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. La doctrina de los propios actos: Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Editorial Bosch, 1963. p.134.

En este apartado pretendo hacer una breve síntesis sobre la manera en la cual ha sido aprehendido el concepto de buena fe por la mayoría de la doctrina nacional⁶.

Si bien es posible encontrar en nuestro medio algunos esfuerzos por definir buena fe⁷, gran parte de la doctrina se ha apartado de esa pretensión, en el entendido de que una de las mayores virtudes de este concepto (su capacidad de adaptarse a nuevas situaciones jurídicas) se sacrifica al pretender otorgar una definición rígida de la misma⁸. Es por ello que los autores han preferido asumir la tarea de conceptualizarla en términos más bien abiertos y generales⁹.

En términos amplios, se ha dicho que la buena fe es “el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, pero que con naturalidad son aceptadas en la comunidad, relativas a la lealtad, la confianza y a la consideración que el sujeto pasivo del derecho puede razonablemente esperar del titular del derecho. Desde una óptica netamente mercantilista, se ha señalado que ella impone la obligación de “respetar las condiciones en las que el mercado opera”¹⁰, mientras que desde un punto de vista normativo, la buena fe implicaría “guardar “fidelidad” en la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella”¹¹.

⁶ Para profundizar en torno al alcance que se ha dado a la buena fe en el Derecho Europeo, sugiero consultar: ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 2000. 720p.

⁷ En nuestro medio, José Medina ha definido a la buena fe como “la conciencia , reglamentada por la ley, de haber actuado honesta y lealmente en el ejercicio de la capacidad jurídica, observado todas las condiciones exigidas por la naturaleza del Derecho o la obligación, o requeridas para el perfeccionamiento de una situación jurídica determinada” [MEDINA PÉREZ, José. *La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Patrocinado por Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1950. p.126].

⁸ BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p.49.

⁹ Han sido muchos los intentos por alcanzar un concepto de buena fe. Peñailillo ha señalado que “la buena fe consiste en la convicción de actuar lícitamente, honestamente” [PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica, 2003. p. 50]. Íñigo de la Maza, por su parte, la ha conceptualizado como “una conducta caracterizada por la cooperación, la lealtad y la fidelidad a la palabra dada” [DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (11): 43-72, 2008. p. 48]; La jurisprudencia ha señalado que “buena fe en su acepción más amplia significa rectitud y honradez que conducen de modo natural a la confianza” [Juzg. Civ. de Viña del Mar, 26 de Julio de 1999. N° Legal Publishing 26071 (C.32)].

¹⁰ Resulta interesante la aproximación planteada por Fernando de Trazeignes, quien afirma que la buena fe impone el deber o exigencia de “eliminar las contradicciones que pongan en peligro el correcto

Más allá de su definición o conceptualización, donde sí parece haber consenso entre los autores es en su naturaleza jurídica. En efecto, una amplísima parte de la doctrina nacional concibe la buena fe como un principio general del derecho y en particular, del derecho privado¹². Las consecuencias que se derivan de entenderla como un principio general del derecho dependerán en último término de la óptica desde la cual se aborde el tópico de los principios en el derecho¹³, y a esa visión se subordinan también las funciones específicas que se le atribuyan.

Sin perjuicio de esto, la doctrina parece estar de acuerdo en reconocer en la buena fe un elemento integrador de lagunas legales, interpretativo de las leyes y en general, un criterio orientador en el perfeccionamiento del derecho¹⁴. Adicionalmente, se ha señalado que además de

funcionamiento del sistema: no se debe actuar en sentido doble, no se debe jugar el juego del mercado para desvirtuarlo, no se debe colocar trampas contractuales ni iniciar procedimientos judiciales sólo para ganar tiempo sin pagar la deuda, i.e. no se debe utilizar la libertad del mercado para destruir el sistema de mercado minando sus bases” [DE TRAZEIGNES, Fernando. Desacralizando la buena fe en el derecho. En: CÓRDOBA, Marcos. Tratado de la buena fe en el derecho. Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 39].

¹¹ LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. p.142.

¹² En este sentido, ver: ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. p.96; BOETSCH, Cristián. “*La buena fe contractual*” (Nº8), pp. 39 y ss; CORRAL TARCIALI, Hernán. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. En: CÓRDOBA, Marcos (dir). Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Buenos Aires, La Ley, 2004. p.189; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII: pp.115-135, 2011. p.119; DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil: parte general. 4ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.28 y ss.; FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. p. 147 y ss.; LÓPEZ Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General. Tomo II. 4º Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2005. p.305 y ss.; MEJÍAS ALONZO, Claudia. Rol de la buena fe en materia de resolución y de excepción de contrato no cumplido. Gaceta jurídica (384):19-26, 2012, p.19; PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.49; REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Argentina: Editorial Astrea, 1999. p.486; VODANOVIC, Antonio: “Manual de Derecho Civil”, (Nº1), p.50;

La jurisprudencia también lo ha reconocido de la misma forma, se recomienda revisar: CS. 12 de julio de 2004. Nº Legal Publishing 30438 (C.8).

¹³ Daniel Peñailillo señala que los principios “son las nociones fundamentales, universales e inmutables, que están en la naturaleza humana. O que son las ideas primarias que emergen de la tradición jurídica del respectivo ordenamiento [...]. O, en fin, que son los postulados constantes que surgen en la legislación vigente en cada país” [PEÑAILILLO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. Revista de Derecho Universidad de Concepción (200): 7-40, 1996. p.8].

¹⁴ PEÑAILILLO, DANIEL. “El enriquecimiento sin causa...” (Nº13), p.8.

las funciones generales de todo principio jurídico, la buena fe cumple ciertas funciones particulares, como son la fijación de límites al ejercicio de derechos subjetivos, la prohibición de contravenir los propios actos, la protección al error excusable, la justificación de la apariencia y servir de patrón de conducta exigible¹⁵.

Otro tema recurrente al aludir a la buena fe es el relacionado con su carácter unitario o bipartito. Gran parte de la doctrina nacional¹⁶ ha señalado que el principio de la buena fe “no puede limitarse a las relaciones obligatorias”¹⁷, diferenciando en relación a su aplicación la vertiente subjetiva de la objetiva¹⁸.

La buena fe subjetiva consiste en “la creencia, nacida de un error excusable, de que [una] conducta no va contra derecho”¹⁹. Una de sus principales manifestaciones se encuentra consagrada en el artículo 706 del Código Civil, a propósito de la posesión, el cual concibe a la

¹⁵ BOETSCH, Cristián. “La buena fe contractual” (Nº8), pp. 64 y ss.

¹⁶ Se ha señalado que “la buena fe no es un concepto único; bajo su denominación se agrupan dos situaciones distintas, perfectamente diferenciables [...] son dos conceptos diversos el estar de buena fe que el actuar de buena fe” [DUCCI, Carlos: “Derecho Civil: parte general”, (Nº12), p.29]. Llega a la misma conclusión De Trazaignes, quién señala que la buena fe “tiene dos modalidades que pueden identificarse de acuerdo a los principios que las rigen: hay una “buena fe-sana ingenuidad” y hay una “buena he-honestidad” [DE TRAZEIGNES, Fernando. “Desacralizando la buena fe”, (Nº10), p.38]. También recogen esta distinción: CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (Nº12), p.187; LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 398 y ss; y Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid, Editorial Civitas, 6ª Ed. 2007. p.62.

¹⁷ LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, (Nº11), p.144.

¹⁸ Existen también autores que abogan por una concepción unitaria de la buena fe, en este sentido: BOETSCH, Cristián. “La buena fe contractual” (Nº8), p. 83; GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho, 29 (1): 11-23, 2002. p.22; FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (Nº12), p.147.

Sobre el particular, el profesor Peñailillo propone una interesante lectura respecto a la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva. El autor entiende que no existen dos aspectos de la buena fe, sino que dos métodos para juzgar la fe de un sujeto. El método subjetivo sería prácticamente imposible de emplear, pues no existe forma de revelar la conciencia de un individuo, por eso el juez deberá hacer una evaluación necesariamente objetiva; ya sea en concreto, ya sea en abstracto. [PEÑAILILLO, ARÉVALO, Daniel. La apreciación de la buena fe. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2(1): 69-78, 1993. p.70].

¹⁹ Díez-Picazo, Luis, “La doctrina de los propios actos”, (Nº5), p.135.

buena fe como una *conciencia*, es decir, un estado mental y por tanto subjetivo de un sujeto. En su inciso primero dicha norma dispone:

“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”.

Se ha entendido que, sin perjuicio del claro tenor literal de la norma transcrita, la buena fe subjetiva excede el ámbito de la posesión, para situarse en aquellos casos en que existe “un acto que es objetivamente antijurídico e irregular y que, sin embargo, la persona ha realizado con la convicción de que su comportamiento era regular y permitido”²⁰. En estas situaciones el derecho reacciona, por regla general, entendiéndola como una “causa de exoneración o de atenuación de la sanción que el ordenamiento jurídico impone a un acto objetivamente irregular o incorrecto”²¹.

La buena fe objetiva, por otro lado, se refiere a la “conducta social que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado”²². Ésta supone una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas²³⁻²⁴.

La principal consagración de la buena fe objetiva se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil, el cual dispone:

²⁰ *Ibíd.*, p.136.

²¹ *Ibíd.*, pp. 138-139.

²² DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p. 61.

²³ DÍEZ-PICAZO, Luis, “La doctrina de los propios actos”, (Nº5), p.137.

²⁴ La jurisprudencia ha afirmado que la buena fe objetiva debe ser entendida como “*la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente*” [C. Concepción. 13 de julio de 2000. Nº Legal Publishing 22139 (C.13)]. Desde otra óptica, se ha fallado que la buena fe objetiva, “*también llamada buena fe en sentido ético o buena fe lealtad, consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales*” [CS. 25 de julio de 2012. Nº Legal Publishing 62174 (C.10)].

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Se ha señalado que “la ejecución de buena fe del contrato significa que éste debe cumplirse conforme a la intención de las partes y a las finalidades que se han propuesto al contratar”²⁵. Sin perjuicio del tenor literal del texto del artículo en referencia, la doctrina es pacífica al sostener que, al igual que ocurre con la buena fe subjetiva, no es posible circunscribirla en su sentido objetivo a la sola ejecución del contrato, sino que recibiría una aplicación transversal²⁶. En relación a su aplicación, el profesor Hernán Corral ha distinguido una extensión horizontal del artículo 1546 del Código Civil -que alcanzaría tanto las tratativas preliminares, la celebración del contrato y la fase post-contractual- y una extensión vertical, vinculada a la aplicación que de ella están haciendo los jueces. En su aplicación horizontal, la buena fe opera como “fuente de creación de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso según la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por las partes a través de ella”²⁷, mientras que en un sentido vertical cumple la función de reforzar la fuerza vinculante del contrato, crear deberes

²⁵ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones. 9º Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 1999. p.16.

²⁶ Hernán Corral ha sostenido que la norma del artículo 1546 del Código Civil chileno “está siendo utilizada como una herramienta eficaz no sólo para profundizar y flexibilizar la reglamentación del contrato sino, también, para aportar criterios éticos de comportamiento tanto en las fronteras del contrato (antes y después) como más allá de sus dominios” [CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (Nº12), pp.225-226]. Por su parte, Fernando Fueyo ha señalado que “la norma de conducta con arreglo a la buena fe no debe limitarse al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones jurídicas de la fuente contractual [...] sino que tiene aplicación abierta y general, sin una necesaria limitación [FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (Nº12), p.158]. En el mismo sentido: PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.50;

Alguna jurisprudencia también se ha sumado a la aplicación extensiva de la buena fe, al afirmar que: “como lo ha comprendido la doctrina y la jurisprudencia en nuestro medio jurídico, la buena fe contractual que exige el artículo 1546 del Código Civil, ha de estar presente en todas las etapas de desenvolvimiento del contrato, esto es, desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución del mismo, hasta las relaciones posteriores al término del contrato, inclusive” [C. Santiago. 29 de noviembre de 2007. Nº Legal Publishing 39372_CA (C.6)].

²⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, “La doctrina de los propios actos”, (Nº5), pp.138-139.

contractuales, calificar al contrato en cuanto a su naturaleza, interpretar las cláusulas de una convención y morigerar su literalidad, entre otras²⁸.

Un último tópico recurrente en la doctrina, es el que dice relación con la prueba de la buena fe. Para la mayoría de los autores, existe una presunción de buena fe, regulada específicamente en materia posesoria, en el artículo 707 del Código Civil, pero que tiene un alcance general, salvo aquellos casos en que la ley presume mala fe o dolo.

En este sentido el profesor Carlos Ducci es categórico en afirmar que “existe una presunción general de buena fe en todo el ámbito del derecho privado”²⁹. Para el profesor Fernando Fueyo, la justificación de esta presunción general es la interpretación extensiva de la buena fe posesoria³⁰.

Luego de esta breve síntesis doctrinaria, que abarca los puntos mayoritariamente desarrollados por los autores nacionales, continuaré este trabajo proponiendo una nueva forma de aproximarse al concepto de buena fe.

2. Una nueva aproximación al concepto de buena fe

Si bien las contribuciones doctrinarias expuestas constituyen un gran avance a la hora de concretar el concepto de buena fe, hasta hoy perduran una serie de interrogantes en torno a la misma, fundamentalmente en relación a su aplicación práctica. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Cuál es su alcance? ¿Por qué el legislador la ha consagrado específicamente en ciertas materias y en otras no? ¿Cuál es el rol del juez cuando se invoca la buena fe en un litigio?

²⁸ CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (Nº12), pp. 205 a 224.

²⁹ DUCCI, Carlos: “Derecho Civil: parte general”, (Nº12), p.31. En el mismo sentido: PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.52.

³⁰ Este autor ha advertido que “es importante destacar el carácter general de la presunción de buena fe, radicada sólo en el particularismo de la posesión, que la hace aplicable a todas las hipótesis en que juega dicha buena fe, simplemente por la vía de la interpretación extensiva” [FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (Nº12), p.151].

Estas preguntas me han motivado a proponer una manera alternativa de abordar la noción de buena fe, en base a la distinción que ha realizado la doctrina entre principios y reglas³¹.

Los principios jurídicos³² se distinguen de las reglas por “su vaguedad, su mayor abstracción, y su apertura”³³. En los primeros “subyace una lógica ordinal, que se expresa en términos de “mejor y peor”³⁴. Una regla, por el contrario, es una “directiva precisa, cuya aplicación es más

³¹ El estudio de los principios y las reglas jurídicas corresponde principalmente a la Ciencia del Derecho, y no es mi pretensión profundizar en él en esta oportunidad. Para mayor información, se sugiere consultar: ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification*. [Traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo. *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989]. Clarendon Press, 1989, 232p.; ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del derecho*. Barcelona. Editorial Gedisa, 1997. 224p.; ATRIA LEMAITRE, Fernando. *Del Derecho y el razonamiento jurídico* [en línea]. Doxa N° 22 <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10293/1/doxa22_03.pdf> [Consulta: 12 de marzo de 2013]; HART, Helbert. *El concepto de derecho* [Traducción española de Genaro Carrió]. Buenos Aires, 1998. 332p.; MacCORMICK, Neil. *Razonabilidad y Objetividad* (Traducción de Fernando Atria). *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, (45). pp. 399-436; STONE, Julius. *Legal System and Lawer’s Reasoning*. California, Stanford University Press, 1964. 454p;

³² Son dos las principales aproximaciones doctrinarias al concepto de principio jurídico. La primera, el positivismo, entiende que los principios generales del derecho “son normas obtenidas mediante un proceso de abstracción de las propias leyes, de manera que de las leyes pueden o podrían derivarse. [...] Para la dirección iusnaturalista, en cambio, los principios generales del derecho equivalen a las normas del Derecho Natural. Son normas que no tienen formulación positiva ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad por formar parte de un sistema superior e ideal” [DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 9ª Ed. España, Editorial Tecnos, 1998. p.139].

En relación al rol o función que dichos principios cumplen en el ordenamiento jurídico, el ius naturalismo “se caracteriza por sostener la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables (de Derecho natural), cuyo respeto es condición necesaria para que el derecho positivo exista o pueda considerarse derecho válido. Esos principios, por otro lado, no son una creación humana, sino una manifestación de la razón o de la voluntad de Dios” [ATIENZA, Manuel: *El sentido del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003. 344p.]. Lo opuesto propone la doctrina del positivismo jurídico, que ha utilizado la expresión principio jurídico “para referirse a características importantes del orden jurídico, a generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de sus reglas y a reglas no operativas dirigidas por el legislador” [QUINTANA BRAVO, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p.316].

En nuestro medio, el profesor Daniel Peñailillo se ha pronunciado respecto a la utilidad de los principios jurídicos, señalando que éstos permiten “asegurar un funcionamiento más objetivo de la equidad, que evite los riesgos de su aplicación en estado puro” [PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.49].

³³ SAFFIE GATICA, Francisco. Reglas, principios y positivismo ético. *Revista Derecho y Humanidades*, (11): 383-392, 2005, p.384.

³⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Reglas y Principios en el Derecho. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (2): pp. 269-281, 1984. p.11.

bien “formal”, “lógica”, “mecánica”, “literal” y “restrictiva”³⁵⁻³⁶. Los autores Cass R. Sunstein y Edna Ullmann-Margalit han advertido que la característica clave de una regla es que equivale a una completa o casi completa especificación *-ex ante-* de resultados en un caso determinado³⁷, limitando de esta forma la libertad del juez al momento de fallar³⁸.

Con todo, la distinción no es binaria. Principios y reglas “pueden ser mejor concebidos como extremos de un continuo”³⁹. Dicho de otro modo, hay reglas cuya textura abierta parece acercarlas al concepto de principio, situación que típicamente se genera cuando el legislador emplea estándares jurídicos como mecanismo de regulación⁴⁰.

Un estándar jurídico es un tipo de norma que permite al juez una mayor libertad para juzgar *ex post* el supuesto de hecho sometido a su decisión. El legislador, “en vez de formular una

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Antonio Gordillo Cañas entiende que una regla “es una norma desarrollada en su contenido y precisa en su normatividad: acota y perfila los presupuestos de su aplicación [...] el principio, por el contrario expresa la inmediata y no desarrollada derivación normativa de los valores jurídicos: su presupuesto es sumamente general y su contenido normativo es tan evidente en su justificación como inconcreto en su aplicación” [ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. *Los Principios Generales del Derecho*. Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003. p. 55].

³⁷ Traducción libre, el original señala: “*A key feature of a rule is that it amounts to a full, or nearly full, ex ante specification of results in individual cases*”. [SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. p.188].

³⁸ Un típico ejemplo de regla es aquella que fija el límite máximo al conducir en 80 kilómetros por hora. El juez se encuentra constreñido por los límites formales de la norma, por lo que el juez no podrá fallar que un sujeto que conducía a 115 kilómetros por hora no infringió la ley.

³⁹ BARROS, Enrique, “Reglas y principios”, (Nº34), p.270.

⁴⁰ Hay quienes conciben que es precisamente la actitud que tienen los sistemas legales hacia la “forma”, el reflejo de su madurez. La manera en como la ley es expresada ilustra, al mismo tiempo, el espíritu general imperante en una época determinada. El formalismo y la rigidez son características de las arcaicas sociedades agrarias. El extremo opuesto viene representado por la libertad ilimitada, el individualismo y la arbitrariedad. (Traducción libre, el original señala: “*The attitude of a legal culture towards form reflects its self-image and maturity. At the same time, the form in which the law appears and finds expression is an image of the general spirit of the age. Strict formalism and rigidity are characteristic of the archaic agrarian society [...]. The other extreme is absolute freedom, unlimited individualism and arbitrariness*”). [ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Grand Britain, Oxford University Press, 1996. p.88].

solución rígida, recurre a un parámetro flexible”⁴¹⁻⁴². Schauer Frederick explica la necesidad de consagración de estándares al afirmar que directrices altamente específicas -reglas- maximizarán la certeza y la predictibilidad, pero lo hacen al costo de impedir la posibilidad de lograr el resultado más exacto en algún caso o situación no anticipada. Otras directrices más vagas – o estándares – mantendrán abierta la posibilidad de que un futuro tomador de decisiones pueda tomar la decisión exactamente correcta, pero al costo de proveer muy poca certeza y predictibilidad⁴³.

En conclusión, el codificador a la hora de legislar se inspira en los principios subyacentes en el ordenamiento jurídico, que se cristalizan a través de diversas normas jurídicas⁴⁴, ya sea en forma de una regla precisa, ya sea como estándar. En la aplicación de una regla el juez tiene un ámbito de discreción muy reducido, lo que otorga el beneficio de una mayor seguridad jurídica⁴⁵ para los sujetos de derecho y tiene como costo, la imposibilidad de evolucionar o ir modificando su ámbito de aplicación con motivo de su uso⁴⁶. Dicho inconveniente se pretende resolver por

⁴¹ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 401.

⁴² Para ilustrar el punto, imagine esta vez que la regla que define que la señal que establecía el límite de velocidad, es reemplazada por otra que indica que “se debe manejar con precaución por ser en una zona en donde los niños juegan”. En este caso, distintos jueces podrán tener opiniones diversas respecto a si una persona que iba manejando a 60 kilómetros por hora en esa zona se ajustaba o no al estándar de conducta impuesto, no existiendo una respuesta correcta *a priori*.

⁴³ Traducción libre, el original señala: “highly specific directives –rules- will maximize certainty, constraint, and predictability, but they will do so at the cost of retaining the ability to achieve exactly the correct result in some currently unanticipated case or situation. And much vaguer directives –standards- will hold open the ability of some future decision –maker to make just the right decision [...] but at the cost of providing very little certainty, predictability and decision-maker constraint” [SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009. p.195].

⁴⁴ Se ha señalado que si bien las distintas normas pueden recoger principios generales del derecho, “el carácter del principio general del Derecho no se lo da la norma que la formule [...]. A los principios generales del Derecho quien les dota de valor es la convicción social, quien los crea y quien en definitiva los mantiene” [DÍEZ-PICAZO, Luis, “ Sistema de Derecho Civil”, (Nº32), p. 142].

⁴⁵ La noción de seguridad jurídica se asocia con la posibilidad de conocer, con certeza, la solución que otorga un sistema normativo a un caso concreto, y persigue la finalidad de que los sujetos de derecho puedan predecir fundadamente los resultados de sus actos. Para una visión más profunda acerca de la necesidad de la seguridad jurídica en el Derecho se sugiere consultar: DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), pp. 68 y ss.

⁴⁶ BARROS, Enrique, “Reglas y principios”, (Nº34), p. 275.

medio de la consagración de estándares jurídicos, como el de la “negligencia” en el artículo 44 del Código Civil, o el de la “buena fe” del artículo 1546 del Código Civil, como tendremos la oportunidad de analizar.

Trasladando las distinciones precedentes al estudio de la buena fe en el derecho privado, propongo distinguir entre los casos de aplicación de la buena fe como norma jurídica de su aplicación como principio jurídico. Esta aproximación tiene una doble utilidad. En primer lugar, permite dotarla de un contenido más o menos determinado, de manera de alcanzar una mayor seguridad jurídica al orientar el actuar de los individuos. En segundo lugar, será determinante a la hora de comprender el rol que tendrá el juez frente a un litigio en el cual la buena fe se vea invocada.

a) Aplicación de la buena fe como regla jurídica

En este apartado abordaré los casos en que el legislador ha hecho mención expresa a la buena fe en el texto del Código Civil. En particular, me referiré a las hipótesis en las que dicha alusión se ha realizado en términos limitados y concretos, es decir, aquellos en que se ha consagrado en una regla específica a ser aplicada por el juez.

El funcionamiento normal del derecho continental supone un conjunto de reglas legales que deben ser aplicadas a los supuestos de hecho por ellas regulados. El fundamento último de las diversas reglas que componen el ordenamiento jurídico usualmente se encuentra en un principio general del derecho, sin embargo, ante la necesidad de resolver un conflicto de relevancia jurídica el juez deberá basar su decisión en la norma que lo acoge y no en el principio que la funda. Dicho de otra forma, “[s]i principios y reglas pueden convivir pacíficamente es porque la construcción de las reglas hace la apelación a los principios redundante [...] [L]as reglas pretenden precisamente ser aplicables con independencia a su racionalidad; no porque no la tengan; sino porque esa racionalidad se encuentra en la ponderación de la que ellas son resultado y que la ciencia jurídica reconstituye”⁴⁷.

⁴⁷ATRIA LEMAITRE, Fernando. Lo que importa sobre los principios. En: CARBONELL, F; COLOMA, R; LETELIER, R (Coordinadores). Principios jurídicos. Análisis y crítica. Chile. Legal Publishing Chile. 2011. pp, 73-74.

Como he venido sosteniendo, en las reglas jurídicas es posible encontrar una “ponderación ya hecha, en tanto expresa una decisión que reclama haber tomado en cuenta lo que debía ser tomado en cuenta, de modo que volver a considerarlo es negar la autoridad de el que dictó la regla”⁴⁸. En estas circunstancias, en las que el legislador define *ex ante* los casos en que ha de ser aplicada, “al juez le resulta más bien sencillo actuar como ese instrumento mudo de la ley que con buenas razones propiciaba Montesquieu”⁴⁹.

En diversas reglas jurídicas se hace referencia directa a la noción de buena fe, consagrándola expresamente⁵⁰, dejando de manifiesto el valor jurídico que ha protegido el legislador a la hora de realizar la ponderación.

En lo sucesivo me abocaré al análisis de algunas reglas que se refieren a la buena fe con el objetivo de dejar en evidencia la ponderación de principios jurídicos que ha debido hacer el legislador en cada caso. A través de estos ejemplos persigo demostrar que categorizar a la buena fe como principio general del derecho no implica que éste se aplique invariablemente y de la

⁴⁸ *Ibid.*, p.68.

⁴⁹ BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p. 22.

⁵⁰ El legislador alude en forma expresa y directa a la buena fe en las siguientes materias en el Código Civil: en relación a la muerte presunta (artículo 94); a los efectos del reconocimiento de un hijo (artículo 189); a los efectos de la sentencia que se refiere al reconocimiento o impugnación (artículo 221); en los alimentos provisorios (artículo 327); en la accesión (artículos 646 y 669); en la posesión (artículos 702, 706, 707); en la acción reivindicatoria (artículos 900); en las prestaciones mutuas (artículos 906, 907, 909, 911, 913); en materia sucesoria (artículos 976, 1267, 1268), en la partición (artículo 1337), en el error en la persona (artículo 1455), en los efectos de la resolución respecto a terceros (artículo 1490), en la ejecución de los contratos (artículo 1546); en el pago (artículos 1575 y 1576); en el beneficio de competencia (artículos 1626); en la nulidad (artículo 1687); en la sociedad conyugal (artículo 1739); en la compraventa (artículos 1814 y 1853); en la cesión de derechos litigiosos (artículo 1913); en el arrendamiento (artículos 1916, 1925 y 2014), en la sociedad (artículos 2058, 2070 y 2089); en el mandato (artículos 2122 y 2173); en el mutuo (artículo 2202); en el pago de lo no debido (artículos 2301, 2302 y 2303), en la fianza (artículo 2339); en la prenda (artículo 2406); en la prescripción adquisitiva (artículo 2510).

misma forma a todos los casos en que se invoca⁵¹ sino que, por el contrario, recibe una aplicación concreta y dotada de un contenido determinado, en múltiples materias.

i. La buena fe en las prestaciones mutuas

Las reglas sobre las prestaciones mutuas, consagradas a propósito de la acción reivindicatoria en los artículos 904 y siguientes del Código Civil, se aplican a distintas situaciones en el derecho civil, generalmente cuando se busca volver a un estado jurídico anterior. Existen diversos motivos que justifican dicha pretensión, como por ejemplo, la declaración de nulidad de un acto o contrato o que haya sido acogida una acción reivindicatoria.

A la hora de determinar la extensión de lo que las partes se deberán recíprocamente, el legislador ha prestado especial atención a la buena o mala fe del que ha sido privado de la posesión de la cosa por haber sido vencido en juicio⁵².

Imagine una situación en la que “A” compra a “B” una casa en la playa, para poder veranear con su familia. Luego de inscribir la propiedad en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo, el comprador junto a su cónyuge e hijos se dedican a realizar algunas reparaciones de diversa naturaleza al inmueble y a embellecer la casa. Transcurridos dos años desde la tradición del inmueble, toman conocimiento de la interposición en su contra de una acción reivindicatoria por parte de “C”, el verdadero dueño del inmueble, alegando que el comprador carecía de justo título ya que “B” se hizo pasar por mandatario suyo sin serlo. Como consecuencia del juicio, “A” pierde el inmueble.

Una aplicación irrestricta del principio general de la buena fe llevaría a sostener que en este caso, dado que el poseedor vencido tenía la conciencia de haber adquirido legítimamente el

⁵¹ La opinión contraria es sostenida en nuestro medio por Cristián Boetsch, quien estima que “buena fe y principio general de la buena fe son una misma cosa” [BOETSCH, Cristián. “La buena fe contractual” (Nº8), p. 79].

⁵² La extensión de la reparación de los gastos de custodia y conservación de la cosa, de los deterioros, de los frutos y de las mejoras, dependerá fundamentalmente de la buena o mala fe del poseedor vencido.

dominio⁵³, no deberá restituir nada al verdadero dueño. Sin embargo, esta no es la norma que rige en la materia, justamente porque hay otro principio general del derecho que también debe ser considerado: la protección a la propiedad. Si únicamente aplicáramos este último, veríamos que nuestro ordenamiento exigiría una restitución completa a “C”, quién no debería nada al poseedor vencido, sin importar su buena o mala fe, solución también distinta a la que llega la ley.

¿Cuál de los dos principios deberá primar? ¿por qué proteger más la buena fe del reivindicante por sobre el derecho de propiedad del dueño? Por otro lado, ¿por qué dejar en indefensión a la persona que ha creído sinceramente haber adquirido el dominio de la cosa, aunque finalmente dicho efecto no se produjo?

Estas preguntas son las que el legislador ha debido tener en cuenta a la hora de dictar las normas sobre las prestaciones mutuas. El codificador ha hecho primar el principio de la protección a la propiedad, al obligar al poseedor a devolver la cosa, sin importar su buena o mala fe. Sin embargo, la protección a la propiedad es atenuada en razón de la buena fe en la que pudiera encontrarse el poseedor. Así, el poseedor de buena fe no estará obligado a pagar los gastos en que el secuestre hubiere incurrido producto de la custodia y conservación de la cosa (artículo 904 del Código Civil), tampoco a responder por los deterioros por los que ha sufrido la cosa, siempre que no se haya aprovechado de ellos (artículo 906 del Código Civil) ni a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. Además, tendrá derecho a la restitución de las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda (artículo 909 del Código Civil).

En conclusión, de la lectura de las normas que regulan la manera en que las partes deberán proceder a efectuar las restituciones mutuas, es posible apreciar el equilibrio que el legislador ha

⁵³ Este es el contenido que el artículo 706 del Código Civil otorga a la buena fe en materia posesoria. La norma señala en su inciso primero: *“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”*.

buscado entre dos bienes jurídicos -propiedad privada y buena fe- ponderándolos y señalando cuáles serán las consecuencias concretas que de ellos se derivan⁵⁴.

En la aplicación de las reglas sobre prestaciones mutuas no existe espacio a la discrecionalidad judicial. Un tribunal no podrá fallar, por ejemplo, que el poseedor vencido no tiene derecho al abono de las mejoras útiles (pues el principio de protección a la propiedad impone la protección completa al verdadero dueño), ni señalar que el poseedor de buena fe podrá retener los frutos percibidos hasta el momento de la sentencia definitiva (pues el legislador ha determinado *ex ante* el momento en el cual se entiende perder la buena fe). Hacerlo implica atribuirse directamente el rol de legislar en base a principios, los cuales ya fueron una vez considerados al momento de dictarse las normas en comento.

ii. La buena fe en la nulidad del matrimonio

La nulidad del matrimonio se regula en los artículos 44 y siguientes de la Ley 19.947 o Ley de Matrimonio Civil. En relación a sus efectos, el artículo 50 de la referida ley prescribe que una vez ejecutoriada la sentencia que la declara, las partes se deben retrotraer al estado en que se encontraban al momento de contraer el vínculo⁵⁵. Es justamente en este punto en donde la buena fe cobra importancia. El artículo 51 de la Ley 19.947⁵⁶ regula la figura del “matrimonio

⁵⁴ En este sentido creo que se han de matizar ciertas afirmaciones que sostienen que “la buena fe pertenece al grado de lo que podríamos denominar principio general superior. Se encuentra por encima de muchos otros [...]”. [FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (Nº12), p. 165]. Estimo que la primacía de un principio por sobre otro es una cuestión que deberá determinar el legislador o el juez según sea el caso, sin ser posible determinar *a priori* cuál tendrá mayor valor.

⁵⁵ La norma enunciada consagra en materia matrimonial el mismo efecto que tiene la nulidad patrimonial en relación a las partes. El artículo 1687 del Código Civil señala que “*la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”.

⁵⁶ Éste artículo señala: “*El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.*

Si sólo uno de los cónyuges contrajo matrimonio de buena fe, éste podrá optar entre reclamar la disolución y liquidación del régimen de bienes que hubieren tenido hasta ese momento, o someterse a las reglas generales de la comunidad.

Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

putativo” en virtud de la cual, cuando el matrimonio adolece de un vicio de nulidad, y siempre que el mismo haya sido celebrado o ratificado ante oficial del Registro Civil, producirá los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que estaba de buena fe y lo contrajo con justa causa de error.

A propósito del matrimonio putativo es posible apreciar que el legislador ha debido efectuar una ponderación entre dos bienes jurídicos en juego: la protección a la autonomía de la voluntad y la buena fe.

En efecto, al observar las causales de nulidad del matrimonio⁵⁷, es posible constatar que la primera de ellas dice relación con la falta de capacidad para actuar en la vida jurídica (al celebrarse el matrimonio con algún impedimento dirimente); la segunda, con la falta de un libre y voluntario consentimiento (al concurrir algún vicio de la voluntad), y por último, a la falta de una solemnidad por vía de validez del matrimonio (la ausencia del número de testigos que señala la ley o la inhabilidad de los mismos). Todas estas causales -capacidad, voluntad libre y espontánea y solemnidades de validez- tienen como objetivo último el resguardo al principio de la autonomía de la voluntad⁵⁸, eje en el derecho privado. De hecho, todas ellas han sido

Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges”.

⁵⁷ Las causales de nulidad están contenidas en los artículos 44 y 45 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil. El primero señala que: *“El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales,*

que deben haber existido al tiempo de su celebración:

a) Cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5º, 6º ó 7º de esta ley, y

b) Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º”.

El segundo dispone que: *“Es nulo el matrimonio que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinados en el artículo 17”.*

⁵⁸ Don Arturo Alessandri ha definido la autonomía de la voluntad como “la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan y de determinar su contenido, efectos y duración” [ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo: De los Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 10].

calificadas por la doctrina como requisitos –ya sea de existencia, ya sea de validez- de todo acto jurídico⁵⁹.

Las consecuencias de hacer primar uno u otro principio no son triviales. De seguirse los radicales efectos de la nulidad, volviéndose los contrayentes al mismo estado en que se hallarían de no haber contratado, deberíamos aceptar que ellos “habrían convivido en concubinato, y que los hijos, que en ese estado hubieren concebido tendrían filiación no matrimonial”⁶⁰. Si bien la importancia de esta institución en materia de filiación ha disminuido notoriamente luego de la Ley 19.947⁶¹, no pasa lo mismo en cuanto a las relaciones entre los cónyuges, ya que además de mantenerse vigentes los derechos y deberes que impone el matrimonio, existen importantes consecuencias respecto a la existencia y disolución del régimen matrimonial.

Nuevamente la alusión expresa a la buena fe impone un límite al juez quien, frente a una demanda de nulidad, no podrá optar por seguir los efectos del matrimonio putativo en ausencia de buena fe de los cónyuges, ni tampoco estará facultado para aplicar íntegramente los efectos normales de la nulidad, encontrándose ésta presente en al menos uno de los cónyuges.

Resulta de interés analizar si es posible aplicar la institución en comento a la nulidad patrimonial. La respuesta debe ser negativa. El juez no puede alterar los efectos de la nulidad patrimonial con la excusa de estar aplicando el principio de la buena fe.

La nulidad es una institución de orden público⁶². Las normas que la regulan han sido establecidas por el legislador con el objetivo de proteger una determinada materia que, por

⁵⁹ VIAL DEL RÍO, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. pp.36-37.

⁶⁰ RAMOS PAZOS, René: Derecho de familia. 6 Ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2007. Tomo I. p.91.

⁶¹ Su artículo 51 inciso cuarto señala que la sentencia de nulidad no afecta la filiación ya determinada.

⁶² Las normas de orden público son aquellas a las cuales, en sus relaciones, los sujetos deben ceñirse ineludiblemente, no pudiendo modificarlas ni sustituirlas. [VODANOVIC, Antonio: “Manual de Derecho Civil”, (Nº1), p. 19].

revestir un interés general, no admite modificaciones. Se trata de una sanción de derecho estricto, que no puede ser aplicada por vía analógica a casos diversos que los regulados por ley⁶³.

Además de la naturaleza de orden público de la nulidad, es posible observar que al igual que ocurre con las prestaciones mutuas, también en materia de nulidad patrimonial el legislador ya ha realizado una ponderación de bienes jurídicos, producto de la cual ha de entenderse que el principio de la buena fe cede en favor de los otros bienes jurídicos protegidos a través de las diversas causales de nulidad. Así, un juez no podría declarar la existencia de una “compraventa putativa” o de una “hipoteca putativa”, alterando los efectos propios de la nulidad. Éste deberá simplemente verificar si al momento de la celebración de esos contratos concurrió un vicio de nulidad, y en ese caso, aplicar los artículos 1687 y 1689 del Código Civil⁶⁴, sin perjuicio de las excepciones legales, dentro de las cuales no se hace alusión alguna a la buena fe.

iii. La buena fe en el pago a quien no es el verdadero acreedor

El pago es un modo de extinguir las obligaciones que se encuentra regulado en los artículos 1568 y siguientes del Código Civil. Jurídicamente el pago es una convención extintiva de carácter *intuito personae*, ya que debe hacerse siempre al acreedor o no valdrá en cuanto modo de extinguir la obligación, según dispone el artículo 1576 inciso primero del referido cuerpo legal⁶⁵. Existe un conocido aforismo jurídico que expresa que “el que paga mal paga dos veces” el cual, más allá de constituir una sanción al deudor que malamente paga a quien no es acreedor o a su representante, es una garantía para el dueño del derecho personal, por medio de la cual se protege su derecho de dominio sobre una cosa incorporal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil⁶⁶.

⁶³ VIAL, Víctor, “Teoría general...”, (Nº59), p. 247.

⁶⁴ El artículo 1687 del Código Civil regula los efectos de la nulidad respecto a las partes, en los términos ya transcritos (ver nota 55), y el artículo 1689 del mismo cuerpo legal los consagra en relación a terceros, señalando que: “*La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores*”.

⁶⁵ También puede hacerse el pago a sus sucesores del crédito, sus diputados o a las personas que la ley o el juez autorice.

⁶⁶ El artículo 583 del Código Civil señala: “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.*”

La situación expuesta protege íntegramente el principio de respeto a la propiedad, que informa nuestro derecho privado y que encuentra su consagración constitucional en el artículo 19 N°24. Sin embargo, el legislador reguló una hipótesis en que dicha protección debe ceder en aras de la buena fe. Me refiero al caso recogido en el artículo 1576 inciso segundo del Código Civil, el cual dispone:

“ El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía ”.

En este caso el legislador opta por resguardar a quien creía -con justa causa de error- que estaba cumpliendo una obligación en favor de su acreedor, aún en contra del legítimo derecho del verdadero acreedor a recibir el pago⁶⁷.

Para ilustrar la tensión entre ambos principios, imaginemos la situación en que una persona obtiene la posesión efectiva de una herencia respecto de la cual no era legítimo heredero⁶⁸. En razón de aquél título, un deudor del difunto realiza el pago de una deuda devengada y exigible al heredero putativo. Luego, los legítimos herederos logran la modificación del decreto de posesión efectiva y reclaman la invalidación del pago realizado en razón de aquel título. ¿Podrá el juez

⁶⁷ La doctrina ha entendido que el artículo 1576 del Código Civil constituye una aplicación de la doctrina de la protección de la apariencia. Sobre el particular se sugiere consultar: RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. 3 ed. Santiago, Legal Publishing, 2007. p. 357.

Para mayor información sobre la recepción de las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia, ver: CORRAL TALCIANI, Hernán. La raíz histórica del adagio *“Venire contra factum proprium non valet”* [en línea]

<<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/historiaadagioactospropios.pdf> > [Consulta: 12 de marzo de 2013].; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. 271p.; FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (N°12), p.150; PARDO De CARVALLO, Inés. La doctrina de los actos propios. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (14): 49-69,1991-1992; SALAH ABUSLEME, María. Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (2): 189 - 202, 2008.

⁶⁸ Don Fernando Fueyo ha interpretado la expresión “en posesión del crédito” como “una apariencia jurídica de poseedor dada a conocer por signos idóneos. También ha señalado que parece haber consenso respecto de la calidad de tal en el heredero putativo” [FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (N°12), p. 150].

declararlo así para proteger a los verdaderos herederos? Ciertamente no. El legislador ha protegido la confianza creada en el deudor que, fiándose de una apariencia jurídica, realiza el pago de buena fe. Se podrá argumentar en torno a la justicia o injusticia de aquella opción legislativa, sin embargo, el juez no podrá decidir conforme a su visión privada en torno a cuál principio jurídico debería primar, pues dicho trabajo fue realizado *ex ante* por el legislador.

Asimismo, una aplicación directa e irrestricta del principio de la buena fe, supondría que cualquier pago realizado de buena fe sería válido, sin importar a quién se realiza el pago, lo cual terminaría con la destrucción del principio de protección de la propiedad sobre las cosas incorporales.

iv. La buena fe de quien contrata en virtud de un mandato que ha expirado

Una situación similar a las descritas ocurre a propósito del contrato de mandato, regulado en los artículos 2116 y siguientes del Código Civil y en particular, en relación a los casos en que el mandatario se extralimita en la ejecución del encargo.

Una lectura armónica los artículos 2154 y 2160 inciso segundo del Código Civil permite concluir que, por regla general, los terceros soportarán las consecuencias derivadas de una extralimitación en el mandato, imponiéndoseles a éstos la carga de verificar si el mandatario está o no actuando en la esfera de sus poderes. Esta regla encuentra como excepción aquellos casos en que, habiéndose excedido el mandatario en sus poderes, deberá responder con su patrimonio - ya sea por no haber dado suficiente conocimiento de sus poderes o por haberse obligado personalmente- y los casos en que responderá el mandante, ya sea por haber ratificado las obligaciones, ya sea por haber actuado el mandatario fundado en un mandato que ya ha expirado, siempre que los terceros con los cuales éste hubiere contratado se encontraren de buena fe, como lo señala el artículo 2173 Código Civil:

“En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante. Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato,

a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante”.

En esta disposición, el legislador ha hecho primar la confianza del tercero por sobre los intereses económicos o jurídicos del mandante. Se protege una apariencia⁶⁹, en términos tales que respecto a “los terceros de buena fe que se han guiado por acto aparente, se podrán generar aquellos derechos que, bajo otras circunstancias, no se habrían originado”⁷⁰. El resultado práctico del artículo 2173 del Código Civil es dejar obligado al mandante sin existir causa contractual que justifique dicha obligación, pues la convención que le servía de base ya expiró. El efecto protector hacia los terceros es tan radical, que en nada importa si el mandatario sabía o no de la expiración del mandato, ya que los terceros siempre podrán hacer valer los derechos adquiridos en virtud del mandato extinto, sin perjuicio de la indemnización a la que tendrá derecho el mandante en caso de que el mandatario haya tenido efectivo conocimiento de la extinción del mandato.

Otro aspecto interesante a destacar es que esta norma es también ilustrativa de lo que he venido planteando en relación a la labor adjudicativa. En el inciso final del artículo 2173 Código Civil, el legislador llama al juez a realizar la ponderación de bienes jurídicos, únicamente en los casos en los cuales “*no pareciere probable la ignorancia del tercero*”. Esta parte del articulado deja en evidencia la manera en que el legislador excluye la posibilidad de que el juez se atribuya la potestad de ponderar los bienes jurídicos involucrados cuando él ya lo ha hecho y la delega en los casos en que existan otros elementos a ser considerados, a los que el codificador no podrá tener acceso al momento de la ponderación.

⁶⁹ La situación descrita constituye otra hipótesis en la que se ha reconocido la “doctrina de la protección de la apariencia”. Sobre ella, me remito a lo señalado a propósito del pago hecho de buena fe a quien estaba en posesión del crédito.

⁷⁰ SALAH, María, “Las doctrinas de ...”, (Nº67), p.196.

En relación al mandato, resulta relevante notar que si bien la protección que se otorga al tercero contratante de buena fe es importante, ésta tiene un ámbito de aplicación acotado a lo dispuesto en el artículo 2173 del Código Civil, pues no es posible aplicar la buena fe directamente a otros casos de extralimitación, justamente porque la regla que impera es la contraria: el tercero es quien deberá, en principio, soportar las consecuencias de la extralimitación en el mandato, sin importar su fe.

De la muestra de disposiciones recogidas para ilustrar la forma como opera la buena fe cuando ha sido reglada en forma específica por el legislador, es posible concluir que en cada uno de estos casos el codificador se ha encargado de sopesar los diversos valores jurídicos aplicables a cada caso y de dictar una regla que cristaliza su decisión.

Esta conclusión será determinante a la hora de definir la labor que tendrá el juez cuando se enfrente a una norma que regule la buena fe de manera concreta. El adjudicador no podrá –a pretexto de constatar la existencia de una pugna entre bienes jurídicos- atribuirse la facultad de realizar personalmente la ponderación de los mismos. En este sentido no me es posible coincidir con quienes sostienen que “no existe ninguna importancia en el hecho de que nuestro Código Civil reconozca en una norma expresa a la buena fe, pues, como principio general del derecho que es, tiene plena fuerza normativa por si mismo, sin necesidad de reconocimiento positivo”⁷¹. Esta visión difumina las distintas esferas de competencia del poder legislativo y judicial, y a su vez, pone en riesgo la seguridad jurídica de la que debe estar dotada un sistema normativo, al impedir que los particulares anticipen qué principio jurídico primará por sobre otro en una hipótesis de hecho en la cual resulten aplicables.

Antes de continuar con el análisis de aquellas normas que recogen la buena fe en términos más abiertos, me adentraré en la cuestión tendiente a determinar la posible aplicación directa de la buena fe como principio, a fin de dejar en evidencia el contraste entre la labor del juez al invocar la buena fe como regla o como principio general del derecho en un caso concreto.

⁷¹ BOETSCH, Cristián. “La buena fe contractual” (Nº8), p.107.

b) Aplicación de la buena fe como principio general del derecho⁷²

i. Procedencia de la aplicación de la buena fe como principio

Habiendo analizado aquellos casos en que el legislador consagró a la buena fe en el texto del Código Civil como una regla de contenido determinado, cabe preguntarse respecto a su aplicación como principio, en virtud del cual “el derecho protege las actuaciones de buena fe [...] y, por lo mismo, [...] repudia la actuación de mala fe”⁷³.

Como he indicado, en los casos en que existe una regla que se ajuste a un supuesto de hecho determinado, el juez está obligado a aplicarla. En ningún caso el recurso a la buena fe puede erigirse en coartada para obviar los mandatos contenidos en las normas legales o sus efectos⁷⁴. Por consiguiente, la pregunta por la aplicación de principios jurídicos será relevante en aquellas hipótesis en que no exista regla que haga expresa mención a ellos⁷⁵.

Existen (al menos) tres posibles respuestas a la cuestión de cuándo aplicar la buena fe ante el silencio del legislador. En primer lugar, es posible asumir que en los casos no regulados, el legislador ha optado por su no exclusión, de modo que el juez no podrá invocarla de manera alguna. Una alternativa opuesta será inferir que “su vigencia como principio [...] surgirá en todas aquellas situaciones en que no hay norma que ordene considerarlo”⁷⁶. Una tercera vía

⁷² Sobre la evolución del concepto de “principio jurídico”, Enrique Alcalde Rodríguez señala que “durante la Ilustración los principios generales aparecían como manifestaciones o concreciones del derecho natural, según la concepción racionalista de aquél. Posteriormente, como reflejos del “espíritu del pueblo”; para considerarlos, después, como ideas jurídicas formales, nociones fundamentales, etc”. [ALCALDE, Enrique, “Los Principios Generales...”, (Nº36), p.51].

⁷³ PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.50.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.66.

⁷⁵ En un sentido contrario se pronuncia Karl Larenz, quien a señalado que la buena fe “es un *principio supremo* del Derecho de las relaciones obligatorias, de forma que todas las demás normas han de medirse por él y en cuanto se le opongan han de ser en principio puestas” [LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, (Nº11), p. 146].

⁷⁶ PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.52.

permite excluir su aplicación en casos en que la materia en cuestión ya se encuentra regulada e incluirla cuando el juez se enfrente a una materia carente de regulación⁷⁷.

La primera interpretación -que niega la aplicación de la buena fe cuando no se ha regulado expresamente- es la propia de un positivista acérrimo: aquel que identifica el derecho con la ley, y que no concibe la existencia ni aplicación de principios jurídicos. Esta visión tropieza con la realidad, ya que existen múltiples situaciones en las que se reclama la intervención judicial sin existir una norma que regule el conflicto sometido al conocimiento del Tribunal, quien se encontrará jurídicamente impedido de declarar inadmisibile el caso en virtud del principio de inexcusabilidad⁷⁸.

La segunda opción –aquella que estima que la buena fe es aplicable a cualquier materia, bajo cualquier respecto- hace irrelevante la distinción entre reglas, estándares y principios. Creo que hasta este punto ha quedado suficientemente demostrado que la existencia o inexistencia de una regla que recoja un principio no es indiferente desde el punto de vista de su aplicación y determinación, por lo que no es irrelevante lo que el legislador ha tenido que decir (o callar) respecto al mismo.

Como pretendo demostrar, la tercera vía – aquella en que se permite aplicar los principios jurídicos únicamente en áreas no reguladas por la ley- no incurre en los vicios de las dos primeras. Esta opción permite respetar la ponderación de bienes jurídicos que ha tomado el legislador, conciliando dichas opciones con un derecho vivo que incorpore los valores que la sociedad estima dignos de protección.

Es posible distinguir dos hipótesis en las que el legislador no ha invocado a la buena fe: en primer lugar, cuando no se ha regulado la materia considerada, y en segundo lugar, cuando habiéndola regulado, la ley no emplea el término “buena fe”. Desde ya, me manifiesto conforme

⁷⁷ Esta situación ha recibido el nombre de “lagunas originarias”. Ellas “consisten en la carencia de una disposición normativa legal y provienen de una falta de previsión” [DUCCI CLARO, Carlos. Interpretación jurídica: en general y en la dogmática chilena. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. p.57].

⁷⁸ El principio de la inexcusabilidad encuentra su sustrato normativo en los artículos 76 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de Tribunales.

a la tesis que postula que sólo es posible aplicar la buena fe como principio en los casos en que no existe regulación, quedando excluida en aquellos en que existe regulación pero no se invoca.

A continuación me valdré de algunos ejemplos para ilustrar por qué he llegado a esta conclusión.

i. Primera hipótesis

Suponga que “A” presta dinero a “B” para que éste pague una deuda. El préstamo se realiza en términos informales, sin dejar constancia escrita de él y sin que figure en el pago que “B” realizó a su acreedor mención alguna sobre el origen de los fondos. Transcurrido cierto lapso de tiempo y ante la negativa de “B” a pagar el préstamo, “A” decide demandarlo ante los tribunales, solicitando que declare que ha operado una subrogación a su favor, que lo habilita a ocupar la misma posición jurídica que el acreedor de “B”. Funda su pretensión en el principio de buena fe, señalando que sería contrario a la misma el quedar en una peor situación que el acreedor al cual se realizó el pago.

En relación al caso propuesto, cabe recordar que el pago con subrogación es un modo de extinguir las obligaciones que se encuentra regulado en los artículos 1608 y siguientes del Código Civil. La subrogación legal se encuentra en el artículo 1610 del mismo Código, el cual señala las hipótesis específicas en que ha de aplicarse⁷⁹, dentro de las cuales no se encuentra la invocada por “A” en el juicio. En el conjunto de normas que regulan esta primera hipótesis, no se hace referencia alguna a la buena fe.

⁷⁹ El artículo 1610 del Código Civil dispone: “*Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio,*

1.° *Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca;*

2.° *Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado;*

3.° *Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;*

4.° *Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia;*

5.° *Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor;*

6.° *Del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.”*

ii. Segunda hipótesis

Imagine esta vez que “A” presta a “B” dinero para realizar un negocio, en cuyas utilidades “A” tendría participación desde el segundo mes. El préstamo se materializa en un contrato de mutuo. Para que “A” accediera a prestarle la suma solicitada, “B” manipuló la información del negocio mediante documentos falsos en relación a las condiciones de mercado y a las proyecciones del negocio. Cuando “A” toma conocimiento del fraude, solicita la nulidad de contrato por dolo, y el resarcimiento de todos los perjuicios en sede extracontractual. Funda su acción en la infracción del deber de negociar de buena fe.

iii. Tercera hipótesis

Imaginemos que una sociedad de inversiones (“Y”) está atravesando un pésimo momento financiero. Para poder cumplir con la obligación de pagar a sus inversionistas, “Y” engaña a la sociedad “Z” para que acceda a prestarle dinero y ésta, producto del engaño, accede.

Un año después, cuando “Z” descubre el engaño, reclama la nulidad del contrato celebrado con “Y”. Conjuntamente con ello y amparada en el artículo 2316 del Código Civil, solicita la restitución de los valores que recibieron los distintos inversionistas. El abogado de los beneficiados con dichos dineros, aduce que la acción restitutoria no es procedente, por haberse encontrado éstos de buena fe al momento de recibir el pago.

¿Existe alguna diferencia entre los casos propuestos?

En ninguna de las hipótesis el legislador ha hecho mención a la buena fe. ¿Procede aplicarla en todos estos casos? ¿Existe alguna diferencia entre ellos que justifique un tratamiento diverso? ¿La sola circunstancia del silencio respecto a la aplicación de la buena fe faculta al juez para aplicarla como principio? ¿Podría dicho silencio ser en realidad una manifestación de una voluntad contraria del legislador?

La cuestión central radica en determinar si es posible interpretar el silencio del regulador como una delegación de sus poderes al juez para que éste cree la regla a ser aplicada en el caso concreto.

En el primer caso la respuesta parece bastante clara. El legislador no ha dado espacio alguno para que el juez cree una hipótesis diversa de pago por subrogación. Por el contrario, ha definido *ex ante* en qué casos tendrá lugar una subrogación de carácter legal y para ello se vale de la enumeración de casos, y señala que sólo procederá en los casos establecidos por ley. El juez deberá limitarse a verificar si concurren los supuestos ahí expresados y declarar la aplicación de esta figura de ser procedente, debiendo rechazar la demanda en el caso expuesto.

La segunda hipótesis se enmarca en el contexto de la responsabilidad extracontractual⁸⁰. Es un caso de falta total de regulación legal, pues el Código Civil no se refiere a la fase de las tratativas preliminares, lo que ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia a desarrollar la procedencia de responsabilidad por los daños causados producto de la ruptura de las negociaciones. En esta materia el legislador opta por delegar en el juez la elaboración de los deberes de cuidado que deberán cumplir las personas al momento de negociar⁸¹. Para realizar esa tarea, parece razonable admitir la posibilidad de que el juez pueda valerse de los diversos principios jurídicos para resolver el caso planteado, a falta de directrices legales.

La aplicación del principio de la buena fe a la última hipótesis planteada podría suscitar algunas dudas, pues la normativa que regula la materia parece no ser tan rigurosa como la aplicable al primer ejemplo. La resolución del caso requiere tomar en cuenta la regla recogida en el artículo 2316 del Código Civil, que su inciso segundo señala:

⁸⁰ Como analizaré en el capítulo segundo, si bien en el pasado existió un amplio debate respecto a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad precontractual, hoy parece haber consenso en la doctrina nacional en que ésta se debe regir por las normas de la responsabilidad extracontractual.

⁸¹ Si bien es cierto que en una gran mayoría de casos en materia extracontractual el deber de cuidado ha de ser fijado por el juez, “esos deberes pueden estar también tipificados por la ley [...] o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales” [BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p.97].

“El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.

El argumento esgrimido por parte de los inversionistas supone que el legislador se ha referido en la norma transcrita únicamente a quienes de mala fe han recibido un provecho del dolo ajeno, guardando silencio respecto de aquellos que lo han recibido de buena fe, de manera que el juez estaría compelido en virtud del principio de la buena fe, a hacer dicha distinción, aplicando la norma únicamente a quién conocía o debía conocer el origen malicioso de los fondos.

En principio, podría parecer deseable brindar protección a quién ha actuado de buena fe, sin conocer el fraude. Sin embargo, uno de los principales desafíos que reporta una aplicación jurídica del principio de buena fe es justamente que “cualquier sentimiento puede ser presentado como un caso de aplicación verosímil del principio”⁸². Para superar aquel desafío sin caer en la absoluta arbitrariedad, ha de tenerse presente que una correcta solución al caso debe considerar una de las misiones principales del derecho, cual es, otorgar seguridad jurídica a los sujetos regidos por sus normas. Por cierto que la protección de la buena fe es deseable (por ello es un principio general del derecho), sin embargo, ésta no es un bien absoluto, pues se encuentra en colisión permanente con otros principios.

A mi juicio, existen buenas razones para admitir que en casos reglados en los que el legislador no ha hecho mención a la buena fe, ésta no ha de ser considerada. Tomando como ejemplo el caso planteado, el análisis ha de considerar que el legislador ha tomado una opción clara por privilegiar a quien ha sido víctima del dolo, y no a quien ha sacado provecho de él, al no hacer distinción alguna (pudiendo hacerlo) respecto a las circunstancias que rodean ese provecho. En segundo lugar, existe ya en la norma una protección tácita a quienes recibieron beneficios de buena fe (aquellos que *no fueron cómplices del dolo*) al limitar el monto por el cual deberán responder a la víctima. Así, quien fue cómplice del dolo, incurriendo en una actuación de mala fe, podrá ser responsable no sólo del provecho, sino que de la indemnización de perjuicios en virtud de las normas del título XXXV del libro IV del Código Civil. Por último, esta norma encuentra como fundamento mediato el principio jurídico que busca evitar el enriquecimiento injustificado, que consiste “*en una atribución patrimonial sin una justificación*

⁸² BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.31.

*que la explique, de modo que constatado, se impone la obligación de restituir*⁸³. En efecto, habiéndose anulado el contrato de mutuo que servía de causa al pago realizado a los inversionistas, este pago queda carente de una causa que lo justifique jurídicamente, por lo que se debe imponer una obligación restitutoria.

En conclusión, en los casos regulados por el legislador, el juez no se encuentra facultado a introducir consideraciones de buena o mala fe en el entendido de que el legislador “olvidó” hacer mención de ellos.

ii. Forma de aplicación de la buena fe como principio

Distinta a la cuestión de cuándo aplicar la buena fe como principio general del derecho, es aquella referente a cómo aplicarla.

En términos generales, en los casos no regulados por el legislador el juez deberá determinar en primer lugar, qué es en concreto lo que impone el principio de buena fe, y luego considerar otros principios generales del derecho que pudiesen ser aplicables.

La determinación de lo que impone el principio en el caso concreto aparece como una difícil tarea para el juez, toda vez que son deberes que emanan directamente de la conciencia social y que no encuentran consagración legal. Parece obvio decir que el ordenamiento jurídico debe exigir que las personas actúen de buena fe, sin embargo, dicha afirmación no otorga una regla apta para ser aplicada a un caso particular⁸⁴. Con meridiana claridad, Karl Larenz ha expresado que la solución a la que se llegue no debe ser “una decisión adoptada a tenor del “sentimiento jurídico” o según el “criterio de equidad” del llamado en cada caso a pronunciar sentencia [...],

⁸³ PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.102.

Para una aproximación al principio del enriquecimiento sin causa se recomienda: DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Editorial Civitas, 1991. 208p. y; ZIMMERMANN, Reinhard. Estudios de Derecho privado europeo. [Traducción y prólogo a cargo de Antoni Vaquer Aloy]. Madrid, Editorial Civitas, 2000. 325p.

⁸⁴ En el capítulo segundo me referiré en concreto a algunos deberes que pueden emanar del principio general de la buena fe en la fase precontractual.

sino una resolución tomada siempre según una medida necesitada de concreción, pero ampliamente determinable en sentido objetivo”⁸⁵.

Para llegar a una decisión jurídicamente consistente, el juez deberá hacerse cargo de la ponderación de todos los principios jurídicos que pudieren ser aplicables al caso concreto haciendo que la solución fundada únicamente en la buena fe se incline en un sentido diverso⁸⁶. Esto se explica porque los principios generales del derecho “no son aplicables a la manera de “todo o nada” como las reglas [...]. Más bien anuncian una razón para decidir en otro sentido. En caso de conflicto, hay que tomar en cuenta el “peso” o importancia relativa de los principios en cuestión”⁸⁷⁻⁸⁸.

Debido a que “[l]os conflictos entre principios obligan a argumentar en términos de intensidad y relevancia de los mismo respecto al caso”⁸⁹, es que no es posible afirmar que una determinada decisión judicial adoptada conforme a ellos es “correcta” o “incorrecta”, pues personas razonables pueden, razonablemente, tener distintas consideraciones respecto al peso relativo de cada principio⁹⁰. Este es otro de los puntos en el que la regla se distingue del

⁸⁵ LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, (Nº11), p.143.

⁸⁶ La falta de norma legal que privilegie la elección de un principio por sobre otro, no significa -como expresa Alfonso De Cossio- que la decisión judicial deba ser arbitraria. [COSSIO, Alfonso: “instituciones de Derecho Civil”, Editorial Civitas, primera edición, 1988, España. p.98].

⁸⁷ QUINTANA, Fernando, “Interpretación y Argumentación ...”, (Nº32), p.318.

⁸⁸ En este sentido, estimo que es necesario matizar la afirmación de Díez-Picazo y Antonio Guillón, quienes entienden que los principios “son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta” [DÍEZ-PICAZO, Luis, “Sistema de Derecho Civil”, (Nº32), p.141]. Toda vez que las pautas impuestas por un principio pueden entrar en colisión con otras, no es posible entender que se aplican como normas jurídicas en sentido sustancial.

⁸⁹ BARROS, Enrique, “Reglas y principios”, (Nº34), p.283.

⁹⁰ Como mecanismo para solucionar los conflictos entre principios jurídicos, Alcalde Rodríguez señala que el intérprete se deberá inclinar por la opción que “(i) mejor se conforme con la obtención del interés público; (ii) produzca el resultado más justo; (iii) sea la que más convenga en orden a hacer previsibles los resultados de la aplicación de la ley y, en suma, (iv) se traduzca en la solución más coherente y consistente con el resto del ordenamiento e que la ley se inserta” [ALCALDE, Enrique, “Los Principios Generales...”, (Nº36), p.72].

principio, pues “como resultado de un conflicto de reglas o antinomia sólo una de ellas será aplicable”⁹¹.

Para cerrar este apartado, cabe señalar que en la libre aplicación de principios jurídicos, el juez ha de tener presente que “la solución de un conflicto de acuerdo a un principio está sujeta a una exigencia de justicia formal: la argumentación judicial tiene el imperativo implícito de la universalidad, esto es, de que el criterio (la regla) de solución de un caso debe aplicarse también a los casos semejantes”⁹². En un Estado de Derecho es primordial la certeza jurídica, por lo que el juez no deberá dejar de considerar que, aunque la sentencia que dicte pueda tener fuerza únicamente respecto a la causa judicial en la que se pronuncia, existe una pretensión recogida incluso a nivel Constitucional (artículo 19 N°3) de que dos personas que se encuentran bajo un mismo supuesto de hecho, deberían encontrar en el ordenamiento una misma respuesta jurídica. Cabe al juez entonces preguntarse respecto a los efectos que se podrían seguir de aplicar la decisión a la que se a llegado a todos los casos similares que se puedan suscitar.

He tenido la oportunidad de referirme a la aplicación de buena fe como principio jurídico y como regla determinada. Queda pendiente la cuestión relativa a la aplicación de la norma que regula la buena fe, ya no en términos concretos y específicos, sino más bien de manera general y amplia. En el próximo apartado se analizará el estándar de buena fe desde una perspectiva introductoria, que guiará este trabajo al análisis pormenorizado de la misma en el capítulo segundo.

c) Aplicación de la buena fe como estándar de conducta

En el medio de la aplicación de la buena fe como regla y la buena fe como principio, se encuentra la norma que regula la buena fe como un estándar jurídico.

Un estándar de conducta es una norma abierta, que determina como un sujeto *debiera comportarse* en una circunstancia dada. Al ser una norma legal expresa, deberá ser aplicada por

⁹¹ SAFFIE, Francisco, “Reglas, principios...”, (N°33), p.31.

⁹² BARROS, Enrique, “Reglas y principios”, (N°34), p.284.

el juez al caso concreto, sin que éste pueda aludir de manera directa al principio general del derecho. Sin embargo, a diferencia de la regulación por medio de reglas determinadas y precisas, los estándares jurídicos permiten al juez una mayor libertad para poder apreciar *–ex post–* el supuesto de hecho sometido a su decisión, pues “en vez de formular una solución rígida, recurre a un parámetro flexible”⁹³.

La regulación por medio de estándares denota lo implausible “que resulta para el legislador una referencia específica a todas las situaciones en que el estándar puede resultar aplicable”⁹⁴. Frente a esta circunstancia opta por sacrificar la certeza de la ley y conceder poder al juez para evaluar, en base a los casos particulares que se le presenten, la concreción de la idea normativa que ha de aplicar, pues el costo en términos de justicia aplicada al caso de regular por medio de reglas excede al beneficio de hacerlo.

La consagración de un estándar demuestra la opción del codificador por permitir “que el juez particip[e] en el proceso legislativo de un modo subordinado”⁹⁵, es decir, ponderando las circunstancias del caso concreto⁹⁶. Esto se debe fundamentalmente a “que las reglas que incorporan estándares, según R.M. Dworkin, funcionan como los principios, en el sentido de que requiere, en alguna medida, sopesar factores relevantes”⁹⁷. El mayor grado de discrecionalidad que se le otorga al juez implica que una institución con el poder de controlar o revisar un caso,

⁹³ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p.401.

⁹⁴ BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.23.

⁹⁵ MacCORMICK, Neil, Razonabilidad y objetividad, (Nº31), p.410.

⁹⁶ La delegación no es siempre absoluta. Existen casos en donde el legislador, sin pretensión de exhaustividad, menciona ciertas circunstancias que han de ser tomadas especialmente en cuenta por el juez a la hora de resolver. Es posible encontrar un ejemplo de esta forma de regulación en los Principios de Derecho Europeo de Contratos: a propósito de la etapa de negociación de un contrato, el artículo 2:301 señala que la parte que 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, especificando que se entiende especialmente contrario a la buena fe “*que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte*”.

⁹⁷ *Ibid.*, p.411.

puede tolerar una diversidad de decisiones disímiles⁹⁸. En efecto, una consecuencia de la regulación por medio de estándares es que la solución del caso no es invariable. Dos jueces pueden razonablemente estar en desacuerdo respecto a la forma en que se deberán ponderar los bienes jurídicos en juego, especialmente en cuestiones “que requiera[n] la evaluación de mucha evidencia o muchos intereses y valores para arribar a una conclusión en relación a lo que parece ser un fino balance”⁹⁹. Especialmente claro resulta en este punto lo sostenido por S. Whittaker y R. Zimmerman, quienes afirman que el reconocimiento del principio de buena fe no requiere un resultado particular en determinadas circunstancias, sino que simplemente autoriza la posibilidad de un resultado particular, dejando en las Cortes la decisión de si debe o no adoptarse¹⁰⁰.

Sin perjuicio de los beneficios de esta técnica legislativa, existen también costos asociados. Los estándares producen una mayor incertidumbre respecto al resultado de un juicio en que sean aplicables, lo que puede constituir un desincentivo a la celebración de contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo, o al menos, un incentivo al aumento en los costos de la regulación contractual y muchas veces, de asesoría profesional. Asimismo, deja latente el riesgo de intromisión judicial a la convención, a tal punto que algunos han llegado a afirmar que la buena fe no es más que una cubierta para los jueces, quienes podrán ampararse en ella para crear disposiciones contractuales que afectarán a las partes¹⁰¹.

Antes de profundizar en torno al estándar de buena fe, conviene dar una última apreciación general. Un estándar jurídico se caracteriza por imponer un comportamiento de manera objetiva, esto es, una conducta que debe ser observada por cualquier persona, más allá de sus características personales y por tanto, subjetivas. El estándar se aprecia en abstracto por el juez,

⁹⁸Traducción libre, el original dice: “discretion is that some institution with the power to control or review will let stand a multiplicity of quite different decisions” [SCHAUER, Federick, “Thinking like...”, (Nº43), p.191].

⁹⁹ MacCORMICK, Neil, Razonabilidad y objetividad, (Nº31), p.407.

¹⁰⁰ Traducción libre, el original señala: “The recognition of a principle of good faith does not require a particular result in the circumstances, it merely allows the possibility of a particular result, leaving the court to decide whether or no it should be brought about” [ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.687].

¹⁰¹ HESSELINK, Martijn. The Concept of Good Faith [En línea]. <http://ssrn.com/abstract=1098856> [Consulta: 12 de marzo de 2013]. s/n.

conforme a cómo actuaría una persona leal y correcta, y se determina en concreto, verificando cómo se habría comportado *esa* persona en las circunstancias del caso que se le presenta. De esta forma, una persona llamada a actuar en cumplimiento de un estándar, deberá “hacer abstracción de su propia situación y ver y sentir la situación como ella se ve y se siente desde el punto de vista de los otros envueltos [...]. Por esto, ellas pesan sus intereses y compromisos de modo imparcial al compararlos con los de otros”¹⁰².

Es posible encontrar la regulación de la buena fe como un estándar jurídico en el artículo 1546 del Código Civil. En él, el legislador ha sancionado:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

Esta norma, como se analizará en profundidad en el próximo capítulo, se justifica plenamente en materia contractual. Esta área del derecho se caracteriza por la existencia de un espíritu tendiente a fomentar la contratación, por medio del resguardo del principio de autonomía de la voluntad y de la posibilidad de que los particulares regulen libremente sus intereses. Es imposible (e incluso indeseable) que el legislador prevea las variadas circunstancias que se pueden originar a propósito de la ejecución de los contratos, por lo que una regulación únicamente mediante reglas en la fase de ejecución propiamente tal parece inviable. La incorporación del estándar de buena fe en la ejecución de los contratos aparece entonces como una alternativa razonable para lograr un propósito deseable en el derecho, cual es asegurar que las partes se comporten leal y correctamente entre sí¹⁰³.

¹⁰² MacCORMICK, Neil, Razonabilidad y objetividad, (Nº31), p.405.

¹⁰³ En este sentido, Larenz ha señalado que la buena fe tiene una triple dirección, orientándose en primer término al deudor, obligándolo a cumplir su obligación atendiendo a letra y espíritu de la relación obligatoria. En segundo lugar, se dirige al acreedor, mandando a ejercer el derecho que le corresponde actuando según la confianza depositada en el deudor, con una consideración altruista según la clase de vínculo y en tercer lugar, se dirige a todos los participantes de la relación jurídica, imponiendo conducirse conforme al sentido y finalidad de la convención [LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, (Nº11), p. 148].

El artículo en comento no sólo tiene la virtud de permitir la necesaria flexibilidad en materia contractual, sino que además se hace cargo de las externalidades negativas asociadas a la consagración de estándares (en particular, la falta de seguridad jurídica que traen aparejados). El codificador ha consagrado ciertos elementos que configuran el límite externo a la decisión judicial: la naturaleza de la obligación, la ley y la costumbre. Cada uno de estos límites se integra por un contenido preciso al que las partes pueden acceder *ex ante* y funcionan además como guía para el juez a la hora de tomar una decisión¹⁰⁴. Estas directrices se otorgan al adjudicador pues “aún los conceptos jurídicos e indeterminados exigen que la sentencia se funde en el derecho vigente”¹⁰⁵.

El hecho de que las exigencias de la buena fe deban respetar la naturaleza de la obligación, la ley y la costumbre, permite que ésta norma armonice mejor con la lógica subyacente al libro IV del Código Civil. Los efectos de los contratos son tan radicales que a los compromisos por ellos adquiridos se les reconoce la fuerza de una ley¹⁰⁶. Es por esto que en materia contractual, como en pocas áreas del derecho privado, existe una gran necesidad de contar con normas que permitan a las partes prever los resultados económicos y jurídicos de los acuerdos, que es lo que justifica la celebración de convenciones.

La normativa tendiente a regular la contratación se basa fundamentalmente en el principio de justicia conmutativa. Este principio supone que “el acuerdo voluntariamente consentido beneficia a ambas partes y, por eso, es equitativo desde un punto de vista de su relación de derecho privado”¹⁰⁷. Dicho de otro modo, se incorpora una lógica de justicia procedimental en virtud de la cual un contrato es válido porque ha sido el fruto de una voluntad libre e informada, de manera que “la justicia de los intercambios es esencialmente entregada a la voluntad de las

¹⁰⁴ Para mayor información sobre estos límites, se sugiere consultar el capítulo segundo de este trabajo.

¹⁰⁵ BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.28.

¹⁰⁶ El artículo 1545 del Código Civil señala: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

¹⁰⁷ BARROS BOURIE, Enrique: Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales. En GUZMÁN, Alejandro, Estudios de Derecho Civil III, Chile, Legal Publishing, 2008. p. 404.

partes en los contratos libremente discutidos”¹⁰⁸. Se parte de un supuesto en el que las personas deben poder disponer de una esfera de libertad en donde, actuando como sujetos racionales, puedan regular sus propios intereses de la forma en que lo deseen, sin intromisiones de terceros ni del juez¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Así, la idea fundamental que subyace a éste ordenamiento privado es permitir a las partes en un contrato y sólo *a ellas*, determinar el contenido y alcance de las obligaciones que emanan de la convención, sin intervención de terceros y con completa libertad, siempre que no vulneren la ley, la moral y las buenas costumbres.

Es de gran importancia dotar a la buena fe en materia contractual de un contenido que no quiebren esta ordenación de intereses, atribuyéndole un rol armónico y no disruptivo en relación a la materia llamada a regir. Otorgar al juez, por medio de este estándar, una libertad absoluta para aplicar irrestrictamente el principio de la buena fe, sin otra consideración que su propia prudencia, traería aparejada la esperable consecuencia de producir un desincentivo de la contratación, pues los sujetos de derecho no encontrarían en el sistema legal la necesaria certeza jurídica para confiar la regulación de sus intereses, volviendo la ejecución del contrato en extremo onerosa. Lo razonable es entender que ella alude a la relación de confianza que puede

¹⁰⁸ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. Decadencia y resurgimiento de los principios originales del Código Civil. En: CORRAL TALANI, H. Y RODRÍGUEZ PINTO, M.a (Eds). Estudios de Derecho Civil II. Chile: LexisNexis, 2006. p.23.

¹⁰⁹ Una manifestación normativa del principio de justicia procedimental se encuentra en el artículo 1441 del Código Civil, que define a los contratos conmutativos como aquellos en los cuales “*cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a o que la otra parte debe dar o hacer a su vez*”. Es posible constatar que lo importante para el Derecho no es que las prestaciones debidas sean *efectivamente* equivalentes, sino que el proceso para llegar a contratar haya sido un procedimiento válido. Esta característica es el necesario correlato legislativo que debe imperar en una economía de libre mercado en la cual se entiende que “no hay abusividad de los precios en la medida en que éstos se encuentren regidos por un mercado libre” [DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.58].

¹¹⁰ El principio de justicia procedimental opera en el entendido “de que las partes negocian sus términos en igualdad de condiciones” [DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe. En: CORRAL TALANI, H. Y RODRÍGUEZ PINTO, M.a (Eds). Estudios de Derecho Civil II. Chile: LexisNexis, 2006. p.574]. Este principio ha debido ser corregido en diferentes leyes especiales, como en el Derecho Laboral o en la Ley de Protección de los Consumidores, materias en las cuales típicamente existe un gran desequilibrio en el poder negociador durante la etapa de formación del consentimiento.

jurídicamente esperarse¹¹¹ conforme a lo que las partes expresaron en sus acuerdos, de manera que no se encuentren con imprevistas “sorpresas” a la hora del cumplimiento.

Por la inmensa importancia práctica que reviste la aplicación del estándar de buena fe en materia contractual, parece necesario indagar sobre su esfera de aplicación y dotarla de un contenido más preciso. El capítulo segundo de este trabajo pretende exponer las distintas funciones que han sido atribuidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia al artículo 1546 del Código Civil y luego hacerse cargo del ámbito de aplicación de esta norma a la luz de la distinción entre normas y principios expuesta en este primer capítulo.

¹¹¹ BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.33.

CAPÍTULO II

LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

En el capítulo anterior he propuesto una manera de entender la buena fe que explica su ámbito de aplicabilidad y la forma en como ha de ser entendida, a partir de la discrecionalidad que el legislador otorga al juez al momento de fallar. Para ello, distinguí los casos en que la buena fe se invoca en el Código Civil como una norma jurídica –ya sea como regla o como estándar- de aquellos en los que recibe aplicación directa como principio jurídico.

Debido a la gran significación teórica y práctica que suscita el estándar de buena fe en materia contractual, en este capítulo centraré mi atención en dicho estándar, abordándolo bajo la óptica de la distinción entre normas y principios. Este ejercicio tiene por finalidad determinar la extensión de la labor adjudicativa en el conocimiento de casos que pueden tomar lugar en las diversas fases del iter contractual.

Previo al análisis del patrón de conducta conforme a la buena fe, creo conveniente exponer otras funciones que la doctrina y jurisprudencia han atribuido al artículo 1546 del Código Civil¹¹².

1. Funciones del artículo 1546 del Código Civil

El artículo 1546 del Código Civil constituye, a mi juicio, una de las piezas angulares del derecho de contratos. De hecho, se ha entendido que ella encuentra lugar entre las normas referidas a los efectos de los contratos, esto es, a los derechos y obligaciones que de éstos

¹¹² El profesor Enrique Barros ha señalado que el contenido del artículo 1546 del Código Civil “es doblemente pobre, porque es concepto indeterminado respecto de sus condiciones de aplicación y, además, tiene un contenido normativo que sólo es indiciario de sus fines” [Ibíd., p.30]. En este capítulo pretendo aportar en la determinación del mismo, de manera de racionalizar su entendimiento y aplicación.

emanan¹¹³. Pese a su notoria importancia, su empleo o uso presenta grandes dificultades pues ésta contiene un mandato de contenido amplio y su ámbito de aplicación se encuentra relativamente indeterminado.

Por lo señalado, y ante la imposibilidad de determinar *ex ante* el contenido de aquella norma, es que es de especial interés el análisis de las funciones que puedan ser atribuidas al artículo 1546 del Código Civil.

Se han dado diversas lecturas respecto a la función de la norma en comento. Algunos han señalado que la buena fe sería un método de interpretar los contratos. Otros la han entendido como una simple repetición del artículo 1545 Código Civil, en un intento por reforzar el efecto obligatorio de los contratos; hay quienes la han visto como un mecanismo integrador de derechos y obligaciones y por último, como un estándar jurídico. Analizaré someramente cada uno de estos postulados para profundizar luego, en lo que -en mi opinión- define correctamente el sentido y alcance de la buena fe en materia contractual: su función integradora y la fijación de un estándar jurídico.

a) Buena fe y pacta sunt servanda

El artículo 1545 del Código Civil consagra el llamado “*pacta sunt servanda*”, aforismo que proclama el hecho de que los pactos deben observarse¹¹⁴. Éste dispone lo siguiente:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

En lo referente a las funciones del artículo 1546 del Código Civil, es posible extraer de diversos fallos de los tribunales de justicia que ésta supone el respeto a la palabra dada en el

¹¹³ RAMOS, René. “De las Obligaciones”, (Nº67), p.232.

¹¹⁴ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p.275.

contrato y la plena satisfacción de los derechos que éste genera, identificando de esta forma los artículos 1545 y 1546 del Código Civil.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha fallado que *“la responsabilidad contractual en que incurre un deudor cuando no ha cumplido en la forma ni oportunidad debida la obligación impuesta por el contrato, no es otra cosa que la responsabilidad por haber violado el principio de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos”*¹¹⁵. También se ha dicho que *“la primera parte del precepto [1546] sujeta al deudor a cumplir cabalmente y sin intención elusiva, su obligación”*¹¹⁶. En un sentido similar se ha fallado - a propósito del cumplimiento de un contrato de mandato- que *“la gestión desarrollada por el mandatario en beneficio del mandante debe ser realizada de buena fe, ciñéndose rigurosamente a los términos del mandato”*¹¹⁷.

Al analizar estas sentencias, se puede fácilmente constatar cómo algunos jueces han tendido a difuminar la diferencia entre los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, atribuyéndole a ambos una función común. El primer fallo identifica la responsabilidad contractual con la violación del principio de la buena fe, lo que hace devenir en inútil la consagración de la norma del 1546 Código Civil. En el segundo caso se interpreta la frase “los contratos deben ejecutarse de buena fe” como la imposición de la obligación de cumplir íntegramente la convención, lo que es lo mismo que reafirmar que los contratos obligan y por tanto deben cumplirse. En el último, se afirma que el mandatario actúa de buena fe cuando se ciñe rigurosamente a los términos del mandato, lo cual no es más que la repetición de la obligación de la esencia del mandatario, recogida en el artículo 2131 del Código Civil¹¹⁸.

Si bien existe una clara y estrecha relación entre los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, al consagrar el primero la obligatoriedad de las obligaciones del contrato, y el segundo integra

¹¹⁵ C. Concepción. 13 de julio de 2000. N° Legal Publishing 22139 (C.13).

¹¹⁶ C. Valparaíso. 11 de octubre de 1991. N° Legal Publishing 19614 (C.4).

¹¹⁷ C. Santiago. 20 de enero de 2009. N° Legal Publishing 41644 (C.3).

¹¹⁸ Este artículo señala: *“El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”*.

deberes más allá de lo expresado por las partes (como se analizará al abordar su función integradora), considero errada la equiparación entre ambos. Dicha conclusión sugiere que la regulación de uno de ellos es inútil, al limitarse a repetir lo ya señalado por el otro, lo que es inadmisibles en un sistema legal codificado, en el cual es indispensable que las normas en él consagradas tengan un propósito autónomo y determinado, y logren una adecuada armonía entre sí.

b) Buena fe e interpretación

Si bien entre las normas sobre interpretación de los contratos (artículos 1560 y siguientes del Código Civil) no se alude a la buena fe, es frecuente la afirmación que señala que los contratos han de interpretarse de buena fe¹¹⁹. En relación a este asunto, nuestra jurisprudencia ha señalado que *“es un principio de las convenciones que los contratantes se comporten de acuerdo con la buena fe. Así lo dispone el artículo 1546 del Código Civil. Esta regla no sólo se aplica a la ejecución del contrato sino también a la forma como éste debe interpretarse”*¹²⁰.

El fundamento que se ha dado para aludir a la buena fe como una norma interpretativa es más lógico que normativo. Se ha señalado que si los contratos deben ejecutarse de buena fe, es razonable que la etapa previa de determinación del contenido deba definirse también conforme a ella¹²¹, pues sería *“imposible configurar un cumplimiento de buena fe sin una interpretación en que ella haya sido considerada”*¹²².

¹¹⁹ Ver: DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.64; DUCCI, Carlos, “Interpretación jurídica...”, (Nº77), pp. 205-206; CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (Nº12), p. 206; JOHOW SANTORO, Christian. La interpretación del contrato y la buena fe. En: Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el Sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Chile. LexisNexis, 2005. p. 216.

¹²⁰ C. Concepción. 12 de Julio de 1995. Nº Legal Publishing 14060. (C.6). En el mismo sentido: C. Valparaíso. 6 de enero de 1995. Nº Legal Publishing 23888 (C.5); CS. 30 de agosto de 2004. Nº Legal Publishing 30750 (C.2); C. Santiago. 28 de junio de 2005. Nº Legal Publishing 32935 (C. 4 y 5); C. Valparaíso. 6 de julio de 2005. Nº Legal Publishing 32691 (C.6).

¹²¹ PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), p.51.

¹²² DUCCI, Carlos, “Interpretación jurídica...”, (Nº77), p. 205-206.

Quienes afirman que el artículo 1546 del Código Civil cumple una función interpretativa, entienden que ésta obliga a darle a las cláusulas un sentido armónico al sentido ético jurídico inminente en el orden económico y social¹²³. Bajo esta perspectiva, dicha norma sería de la misma naturaleza que las consagradas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil¹²⁴.

A mi juicio, la concepción de la buena fe como mecanismo interpretativo no es compatible con la consagración de un sistema subjetivo de interpretación, como el que nuestro Código Civil recoge¹²⁵. El artículo 1560 del Código Civil consagra un mandato vinculante para el juez, quien debe buscar la intención común de las partes para fijar el sentido y alcance del contrato. Santa María, citando a Carbonnier, señala que en nuestro ordenamiento la misión del juez será “indagar por todos los medios, aun extrínsecos al acto, cuál ha sido el verdadero pensamiento íntimo que unió a los contratantes”¹²⁶. Para cumplir este mandato, el mismo Código regula diversos mecanismos que ayudan al juez a alcanzar esa intención común.

¹²³ JOHOW, Christian, “La interpretación del...”, (Nº119), p.221.

¹²⁴ Así parece haberlo entendido también la jurisprudencia, al señalar que: *“Que en el presente caso, ha sido una práctica entre la empresa y los trabajadores, desde hace mucho tiempo atrás incluso antes de la vigencia de los contratos colectivos, que éstos recibieron siempre una remuneración sobre la base del trato, asegurándose en todo caso un sueldo mínimo, que ellos estipularon como sueldo base, pagado por día en caso de que no tuvieran trabajos o éstos por razones de cualquier orden no pudieran ser desempeñados en un tiempo determinado, de tal manera que aplicando los principios generales de interpretación de los contratos, en cuanto ordenan que éstos se cumplan de buena fe y que sus cláusulas se interpretarán por la aplicación práctica que las partes hayan hecho de ellas, hay que concluir, aplicando las normas de los artículos 1546 y 1564 del Código Civil, que en el presente caso la demandada ha dado fiel cumplimiento al contrato colectivo* [C. Santiago. 22 de agosto de 1996. Nº Legal Publishing 14872. (C.6)]. Como es posible apreciar, la Corte ha equiparado en su considerando el mandato contenido en el artículo 1546 del Código Civil con las normas propias de interpretación, en particular, con la contenida en el artículo 1564 del mismo código.

¹²⁵ No ocurre lo mismo en un sistema objetivo de interpretación. En él, más que atenderse a la voluntad interna de las partes, se fija el alcance del contrato según el “sentido normal de la declaración, de manera que los efectos jurídicos serán los que cualquier hombre razonable atribuiría a la convención” [LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 481]. Se ha señalado que el reconocimiento de un principio (normativo) de buena fe permite salvar a un sistema legal del problema de intentar imputar las consideraciones normativas que de ella emanan a la intención común de las partes (traducción libre, el original señala: Recognition of a normative principle of good faith may save a legal system the trouble of trying to impute these normative considerations to the intention of the parties) [ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.680].

¹²⁶ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p.425.

Con todo, no pretendo señalar que deben excluirse consideraciones de buena fe a la hora de interpretar; simplemente quiero expresar que para ello no es necesario identificar al artículo 1546 del Código Civil con una norma de interpretación.

En efecto, una de las principales manifestaciones del principio general de la buena fe en la interpretación de los contratos es el artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, que dispone que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse:

“por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.”

Buena parte de la doctrina y jurisprudencia ha señalado que esta norma recoge la denominada “doctrina de los actos propios” en materia de interpretación de los contratos¹²⁷. Su relación con el principio general es manifiesta: la buena fe impone, cuando se cumplen los supuestos para que opere dicha teoría, el respeto a la confianza suscitada en la contraparte¹²⁸. De esta forma, el artículo 1564 del Código Civil exige de las partes un comportamiento coherente en la vida jurídica y por consiguiente, el deber de abstenerse de ejecutar el contrato de manera impulsiva o irresponsable, toda vez que aquel comportamiento podría generar una confianza legítima y, por consiguiente, digna de protección jurídica en la contraparte¹²⁹.

¹²⁷ C. Concepción. 12 de Julio de 1995. N° Legal Publishing 14060; C. Santiago. 22 de agosto de 1996. N° Legal Publishing 14872 (C.6).

¹²⁸ EKDAHL, María, “La doctrina de...”, (N°67), p.70.

¹²⁹ Sin perjuicio de que las normas contenidas en los artículos 1546 y 1564 del Código Civil comparten como fundamento último la buena fe, no es posible equipararlas, pues la primera sirve de elemento integrador, mientras la segunda cumple un rol interpretativo. En este sentido se ha fallado, a propósito del pago de determinadas prestaciones no contempladas en los contratos de trabajo por parte de un empleador a sus trabajadores, que: *“no existen razones lógicas que permitan sostener el aserto de que hubo una modificación tácita del contrato, por la prolongación en el tiempo de dicha asignación, en la medida que ella fue mantenida contractualmente y renovada en iguales términos, hasta su cese, de tal manera que los sentenciadores no pudieron, sin incurrir en infracción de ley, omitir la consideración de dichos contratos y sus anexos para concluir en los términos en que lo hicieron pues se apartaron del artículo 1545 del Código Civil”* [CS. 16 de noviembre 2000. N° Legal Publishing 17744 (C.13)]. Así, a pesar de que se ordena interpretar el contrato según su aplicación práctica, ha de entenderse que dicha norma no permite imputar una cláusula inexistente al contrato.

Luis Claro Solar se ha referido a la importancia que ha de otorgarse al artículo en comento. Al respecto ha expresado que “la interpretación o aplicación que las mismas partes han hecho de las cláusulas del contrato, sobre cuya significación discuten después, es lo mismo que la interpretación auténtica de la ley, o sea la que de ella ha dado el legislador mismo, la que naturalmente debe preferirse a la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias”¹³⁰.

Otra norma inspirada en la buena fe en materia interpretativa y que resulta bastante coherente con la regulación que se hace en materia de ejecución de contratos, es el artículo 1563 del Código Civil, que en su inciso segundo dispone:

“las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Al igual que el artículo 1546 del Código Civil, esta norma impone al juez, al momento de interpretar, la necesidad de atender a lo que en la práctica se entiende ser común en un determinado momento y lugar. Sin embargo es menos exigente que el primero, ya que en este caso no se exigen los caracteres de generalidad y convicción de actuar en cumplimiento de una necesidad jurídica¹³¹.

En conclusión, no es necesario a la hora de interpretar un contrato hacer alusión a normas cuya función propia es configurar sus efectos, como el artículo 1546 del Código Civil. El legislador se encargó de consagrar normas propiamente interpretativas que encuentran su fundamento en el principio general, y que impregnan la actividad interpretativa de los criterios de rectitud y lealtad que rigen también al momento de la ejecución misma del contrato por aplicación del artículo 1546 del Código Civil.

¹³⁰ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago, Editorial Jurídica, 1979, Vol VI. pp. 19-20.

¹³¹ Los destacados juristas Alessandri, Somarriva y Vodanovic han caracterizado los usos como “prácticas o conductas que, por conveniencia, oportunidad u otros motivos, siguen en sus relaciones jurídicas determinados sujetos o círculos de un núcleo social dado”. Estos autores distinguen los usos de la costumbre por carecer de su generalidad ni llenar el requisito de la opinio necessitatis [En: ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVICH, Antonio. Tratado de Derecho Civil. 7ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. p.154]. En contra de esta opinión, Jorge López afirma que nuestra ley no hace diferencia entre uso y costumbre. [LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p.460].

c) Buena fe como mecanismo de integración

La función de la buena fe como mecanismo de integración de los contratos es aceptada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia. Este hecho, difícil de encontrar en el medio jurídico, se explica porque el tenor literal del artículo 1546 del Código Civil es meridianamente claro al señalar que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. [Énfasis añadido]

De la misma literalidad del artículo se desprende, mediante la expresión “*por consiguiente*”, que ejecutar un contrato de buena fe *significa* ampliar el círculo de las obligaciones expresadas a aquellas que, sin estarlo, emanan ya sea de la propia naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre. Así parece entenderlo don Alejandro Guzmán Brito, al señalar que “lo característico de la buena fe, y su real y único efecto es precisamente dejar a las partes sujetas a más consecuencias que las obligaciones expresadas en el contrato”¹³². Esta disposición permitiría entonces “ir más allá de lo que las partes han convenido para llenar el contrato de hasta lo más ínfimos detalles que implica la convención que fue celebrada”¹³³⁻¹³⁴.

La Corte Suprema también ha acogido esta visión, señalando que “*ha de entenderse que el citado artículo 1546 contempla una verdadera norma de integración de los contratos, pues según ella, estos últimos dictan más allá de su letra “todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a*

¹³² GUZMÁN, Alejandro: “La buena fe en...”, (Nº18), p.14.

¹³³ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Aspectos de la integración del contrato. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011. p. 253.

¹³⁴ La teoría clásica, en cambio, ha optado por una lectura y aplicación literal del contrato. En razón de ella se entiende que las partes se obligaron *únicamente* a lo que expresaron en el contrato, el cual debe ser ejecutado tal cual se pactó. [FRIED, Charles. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p.96].

ella”¹³⁵. También se ha afirmado que “no obstante encontrarse ubicada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, a propósito del efecto de las obligaciones, más parece una norma de integración del contrato, básica de considerar para el proceso interpretativo posterior”¹³⁶.

De lo expresado fluye la necesaria relación que existe entre los artículos 1546 y 1545 del Código Civil: una vez determinado el ámbito del contrato, en relación a las obligaciones explícitamente contenidas en el mismo y a aquellas integradas por mandato de la buena fe, éste constituye una ley para las partes contratantes¹³⁷. El mandato del artículo 1545 del Código Civil, en consecuencia, se debe cumplir una vez aplicado el 1546 del mismo Código, pues únicamente en ese momento es posible determinar el completo contenido del acto jurídico.

i. ¿Cuándo integrar?

Al hacer referencia a la integración se hace necesario aludir al estudio de las lagunas en el derecho. Las lagunas se originan en “los casos de la vida real que no encuentran una norma específicamente adecuada para ser solucionadas por ella”¹³⁸. En esta ocasión me referiré a las lagunas contractuales¹³⁹.

¹³⁵ Corte Suprema, sentencia de 11 de mayo de 1992, R.D.J., T. 89, secc. 1ª, pág. 46.

¹³⁶ Casación en el fondo, Corte Suprema, 11 de mayo de 1992, R.D.J. y G.T, 1992, tomo LXXXIX, 2ª parte, sec 1ª, considerando N°10, pp.48-49 [referencia extraída de: JOHOW, Christian, “La interpretación del...”, (N°119), p.218].

¹³⁷ En similares términos, los autores Díez-Picazo, Roca y Morales distinguen dos tipos de obligaciones contractuales: “aquellas que nacen de los expresos pactos, cláusulas o condiciones expresamente estipuladas, y aquellas otras que surgen sin que exista un pacto expreso.” [DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TARIAS, E; MORALES; A. Los principios del derecho europeo de contratos. Madrid, Editorial Civitas, 2002 p.272]. Ambas deben ser cumplidas como una “ley” por las partes contratantes.

¹³⁸ ALESSANDRI, Arturo, “Tratado de Derecho ...”, (N°131), p.199.

¹³⁹ Las lagunas se pueden originar tanto a nivel legal como convencional. Ambas deben ser subsanadas por el juez, éstas por mandato del artículo 1546 del Código Civil, y aquellas en virtud de la obligación que se le impone de fallar el caso aún en aquel evento. En este sentido, el artículo 76 de la Constitución Política de la República y el número 10 del Código Orgánico de Tribunales disponen que los tribunales “no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”; en tanto el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil señala en su numeral quinto, que las sentencias definitivas deberán contener “la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

La importancia de otorgar un adecuado tratamiento a los vacíos contractuales es enorme, toda vez que “los verdaderos problemas jurídicos se dan [...] por lo que se refiere a las circunstancias respecto de las cuales no se ha establecido una reglamentación contractual y para las cuales tiene que hallarse una regulación a partir de la Ley o por medio de la interpretación integradora del contrato”¹⁴⁰.

Cuando existe una laguna, “la única base sobre la cual estos casos no pueden resolverse es la del acuerdo, esto es, la del contrato como promesa. La corte no puede ejecutar forzosamente la voluntad de las partes puesto que no hay voluntades concordantes”¹⁴¹. El Código Civil ha dado una respuesta expresa a este problema al ordenar al juez integrar de buena fe el contrato, ya sea por vía de crear una nueva obligación, ya sea por medio de completar o especificar una ya existente. En este sentido es posible sostener que el artículo 1546 del Código Civil ordena que se imponga heterónomamente “una regulación de los intereses de los particulares, estimada como la más adecuada considerando aquélla que usualmente se dan las personas razonables”¹⁴².

Existen múltiples motivos que pueden explicar la existencia de un vacío contractual. En primer lugar, la celeridad en el tráfico hace que muchas transacciones se deban realizar de manera instantánea, sin que las partes tengan la opción de negociar los términos del contrato. Incluso existiendo la posibilidad de negociar sus cláusulas, subsanar todos los vacíos no es siempre la opción económicamente eficiente. En efecto, el análisis económico del derecho sugiere dejar un vacío “siempre que el costo efectivo de la negociación de términos explícitos supere al costo esperado de llenar una laguna”¹⁴³, originándose una laguna deliberada o voluntaria. Otra causa frecuente de vacíos contractuales es el hecho de que generalmente los intervinientes en un contrato son personas no letradas quienes al celebrar un negocio, más que

¹⁴⁰ FLUME, Werner, “Negocio jurídico”, (Nº2), p.717.

¹⁴¹ FRIED, Charles. “La obligación contractual”, (Nº134), pp. 90-91.

¹⁴² VIDAL OLIVARES, Álvaro. La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI: 219-222, 2000. pp. 213.

¹⁴³ COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. Derecho y economía. México, Fondo de cultura económica, (Traducción de Eduardo L. Suárez), 1998. p.257.

desean producir un efecto jurídico, buscan la organización, regulación y satisfacción ulterior de sus intereses, sin pensar en las posteriores consecuencias propiamente jurídicas del mismo. Es aún posible la existencia de lagunas en las hipótesis contrarias (cuando letrados hayan podido negociar latamente diversos aspectos relevantes del negocio con miras a impedir el surgimiento de incómodos vacíos) pues siempre subsistirá la incapacidad de las partes de lograr una previsión anticipada de todos los aspectos concretos de su convención¹⁴⁴. Todos estos motivos permiten explicar con facilidad por qué es frecuente que al momento de ejecutar la convención no exista cláusula que permita resolver qué hacer en cierto evento.

Frente a esta realidad, la instauración de normas que permitan salvar omisiones contractuales no es sólo necesaria, sino que aumenta la eficiencia del sistema. Como anticipaba, el problema de las lagunas no radica únicamente en la imposibilidad de prever *ex ante* los eventos del futuro, sino que además el intento por aproximarse a una (casi) completa anticipación de los mismos genera altos costos en términos de tiempo y de asesoría jurídica profesional.

Para comprender esto imaginemos un contrato entre dos empresas, una de las cuales se obliga a entregar un bien difícilmente reemplazable por otro (como una tuerca con características especiales) para que la contraparte lo utilice en sus procesos productivos. Claramente en la negociación del contrato las partes intentarán determinar la mayor cantidad de aspectos relativos a su ejecución, a fin de evitar la incertidumbre que deja un vacío contractual. Regularán los gastos más probables, como los de transportes o bodegaje. Regularán también la cantidad de unidades que se deberán suministrar mensualmente y su precio. Incluso, puede que regulen qué ocurrirá si el material de las tuercas aumenta su valor, o se extingue durante la vigencia del contrato. Sin duda, los aspectos centrales del negocio, y aquellos eventos que tienen una alta probabilidad de ocurrencia, han de estar debidamente precisados en la convención. Sin embargo, podría suceder que los contratantes no prevean la ocurrencia de alguna circunstancia que convierta un riesgo que solía ser de extraña ocurrencia en algo frecuente. Imagine que cambia la legislación aduanera del país importador y por ello se vuelve obligatoria la retención de los productos para un aforo al momento de internarse. ¿quién asumirá los costos del bodegaje y del retardo en la producción de los productos?

¹⁴⁴ VIDAL, Álvaro, “La construcción de...”, (Nº142), p. 222.

Evidentemente si cierto riesgo es extraño, no se justifica desde una perspectiva económica su expresa regulación. Lo racional será dejar esa regulación en las manos del juez. En estos casos “los tribunales subsanan [...] las lagunas “imputando” un término al contrato, lo que significa actuar como si las partes hubiesen negociado un término que en efecto no negociaron”¹⁴⁵. La norma que autoriza a los tribunales para imputar ese riesgo es justamente el artículo 1546 del Código Civil ¹⁴⁶. Cabe hacer presente que la integración no solamente opera cuando una materia no está regulada en forma alguna, sino que también en los casos en que, aún estándolo, ésta se encuentra incompleta.

Suponga que usted compra vía internet un computador en una gran tienda de *retail*. En la compra, se fija como día de recepción el 3 de julio. Llegado el día, se pretende efectuar la entrega en el lugar convenido a las 03:00, hora en que el comprador dormía y no supo del despacho. Luego de un par de minutos en los que el representante del vendedor esperó en la puerta, optó por dejar el computador en la entrada, bajo la lluvia. ¿Podría sostenerse razonablemente que la obligación de entregar la cosa fue íntegra y oportunamente cumplida? Me inclino a responder que no. La costumbre en nuestro medio es que el despacho de mercadería se debe realizar en horarios hábiles, por tanto es posible afirmar que aquella costumbre se encontraba integrada a la obligación del vendedor de entregar la cosa en horas hábiles⁹ a pesar de no haber sido expresada por las partes.

Pues bien, clarificada la necesidad de contar con mecanismos de integración de lagunas contractuales, y en el entendido de que no puede ser un fin general del derecho privado el involucramiento judicial en las convenciones entre particulares, surge la pregunta sobre los límites de la integración.

¹⁴⁵ COOTER, Robert, “Derecho y economía”, (Nº143), p.258.

¹⁴⁶ Así lo ha destacado don Enrique Barros al señalar que la función de este artículo es “completar el contenido del contrato, mas allá de lo expresamente pactado o previsto por la ley, con el contenido normativo que se entiende pertenecerle atendida la naturaleza de la obligación o lo que establece la costumbre” [BARROS BOURIE, Enrique. Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho. Revista Derecho y Humanidades, (7):11-37, 1999. p.20].

Refiriéndose a las condiciones que posibilitan la integración judicial de la convención, Carmen Domínguez ha señalado que es necesario -además de la existencia de un acuerdo de voluntades válido e incompleto respecto a sus efectos- que las partes no hayan excluido de manera expresa alguna de las consecuencias que puedan derivarse de la integración¹⁴⁷. De lo dicho fluye un primer límite a la integración: la voluntad de las partes en contrario. En efecto, “los términos implícitos subsanan las lagunas por *omisión*, lo que significa “en ausencia de términos explícitos por contrario”¹⁴⁸. Con esto se quiere significar que es plenamente lícita aquella cláusula mediante la cual los contratantes excluyen la aplicación de mecanismos de integración del contrato pues, por regla general, el derecho privado admite que las personas renuncien –cuando así lo deseen- a disposiciones legales de orden privado, por lo que si lo han hecho, existiendo un pronunciamiento explícito en esos términos, no será posible integrar el contrato¹⁴⁹. Así lo ha señalado también el profesor René Abeliuk, quien considera que “los artículos 1444 y 1546 [...] consagran la existencia de leyes supletorias que reglamentan los contratos sólo a falta de estipulación de las partes”¹⁵⁰. Lo dicho hasta aquí no es más que la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, en el cual se basa el derecho de contratos en nuestro ordenamiento¹⁵¹.

¹⁴⁷ DOMÍNGUEZ, Carmen, “Aspectos de la ...”, (Nº 133), pp.256-257.

¹⁴⁸ COOTER, Robert, “Derecho y economía”, (Nº143), p.259.

¹⁴⁹ En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia señalando, a propósito de la renuncia a la condición resolutoria tácita y la posibilidad de integrarla al contrato mediante la aplicación del artículo 1546 del Código Civil, que: “*Esta restricción hecha de común acuerdo es válida y obligatoria para las partes, toda vez que su consentimiento es el que determina el alcance, extensión, efectos y duración de los pactos, lo que emana de la autonomía de la voluntad*” [énfasis añadido] [C. Antofagasta. 16 de agosto de 2001. Nº Legal Publishing 25776 (C.3)].

¹⁵⁰ ABELIUK, René, “Las Obligaciones”, (Nº12), p.98.

¹⁵¹ El destacado jurista Werner Flume ha señalado que “la significación del contrato reposa en que, de acuerdo con el principio de autonomía privada como reconocimiento de la configuración autónoma de relaciones jurídicas, la reglamentación negocial de una relación jurídica que afecta a varias personas, por principio, sólo puede establecerse por esas personas de conformidad, porque de otro modo la autonomía sería sustituida por la heteronomía”. [FLUME, Werner, “Negocio jurídico”, (Nº2), p.714]. En consecuencia, la imposición de una cláusula contractual cuando dicha posibilidad ha sido excluida expresamente por las partes implica una negación de la base misma del derecho de los contratos.

Un segundo límite a la integración judicial, que fluye del mismo artículo 1546 del Código Civil, es que ésta debe fundarse en la existencia de una ley o una costumbre que puedan ser razonablemente aplicables a la laguna, o emanar de la naturaleza misma de la obligación, esto es, del sentido que las partes le han atribuido. Así, la integración no debe ni puede ser antojadiza o caprichosa, debiendo el juez fundamentar el derecho o la obligación que serán impuestos a las partes.

ii. El artículo 1546 del Código Civil como mecanismo de integración eficiente

De la afirmación que sostiene que es eficiente la consagración legislativa de un mecanismo de integración de los contratos, no se sigue que todo mecanismo de integración sea eficiente. A continuación abordaré el tema de la efectividad del artículo 1546 del Código Civil desde la perspectiva del sistema de contratación en general.

Se ha señalado que la posibilidad de integrar de buena fe un contrato implica un *trade-off* entre el ahorro de costos de determinación del contrato y los costos esperados que se derivan de un error judicial¹⁵². Un mecanismo de integración eficiente será aquel que logre el mayor incremento del ahorro derivado de la omisión de términos contractuales, disminuyendo al mismo tiempo los costos derivados de un error judicial. A mi juicio, la forma en la cual el legislador se ha hecho cargo de aquella tensión es mediante el establecimiento de criterios objetivos de integración, a saber, la ley, la costumbre y la naturaleza misma de la obligación, los que a su vez constituyen también el límite a la actuación judicial integradora.

Entendida la integración a la luz de aquellos elementos, se permite a las partes la necesaria previsión de las consecuencias jurídicas y económicas de sus actos, al tener un acceso *ex ante* al mandato que pudiera emanar de cada uno de estos elementos, permitiéndoles anticiparse a las obligaciones que pudieran ser creadas. Las partes seguirán siendo libres para pactar lo que estimen conveniente, sin temor a que el juez imponga a las partes, por medio de la integración, sus propias concepciones de equidad y justicia.

¹⁵² Traducción libre, el original señala: “The obligation of good faith implies a trade-off between specification-cost saving and expected cost deriving from judicial error” [ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.6].

La búsqueda de aquella necesaria previsibilidad en el derecho de contratos justifica la decisión de don Andrés Bello de modificar la disposición contenida en el Código Civil francés¹⁵³, que señala en su artículo 1135:

*“les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature”*¹⁵⁴.

Como es posible apreciar, el legislador eliminó deliberadamente la referencia a la equidad y a los usos, reemplazando a la primera por “la ley” y a la segunda por “la costumbre”. Con la primera exclusión, presumiblemente se buscó evitar que la ejecución de buena fe de un contrato se identifique con la visión privada (y por tanto subjetiva) del juez de lo que es equitativo. La buena fe no constituye, en consecuencia, la herramienta de la cual se puede valer el juez para mejorar contratos inequitativos, sino que constituye un mecanismo para salvar omisiones en base a criterios objetivos, respetando la concepción de justicia que las mismas partes han plasmado en la convención¹⁵⁵.

Lo propio ocurre con el reemplazo de “usos” por “costumbre”. Como ya se adelantó¹⁵⁶, no es posible identificar la costumbre con los usos pues, como señala Díez-Picazo, “la costumbre se caracteriza por la forma de su producción: se trata de un derecho nacido en los grupos sociales.

¹⁵³ Sobre un interesante análisis sobre la evolución histórica del artículo 1546 del Código Civil, se sugiere consultar: GUZMÁN, Alejandro: “La buena fe en...”, (Nº18).

¹⁵⁴ “Las convenciones obligan no solamente a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza” [traducción libre].

¹⁵⁵ Otro ejemplo del espíritu que guió al legislador se puede encontrar en el artículo 24 del Código Civil, en el que se alude a la equidad natural como mecanismo de interpretación de la ley. Al respecto, se ha señalado que “también para Bello la equidad natural era una categoría objetiva y verificable, de la cual se puede dar cuenta argumentativa y razonada, y que no consiste en la mera afirmación de ser algo equitativo o de parecerle tal cosa equitativa a alguien, ya que eso es arbitrariedad y discreción, pero no equidad”. [GUZMÁN BRITO, Alejandro. La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile. En: Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992. P. 78-79]

¹⁵⁶ Ver nota 131.

Y se caracteriza, además, por la forma de exteriorización o manifestación, en cuanto que ese derecho creado debe manifestarse a través de un uso, o lo que es igual, de una efectiva acomodación, continuada y uniforme, de la conducta a tales reglas”¹⁵⁷. La costumbre supone ciertos usos, pero no se agota en ellos¹⁵⁸. Esta circunstancia aumenta la posibilidad de las partes de prever la conducta a la cual quedarán obligadas, lo que no siempre ocurre con los usos.

La inclusión de criterios objetivos que sirven de fundamento y límite a la integración constituye, por consiguiente, una garantía para las partes de que el juez no podrá, en ejercicio de su facultad de adjudicación, romper con la ordenación privada de intereses que se han dado.

Es el turno de analizar cada uno de los elementos que señala el artículo 1546 del Código Civil, para dilucidar a qué quedarán obligadas las partes en definitiva.

I. Cosas que emanan de la naturaleza de la obligación

Antes de comenzar a perfilar en qué consiste este elemento, es preciso señalar que no es posible confundir esta expresión con la empleada en el artículo 1444 del Código Civil, a propósito de los elementos del acto jurídico. Dicho artículo se refiere a las cosas de la naturaleza de todo contrato, señalando que éstas son aquellas que “*no siendo esenciales a él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*”. De una lectura armónica de los artículos 1546 y 1444, ambos del Código Civil, parece adecuado inferir que el primero dota de contenido al segundo, pues frente a la pregunta de qué cosas se entienden pertenecer a un contrato, la respuesta será todo aquello que por la naturaleza de la obligación, por la ley, o por la costumbre se entiendan incorporadas. Estas “cosas de la naturaleza” pueden omitirse sin que el contrato pierda su eficacia o degenerare en otro diferente¹⁵⁹.

¹⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Sistema de Derecho Civil”, (Nº32), p.127.

¹⁵⁸ Siguiendo esta línea, Carlos Ducci entiende que los usos son un requisito de la costumbre. Así, señala que la costumbre debe tratarse “a) de un uso social de carácter general (dentro de un ámbito determinado): b) que tenga el carácter de uniforme: c) que sea constante: d) que tenga una cierta duración en el tiempo: e) que tenga un sustrato jurídico” [DUCCI, Carlos: “Derecho Civil: parte general”, (Nº12), p.100].

¹⁵⁹ ALESSANDRI, Arturo, “De los Contratos”, (Nº58), p.9.

Dicho esto, corresponde analizar a qué alude la expresión “cosas que emanan de la naturaleza de la obligación”. Este elemento viene a reafirmar el hecho evidente de que para integrar un contrato se debe tener a la vista, en primer término, el mismo contrato. Karl Larenz ha señalado sobre el particular que “el criterio decisivo para toda integración judicial del contrato [...] es [...] el sentido (especial y general) del propio contrato”. La misión del juez será, según este autor, poner de manifiesto lo que sin decirlo, se encuentra ya resuelto o implícito en el contrato y se encuentra tan sólo pendiente de externalización¹⁶⁰. Así, cuando el juez constate una laguna contractual, para llegar a determinar el contenido de la obligación, deberá “atender a lo que el deudor podía esperar como riesgos propios en la ejecución de su prestación en un contrato de ese tipo [...] en un horizonte de lo que previsiblemente puede suceder”¹⁶¹. En este sentido, el jurista Alejandro Guzmán Brito ha señalado que “a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”¹⁶².

Para reflejar el punto, imaginemos que el dueño de un pequeño edificio comercial, de cinco locales, da en arriendo uno de ellos para la construcción de una lavandería. Luego de una ardua negociación, se determina el precio del arrendamiento en función de una fórmula que considera una renta mensual en parte fija, y en parte variable y dependiente de las utilidades que resulten del negocio. Dicho contrato se celebra por el plazo de un año. Transcurridos dos meses desde su celebración, el propietario del edificio decide dar en arriendo el resto de los locales a otras empresas del mismo rubro, lo que se traduce en una disminución tal de los ingresos de la primera lavandería que apenas alcanza a pagar la parte fija de la renta. ¿Tenía el propietario la obligación de abstenerse de arrendar el resto de los locales a otros empresarios del mismo rubro?

La respuesta a la pregunta planteada no es simple. Sin perjuicio de que la práctica comercial ampara la libertad de los propietarios para arrendar sus locaciones a quienes estimen conveniente,

¹⁶⁰ Ambas en LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p.212.

¹⁶¹ BARROS, Enrique, “Finalidad y alcance...”, (Nº107), p.417.

¹⁶² GUZMÁN, Alejandro: “La buena fe en...”, (Nº18), p.17.

salvo pacto en contrario, creo que si se observa con detención la naturaleza de la obligación pactada y en particular la fórmula para fijar la renta, es posible concluir que en el contrato existe un ánimo de colaboración mutua, en el sentido de que mayores ingresos por parte del arrendatario suponen una mayor ganancia para el propietario. En virtud de lo anterior, es razonable que la parte arrendataria asuma que su arrendador no realizará actos jurídicos que pudiesen afectar, en forma directa, sus utilidades.

En un caso conocido por la Corte de Apelaciones de San Miguel, es posible encontrar otro ejemplo de integración según la naturaleza de la obligación. En él, el juez complementa una obligación ya existente en un contrato utilizando las cosas que emanan de la misma. Los hechos del caso se refieren a una persona que tras haber celebrado un contrato de compraventa de un refrigerador y un cooler y constantando la defectuosidad de los productos, trató de ejercer la garantía que, según el demandante, no fue respetada. Al respecto, el Tribunal resolvió lo siguiente:

“Al vendedor del rubro refrigeración y línea blanca, no sólo le asistía la obligación de entregar materialmente las cosas, una vitrina refrigerada y un cooler usados, sino que además proporcionar todo lo necesario para que las especies vendidas pudieran cumplir con los fines que son propios de las mismas y con los de la actividad comercial del comprador a la que estaba destinada, esto es preservar los elementos perecibles que vendía en su almacén el comprador”¹⁶³.

En este caso el juez precisa el exacto alcance de la obligación, complementando la obligación de entregar contenida en el contrato, con el deber de hacer lo necesario para cumplir el fin que tenía a la vista el comprador. Para determinar qué era lo que en concreto impone la naturaleza de la obligación, el juez determinó como elementos relevantes la calidad de comerciante del comprador, y el elemento de previsibilidad respecto al uso que se haría de las cosas¹⁶⁴.

¹⁶³ C. San Miguel. 16 de junio de 2011. Nº Legal Publishing 50066 (C.3).

¹⁶⁴ Múltiples fallos han integrado el contrato en base a la naturaleza de la obligación. Por ejemplo, se ha fallado que “en virtud del principio de buena fe contractual, contemplado en el artículo 1546 del Código Civil, las ISAPRES no sólo están obligadas al tenor de lo que expresan los contratos, sino a todas las

En cumplimiento del mandato legal de integrar la convención según la naturaleza de la obligación, el juez no puede perder de vista que éste es “un medio a disposición de los particulares para organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de los mismos”¹⁶⁵, razón por la cual deberá analizar las cláusulas contractuales y la distribución del riesgo¹⁶⁶ que han realizado las partes y en virtud de aquella determinar nuevas obligaciones que sirvan al propósito económico subyacente en el acuerdo. De esta misma forma se configura un límite a la labor judicial, toda vez que el juez no puede tener en cuenta elementos ajenos al contrato, es decir, “aquellas circunstancias cuya consideración no viene exigida por el sentido del mismo”¹⁶⁷ que pudieran atentar contra el fin que las partes han tenido en vista al momento de su celebración.

cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, por lo que, precisado el objeto de las ISAPRES, es necesario que se encarguen de convenir de la forma que estimen conveniente con los prestadores de salud, la manera de conseguir que los beneficiarios de cualquier tipo de plan, especialmente los de aquellos de los denominados cerrados [...] puedan acceder siempre a las prestaciones y beneficios de salud de manera pronta y oportuna” [CS. 4 de diciembre de 2000. N° Legal Publishing 17815]; También se falló que “la actora, como “Asistente Técnico Asistencial con trato directo de niños”, debía cumplir en el establecimiento de la demandada, no era necesario que su contrato de trabajo especificara que no podía dar malos tratos a los niños pequeños que les correspondía atender, pues ello es evidente y no es necesario explicitarlo” [C. Concepción. 12 de agosto de 2004. N° Legal Publishing 31843_CA (C.2)]. Asimismo, se ha resuelto que “toda vez que es propio de la obligación de la concesionaria el brindar un servicio eficaz y seguro a los usuarios, resulta lógico concluir que es obligación de la concesionaria instalar no solamente esas barreras, sino que realizar todas aquellas obras necesarias para el cumplimiento oportuno de la obligación de otorgar seguridad a los usuarios que se sirvan de tal concesión”¹⁶⁵ [C. Santiago. 21 de agosto de 2008. N° Legal Publishing 39688 (C.4)]. En relación a las obligaciones contraídas por los bancos, se ha sostenido que “[f]luye de la naturaleza del contrato, para el librado, el tomar todas las precauciones a la hora de pagar un cheque, debiendo analizar no sólo si la firma está conforme con la registrada en el Banco o si el documento presenta raspaduras, enmendaduras u otras alteraciones notorias, sino estar atento a cualquier anomalía o detalle sospechoso que advierta” [C. Santiago. 6 de abril de 2009. N° Legal Publishing 41971 (C.2)]. En el mismo sentido: C.S 15 de septiembre de 1999. N° Legal Publishing 16235. (C.4).

¹⁶⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento y los remedios del acreedor en la *propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*. Revista Chilena de Derecho Privado (16), p.258.

¹⁶⁶ El jurista Charles Fried entiende el contrato como “un instrumento para distribuir riesgos” o, dicho de otro modo, como “un intento deliberado de tratar con la incertidumbre” [FRIED, Charles. “La obligación contractual”, (N°134), p.89]. En este sentido, el juez está absolutamente impedido de transformar un contrato “insensato” o “injusto” en otro “razonable” o “justo” [FLUME, Werner, “Negocio jurídico”, (N°2), p.391].

¹⁶⁷ LARENZ, Karl, “Base del negocio...”, (N°160), p.213.

Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Valparaíso al reconocer que la naturaleza de la obligación opera como límite a la buena fe. Los hechos del caso eran los siguientes: Dos personas celebraron un contrato de prestación de servicios profesionales, en virtud del cual una empresa debía otorgar atención médica de urgencia a al co-contratante, quien debía a su vez pagar un precio por el servicio. Un día el demandante requirió de los servicios de la demandada. Ante la persistencia del dolor, la demandada tuvo que efectuar dos visitas médicas, diagnosticando el malestar en una primera ocasión como “gastritis aguda” y en la segunda atención de “trastorno funcional digestivo”. El demandante aduce que el tratamiento no fue correcto ya que el paciente terminó operándose de peritonitis. En lo que aquí interesa, el juez sentenció lo siguiente:

“No se podía exigir a las demandadas en aras al cumplimiento de los contratos conforme al principio de la buena fe, más de lo que les era factible realizar en razón de la naturaleza de la atención prestada: de emergencia”¹⁶⁸

De este fallo fluye la conclusión de que los deberes de comportamiento que se impondrán a las partes por la vía de la integración del contrato han de ser apreciados en relación a la naturaleza de lo pactado, de manera que el juez no podrá imponer deberes superiores de aquellos que las partes podrían, razonablemente, haber tenido en consideración al celebrar el contrato.

II. La ley

El artículo primero de nuestro Código Civil define “ley” en términos formales, como “*una declaración de la voluntad soberana*”. Por consiguiente, es lógico que el legislador presuma que una buena forma de integrar una laguna contractual es mediante lo que el común de las personas han decidido, mediante sus representantes, que constituye derecho vigente.

La ley puede integrar los contratos por medio de normas renunciables o irrenunciables. Son renunciables cuando es posible eliminarlas por medio de un pacto expreso de las partes. Es lo

¹⁶⁸ Juzg. Civ. de Viña del Mar, 26 de Julio de 1999. N° Legal Publishing 26071 (C.39).

que ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de saneamiento en la compraventa (el artículo 1852 del Código Civil permite renunciar a la obligación de saneamiento de la evicción y el 1859 del Código Civil lo permite respecto a la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios). Existen también disposiciones legales irrenunciables para las partes, que se entienden de la misma forma incorporadas a la convención.

Un ejemplo del primer tipo de disposiciones se encuentra en un caso conocido por la jurisprudencia, en donde se realizó un préstamo de dinero, omitiéndose la fecha en la que debía ser restituido. La Corte invocando el artículo 1546 del Código Civil, aplica para determinar la oportunidad las normas del contrato de mutuo, en particular, al artículo 2200 del mismo cuerpo legal que *“prevé la situación del mutuario al que no se hubiere fijado término para el pago; caso en el cual no habrá derecho exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega”*¹⁶⁹. Así, el juez integra a la convención entre las partes un plazo no estipulado para el cumplimiento de la obligación, fundándose en la regulación específica que hace el legislador a propósito del contrato de mutuo.

La jurisprudencia también ha reconocido casos en los que se integra el contrato por medio de disposiciones irrenunciables. Al conocer de un caso en que un cliente demanda a su banco luego de que éste haya informado a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de una deuda impaga, sin permitirle previamente defenderse ni hacer descargo alguno, la Corte Suprema sentenció que:

*“Ha quedado comprobado el incumplimiento de la demandada en el cumplimiento de la obligación que le viene derivada de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley General de Bancos, integrada al contrato celebrado con el actor, plasmado en el pagaré que incide en la contienda, puesto que informó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras una deuda vencida o castigada por cuyo cobro compulsivo no había accionado judicialmente”*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ C. Valparaíso. 11 de octubre de 1991. N° Legal Publishing 19614 (C.4).

¹⁷⁰ CS. 4 de julio de 2011. N° Legal Publishing 49550 (C.12).

La vulneración de la norma integrada al contrato constituye propiamente un incumplimiento contractual. El permiso del legislador de utilizar la ley como mecanismo integrador es lógico, en el sentido de impedir que las partes burlen una disposición legal imperativa por medio de un contrato, ya sea eliminándola, ya sea omitiéndola.

III. La costumbre

Especial interés merece la aplicación que se da a la costumbre en materia contractual.

La costumbre “consiste en la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una sociedad, acompañada de la convicción de que esa regla responde a una necesidad jurídica”¹⁷¹. El Código Civil regula la costumbre en su título preliminar, disponiendo en su artículo segundo que:

“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

Tradicionalmente, se ha entendido que la aplicación de la costumbre en el derecho civil es más bien restringida, permitiéndose únicamente en los casos de “costumbre según ley”. Sin embargo, el artículo 1546 del Código Civil amplía enormemente su ámbito de influencia, ya que “nos encontramos en presencia de un caso en que la ley se remite expresamente a la costumbre y ello para hacerla formar parte del contenido del contrato, con fuerza obligatoria para los contratantes”¹⁷². La costumbre ha de aplicarse, por consiguiente, a la generalidad de los contratos celebrados entre privados, sin límites probatorios.

La costumbre “refleja los usos comunes que forman parte de un contrato entre personas

¹⁷¹ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de derecho Civil. 5ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2011. p.30.

¹⁷² DUCCI, Carlos, “Interpretación jurídica...”, (Nº77), p.199.

medias”¹⁷³, por lo que a falta de disposición contractual resulta razonable presumir que se han querido obligar en los términos en que lo haría la generalidad de las personas.

Un ejemplo jurisprudencial de integración conforme a la costumbre¹⁷⁴ se presenta a propósito de un caso en el que se discutía si un arrendatario tenía o no derecho a recoger una cosecha de naranjas que sembró en el inmueble arrendado, una vez expirado el plazo de vigencia del contrato. Luego que la Corte de Apelaciones acogiera la interpretación del arrendatario en el juicio, fundándola en los artículos 4 y 5 del Código de Comercio¹⁷⁵, la Corte Suprema señaló:

“[S]egún la costumbre agrícola se entiende, en esa clase de contratos, que el arrendatario está facultado para cosechar los frutos dentro de los 60 días de expirado, hecho o circunstancia que perfectamente puede establecerse por medios de prueba testimonial, sin las limitaciones que la ley comercial establece”.

Que el artículo 2º del Código Civil, pertinente en la especie, dispone que "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella". Esta norma, por la naturaleza contractual del vínculo de las partes, debe necesariamente relacionarse con la regla del artículo 1546,

¹⁷³ WERNER POZO, Carolina; NEHME ZALAUQUETT, Nicole. El Rol de los Conceptos de Orden Público, Buenas Costumbres y Buena Fe en la Contratación entre Partes Desiguales. En: DORA MARTINIC, María (Ed.). Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LexisNexis, 2005. p. 659.

¹⁷⁴ Diversos fallos han reconocido obligaciones emanadas de la costumbre: 2º Juzg. Civ. de Concepción, 29 de abril de 1992. N° Legal Publishing 14967_PRI (C.18); C. Valparaíso 19 de marzo de 2002. N° Legal Publishing 24440_CA (C.5); C. Santiago. 31 de marzo de 2009. N° Legal Publishing 42036 (C.7).

¹⁷⁵ La primera disposición señala: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio”. El artículo 5 dispone: “No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1º Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2º Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba”.

del mismo cuerpo legal [...] De este contexto es posible inferir que la alegación del actor en orden a que no se pactó expresamente en el contrato de arrendamiento el plazo de 60 días para recoger los frutos naranjas carece de importancia, pues, tratándose de una convención celebrada de buena fe, las cláusulas de uso común, como es la relativa al plazo, según se ha probado, se presumen aunque no se expresen”¹⁷⁶.

Si bien el tribunal parece confundir la norma de integración del artículo 1546 del Código Civil con aquella de interpretación recogida en el artículo 1563 inciso segundo del mismo código, la conclusión es acertada: el contrato debía integrarse por la costumbre del lugar que otorga al arrendatario un plazo para recoger los frutos.

Antes de terminar con este elemento me parece adecuado recordar que la incorporación de la costumbre al contrato se encontrará limitada por la existencia de una cláusula expresa en contrario, y estimo que también se deberá excluir su aplicación si de la regulación interna que hicieron las partes, esto es, de la naturaleza misma de la obligación, ha de entenderse que la aplicación de dicha costumbre vulnera la lógica económica subyacente en la convención.

Según lo señalado en este apartado, la buena fe, concebida en los términos del artículo 1546 del Código Civil, constituye un poderoso mecanismo de integración que permite a las partes ahorrar tiempo y recursos al suplir de manera eficiente los vacíos propios de todo contrato. El juez está obligado a realizar dicha integración conforme a parámetros objetivos emanados del contrato mismo, de la ley o de la costumbre, excluyéndose así la posibilidad que el juez que conoce del asunto configure dichos deberes en base a sus convicciones personales. Este entendimiento de la función integradora de la buena fe permite soslayar el riesgo de una arbitraria intromisión judicial en la convención.

d) La buena fe como patrón de conducta

Luego de haber analizado las distintas funciones que se han reconocido en el artículo 1546 del Código Civil, llega el momento de analizar dicho artículo desde la óptica del patrón de

¹⁷⁶ CS. 22 de diciembre de 2004. N° Legal Publishing 31625 (C.11).

conducta contenido en él. En este punto vuelve a tomar un rol protagónico la distinción entre normas y principios, contenida en el primer capítulo de este trabajo ya que, como expresé, un estándar de conducta se encuentra a mitad de camino entre una regla determinada y un principio jurídico. A continuación me abocaré a analizar la manera en la cual, a mi juicio, ha de aplicarse dicho estándar en materia contractual.

i. Reconocimiento de la buena fe como un estándar de conducta

La consagración normativa de la función de estándar de la buena fe se encuentra en la primera parte del artículo 1546 del Código Civil, en la que se señala que “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”. Bajo este prisma, que divide en dos el texto del artículo al que se hace referencia, la expresión “*por consiguiente*” no agotaría el contenido del mismo, por lo que su segunda parte (“*por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”) configuraría una aplicación no exclusiva de lo que ha de entenderse por ejecutar de buena fe el contrato. Si el legislador no hubiese querido consagrar un patrón de conducta de buena fe en materia contractual, simplemente habría omitido la primera parte del artículo 1546 del Código Civil, dejando únicamente su función integradora de derechos y obligaciones, sin embargo, la incorporación del estándar de la buena fe obedece tanto a fines de justicia como a fines prácticos que son imposibles de desconocer, como ya tendré la oportunidad de analizar.

Estimo que el estándar de buena fe se encuentra también incorporado al derecho de contratos por medio del artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, ciertamente en forma limitada, imponiendo una obligación de comportamiento coherente con el que se ha ejercido en el pasado.

Además de los argumentos de texto, he señalado que la consagración del estándar de buena fe se justifica desde una perspectiva netamente práctica. En materia contractual las partes acuerdan ponerse una al servicio de la otra para la consecución de un objetivo cuya satisfacción es justamente la causa que permite que surjan las obligaciones recíprocas. Como resultado de una

regulación eficiente de los contratos¹⁷⁷ las partes, al momento de contratar, dejan atrás la lógica adversarial que opera en la negociación que lo antecede para colaborar con la contraparte¹⁷⁸. Ambas acuerdan atender el interés del co-contratante precisamente porque de ese interés depende en último término, el interés propio¹⁷⁹. Debido a que “las relaciones contractuales establecen lazos de comunidad entre las partes, y tales lazos generan sus propios imperativos morales, muy distintos de las obligaciones limitadas que las partes pudieron haber asumido al crear la relación”¹⁸⁰, es que la buena fe contractual permite que las concepciones compartidas por la comunidad de lo que es “correcto” sean incorporadas al pacto celebrado.

La jurisprudencia nacional también se ha manifestado conforme en recoger la visión que señala que el artículo 1546 del Código Civil reconoce un patrón de conducta, al señalar que:

“El principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituido por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto. Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto. Ésta es empleada

¹⁷⁷ El análisis económico del derecho señala que la cooperación “es eficiente cuando el promitente invierte en el cumplimiento al nivel eficiente y el receptor de la promesa confía al nivel eficiente” [COOTER, R. y ULLEN, T., “Derecho y economía”, (Nº143), p.287].

¹⁷⁸ El ánimo colaborativo propio de ciertos contratos ha dado lugar al nacimiento a la categoría contractual de “contrato colaborativo”. La doctrina ha estimado que “en un contrato colaborativo, lo que predomina es el largo plazo para que las partes vean satisfechas sus necesidades. De ahí que surja una fuerte interdependencia entre ellas, basada en la confianza mutua, y ligada a deberes de colaboración, lealtad, información y, a veces, de exclusividad” [PARDO LÓPEZ, Pamela. Sobre la posibilidad de admitir en Chile las nociones de contrato colaborativo y contrato adversarial: una mirada desde el “regulating law”. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011. pp. p.241-242].

¹⁷⁹ La interdependencia de las obligaciones en un contrato bilateral es reconocida en el artículo 1552 del Código Civil, cuando se supedita la mora de una de las partes al cumplimiento de la contraparte. Esta disposición señala: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

¹⁸⁰ FRIED, Charles. “La obligación contractual”, (Nº134), p.114.

*como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad, y es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico”*¹⁸¹.

Como es posible apreciar, además del reconocimiento legal del patrón de buena fe, los tribunales de justicia lo han invocado al momento de fallar, intentando dotarla de un contenido determinado. A propósito de la aplicación jurisprudencial del estándar de buena fe, es pertinente retomar la discusión sobre el ámbito de discrecionalidad judicial ante la norma en comento.

ii. El estándar de buena fe a la luz de la distinción entre normas y principios

En el capítulo primero de esta memoria he descrito que el Derecho se vale tanto de normas específicas y determinadas como de principios jurídicos para la regulación de la realidad jurídica. En medio de esos extremos existe un ámbito en el cual algunas directivas legales son más reglas y otras están más cerca de los estándares¹⁸². Señalé también que un estándar de conducta es una norma abierta que determina la manera en que un determinado sujeto *debería comportarse* en una circunstancia dada. Cabe recordar que esta técnica legislativa se caracteriza por otorgar al juez un ámbito de discreción amplio (pero acotado) en la decisión, lo que supone que el legislador tolera una diversidad de decisiones disímiles como solución a un caso concreto¹⁸³.

La buena fe como un estándar constituye “un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado en los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas”¹⁸⁴. En este

¹⁸¹ CS. 8 de marzo de 2012. N° Legal Publishing 59372 (C.19).

¹⁸² Traducción libre, el original señala: “in between these extremes there is a continuum, on witch some legal directives are more at the rules end and others closer to the standards end” [SCHAUER, Federick, “Thinking like...”, (N°43), p.189].

¹⁸³ Traducción libre, el original señala: “discretion is that some institution with the power to control or review will let stand a multiplicity of quite different decisions” [Íbid., p.191].

¹⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Los principios del...”, (N°137), p.156.

apartado pretendo analizar cómo es posible armonizar la consagración de un estándar con las exigencias del orden público y con el derecho imperativo de suerte que, en ningún caso, “el recurso a la buena fe o a la alegación de obligaciones de buena fe pueda erigirse en coartada para barrenar los mandatos contenidos en las normas legales o sus efectos”¹⁸⁵.

Conviene comenzar señalando que el estándar de buena fe no difiere mucho a otros estándares regulados en el Código Civil. En esta ocasión, me valdré del estándar de la culpa para mostrar cómo uno y otro se asemejan y se diferencian en ciertos aspectos. La culpa se encuentra definida y graduada legalmente en el artículo 44 del Código Civil¹⁸⁶. Para poder verificar si se ha obrado de manera culpable, habrá que comparar el comportamiento real de un sujeto con aquel comportamiento que señala el artículo 44 del mismo Código, prescindiendo del conocimiento, destrezas y deseos del ejecutor del hecho. El artículo 1546 del Código Civil manda a hacer lo mismo con la buena fe, en el sentido de realizar una comparación objetiva de la conducta del sujeto con la de un patrón ideal, con la diferencia (no menor) de que en este caso no se ha definido legalmente qué se ha de entender por una conducta de buena (o mala) fe. El legislador abandona al juez en este punto, dejándole la carga de determinar no sólo si una persona obró de buena o mala fe, sino también la de señalar *cuál es* el comportamiento que de él se exige¹⁸⁷.

Como señalé en el capítulo primero, una de las principales virtudes del recogimiento de un estándar de buena fe es que permite al juez dar una salida a conflictos en la ejecución de un contrato que obedecen a diversas causas y cuya solución es muy difícil de alcanzar por la vía

¹⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p. 66.

¹⁸⁶ El artículo 44 del Código Civil señala: *La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”.

¹⁸⁷ Siguiendo esta línea, se ha sostenido que: “the abstract standard of good faith must be concretized in order to be able to be applied. The court determines what good faith requires in the circumstances of the specific case [HESSELINK, Martijn, “The Concept of...”, (Nº101), s/n].

legislativa, pues para el legislador –al igual que para las partes contratantes- es imposible adelantarse a la multiplicidad de eventos de la realidad. La consagración de estándares (en este caso, el de buena fe) es un buen mecanismo para dar una solución a aquella imposibilidad de previsión por parte del legislador.

Un buen ejemplo de que la buena fe-estándar constituye una poderosa herramienta jurídica se puede apreciar en la experiencia alemana. La interpretación que se ha hecho del artículo 242 del BGB, que consagra la buena fe, ha devenido en que ésta haya llegado a transformarse en una de las más famosas “cláusulas generales” a través de la cual comenzó la llamada “*case law revolution*” o revolución del derecho de casos¹⁸⁸. A través de esta disposición se han incorporado notables avances judiciales que han determinado la codificación de ciertas instituciones, como la teoría de la imprevisión, que surgieron originalmente de la jurisprudencia¹⁸⁹.

Esta herramienta debe entenderse, sin embargo, limitada en cuanto a su contenido. La buena fe impone a las partes un comportamiento objetivo, independiente de lo que el sentenciador estime correcto en un momento dado según sus propias apreciaciones de equidad o justicia. El fin del derecho no es (ni debe ser) uniformar el pensamiento de la comunidad a la cual rige, sino que darle un ordenamiento para que las personas logren vivir pacíficamente no obstante sus diferencias. Es por esto que “la buena fe [...] se limita a introducir al derecho una moral del deber, cuyo objetivo es descubrir las reglas básicas sin las cuales una sociedad orientada hacia ciertos fines no puede funcionar, es decir, no importa una imposición de un deber de

¹⁸⁸ Traducción libre, el original señala: “242 BGB has thus, by way of interpretation, been transformed into one of the famous “general clauses” by means of which Germany’s “case law revolution” was effected. [MUSY, Alberto: The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures. [en línea] <<http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2013. p.4].

¹⁸⁹ Creo que esta forma de recoger doctrinas jurídicas es discutible. A mi entender, la incorporación de complejas instituciones jurídicas a través de la buena fe contractual es una forma de esquivar la inactividad del legislador a la hora de pensar de manera seria los nuevos desafíos que exige el tráfico jurídico e incorporarlos de una vez y en forma definitiva a nuestro Código de derecho privado. No parece correcto burlar un debate legislativo en torno al tema mediante la utilización de un precepto relativamente indeterminado.

comportarse “perfectamente”, si no que solamente establecerá ciertos límites de comportamiento, aquellos que son *razonables* para permitir una convivencia pacífica”¹⁹⁰.

Para determinar el comportamiento que es razonable exigir en aras de la buena fe, el juez está obligado a considerar los propios valores que resguarda el ordenamiento privado y que emanan del mismo¹⁹¹, ya que la buena fe expresa ciertas “valoraciones que resultan de una normatividad social que no se expresa en reglas precisas, pero cuya vigencia se muestra usualmente con naturalidad cuando el estándar es infringido. No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una invocación de percepciones compartidas acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable”¹⁹². En relación a este punto, el jurista español Luis Díez-Picazo ha propuesto dos coordenadas para que la aplicación de la buena fe resulte admisible. En primer lugar señala que las reglas de la buena fe deben ser *inequívocas* en relación a la conciencia social de la cual emanan, y de ello se desprende que debe ser fácilmente *reconocible* para cada uno de los contratantes la existencia de tales exigencias o deberes¹⁹³. Estas directrices permiten cumplir con una de las funciones centrales del derecho de contratos, cual es “la de disuadir a los individuos de un comportamiento oportunista en relación con sus contrapartes contractuales, a fin de alentar la cronología óptima de la actividad económica y (lo que es lo mismo) eliminar las costosas medidas de autoprotección” ya que ambas partes podrán anticipar razonablemente las consecuencias de un comportamiento desleal con la otra¹⁹⁴, permitiendo que puedan confiar en los tribunales de justicia como entidades eficientes a la hora de dar solución a sus diferencias.

¹⁹⁰ BARROS BOURIE, Enrique. Derecho y Moral. Revista de Derecho y Jurisprudencia, (80): 45 – 65, 1983. 12-13.

¹⁹¹ En los Principios Europeos del Derecho de los Contratos se ha destacado el carácter objetivo de la buena fe. Su artículo 1:302 señala: “lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal”.

¹⁹² BARROS, Enrique, “Límite de los...” (Nº146), p.19.

¹⁹³ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.67.

¹⁹⁴ POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. 2ª ed. México, Fondo de cultura Económica, 2007. 1120 p.162.

Adicionalmente, cabe destacar que lo que objetivamente debe entenderse por ejecución de buena fe, debe determinarse a la luz del contexto al que ha de aplicarse, esto es, a partir del contrato mismo¹⁹⁵. Las directrices planteadas en el artículo 1546 del Código Civil coadyuvan a la apreciación de las circunstancias del caso, pues existen pocos elementos que revelen de mejor manera lo que una sociedad entiende por razonable o deseado que la ley o la costumbre. La ley plasma el querer de la sociedad por ser justamente una manifestación de su soberana voluntad, y la costumbre por su parte, es el reflejo de lo que un grupo definido de personas considera correcto de manera inconsciente y repetida por medio de sus actos cotidianos. La naturaleza de la obligación es también un elemento relevante ya que el juez no podrá exigir a las partes que adopten un comportamiento que haga irrisorio el contrato mismo, de forma en que sea evidente que las partes no habrían contratado en esos términos de haber sabido que deberían actuar de tal manera.

No obstante ser la buena fe un estándar objetivo, su aplicación dista bastante de ser uniforme pues, como anticipaba, el comportamiento debido va a depender de los valores emanados de una normatividad social que ha de variar según la época y contexto en que se aplique. Resulta entonces pertinente la pregunta respecto a la manera en la que se podrá llevar al terreno práctico este estándar.

En el derecho comparado, la forma de racionalizar la buena fe es distinguiendo sus funciones y desarrollando grupos de casos en los que se ha de aplicar. Cada grupo admitirá diversos comentarios doctrinales y decisiones jurisprudenciales, los que deberán hacerse cargo de la importante misión de colaborar a buscar la manera de no alterar la certeza jurídica que ha de informar todo ordenamiento privado¹⁹⁶.

¹⁹⁵ A modo de ejemplo, se ha fallado que el otorgamiento de un aviso de despido con 30 días de anticipación a la terminación de un contrato de trabajo en el que expresamente se estableció que el mismo se encontraba supeditado a la vigencia de un segundo contrato entre el empleador y un tercero, cuya vigencia expiró, es “*es reveladora de una inequívoca buena fe contractual*” [CS. 29 de agosto de 2002. N° Legal Publishing 25686 (C.9)].

¹⁹⁶ BARROS, Enrique, “Límite de los...” (N°146), p.23.

Para efectos de esta memoria he agrupado las funciones de la buena fe objetiva en dos grandes categorías: aquellos casos en que dicha ejecución importa la imposición de una conducta activa, y los casos en que se cumple con el estándar mediante una omisión¹⁹⁷. La distinción cobra especial importancia a la hora de definir la configuración de acciones que permiten hacer valer el mandato de buena fe.

iii. La buena fe y la imposición de una conducta positiva

En virtud del estándar de buena fe es posible imponer obligaciones positivas a los sujetos del contrato. En efecto, la conducta leal y correcta atribuirá en determinadas ocasiones a cualquiera de las partes contratantes la obligación de dar o hacer algo en favor del co-contratante. Aquel deber de actuar no emanará esta vez de la naturaleza misma de la obligación, de la ley o de la costumbre –como en el caso de la integración– sino que emerge de lo que objetivamente la sociedad espera de un hombre leal en la ejecución de un contrato y supone que “el deudor preste todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar”¹⁹⁸.

Lo señalado no debiese ser nuevo para el lector, pues todo estándar pretende en último término determinar cómo han de actuar los destinatarios del mismo en un caso concreto, imponiendo ciertos deberes de actuación. Para comprender el punto, basta ver lo que ocurre con el estándar de la culpa, que precisa la diligencia debida. Imaginemos el caso en que una de las partes se obliga a una obligación de medios¹⁹⁹, como la de un médico con su paciente que necesita un *bypass* gástrico. Años después de la operación el paciente constata que su doctor olvidó unas pinzas en su interior mientras realizaba la operación. Es probable que un juez que conoce de este caso resuelva que el doctor fue *negligente* en su actuar o, lo que es lo mismo, que

¹⁹⁷ El jurista Luis Díez Picazo reconoce en términos algo diferentes estas categorías al señalar que la buena fe contempla dos variantes diferentes: “En primer término, serviría de límite de los derechos subjetivos, y en segundo lugar, opera como fuente de especiales deberes de conducta” [DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), pp. 62 y ss.].

¹⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Los principios del...”, (Nº137), p.156.

¹⁹⁹ Daniel Peñailillo define la obligación de medio como “aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor”. En ellas, continúa, “el resultado no está *in obligatione*, no forma parte directa de la prestación”. [PEÑAILILLO, Daniel. “Obligaciones...”, (Nº9), pp. 223-224].

una persona diligente en esas circunstancias *debía* verificar antes de terminar la operación que no haya quedado ningún artefacto extraño en el cuerpo del paciente. Así, la calificación de una conducta como negligente, importa a su vez la afirmación de que existía un deber de ejecutar aquella conducta exigible al “buen padre de familia” en las mismas circunstancias.

Resulta necesario recalcar que la buena fe-estándar se distingue de la buena fe integración porque el comportamiento debido en aquella no emana del contrato mismo, o de la ley o costumbre, sino de lo que la sociedad estima que puede esperar de un hombre correcto y leal, en la circunstancia en que se encuentra la parte. Un caso servirá para esclarecer el punto²⁰⁰. Suponga que “A” promete la venta de su casa a “B”, por un monto \$X. “A” cae enfermo y ya no podrá mudarse a otra ciudad, como tenía previsto, por lo que se desiste de celebrar la compraventa del inmueble. “B” tiene la posibilidad de comprar otra casa, de características similares, en el mismo barrio, al mismo precio, pero en vez de hacerlo, demanda a “A” exigiendo la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Al momento de la sentencia, el valor de la casa prometida había ascendido a \$10X producto de una burbuja inmobiliaria.

Frente a este caso, parece razonable sostener que un hombre de buena fe, esto es, un hombre leal y correcto, tiene el deber de mitigar los daños a la contraparte siempre que dicha conducta no le genere un perjuicio personal. Este deber no emana del contrato de promesa (no es posible inferirlo de la naturaleza de la obligación, ni de la ley, ni de la costumbre) pero, presumiblemente, una persona honrada -frente a una alternativa que cause un daño a su contraparte y otra que no le genere daño, siendo ambas indiferentes para éste- debería optar por la alternativa que no irroge a su co-contratante un mayor perjuicio.

Imagine esta vez que “B” ante el aviso de “A”, buscó una casa de características y condiciones similares a la prometida, pero no pudo encontrar ninguna parecida. ¿Es razonable exigirle al promitente comprador, a la luz de la buena fe, que compre una casa que se encuentra en peores condiciones, o lejos de su trabajo, para no inferirle un perjuicio a “A”? Me inclino por

²⁰⁰ Caso extraído de FRIEDMANN, Daniel: Good Faith and Remedies for Breach of Contract. En su: BEATSON., FRIEDMANN D. (Eds). Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford University Press, 1995. p.409.

la negativa. No es posible exigir a “B” que ponga los intereses de “A” por sobre los propios, cuando de hacerlo se irrogaría un perjuicio a sí mismo.

Lo que se diga respecto al estándar de buena fe no puede permanecer en un plano abstracto o teórico. A mi juicio, el efecto práctico de establecer que de ella emana un deber positivo de conducta, es que importa otorgar a su contraparte el *derecho* a exigir esa conducta pudiendo compeler al infractor del deber a enmendar su actuar, como se analizará luego de analizar las abstenciones que puede imponer el patrón de buena fe.

iv. La buena fe y la imposición de una omisión

Con la imposición de deberes de no hacer fundados en la buena fe se pretende que las partes se abstengan de realizar ciertas conductas que manifiestamente atentan contra el interés ajeno, sin que medie una buena justificación para ello, imponiéndose a ambas la obligación de considerar antes de actuar el interés del otro²⁰¹. En virtud de la buena fe se impone una prohibición general en contra del actuar oportunista²⁰². Esta medida libera a las partes del costo y las dificultades de negociar expresamente cláusulas contractuales en contra del riesgo de un comportamiento oportunista²⁰³.

²⁰¹ Resulta interesante constatar que no siempre se ha entendido que la buena fe impone deberes a ambas partes. En el Derecho Romano, en el cual se permitía a las partes la incorporación de cláusulas de buena fe específicas al contrato, se entendía que la “función de la cláusula se despliega en relación con el deudor, en cuanto él debe comportarse (*facere*) según las exigencias de la *bona fides*” [GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo II. p. 106). En nuestros días parece claro que la buena fe impone deberes de conducta tanto al deudor como al acreedor.

²⁰² La buena fe como límite al ejercicio de derechos subjetivos opera como fundamento a las figuras de abuso de derecho, interdicción de contravenir los propios actos, la inadmisibilidad del ejercicio de pretensiones especialmente retrasadas y el abuso de la acción de nulidad por motivo meramente formales. Ver: DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), pp. 62-64.

²⁰³ Traducción libre, el original señala: “serves efficiency by establishing a general prohibition against acting opportunistically that is automatically incorporated in every contract. It saves parties the cost (and the difficulty) of expressly bargaining for specific contractual provisions against the risk of opportunistic behavior”.²⁰³ [SEPE, Simone. Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective. Siena Memos and Papers in Law & Economics. [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=1086323>> [Consulta: 12 de marzo de 2013] p. 19].

La doctrina del abuso del derecho²⁰⁴ es un caso paradigmático en el que el estándar de buena fe impone a las partes un deber de abstención. Esta figura constituye “un mecanismo de autocorrección del derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificado de las propias reglas”²⁰⁵.

La teoría en comento, ha sido acogida por nuestros tribunales de justicia²⁰⁶ con el objetivo de establecer ciertos límites internos al ejercicio de un derecho subjetivo, toda vez que impone a su titular la obligación de no ejercerlo de manera impropia o desleal. La doctrina por su parte, ha señalado que tendrá aplicación cuando una persona ejerce un derecho “dentro de los límites externos que señala formalmente el ordenamiento legal o contractual que lo establece; sin embargo, ese ejercicio puede resultar excesivo o anormal; sea por la inequívoca intención de dañar que inspira al titular [...], sea atendiendo a la valoración de las circunstancias objetivas de ese ejercicio según estándares mínimos de sociabilidad y lealtad”²⁰⁷. Para evitar el acaecimiento de la situación descrita, la buena fe impone a las partes un deber de abstención.

La mayor dificultad que presenta la doctrina del abuso del derecho, es que se “limita a prohibir aquellas acciones que merezcan ser calificadas valorativamente de <abusivas> [...] sin especificar, en términos de propiedades descriptivas, en qué condiciones una cierta acción merece tal calificación valorativa”²⁰⁸. Frente a este inconveniente, cabe destacar el esfuerzo por parte de la doctrina de agrupar ciertos casos en los que se puede entender que típicamente existe un ejercicio abusivo de un derecho. El primero de ellos consiste en la hipótesis en que el

²⁰⁴ Para mayor información sobre la doctrina del abuso del derecho se recomienda consultar: ATIENZA, Manuel, “Ilícitos Atípicos”, (Nº4); DE COSSIO, Alfonso, “instituciones de...”, (Nº86), pp.142 y ss.; ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. Ilícitos atípicos. 133p.; BARROS, Enrique, “Límite de los...” (Nº146).

²⁰⁵ ATIENZA, Manuel, “Ilícitos Atípicos”, (Nº4), p.59.

²⁰⁶ Ver: C. Santiago. 22 de septiembre de 1995. Nº Legal Publishing 13858; CS. 2 de noviembre de 2011. Nº Legal Publishing 55161 (C.9 y 10).

²⁰⁷ BARROS, Enrique, “Límite de los...” (Nº146), p.18.

²⁰⁸ ATIENZA, Manuel, “Ilícitos Atípicos”, (Nº4), p.41.

derecho se ejerce con la única finalidad de causar un daño a otra o cuando de su ejercicio se deriva una extrema desproporción entre el beneficio que recibe el titular, en relación al perjuicio que ha de soportar la otra persona²⁰⁹. Otros casos, destacados por el profesor Enrique Barros, son el ejercicio de un derecho adquirido de mala fe, la desviación del fin de un derecho potestativo y el abuso de instituciones jurídicas²¹⁰, entre otros²¹¹.

Ha llegado el momento de analizar cómo se pueden instaurar deberes de no hacer en virtud de la buena fe. Imagine una situación en la que Andrés, amigo de Rodrigo, le presta su motocicleta para utilizarla en un viaje durante el fin de semana. El viernes en la mañana Rodrigo cae enfermo, haciéndosele imposible conducir, por lo que cancela el viaje improviso. Andrés va a visitar a Rodrigo para asegurarse de su estado de salud, sin embargo no lo encuentra en casa. Al ver la motocicleta, decide llevársela ese día, dejándole una nota a Rodrigo. Al regresar y ver la nota, Rodrigo llama a Andrés solicitándole que devuelva la motocicleta de inmediato, hasta el cumplimiento del plazo consagrado en el contrato de comodato. Ante la negativa de Andrés, Rodrigo lo demanda²¹². ¿Parece esta actitud una conducta digna de un hombre leal y honesto?. El contrato celebrado ha perdido su fundamento, por lo que el ejercicio del derecho emanado del contrato ha de entenderse abusivo. En base a las circunstancias del caso y en relación al comportamiento esperable de un hombre honrado, surge el deber de abstenerse de ejercer el derecho emanado del contrato cuando éste ha tenido como única finalidad la consecución de un hecho que se ha visto frustrado.

²⁰⁹ La aplicación de la doctrina del abuso del derecho en nuestra legislación es muy escasa, pero es posible encontrar un caso en la hipótesis descrita en el artículo 56 del Código de Aguas que dispone: *“Cualquiera puede cavar en su propio suelo un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportara utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo”*.

²¹⁰ La jurisprudencia ha fallado que no es posible demandar la terminación de un contrato sin un antecedente serio y grave que lo justifique (3º Juzg. Civ. De Punta Arenas. 6 de octubre de 1998. N° Legal Publishing 17025 (C.19). Asimismo, se ha fallado la imposibilidad de demandar la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones de poca monta [CS, 31 de octubre de 2007. N° Legal Publishing . N° Legal Publishing (C. 5 y 6)].

²¹¹ Para un mayor desarrollo sobre el particular, revisar: BARROS, Enrique, “Límite de los...” (N°146), p.18.

²¹² Para analizar el desarrollo que ha tenido esta la hipótesis comentada en la doctrina comparada, ver: ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (N°6), p. 379.

Analicemos un caso algo más complejo. Se celebra un millonario contrato entre dos empresas, en el que la primera (“A”) le otorga a la segunda (“B”) una opción de compra de sus acciones a cambio de recibir cierto beneficio jurídico. El contrato tiene un tiempo de vigencia de diez años. Se ha señalado en la convención que, para poder ejercer la acción, “B” deberá manifestar su voluntad en ese sentido dentro de la segunda quincena del mes de marzo.

Imagine que “A” enajena sus acciones en la empresa en el mes de octubre, cuando el directorio de la empresa “B” comenzaba a evaluar el ejercicio de la acción. ¿Podrá “B” demandar a “A” por haber vendido las acciones, frustrando la posibilidad de ejercer la acción? ¿Cambiaría su opinión si una semana antes del inicio del período dentro del cual “B” puede ejercer la acción, ésta le comunica a “A” su intención de hacerlo, y “A” vende sus acciones a otra empresa, al mismo precio al que tenía derecho “B”?

Frente a la primera pregunta, la respuesta debiese ser a mi parecer negativa. No es posible sostener que “A” tiene una obligación de abstenerse de enajenar las acciones de su propiedad frente a la eventual posibilidad del ejercicio de la opción. La naturaleza misma de la obligación supone que las partes sigan comportándose como empresas, percibiendo utilidades y con plena libertad de administración y disposición de sus bienes. De cara a la segunda pregunta la solución se vuelve más difusa, pues en un contrato que crea una relación jurídica a largo plazo y cuyo objetivo principal para una de las partes es tener la posibilidad de ejercer la opción de compra, resulta en principio esperable la imposición de la obligación de no enajenar esas acciones si se manifestó seriamente una voluntad en el sentido de hacer valer las pretensiones emanadas del contrato en un tiempo cercano al estipulado.

Dentro de las hipótesis de abuso de derecho existe una que destaca en nuestro medio por su gran aplicación jurisprudencial²¹³ y porque, como he tenido oportunidad de mencionar, ha sido

²¹³ La jurisprudencia ha dado amplia cabida a esta doctrina. Para algunos ejemplos ver: CS. 13 de septiembre de 2007. N° Legal Publishing 37349 (C.12); 1° Juzg. Civ. de Concepción. 13 de abril de 1999. N° Legal Publishing 30438 (C.25), CS. 29 de abril de 2008. N° Legal Publishing 38905 (C.13), CS. 25 de julio de 2012. N° Legal Publishing 62174 (C.10), CS. 22 de junio de 2011. N° Legal Publishing 49348 (C.11).

desarrollada como una institución autónoma: me refiero a la prohibición de actuar en contravención a una conducta anterior.

La doctrina de los actos propios considera “inadmisible una pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”²¹⁴. Por ello “cuando una persona con su propio comportamiento ha creado en el sujeto pasivo la razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercitado, o sólo lo será de una determinada manera, debe mantener un estándar de coherencia con su comportamiento, no defraudar la confianza que se pueda haber creado y, por consiguiente, no puede hacer valer unas pretensiones que resulten contrarias al sentido objetivo de su comportamiento anterior”²¹⁵.

A pesar de la existencia de algunos casos aislados en que el legislador parece haber recogido el espíritu que inspira esta doctrina jurídica²¹⁶, no existe en nuestra legislación un tratamiento sistemático de la misma, por lo que ha debido ser invocada y aplicada en materia contractual por medio de la buena fe, debiendo el juez determinar en el caso concreto “si era razonable para la parte afectada confiar en [...] las conductas pasadas del sujeto que cambió la configuración de sus relaciones con el tiempo”²¹⁷.

Para que la doctrina de los actos propios reciba aplicación, es necesario que un sujeto haya realizado una determinada conducta y que luego haya intentado el ejercicio de un derecho

²¹⁴ SALAH, María, “Las doctrinas de ...”, (Nº67), p.191.

²¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.63.

²¹⁶ Se han citado como casos de reconocimiento legal de la doctrina de los actos propios la obligación indemnizatoria que surge cuando el oferente se retracta de su oferta, pese a la existencia de una promesa tendiente a otorgar un plazo al aceptante para manifestar su voluntad (artículo 100 del Código de Comercio); la retractación tempestiva de la oferta (artículo 99 del Código de Comercio), el impedimento para alegar la nulidad de un acto a quien lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; el artículo 1564 del Código Civil en materia de interpretación de los contratos; el artículo 2518 del Código Civil sobre interrupción natural de la prescripción extintiva, el artículo 189 del mismo código que dispone que el reconocimiento de un hijo es irrevocable, y el 1793 del Código Civil que se refiere a la irrevocabilidad de la confesión realizada en juicio.

²¹⁷ SALAH, María, “Las doctrinas de ...”, (Nº67), p.197.

subjetivo o facultad formulando una pretensión litigiosa que sea contraria a la primera conducta desplegada²¹⁸. Cuando dicha situación ocurre, los tribunales no han dudado en reconocerla, invocando en reiteradas ocasiones la buena fe contractual como fuente de la misma, al señalar que:

*“Nuestro sistema normativo no establece una regulación específica en relación con la teoría de los actos propios, la cual, sin embargo, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe –concebida ésta en su faz objetiva– a la que se refiere el artículo 1546”.*²¹⁹

Nuevamente, un caso servirá para ejemplificar lo señalado²²⁰. Imagine que Emi y Pablo constituyen una sociedad civil. Ambos acuerdan que, si las utilidades de la empresa no superan los \$5.000.000 anuales, cualquiera de ellos podrá poner fin al contrato. El año pasado, las utilidades de la empresa alcanzaron sólo los \$2.500.000, producto de que un empleado de la compañía robaba sistemáticamente. El robo fue posible únicamente debido a que Pablo violó groseramente su deber de supervigilancia hacia los dependientes. ¿Puede Pablo pedir la terminación del contrato?

En este caso vemos que la condición en virtud de la cual era posible solicitar la terminación del contrato se verificó por culpa de quien se quiere aprovechar actualmente de la misma. Es razonable sostener que un hombre leal y honrado tiene la obligación de no abusar de su propia negligencia en desmedro de su contraparte. Lo razonado tiene como principal consecuencia la

²¹⁸ PARDO, Inés, “La doctrina de...”, (Nº 67), p.55.

²¹⁹ CS. 4 de abril de 2011. Nº Legal Publishing 48689 (C.9).

²²⁰ Para conocer el tratamiento que ha recibido este caso en Europa, se sugiere consultar: ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.348.

imposibilidad jurídica que se configura respecto a Pablo de solicitar la terminación del contrato comentado²²¹.

Antes de finalizar este apartado, creo pertinente referirme a las acciones que pueden emanar de la infracción a la buena fe.

En derecho comparado se ha estudiado que un mismo caso puede encontrar una solución similar en distintos ordenamientos, alcanzada mediante acciones absolutamente diversas²²². La interrogante se refiere entonces, a cuáles han de ser las acciones que permitan invocar directamente a la buena fe como último fundamento del derecho reclamado²²³.

Al analizar la buena fe desde la perspectiva de los remedios que otorga al acreedor, la distinción entre la función integradora y su función en cuanto a estándar jurídico tiende a diluirse. Si bien cada una de estas funciones tiene sus propios fundamentos y justificaciones, ambas tienen como efecto común la imposición de deberes a las partes; ya sea por que el juez ha debido crearlos por la existencia de una laguna contractual, ya porque ha sido necesario imponer a una de las partes la obligación de ejecutar el contrato según las normas de rectitud y honradez social. Las nuevas obligaciones tienen el mismo valor que una obligación regulada expresamente en el contrato. Así lo ha fallado la Corte de Apelaciones de San Miguel, en relación al incumplimiento de un contrato de trabajo, al señalar:

²²¹ Así ha sido también entendido por nuestra jurisprudencia, la que ha señalado que aprovecharse del propio incumplimiento “*repele el principio de buena fe contractual*” [1º Juzg. Civ. de Concepción. 20 de junio de 2001. N° Legal Publishing 24780 (C.6)].

²²² ZIMMERMAN y WHITTAKER, en su obra titulada “*Good Faith in European Contract Law*” han seleccionado una serie de casos relacionados con la buena fe para exponer las soluciones que diversos sistemas jurídicos europeos otorgaron a los mismos. Concluyen que a veces la solución pasa por la imposición de una verdadera obligación a una de las partes, o hacerlas responsables por los daños generados, en otras ocasiones se ha optado por la terminación del contrato, la negación al ejercicio del derecho a terminar un contrato por una de las partes, el otorgamiento de un período de tiempo extraordinario para la ejecución, la modificación de los términos del contrato, la privación del ejercicio de un derecho, entre otras [ZIMMERMANN, Reinhard, “*Good Faith in ...*”, (Nº6), pp.669 y ss.].

²²³ Cabe advertir que no existe norma legal que regule las acciones que emanan del artículo 1546 del Código Civil. La doctrina nacional no ha profundizado mayormente sobre el particular, por lo que se hace necesario un mayor desarrollo del tema.

*“Los derechos y obligaciones que corresponden al contenido ético jurídico del contrato de trabajo, son fundamentalmente morales (respeto, lealtad, fidelidad, etc.) y que, en todo caso, ellos representan la forma adicional y complementaria de cómo deben cumplirse las obligaciones, pero en ningún caso son accesorias sino que también son esenciales y principales”*²²⁴.

Los deberes derivados de la buena fe tienen como contrapartida el derecho correlativo de la contraparte a exigirlo. Creo que la manera óptima de ejercer ese derecho es mediante las mismas acciones que el legislador ya ha regulado a propósito del incumplimiento contractual y que dependen, en último término, de la naturaleza de la acción. Así, si el deber que nace de la buena fe es positivo, se regirá por las acciones que emanan de las obligaciones de dar o de hacer, y si es negativo, se regirá por las acciones consagradas para las obligaciones de no hacer.

El ordenamiento jurídico protege al acreedor de una obligación positiva²²⁵ con las acciones de resolución del contrato (en caso de ser bilateral), ejecución forzada o indemnización de perjuicios²²⁶. La circunstancia de que la obligación haya nacido de la buena fe (y no directamente de la voluntad de las partes) no obsta a que el acreedor pueda disponer de los mismos remedios pues lo que se espera en último término de la ejecución del contrato es su cabal satisfacción²²⁷.

²²⁴ C. San Miguel. 7 de octubre de 2010. N° Legal Publishing 45841 (C.5).

²²⁵ “aquellas en que el deudor se obliga a una determinada acción (dar o hacer)”. [RAMOS, René. “De las Obligaciones”, (N°67), p 42].

²²⁶ Dependerá del tipo de obligación positiva la forma en que se deban ejercer estas acciones. En nuestro medio, la doctrina dominante ha estimado que la acción indemnizatoria en las obligaciones de dar es subsidiaria a la de resolución o ejecución forzada, no así en las de hacer, que otorgan un derecho alternativo al acreedor a ejecutar forzosamente el contrato o a ser indemnizado, según dispone el artículo 1553 del Código Civil [RAMOS, René. “De las Obligaciones”, (N°67), p.48].

²²⁷ Creo pertinente hacerse la pregunta respecto de una posible superposición de estándares jurídicos, a propósito de la aplicación del estándar de buena fe y de culpa al demandarse la indemnización de perjuicios ante un incumplimiento contractual. ¿Qué ocurriría si el acreedor solicita una indemnización por los perjuicios derivados de la infracción a un deber impuesto por la buena fe? En principio, para que la demanda se acoja, es necesario probar que el incumplimiento fue *imputable* al deudor. ¿podría ser una conducta contraria a la buena fe pero no culpable? ¿es reemplazable en estos casos el requisito de la culpa por el de mala fe como forma de satisfacer el requisito de imputabilidad propio del juicio de responsabilidad?

El acreedor de una obligación negativa²²⁸ tiene los remedios regulados en el artículo 1555 del Código Civil . Este artículo permite exigir la destrucción de lo realizado, siempre que esto sea posible y necesario, como podría ser, a modo de ejemplo, el caso del pozo que citamos a propósito de su regulación en el Código de Aguas o la indemnización de los perjuicios que se siguen de la contravención.

El otorgamiento de las mismas acciones que el legislador ya ha regulado a propósito de los efectos de los contratos permite que la buena fe armonice pacíficamente con la normativa en donde está inserta, sin la necesidad de competir con ella a falta de un establecimiento expreso del sistema de remedios que se sigue de la infracción del artículo 1546 del Código Civil.

Si bien el patrón de conducta impuesto por la buena fe y la función integradora encuentran un punto común al analizarlas desde las acciones que otorga su infracción al acreedor, se distinguen en relación a la posibilidad de renunciar a su aplicación. A diferencia de lo que ocurre con la posibilidad de renunciar a la integración del contrato, “el deber de comportarse de buena fe y lealmente es una norma imperativa, que no puede, por consiguiente, ser sustituida por los pactos que al efecto los interesados puedan establecer”²²⁹. Si el artículo 12 del Código Civil impide renunciar a los derechos legales cuando éstos no miren únicamente al interés propio del

Díez- Picazo, en su obra “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, destaca una afirmación de López y López, quienes señalan que el incumplimiento de los deberes exigidos por la buena fe es siempre un ilícito que, al acompañarse de un daño, dan origen a responsabilidad [DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.65]. Asimismo, nuestra jurisprudencia ha sostenido que la “*violación del deber de comportarse leal, honesta y correctamente en que incurrió la demandada, le es obviamente imputable e importa a lo menos un obrar culposo*” equiparando ambos estándares (1º Juzg. Civ. de Concepción. 13 de abril de 1999. Nº Legal Publishing 30438 (C.27)). En contra, se ha afirmado por la jurisprudencia que “*El artículo 1546 del Código citado al textualizarlo dice que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella . Estos principios que deben imperar en la celebración de todo contrato, también deben expresarse en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por todo contratante, vale decir que deben ejecutarse empleando la diligencia o cuidado ordinario o mediano de un buen padre de familia”*. En esta sentencia el juez distingue claramente el ámbito de aplicación de la buena fe con el de la culpa, debiendo someter los deberes que emanan de la primera, a una ejecución diligente [C. Antofagasta. 6 de marzo de 2009. Nº Legal Publishing 41755 (C.15)].

²²⁸ “aquellas en que el deudor debe abstenerse de realizar algo que de no mediar la obligación podría efectuar” [RAMOS, René. “De las Obligaciones”, (Nº67), p. 42].

²²⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Los principios del...”, (Nº137), p.158.

renunciante, con mayor razón ha de proscribirse la posibilidad de renunciar a un estándar que busca imponer ciertas conductas en beneficio de la contraparte y de la sociedad toda.

Habiéndome ya referido a lo que doctrina y jurisprudencia ha entendido que constituyen las principales funciones del artículo 1546 del Código Civil, corresponde determinar la extensión de la aplicación del estándar de buena fe en materia contractual.

2. **Ámbito de aplicación del artículo 1546 del Código Civil**

En el apartado anterior expuse las principales funciones que se la han atribuido al artículo 1546 del Código Civil. Una de las que reviste mayor interés, y que ha recibido un mayor desarrollo doctrinario, es la que fija un estándar de conducta a ser seguido por las partes. Esta sección tiene por objeto determinar cuál es el ámbito de aplicación de aquel patrón de conducta.

Del tenor literal del artículo, que señala que “los *contratos* deben *ejecutarse* de buena fe”, parece indubitado que su campo natural de aplicación es la fase de ejecución de los mismos. A pesar de su claro tenor, la doctrina ha destacado que la buena fe objetiva rige todo el íter contractual^{230_231}.

²³⁰ José López Santa María señala que el íter contractual se extiende desde el inicio de los tratos preliminares, hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato [LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 402].

²³¹ Entre ellos, los autores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Hidalgo, quienes han señalado que “[c]omúnmente se piensa en la buena fe sólo en etapa de cumplimiento del contrato ya formado, supuesto a que se refiere el art. 1546 del Código Civil; pero olvidándose que ese sólo un supuesto de aplicación de un principio más vasto que rige en el ejercicio de todo el derecho [DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Retiro Inmotivado de las Negociaciones Preliminares. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (199): 179-183, 1996. p.182]. En el mismo sentido, Fernando Fueyo ha afirmado que “la norma de conducta con arreglo a la buena fe no debe limitarse al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de la fuente contractual –en el caso del Código Civil chileno, el art. 1546-, sino que tiene aplicación abierta y general, sin una necesaria limitación” [FUEYO, Fernando. “Instituciones de Derecho Civil ...”, (Nº12), p.158]. En forma aun más categórica, don Hernán Corral ha señalado que la regla del 1546 del Código Civil recibe una “extensión horizontal”, cubriendo las etapas anteriores y posteriores al contrato [CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (Nº12), pp. 205 a 224]. Por último, Jorge López Santa María se ha pronunciado en el mismo sentido al dar por cierto que “la regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato” [LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 402].

Como se analizó en el primer capítulo de esta memoria, los alcances de la buena fe varían dependiendo de si ella se encuentra o no regulada expresamente en la ley, ya que de regularse como regla específica, el juez no tendrá libertad para aplicarla en términos diversos al señalado en la norma; si el legislador opta por su regulación como estándar, la libertad del juez se amplía hasta los límites señalados en la misma norma; y si se aplica como principio jurídico, por no existir regulación, el juez podrá efectuar la correspondiente ponderación de bienes jurídicos sin atender a ninguna limitación impuesta *ex ante* por el legislador.

A partir de esta afirmación es pertinente preguntarse si es correcto expandir el ámbito de aplicación del artículo 1546 del Código Civil a todo el íter contractual o si en fases distintas a la ejecución del contrato ha de regir el principio general de buena fe.

A continuación pretendo demostrar que la buena fe que se aplica en la ejecución del contrato, no es la misma que aquella que toma lugar en el resto del íter contractual. Asimismo, indagaré en la razonabilidad de consagrar una aplicación “especial” del principio jurídico en la fase de ejecución. Por último, trataré de manera sucinta la forma en como estimo que ha de aplicarse el principio general en las demás etapas de la contratación.

a) Aplicación de la buena fe en la etapa de ejecución del contrato

La doctrina se encuentra conteste en aplicar el artículo 1546 del Código Civil a la ejecución del contrato. Esta uniformidad deriva de los términos explícitos e inequívocos de su redacción, que señala en su primera parte que “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”.

Más allá del tenor literal de la norma, parece razonable la inclusión en el Código de una disposición de estas características tras la creación de una nueva realidad jurídica derivada de la celebración de un contrato. En efecto, previo al acuerdo de voluntades, entre los negociantes no existe una verdadera relación jurídica²³², hecho que explica que en la fase precontractual se deja a los negociadores una amplia libertad para decidir si quedarán vinculadas o no por medio de un

²³² DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.311.

contrato. Antes de la conclusión del contrato definitivo, cada parte es libre de retirarse de las negociaciones, cada una costea sus propios gastos y actúa a su propio riesgo²³³. Con el contrato, concebido por algunos como un “cauce de realización de la persona en la vida social”²³⁴, esta situación cambia en un doble sentido: en primer lugar, el contrato exige una colaboración entre las partes vinculadas, quienes deberán propender al mejor interés de la contraparte²³⁵. Junto con la exigencia de un ánimo de colaboración recíproca entre las partes se requiere, en segundo lugar, que la regulación legal respete el vínculo privado generado entre ambos contratantes, quienes sustraen una esfera de realidad y la regulan por sí mismos, en atención a sus propios intereses²³⁶.

El punto central del derecho de contratos radica en que “la función económica y la justificación moral del contrato [...] supone que en virtud de su fuerza obligatoria se pueda contar en la formulación de los propios planes con la prestación de la otra parte; por eso, la institución del contrato puede verse severamente debilitada si los jueces, a pretexto de interpretarlo o completarlo, lo reelaboran *ex post*, sin la perspectiva de la incertidumbre frente a los riesgos que existía al momento de contratar”²³⁷. Con todo, la ley otorga al juez en el artículo 1546 del Código Civil una facultad para determinar *ex post* ciertos aspectos atinentes al contrato, por lo que resulta fundamental, en aras del resguardo de los fines de los contratos, que

²³³ Traducción libre, el original señala: “the rules governing the formation of a contract leave the parties an ample negative freedom from contract. Before the conclusion of a final contract, each party is free to withdraw from the negotiations, each party bears his own expenses, each party acts at his own risk [COHEN, Nili. Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate. *En*: BEATSON J., FRIEDMANN D. (Eds). Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford University Press, 1995. 531p.27].

²³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.142.

²³⁵ En relación a este punto, Alfonso De Cossio entiende que el contrato es una “forma de carácter comunitario, que se constituye y desenvuelve dentro de una comunidad mucho más amplia y que se inspira, más que en un juego rígido de derechos y obligaciones, en una relación de confianza y lealtad recíprocas” [DE COSSIO, Alfonso, “instituciones de...”, (Nº86), p.367]. Sobre el fundamento de obligatoriedad del contrato y su función, se recomienda consultar: DÍEZ-PICAZO, Luis, “Sistema de Derecho Civil”, (Nº32).

²³⁶ Sobre el particular se ha afirmado que “en materia contractual la intervención legislativa debe reducirse al mínimo, porque siendo el contrato el resultado del libre acuerdo de las voluntades entre personas colocadas en un perfecto pie de igualdad jurídica, no puede ser fuente de abusos ni engendrar ninguna injusticia”. ALESSANDRI, Arturo, “De los Contratos”, (Nº58), p.11.

²³⁷ BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.30.

la determinación de lo que ordena la buena fe se realice en base a la convención y no de una manera apriorística que desatienda el especial vínculo creado entre las partes, como ya he tenido la oportunidad de señalar.

La situación es diversa en otras fases de la contratación, en donde aún no existe un contrato ni relación jurídica entre las partes. Al no existir alguna norma jurídica que invoque a la buena fe, deberá aplicarse ésta como principio jurídico, el cual no encontrará más límites a su aplicación, a falta de convención entre las partes, que aquellos que pudiesen emanar de su necesaria coexistencia con otros principios jurídicos aplicables en ese momento.

En conclusión, parece prudente sostener que la aplicación especial que se hace de la buena fe en el artículo 1546 del Código Civil responde a una necesidad jurídica particular de mediar, durante la ejecución del contrato, entre un efectivo aseguramiento de una relación correcta y leal entre las partes y la protección a lo establecido convencionalmente por las mismas, sin imponer cargas tan altas que puedan desincentivar el ejercicio de la autonomía privada. La normativa que rige la ejecución del contrato requiere conciliar los requerimientos propios de las partes, plasmados en el contrato, con los de la sociedad en general.

A continuación analizaré el rol de la buena fe en otras fases del íter contractual, distintas a la ejecución de la convención.

b) El principio general de buena fe en la etapa de negociación del contrato

Este período tiene por objeto preparar el contrato estableciendo si hay o no posibilidad de celebrarlo²³⁸.

Tradicionalmente se ha entendido que esta fase se encuentra íntegramente marcada por la aplicación del principio de libertad contractual, que comprende la libertad de configuración interna y la libertad de conclusión del contrato. En virtud de la primera, las partes son libres para determinar el contenido del contrato, en razón de la segunda “se afirma que las partes son libres

²³⁸ ALESSANDRI, Arturo, “De los Contratos”, (Nº58), p.85.

para contratar o para no contratar; y, en caso afirmativo, para escoger al cocontratante”²³⁹⁻²⁴⁰. La defensa a la libertad de conclusión del contrato descansa en el postulado de las ganancias mutuas por medio del intercambio²⁴¹, hecho que a su vez supone que éstos ofrecen oportunidades para ambas partes de aumentar su riqueza²⁴². Para que el intercambio sea fructífero se requiere que las partes puedan negociar libremente los términos del acuerdo, persiguiendo únicamente su propio interés y sin el temor de verse expuestas a sanciones civiles, pues ha de tenerse presente que “obtener una ventaja- permitida- de la contraparte en una situación contractual es generalmente, si no siempre, la única razón que lleva a realizar las transacciones”²⁴³. De hecho, la idea tradicional de liberarse de la responsabilidad antes del otorgamiento del consentimiento, se ha extendido con frecuencia hasta significar que no existe responsabilidad sin contrato²⁴⁴.

Bajo esta lógica se entiende que la ley atribuya al contrato el radical efecto de constituir una “ley para los contratantes”, en los términos del artículo 1545 del Código Civil²⁴⁵. Esta perspectiva, fácilmente perceptible en los códigos decimonónicos, pareciera inspirarse en una

²³⁹ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p.269.

²⁴⁰ El jurista Werner Flume ha señalado que la libertad contractual es tan amplia, que debe entenderse *que cada parte actúa en principio a propio riesgo si, confiando en que el contrato llegue a existir, hace gastos o deja pasar la posibilidad de celebrar el negocio con otro* [FLUME, Werner, “Negocio jurídico”, (Nº2), p.723].

²⁴¹ EPSTEIN, Richard. Reglas Simples para un Mundo Complejo. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Editorial Católica del Perú, 2005, p.101.

²⁴² Traducción libre, el original dice: “the opportunity presented by exchanges for both parties to enhance their wealth [COLLINS, Hugh. The Law of Contract. 4ª ed. Londres, LexisNexis, 2003. p.25-26].

²⁴³ MONROY CELY, Daniel. Análisis Económico de la buena fe en el derecho de contratos. [en línea] <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2810/2445>> [consulta: 12 de marzo de 2013]. p.59.

²⁴⁴ Traducción libre, el original dice: “the idea of freedom from liability without consent was often extended to mean no liability without contract” [BEATSON Jack; FRIEDMANN Daniel. Introduction. From ‘Classical’ to Modern Contract Law. En: BEATSON., FRIEDMANN D. (Eds). Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford University Press, 1995. p.8].

²⁴⁵ El autor Enrique Barros ha señalado que el fundamento de la obligatoriedad del contrato atiende a diversas razones, siendo las principales “el valor vinculante de las promesas, [...] la presunción de justicia que envuelven los intercambios voluntarios y [...] la función que cumple la institución del contrato en la creación de bienestar” [BARROS, Enrique, “Finalidad y alcance...”, (Nº107), p. 404].

lógica del “todo o nada”: o existe contrato entre las partes y por tanto derechos, obligaciones y acciones; o no existen deberes, ni derechos ni menos responsabilidad.

La visión que he descrito hasta aquí ha tendido a cambiar con el correr del tiempo. Ante la falta de normativa que regule de manera sistemática la forma de proceder ante comportamientos antijurídicos en la fase previa al contrato, la doctrina y la jurisprudencia²⁴⁶ han encontrado en el principio general de la buena fe la manera de poner límite a comportamientos abusivos, deshonestos o carentes de un mínima consideración por el otro contratante durante la fase de tratativas preliminares, como vía de garantizar una colaboración que sólo es posible si los negociantes pueden confiar, aunque sea mínimamente, el uno en el otro²⁴⁷. En este contexto es que diversos sistemas jurídicos²⁴⁸ han buscado, por medio del establecimiento de deberes de cuidado derivados de la buena fe, “procurar el cuidado, veracidad y lealtad que se tiene derecho a esperar de la otra parte en un proceso de negociación del contrato”²⁴⁹. De lo que se trata es de lograr un balance entre la libertad de las partes y consideraciones más amplias de justicia, y también entre la certeza de la ley y la justicia en el caso concreto²⁵⁰. Se ha dicho que este balance

²⁴⁶ A propósito de la responsabilidad precontractual se ha fallado que “[s]i bien en las fases de las tratativas los pre-contratantes, tienen derecho a desistirse unilateralmente de las conversaciones, esta libertad se encuentra limitada en virtud del deber de las partes a obrar dentro de los límites de la buena fe, la que debe manifestarse en una conducta leal y honesta, vale decir, en una conducta mínima que no atente contra los intereses de la contraparte, que respete el patrimonio ajeno y que guarde armonía con los intereses en conflicto” [Primer Juzgado Civil de Concepción, 13 de abril de 1999].

²⁴⁷ Traducción libre, el original señala: “The desire to accomplish a positive freedom of contract stimulates every system to create rules imposing liability on those violating the minimal pre-conditions guaranteeing this freedom”. [COHEN, Nili, “Pre-contractual Duties...”, (Nº233), p.26].

²⁴⁸ Sobre el rol de la buena fe en la etapa precontractual en distintas legislaciones Europeas, se sugiere consultar: TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100009&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 12 de marzo de 2013].; MUSY, Alberto, “The good faith...”, (Nº188).

²⁴⁹ BARROS, Enrique, “Tratado de Responsabilidad...”, (Nº81), p.1005.

²⁵⁰ Traducción libre, el original señala: “each legal system, then, finds the need to strike a balance between party autonomy and wider considerations of fairness and also between the certainty of the law and individual justice” [ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.700].

se alcanza mediante la posibilidad de demandar una indemnización de perjuicios²⁵¹ por el daño causado por la infracción de los deberes que impone la buena fe²⁵².

Como anticipaba, la buena fe a la que hago referencia es, a mi juicio, diferente de aquella consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, tanto en su fundamento, como en los límites que se imponen a la libertad del juez para fallar en un determinado sentido.

El fundamento de la aplicación del principio general de buena fe en materia precontractual es la necesidad de hacerse cargo del conflicto entre libertad (contractual) y confianza (requerida para poder ejercer la libertad)²⁵³. En este contexto, la imposición de un deber de buena fe en el proceso de negociaciones significa un rechazo a la aproximación meramente adversarial que

²⁵¹ Se ha afirmado por una buena parte de la doctrina que la fase previa a la celebración del contrato se encuentra regida por el estatuto extracontractual. En este sentido, se sugiere consultar: BARROS, Enrique, “Tratado de Responsabilidad...”, (Nº81), p.1004; DE COSSIO, Alfonso, “instituciones de...”, (Nº86), p. 399; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual. En su: Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado Nº3. Santiago, U. Diego Portales, 2006, p.142; DUCCI, Carlos: “Derecho Civil: parte general”, (Nº12), p.256; FLUME, Werner, “Negocio jurídico”, (Nº2), p.723.

²⁵² Una opinión diversa es sostenida por el profesor Pizarro, quien afirma que la indemnización de perjuicios generados por la ruptura intempestiva de las negociaciones preliminares se ha de regir por las mismas normas que cualquier delito civil, por lo que “debiera bastar la concurrencia de las condiciones de la responsabilidad extracontractual, entre las cuales no figura la mala fe, sino la culpa”. [En: PIZARRO WILSON, Carlos. Buena fe. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Revista Chilena de Derecho Privado (3): 163-167, 2004 p. 99].

En este sentido, cabe destacar lo señalado por Celedón y Silberman, quienes han sostenido que “se aprecia en la doctrina nacional una tendencia a superponer diferentes criterios de atribución de responsabilidad a fin de reforzar el carácter antijurídico de la ruptura de las negociaciones” [CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia. Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones Contractuales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.p.140].

²⁵³ Sobre el particular, la Corte de Apelaciones ha señalado que “La doctrina moderna a diferencia de la tradicional si bien en las fases de las tratativas los pre contratante, tienen derecho a desistirse unilateralmente de las conversaciones, esta libertad se encuentra limitada en virtud del deber de las partes a obrar dentro de los límites de la buena fe, la que debe manifestarse en una conducta leal y honesta, vale decir, en una conducta mínima que no atente contra los intereses de la contraparte, que respete el patrimonio ajeno y que guarde armonía con los intereses en conflicto” [1º Juzg. Civ. de Concepción. 13 de abril de 1999. Nº Legal Publishing 30438 (C.26)].

caracteriza la posición de los negociadores²⁵⁴, por lo que se debe limitar a exigir el respeto más elemental de la contraparte²⁵⁵, sin que en caso alguno pueda imponer a los negociantes la obligación de celebrar el contrato ni darlo por celebrado, pues “la posibilidad de retirarse [...] es un derecho que el legislador siempre reconoce a los contratantes”²⁵⁶⁻²⁵⁷. En búsqueda de la armonía entre ambos principios el juez tiene un amplio poder discrecional para establecer el justo medio, en el entendido de que no existe regla alguna que realice dicha ponderación en forma previa, ni tampoco limitaciones legales como en el caso del artículo 1546 del Código Civil.

En similares términos, la jurisprudencia ha reconocido la diferencia entre la buena fe regulada en materia de ejecución de contratos y aquella que rige como principio en la fase precontractual. La Excelentísima Corte Suprema ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la infracción del principio general de buena fe durante las tratativas preliminares. En conocimiento de un recurso de casación en el fondo sentenció lo siguiente:

“Es posible afirmar que invocándose la vulneración de un principio general del derecho, ésta no constituye necesaria y propiamente una infracción de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe expresar que aun cuando el principio de derecho que se estima infringido es un contenido del precepto legal inserto en el artículo 1.546 del Código Civil, tampoco sería posible anular el fallo por su falta de aplicación en el caso de autos, desde que, según los fundamentos de la acción civil deducida en carácter de subsidiaria, se

²⁵⁴ Traducción libre, el original señala: “the imposition of duty of good faith in the bargaining process means a rejection of the adversarial approach which characterizes the position of the negotiating parties” [COHEN, Nili, “Pre-contractual Duties...”, (Nº233), p.28].

²⁵⁵ BARROS, Enrique, “Tratado de Responsabilidad...”, (Nº81), p.1002.

²⁵⁶ DE LA MAZA, Iñigo, “El retiro unilateral...”, (Nº 251), p.141.

²⁵⁷ En este sentido, si bien la posibilidad de imponer responsabilidad durante la fase precontractual se ha abierto camino en doctrina nacional e internacional, buena parte de ella ha señalado que la compensación se encuentra limitada únicamente al interés negativo de quien demanda [ZIMMERMANN, Reinhard, “Good Faith in ...”, (Nº6), p.172].

*atribuye a la demandada una fuente de responsabilidad distinta a la que dicha norma se refiere, como es la que la doctrina denomina como "responsabilidad pre contractual". Y, como se advierte del claro tenor literal de la citada norma legal, su ámbito de aplicación está restringido y reservado a la ejecución de los contratos; es decir, se trata, en este último evento, de una materia propia de la responsabilidad contractual.*²⁵⁸ [SEP]

Este fallo refleja algunas de las ideas que he expuesto a lo largo del presente trabajo. En primer término, la Corte acepta la distinción entre la norma del 1546 del Código Civil y el principio general de la buena fe, que se invoca en el caso citado como fuente de deberes precontractuales. En segundo lugar, resuelve que el precepto aludido tiene aplicación exclusiva en materia contractual por lo que no es posible invocarlo, al menos como regla, en materia extracontractual. Por último, señala que no es posible deducir recurso de casación por infracción de un principio general del derecho, sino que únicamente por infracción de una norma positiva.

Un punto diferente al tratado hasta aquí es el que dice relación con los deberes específicos que nacen en la etapa precontractual. Esta memoria no tiene por objeto ahondar en este tema, sin embargo me parece pertinente precisar que, ante la ausencia de norma, el juez no podrá crear dichos deberes únicamente a la luz del principio de buena fe, sino que deberá atenerse también al principio de la libertad contractual y a cualquier otro que pudiese verse involucrado, analizando las específicas circunstancias en las que la negociación se ha desarrollado.

c) La buena fe en la celebración del contrato

Parte de la doctrina ha señalado que la celebración misma del contrato ha de regirse conforme a la buena fe²⁵⁹.

²⁵⁸ [CS. 12 de julio de 2004. N° Legal Publishing 30438 (C.8)].

²⁵⁹ En este sentido: LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (N°12), pp.407 y ss y CORRAL, Hernán, “La aplicación jurisprudencial...”, (N°12), p.144.

Para confirmar esta aseveración, y ante la falta de una norma que haga aplicable la buena fe a esta etapa de manera expresa, será preciso preguntarse sobre la posibilidad de invocarla como principio general del derecho. A mi juicio, como señalé en el capítulo primero de este trabajo, no resulta conveniente aplicar directamente el principio a instituciones que tienen una regulación especial que las definen y especifican sus supuestos de aplicación.

En nuestro Código Civil es posible encontrar un gran número de disposiciones que se refieren directa o indirectamente al momento de formación del consentimiento. El ordenamiento privado recoge múltiples mecanismos de protección que operan al momento del consentimiento, destinados a resguardar tanto la función social del contrato, como la particular de las partes.

En efecto, el Código Civil consagra diversas circunstancias cuya ocurrencia devienen en la nulidad del acto jurídico de que se trate. La nulidad por otra parte, como sanción de derecho estricto²⁶⁰, es aplicable sólo por disposición directa de la ley, únicamente por las causales establecidas por el legislador y con los efectos que le son propios. En este contexto, introducir nuevas condiciones y requisitos a los que las partes deben sujetarse en aras de la buena fe, rompe con aquella ordenación de intereses que hace el legislador.

Más allá de estas razones es pertinente preguntarse si es realmente necesario aludir a la noción de buena fe al momento de la celebración del contrato como fuente de deberes de conducta. A continuación expondré algunos de los principales mecanismos de los que se ha valido el legislador para proteger en esta fase a las partes contratantes y al bienestar general de la sociedad, únicamente para demostrar cuán detallista ha sido en este aspecto, y poder así responder la inquietud planteada.

En primer lugar, el legislador protege el orden público²⁶¹, a través de la incorporación al Código Civil de normas sobre objeto ilícito²⁶² y causa ilícita²⁶³ y por medio del establecimiento

²⁶⁰ La nulidad es de derecho estricto porque “sólo existen las nulidades que expresamente consagra la ley. No pueden aplicarse ni interpretarse por analogía”. [VODANOVIC, Antonio: “Manual de Derecho Civil”, (Nº1), p.179].

²⁶¹ El jurista Carlos Ducci ha entendido el orden público como aquello que está conforme al espíritu general de la legislación. [DUCCI, Carlos: “Derecho Civil: parte general“, (Nº12), p.27]. También ha sido

de normas de carácter irrenunciable por la voluntad de las partes. Mediante estas disposiciones se limita el principio de la autonomía de la voluntad y la posibilidad de las partes de realizar ciertas operaciones jurídicas respecto de aquellas materias que la sociedad estima más valiosas.

Otro límite importante a la autonomía de la voluntad es la imposibilidad de ir contra las buenas costumbres, que son “aquellas exigencias de sociabilidad mínimas que se imponen al sujeto en cautela del bien de la sociedad o de personas indeterminadas”²⁶⁴. De esta forma, el derecho veta a las partes de la posibilidad de disponer de aquellos valores que la comunidad toda ha catalogado de mayor trascendencia.

Además de la incorporación de mecanismos de protección que apuntan a resguardar a la comunidad de la celebración de contratos que atentan contra sus intereses más importantes, existen resguardos legales que miran principalmente a las partes que lo celebran.

Entre ellos es posible encontrar las normas relativas a capacidad²⁶⁵, que especifican quiénes son incapaces para obrar por sí mismos en la vida jurídica; cómo deben hacerlo; cuál es el tipo de obligación que de sus actos emanan y cuáles serán las sanciones frente al incumplimiento de estas normas.

Asimismo, el derecho privado se preocupa que las partes adopten la decisión de contratar como resultado de una voluntad informada. Esto es de cabal importancia en nuestro sistema de

concebido como “la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad” [VIAL, Víctor, “Teoría general...”, (Nº59), p.60].

²⁶² Se ha entendido por objeto ilícito como aquel contrario a la ley, al orden público, y a las buenas costumbres [VODANOVIC, Antonio: “Manual de Derecho Civil”, (Nº1), p.123].

²⁶³ Definida por el propio Código Civil en su artículo 1467, como la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

²⁶⁴ BARROS, Enrique, “Límite de los...” (Nº146), p.20.

²⁶⁵ La doctrina ha señalado que “los preceptos legales relativos a la capacidad son de orden público, puesto que estas leyes interesan a la sociedad en general y son de las que tienen por objeto asegurar el normal funcionamiento del orden social” [LEÓN HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. 4ª Ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1991. p.234].

contratación, basado en el principio de justicia procedimental, según el cual un contrato es válido *porque* ha sido el fruto de una voluntad libre e informada, de manera que “la justicia de los intercambios es esencialmente entregada a la voluntad de las partes en los contratos libremente discutidos”²⁶⁶. Así, se parte de la base de que las personas deben poder disponer de una esfera de libertad en donde, actuando como sujetos racionales, puedan regular sus propios intereses de la forma en que lo deseen y sin intromisiones de terceros ni del juez.

Para resguardar esa voluntad informada y libre, el derecho consagra la posibilidad de anular la convención por los vicios de la voluntad de error y dolo²⁶⁷. Ambos suponen que el contrato se celebró bajo una equivocación, desconociendo una parte de la realidad.

Además de proteger la formación de una voluntad informada, la ley otorga a las partes la posibilidad de anular el contrato cuando dicha voluntad no haya sido libre, en las hipótesis de fuerza, reguladas en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

A mayor abundamiento, es posible apreciar cómo –a pesar del pleno vigor que se da al principio de justicia conmutativa²⁶⁸- el legislador ha optado en ciertos casos por adoptar un principio de justicia material, en virtud del cual decide renunciar a su posición de mero espectador de los resultados del contrato y se inmiscuye en el contenido del mismo, en búsqueda de corregir una manifiesta desproporción en las contraprestaciones de las partes. La institución

²⁶⁶ TAPIA, Mauricio “Decadencia y ...”, (Nº108), p.23.

²⁶⁷ Resulta interesante notar que la normativa sobre el error cumple una importante función como mecanismo de distribución de riesgos entre los contratantes, esto es, una manera de determinar quién debe asumir los riesgos de circunstancias ocultas o desconocidas. Opera en el entendido de que los contratos “son mayoritariamente un intento deliberado de tratar con la incertidumbre”²⁶⁷ [FRIED, Charles. “La obligación contractual”, (Nº134), p.89]. Para determinar cuándo es justo anular un contrato por error, será necesario valorar la propia diligencia de quien lo sufre y enjuiciar la dignidad que merezca la situación de la otra parte contratante [DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho...”, (Nº16), p.159]. En conclusión, el derecho protege la voluntad sólo cuando los riesgos han de ser asumidos por la parte que no incurrió en el error, y aquello acontecerá cuando se cumplan los requisitos específicos que se señalan en la ley.

²⁶⁸ El principio de justicia conmutativa dispone que “el acuerdo voluntariamente consentido beneficia a ambas partes y, por eso, es equitativo desde un punto de vista de su relación de derecho privado [BARROS, Enrique, “Finalidad y alcance...”, (Nº107), p.404].

de la lesión enorme es la encargada de corregir estos excesos, resguardando la proporcionalidad en las contraprestaciones²⁶⁹.

Cabe concluir que no es necesario ni deseable invocar el principio de la buena fe para regir la fase de celebración del contrato. Es innecesaria por la coexistencia de una amplísima diversidad de mecanismos de protección a favor de las partes y de la sociedad toda²⁷⁰. Es indeseable, pues el establecimiento de nuevas e indeterminadas causales de nulidad atentaría fuertemente contra la seguridad en el tráfico jurídico. Además, ciertas instituciones se harían superfluas, como es el caso de la nulidad por dolo, pues bastaría probar la infracción a la buena fe para que el contrato se extinga²⁷¹. En definitiva, la incorporación de nuevos requisitos a considerar en la fase de ejecución del contrato, fundados en el principio general de buena fe, de contenido altamente indeterminado, conllevaría presumiblemente a la debacle de la contratación al no existir el mínimo necesario de estabilidad de las relaciones jurídicas²⁷².

²⁶⁹ La lesión “supone que al momento de la celebración de un contrato, una de las partes aprovecha la necesidad o ignorancia de la otra y obtiene una gran ventaja, la que se traduce en una desproporción manifiesta entre las prestaciones surgidas del contrato” [FIGUEROA, Gonzalo. “Curso de Derecho Civil”, (Nº171), p.85].

La lesión opera mediante el establecimiento *ex ante* de ciertos parámetros objetivos fuera de los cuales se entiende que existe una desproporción tal entre las contraprestaciones de las partes, que obliga al Derecho a intervenir por medio de distintos mecanismos –la nulidad relativa o una acción para la rebaja del exceso– para poder corregirlo. La institución en comento es de carácter absolutamente excepcional, ya que en el Código Civil se aplica únicamente en la compraventa voluntaria de bienes inmuebles (artículo 1888 del Código Civil), en la permuta voluntaria de bienes inmuebles (artículo 1900 del Código Civil), en la cláusula penal (artículo 1544 del Código Civil), en el mutuo (artículo 2206 del Código Civil), en la partición de bienes (artículo 1348 del Código Civil), en la aceptación de una herencia (artículo 1234 del Código Civil) y en la anticresis (artículo 2443 del Código Civil).

²⁷⁰ Además de las formas señaladas, se debe recordar que la coexistencia del Derecho Civil con otros estatutos jurídicos especiales, como el Derecho Laboral y el Derecho del Consumidor, constituye también una forma de garantizar una debida protección a quien no se encuentra en una situación de igualdad respecto al co-contratante.

²⁷¹ Vale la pena observar lo que se ha fallado en un caso en donde el demandado celebró con el demandante un contrato en el que se le adjudicaba cierto premio como consecuencia de haber ganado un sorteo. El juez sentenció que “*sólo si el demandado cumplió las bases de buena fe, es posible entender que se ha formado el consentimiento exigido para que nazca válidamente el contrato en cuestión*”. Sin perjuicio de aquella afirmación, se consideró necesario acreditar que el demandado “desplegó diversas conductas que dan cuenta de la existencia de una maquinación fraudulenta destinada a engañar a la empresa demandante”, anulando finalmente el contrato respectivo por dolo y no por la infracción de la buena fe [C. Iquique. 13 de septiembre de 2010. Nº Legal Publishing 45827 (C.2 y 5)].

²⁷² Sin perjuicio de esta conclusión, no cabe duda de que la buena fe se relaciona directamente con muchos de los mecanismos de protección señalados. A modo de ejemplo, la infracción al deber de información que

d) La etapa post-contractual

Algunos autores se han referido a la aplicación de la buena fe en el ámbito post-contractual, señalando que una vez terminada la relación contractual, en la fase de su liquidación, la buena fe impone deberes específicos, tendientes a “impedir cualesquiera conductas mediante las cuales una parte pudiere disminuir las ventajas patrimoniales legítimas de la otra”²⁷³.

A mi juicio, los referidos deberes no se encuadran dentro de una fase post-contractual, sino que se enmarcan en el ámbito de ejecución del contrato.

Como ya he insinuado, la principal misión de la buena fe en la ejecución de los contratos es imponer deberes entre las partes. Estos deberes pueden estar en relación directa o indirecta con la prestación principal pero, al igual que los deberes expresamente regulados, aquellos que emanan de la buena fe integran el contrato por lo que han de entenderse comprendidos en el mismo. Sostengo que en la medida que subsistan derechos y obligaciones pendientes de ejecución entre las partes, el contrato no puede entenderse extinguido sino que, por el contrario, mantendrá su vigencia hasta que todas y cada una de las obligaciones se encuentren satisfechas.

Referir la ejecución del contrato y supeditar su vigencia únicamente al cumplimiento de las obligaciones principales del mismo, traería aparejadas consecuencias indeseables derivadas del hecho de que al extinguirse la convención, no queda más opción que aplicar a los deberes post-contractuales las normas de responsabilidad extracontractual²⁷⁴. A esta conclusión se asocian

se deriva de la buena fe en la fase precontractual, puede derivar en la nulidad del contrato por los vicios de error o dolo. Sobre la relación de la buena fe con los vicios del consentimiento, se sugiere consultar: BARROS, Enrique, “Tratado de Responsabilidad...”, (Nº81), pp.1012 y ss.; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. El silencio de los inocentes: hacia una caracterización del deber de informar en sede precontractual; En: Estudios de derecho civil. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 128-177; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, “La distribución del riesgo; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV: 75-99, 2010.

²⁷³ LÓPEZ, Jorge, “Los Contratos”, (Nº12), p. 414.

²⁷⁴ La opción contraria es sostenida por Cristian Boetsch, quien señala que se aplicaría el estatuto de responsabilidad contractual, “pues se trata de deberes que “subsisten” de la vinculación jurídica anterior, y que se siguen debiendo precisamente por el hecho que existió un especial contacto (un contrato) entre las esferas de intereses de acreedor y deudor” [BOETSCH, Cristián. “La buena fe contractual” (Nº8), p.156].

ciertos inconvenientes. En primer término, implica cargar al acreedor de una mayor dificultad probatoria, pues no se encontrará amparado por la presunción de culpa que pesa generalmente sobre el deudor en materia contractual. En segundo lugar, se le priva de ciertas acciones que tienen los acreedores únicamente en el estatuto contractual, como la ejecución forzada de la obligación.

Adicionalmente, cabe señalar que la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual a la infracción de deberes post-contractuales, como son los de no competir o de confidencialidad, no encuadra de buena manera con la naturaleza de los mismos deberes, que se explican únicamente a la luz del contrato celebrado por las partes y que deben encontrar en éste su fundamento último.

Antes de cerrar esta sección, creo relevante resaltar el importante rol que cumplen nuestros tribunales de justicia en determinar el correcto entendimiento y aplicación de la buena fe en materia de obligaciones. En efecto, por medio de una adecuada y robusta fundamentación de las sentencias que se basan en conceptos jurídicos indeterminados en general, y en particular en la buena fe, los tribunales pueden disminuir la incertidumbre que subyace en su aplicación. Para ello, un juez no debería limitarse a invocar la buena fe en sus fallos, sino que ha de señalar cuál es el deber específico que de ella emana y cómo se arribó a dicha conclusión. De esta forma se provee a los destinatarios de la ley de una guía concreta que permita dirigir la actuación en conformidad al derecho.

La buena fe constituye un poderoso mecanismo a través del cual los jueces pueden otorgarle al derecho cierta flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias actuales. En efecto, ella ha servido para corregir una inteligencia demasiado estricta del principio de *pacta sunt servanda* introduciendo modalizaciones que pueden venir exigidas por las circunstancias del caso concreto²⁷⁵. Con todo, me parece incorrecto utilizar la buena fe para introducir complejas doctrinas al derecho, que debiesen encontrarse reguladas por otros medios. En efecto, existen

Si bien concuerdo en la conveniencia de someter estos deberes al régimen contractual, estimo que dicha afirmación es incompatible con la que sostiene que el contrato se encuentra extinguido.

²⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis, “Los principios del...”, (Nº137), p.155.

variados desarrollos doctrinales y jurisprudenciales asociados a la noción de buena fe estándar, como por ejemplo, la doctrina de la imprevisión, la del abuso de derecho, la teoría de los actos propios, excepción de contrato no cumplido, ente otros. Cada una de estas doctrinas merece un desarrollo acabado, ya que algunas son instituciones jurídicas complejas, con requisitos propios. Por este motivo, no parece adecuado introducirlas forzosamente mediante la invocación directa de la buena fe²⁷⁶, pues dicha práctica conlleva el riesgo de vulgarizar el derecho civil²⁷⁷.

²⁷⁶ Así ha sido afirmado por el jurista Karl Larenz a propósito de la recepción de la doctrina que permite revisión del contrato por frustración de la base del negocio en Alemania. El autor ha señalado que dicha doctrina “contiene una autorización, sujeta a la existencia de determinados requisitos, para la modificación de las relaciones contractuales existentes. Esta autorización no puede concurrir con una norma objetiva que regule inmediatamente las relaciones jurídicas, como la del §242 del Código Civil”. [LARENZ, Karl, “Base del negocio...”, (Nº160), p.215].

²⁷⁷ Esta opinión es sostenida en nuestro medio por don Enrique Barros, quien ha señalado en relación a la posibilidad de revisar los contratos por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes, que “pareciera que no se puede recurrir a la buena fe en la forma de un correctivo de equidad vago y desarticulado. Este camino conduce a los males del vulgarismo si una doctrina jurídica estructurada, y consistente con el orden general de los contratos, no discrimina y califica las condiciones de aplicación de una manera conceptual y normativamente coherente con el derecho vigente” [BARROS, Enrique: “Conceptualismo y Vulgarismo”, (Nº4), p.31].

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he pretendido demostrar que de la afirmación de que la buena fe constituye un importante principio general del derecho civil, no sigue que la misma deba ser aplicada invariablemente a cualquier caso en que se invoque.

En efecto, para determinar la forma en que ella debe ser aplicada, he propuesto atender a su consagración legal y la forma en como ésta se encuentra regulada.

Si la buena fe se encuentra regulada expresamente por el legislador -ya sea como una regla de contenido específico, ya sea como estándar- el ámbito de discrecionalidad judicial se encontrará restringido según los límites impuestos por la misma norma, por lo que el juez no podrá desatender la disposición so pretexto de invocar el principio general de buena fe de manera directa.

Cuando se regula la buena fe por medio de reglas precisas y determinadas, el adjudicador carece de discrecionalidad en la aplicación de la misma, pues el legislador ha regulado íntegramente el supuesto de hecho, ponderando los principios que estimó involucrados y cristalizando dicha ponderación en la regla.

Si el legislador nada ha dicho respecto a la buena fe en determinada materia, el juez sólo podrá aplicarla como principio en aquellos casos en que no es posible entender que la regulación de la materia expresa una opción legislativa de hacer primar un determinado valor jurídico por sobre otro.

Si el juez estima que ante una situación no reglada ha de regir la buena fe como principio, por no existir una voluntad legislativa en un sentido diverso, éste deberá razonar conforme a otros principios jurídicos que pudiesen verse involucrados, ponderándolos y dando una solución al caso asumiendo que su razonamiento debe ajustarse al que debería regir en otros casos análogos.

En un punto intermedio entre la aplicación de la buena fe como regla y como principio, se encuentra el estándar de buena fe, regulado a propósito de la ejecución del contrato. El estándar de buena fe entrega al juez un ámbito de discrecionalidad más amplio que el conferido por reglas específicas, pero más acotado que el que posee al aplicar un principio jurídico, pues si bien el legislador delega en el adjudicador la facultad de ponderar diversos valores jurídicos que pudiesen verse comprometidos y así determinar en concreto el mandato legal, ordena a su vez realizar dicha ponderación dentro de los límites impuestos por la misma norma.

El estándar al que hago referencia se consagra en el artículo 1546 del Código Civil, que constituye una de las piezas angulares sobre las cuales está construido el derecho de contratos.

A pesar de su manifiesta importancia en la vida práctica, doctrina y jurisprudencia han discurrecido en torno a las funciones que cumple dicha norma. Se ha dicho que esta regla no es más que una repetición del *pacta sunt servanda*, o que es una norma de interpretación de los contratos. Asimismo, se le ha atribuido una función integradora de derechos y obligaciones y el establecimiento de un patrón de conducta vinculante para las partes. Estas últimas constituyen, a mi juicio, las verdaderas funciones del artículo 1546 del Código Civil.

La función integradora opera ante la constatación de una laguna contractual. El artículo 1546 del Código Civil dispone que el juez deberá subsanar el vacío, imponiendo derechos y obligaciones para las partes, atendiendo a la naturaleza misma de la obligación, a la ley o a la costumbre. Estos mismos elementos constituyen el límite a la actividad integradora del juez, quien no podrá desnaturalizar la regulación contractual a pretexto de integrar sus vacíos.

Por otro lado, el patrón de conducta de la buena fe impone a las partes contratantes la obligación de comportarse en forma honrada y leal. Para determinar cuál es el comportamiento que en concreto deberán seguir los contratantes, el juez deberá emplear un método objetivo, que deberá ser evaluado a la luz de la propia convención, buscando resguardar el fin práctico que tenían los contratantes al momento de contratar.

A pesar de la literalidad de la norma que lo consagra, que se refiere a la “ejecución” del contrato, la doctrina ha estimado que este estándar se aplica durante todo el íter contractual, desde las tratativas preliminares hasta las fases posteriores a su cabal cumplimiento.

La determinación de la extensión que alcanza el estándar de buena fe reviste gran importancia práctica a la luz de la distinción entre principios y normas, pues si se invoca como estándar, el juez deberá atenerse, al momento de establecer su contenido, a los límites impuestos por el legislador, mientras que si se invoca como principio, el adjudicador podrá ponderar con libertad los bienes jurídicos involucrados, obrando con un amplio ámbito de discrecionalidad.

Sostengo que en la fase precontractual o de tratativas preliminares, el juez debe aplicar la buena fe como principio general del derecho. En efecto, ante la inexistencia de norma que regule de manera expresa a la buena fe, esta ha de ser aplicada como principio por el juez, de manera que coadyuve a la fijación del deber de comportamiento que se espera de las partes en esta etapa.

Cosa distinta ocurre con la fase de celebración del contrato, que se encuentra densamente regulada por múltiples normas que persiguen tanto resguardar el consentimiento de las partes contratantes, como guardar los valores más importantes de la sociedad. Imponer una exigencia adicional de buena fe, rompería con el balance entre los bienes protegidos por el legislador y las sanciones establecidas para la eficacia de las normas que revelan la elección.

Por último, discurro sobre la existencia de una fase post-contractual, toda vez que estimo que el contrato no se extingue por el simple cumplimiento de sus obligaciones principales, sino que éste debe subsistir hasta que todos los deberes que impone se encuentren satisfechos. Así, los deberes que emanan de la buena fe forman parte del contrato, que subsiste en la medida en que se mantengan pendientes de cumplimiento.

Cabe advertir que esta memoria ha abordado el tema de la buena fe desde una perspectiva diferente a la tratada usualmente por la doctrina en nuestro país, por lo que subsisten una serie de desafíos teóricos y prácticos a ser desarrollados. Entre ellos, la relación entre la buena fe y la culpa en materia precontractual, pues si bien la doctrina mayoritaria ha estimado que en las negociaciones preliminares cabe imponer responsabilidad por infracción a los deberes que

emanan de la buena fe, lo cierto es que también parece haber acuerdo en que dicha responsabilidad se rige por el estatuto extracontractual, cuyo factor de imputabilidad es culpa o dolo, y no buena fe. Otra materia sobre la cual vale la pena profundizar es la relativa al establecimiento de acciones mediante las cuales el acreedor pueda reclamar por la infracción de la buena fe ante los tribunales de justicia, cuestión de gran trascendencia a la hora de llevar la discusión teórica sobre la buena fe al terreno práctico.

Este trabajo ha pretendido ser un avance en el entendimiento de la buena fe en el Derecho Civil, de forma que no se emplee este concepto jurídico de manera impropia, arriesgando la necesaria estabilidad en el tráfico jurídico y derivando así en la vulgarización del derecho privado. Creo que la alusión a la buena fe es necesaria y deseable en un derecho vivo, pues se ajusta a las más elementales nociones de justicia, por lo que es necesario seguir mejorando su comprensión como principio general del derecho y norma jurídica codificada.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. Tomo I.
2. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Los Principios Generales del Derecho. Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003. 281p.
3. ALCALDE SILVA, Jaime. Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos. En: CORRAL TALANI, H. Y RODRÍGUEZ PINTO, M.a (Eds). Estudios de Derecho Civil II. Chile: LexisNexis, 2006. pp. 549 a 570.
4. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVICH, Antonio. Tratado de las Obligaciones. 2º Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
5. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVICH, Antonio. Tratado de Derecho Civil. 7ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. Vol 1.
6. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo: De los Contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 223p.
7. ALEXY, Robert. A theory of legal argumentation: The theory of rational discourse as theory of legal justification. [Traducción española de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Teoría de la argumentación Jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales,1989]. Clarendon Press, 1989, 232p.
8. ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del derecho. Barcelona. Editorial Gedisa,1997. 224p.
9. ATIENZA, Manuel: El sentido del derecho. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003. 344p.
10. ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Madrid, Trotta, 2000. 133p.

11. ATRIA LEMAITRE, Fernando. Del Derecho y el razonamiento jurídico [en línea]. Doxa N° 22, <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10293/1/doxa22_03.pdf> [Consulta: 12 de marzo de 2013].
12. ATRIA LEMAITRE, Fernando. Lo que importa sobre los principios. En: CARBONELL, F; COLOMA, R; LETELIER, R (Coordinadores). Principios jurídicos. Análisis y crítica. Chile. Legal Publishing Chile. 2011. pp. 65-90.
13. BARROS BOURIE, Enrique. Reglas y Principios en el Derecho. Anuario de Filosofía Jurídica y Social (2): pp. 269-281, 1984.
14. BARROS BOURIE, Enrique. Derecho y Moral. Revista de Derecho y Jurisprudencia, (80): 45 – 65, 1983.
15. BARROS BOURIE, Enrique. Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso de Derecho. Revista Derecho y Humanidades, (7):11-37, 1999.
16. BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 1230p.
17. BARROS BOURIE, Enrique: Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales. En GUZMÁN, Alejandro, Estudios de Derecho Civil III, Chile, Legal Publishing, 2008. pp. 403-428;
18. BARROS BOURIE, Enrique. Conceptualismo y Vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011. pp.21-36.
19. BEATSON Jack; FRIEDMANN Daniel. Introduction. From 'Classical' to Modern Contract Law. En: BEATSON., FRIEDMANN D. (Eds). Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford University Press, 1995. 531p.
20. BELADIEZ ROJO, Margarita. Los principios jurídicos. Madrid, Tecnos, 1994. 152p.

21. BIGWOOD, Rick. *Exploitative Contracts*. New York, Oxford University Press, 2003. 554p.
22. BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. 220p.
23. CELEDÓN FÖRSTER, Rosario; SILBERMAN VESZPREMI, Patricia. *Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones Contractuales*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004. 181 h.
24. CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago, Editorial Jurídica, 1979, Vol VI.
25. COHEN, Nili. *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*. En: BEATSON J., FRIEDMANN D. (Eds). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford University Press, 1995. 531p.
26. COLLINS, Hugh. *The Law of Contract*. 4ª ed. Londres, LexisNexis, 2003. 441p.
27. COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. *Derecho y economía*. México, Fondo de cultura económica, (Traducción de Eduardo L. Suárez), 1998. 686p.
28. CORRAL TARCIALI, Hernán. *La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno*. En: CORDOBA, Marcos (dir). *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004. pp. 205 a 224.
29. CORRAL TALCIANI, Hernán. *La raíz histórica del adagio “Venire contra factum proprium non valet”* [en línea]
<<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/historiaadagioactosproprios.pdf> >
[Consulta: 12 de marzo de 2013].
30. DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Civitas, 1988. 2 v.
31. DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo. *El silencio de los inocentes: hacia una caracterización del deber de informar en sede precontractual*; En: *Estudios de Derecho*

Civil. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 128-177.

32. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe. En: CORRAL TALANI, H. Y RODRÍGUEZ PINTO, M.a (Eds). Estudios de Derecho Civil II. Chile: LexisNexis, 2006. pp. 571 a 592.
33. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual. En su: Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado N°3. Santiago, U. Diego Portales, 2006. pp. 131-158.
34. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar. Revista Chilena de Derecho Privado, (11): 43-72, 2008.
35. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV: 75-99, 2010.
36. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII: pp.115-135, 2011.
37. DE TRAZEIGNES, Fernando. Desacralizando la buena fe en el derecho. En: CÓRDOBA, Marcos. Tratado de la buena fe en el derecho. Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pp. 21 a 46.
38. DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. La doctrina de los propios actos: Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Editorial Bosch, 1963. 505p.
39. DÍEZ-PICAZO, Luis. Estudios de derecho privado. Madrid, Editorial Civitas, 1980. 437 p.
40. DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Editorial Civitas, 1991. 208p.
41. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 9ª Ed. España, Editorial Tecnos, 1998. Volumen I.

42. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TARIAS, E; MORALES; A. Los principios del derecho europeo de contratos. Madrid, Editorial Civitas, 2002. 529p.
43. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid, Editorial Civitas, 6ª Ed. 2007. Vol I.
44. DOMÍNGUEZ
 BENAVENTE, Ramón, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Retiro Inmotivado de las Negociaciones Preliminares. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, (199): 179-183, 1996.
45. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Aspectos de la integración del contrato. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011. pp 251-262.
46. DUCCI CLARO, Carlos. Interpretación jurídica: en general y en la dogmática chilena. 3ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. 266p.
47. DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil: parte general. 4ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. 488p.
48. DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Harvard University Press, 1978. 392p.
49. EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989. 271p.
50. EPSTEIN, Richard. Reglas Simples para un Mundo Complejo. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Editorial Católica del Perú, 2005, 349p.
51. FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. Curso de derecho Civil. 5ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2011. Título 1º.
52. FLUME, Werner. Negocio jurídico. 4ª Ed. Madrid, Fundación Cultural del Notariado, [Traducción de J.M Miquel y E. Gómez], 1998. 2 Vol.

53. FRIED, Charles. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 220p.

54. FRIEDMANN, Daniel: Good Faith and Remedies for Brach of Contract. En su: BEATSON., FRIEDMANN D. (Eds). Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford University Press, 1995. 531p.

55. FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. 650p.

56. FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. 602p.

57. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile. En: Interpretación, integración y razonamiento jurídicos. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992. 41-87.

58. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La buena fe en el Código Civil de Chile. Revista Chilena de Derecho, 29 (1): 11-23, 2002.

59. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Tomo II.

60. HART, Helbert. El concepto de derecho [Traducción española de Genaro Carrió]. Buenos Aires, 1998. 332p.

61. HESSELINK, Martijn. The Concept of Good Faith [En línea]. <http://ssrn.com/abstract=1098856> [Consulta: 12 de marzo de 2013].

62. HOUH, Emily. The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vassel?. [En línea] <http://ssrn.com/abstract=622982> [Consulta: 12 de marzo de 2013].

63. JOHOW SANTORO, Christian. La interpretación del contrato y la buena fe. En: Estudios de Derecho Civil: Código y dogmática en el Sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Chile. LexisNexis, 2005. pp. 213 a 233.

64. LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. 237p.
65. LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958-1959. Vol I.
66. LEÓN HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. 4ª Ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1991. 268 p.
67. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos. Parte General. Tomo II. 4º Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2005. 2 Vol.
68. LOUZAN, Nelly. "La buena fe en el derecho romano", En: Varios autores. Tratado de la buena fe en el derecho. Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I.
69. MEDINA PÉREZ, José. La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Patrocinado por Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1950. 154h.
70. MEJÍAS ALONZO, Claudia. Rol de la buena fe en materia de resolución y de excepción de contrato no cumplido. Gaceta jurídica (384):19-26, 2012.
71. MEREMINSKAYA, Elina. Buena fe contractual en la jurisprudencia chilena e internacional. La Revista de Derecho: Derecho – Sociedad – Cultura, 2ª época. IX(4): 255-275, 2003.
72. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones. 9º Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 1999. Vol I.
73. MONROY CELY, Daniel. Análisis Económico de la buena fe en el derecho de contratos. [en línea]
<<http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2810/2445>>
[consulta: 12 de marzo de 2013].
74. MacCORMICK, Neil. Razonabilidad y Objetividad (Traducción de Fernando Atria). Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso, (45). pp. 399-436.

75. MONROY CELY, Daniel: Análisis económico de la intervención judicial en los contratos: ¿una cuestión de justicia? [en línea] <
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=daniel_monroy&sid=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3DMONROY%2BCELY%2C%2BDaniel%3A%2B%25E2%2580%259CAn%25C3%25A1lisis%2Becon%25C3%25B3mico%2Bde%2Bla%2Bintervenci%25C3%25B3n%2Bjudicial%2Ben%2Blos%2Bcontratos%3A%2B%25C2%25BFuna%2Bcuesti%25C3%25B3n%2Bde%2Bjusticia%253F%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CDAQFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fworks.bepress.com%252Fegi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1003%2526context%253Ddaniel_monroy%26ei%3D-aw_UbS-I-f30gHgmIH4BQ%26usg%3DAFQjCNEVv0uiS8aPJNmmacjKj2RsLnUllw%26sig%3DjTP8n_ghXtBQZHi6UTJ5Zw#search=%22MONROY%20CELY%2C%20Daniel%3A%20%20Análisis%20económico%20de%20la%20intervención%20judicial%20en%20los%20contratos%3A%20¿una%20cuestión%20de%20justicia%3F%22> [consulta: 12 de marzo de 2013].
76. MUSY, Alberto: The good faith principle in contract law and the precontractual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures. [en línea] <
<http://www.icer.it/docs/wp2000/Musy192000.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2013]
77. PARDO LÓPEZ, Pamela. Sobre la posibilidad de admitir en Chile las nociones de contrato colaborativo y contrato adversarial: una mirada desde el “regulating law”. En: Estudios de Derecho Civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2010. Chile, AbeledoPerrot, 2011. pp. 239-250.
78. PARDO De CARVALLO, Inés. La doctrina de los actos propios. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (14): 49-69, 1991-1992.
79. PEÑAILILLO, ARÉVALO, Daniel. La apreciación de la buena fe. Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2(1): 69-78, 1993.
80. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. Revista de Derecho Universidad de Concepción (200): 7-40, 1996.
81. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Santiago, Editorial Jurídica, 2003. 502p.

82. PIZARRO WILSON, Carlos. Buena fe. Responsabilidad precontractual. Responsabilidad extracontractual. Revista Chilena de Derecho Privado (3): 163-167, 2004.
83. POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. 2ª ed. México, Fondo de cultura Económica, 2007. 1120p.
84. QUINTANA BRAVO, Fernando. Interpretación y Argumentación Jurídica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. 338p.
85. QUINTANILLA PÉREZ, Antonio. Estudios de Derecho Civil en memoria del Profesor Victorio Pescio. Valparaíso, Editorial de la Universidad de Valparaíso, 1976. 423 p.
86. RAMOS PAZOS, René: Derecho de familia. 6 Ed. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2007. Tomo I.
87. RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. 3 ed. Santiago, Legal Publishing, 2007. 578p.
88. REZZÓNICO, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. Argentina: Editorial Astrea, 1999. 604p.
89. SAFFIE GATICA, Francisco. Reglas, principios y positivismo ético. Revista Derecho y Humanidades, (11): 383-392, 2005.
90. SAFFIE GATICA, Francisco. Una revision del estado actual de la discussion entre Ronald Dworkin y los positivistas. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007. 126h.
91. SALAH ABUSLEME, María. Las doctrinas de los actos propios y de la protección a la apariencia: una mirada comparativa. Revista del Magister y Doctorado en Derecho (2): 189 - 202, 2008.
92. SCHAUER, Federick. Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009. 239p.

93. SCHWARCZ, Steven. The 'Principles' Paradox. [En línea]. European Business Organization Law Review http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121454 [Consulta: 12 de marzo de 2013].
94. SEPE, Simone. Good Faith and Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective. Siena Memos and Papers in Law & Economics. [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=1086323>> [Consulta: 12 de marzo de 2013].
95. STONE, Julius. Legal System and Lawyer's Reasoning. California, Stanford University Press, 1964. 454p.
96. SUNSTEIN, Cass. Behavioral Law and Economics. Cambridge, Cambridge University Press, 2000. 431p.
97. SUMMERS, Robert. The general Duty of Good Faith – Its recognition and conceptualization. [En línea] < <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/summers.html>> [Consulta: 12 de marzo de 2013].
98. TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. Decadencia y resurgimiento de los principios originales del Código Civil. En: CORRAL TALANI, H. Y RODRÍGUEZ PINTO, M.a (Eds). Estudios de Derecho Civil II. Chile: LexisNexis, 2006. pp.5-8.
99. TOMÁS MARTÍNEZ, Gema. Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. [En línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000100009&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 12 de marzo de 2013].
100. VIAL DEL RÍO, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico. 5ª ed. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 407p.
101. VIDAL OLIVARES, Álvaro. La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXI: 219-222, 2000.

102. VIDAL OLIVARES, Álvaro. El Incumplimiento y los remedios del acreedor en la *propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*. Revista Chilena de Derecho Privado (16), pp. 243-302.
103. VODANOVIC HAKLICKA, Antonio: Manual de Derecho Civil. 2ª ed, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001. 416p.
104. WERNER POZO, Carolina; NEHME ZALAUQUETT, Nicole. El Rol de los Conceptos de Orden Público, Buenas Costumbres y Buena Fe en la Contratación entre Partes Desiguales. En: DORA MARTINIC, María (Ed.). Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LexisNexis, 2005, pp. 647-662.
105. ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Grand Britain, Oxford University Press, 1996. 1241p.
106. ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. Good Faith in European Contract Law. Cambridge University Press, 2000. 720p.
107. ZIMMERMANN, Reinhard. Estudios de Derecho privado europeo. [Traducción y prólogo a cargo de Antoni Vaquer Aloy]. Madrid, Editorial Civitas, 2000. 325p.