



TESIS DOCTORAL

EL DEBER DE LEALTAD CONTRACTUAL. JUSTIFICACIÓN Y APLICACIÓN

María Magdalena Bustos Díaz
Universitat de Girona / Universidad de Chile

2021



TESIS DOCTORAL

EL DEBER DE LEALTAD CONTRACTUAL. JUSTIFICACIÓN Y APLICACIÓN

MARÍA MAGDALENA BUSTOS DÍAZ

2021

Universitat de Girona Programa de Doctorado en Derecho, Economía y Empresa

Universidad de Chile Programa de Doctorado en Derecho

Dirigida por: Diego M. Papayannis / Cristián Banfi

Tutor: Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de Doctora por la Universitat de Girona y la

Universidad de Chile

*A Marcos, mi amor, mi cómplice y todo.
A nuestros hijos Salvador y Crescente.
A mi madre, Magdalena, por enseñarme a volar.*

PUBLICACIONES DERIVADAS DE LA TESIS

Partes del contenido del presente trabajo, en particular del capítulo II y del capítulo IV fueron publicados respectivamente en:

BUSTOS, M., 2020: «La lealtad como deber de conducta en el derecho de contratos», en J. GARCÍA y D. PAPAYANNIS (eds.): Dañar, incumplir y reparar, Lima: Palestra Editores: 197-216.

BUSTOS, M., 2019: «Confianza y lealtad. Dos conceptos relacionados», en E. PEREIRA (ed.): Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno, Santiago: Rubicón: 189-211.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco, en primer lugar, a mis directores Cristián Banfi y Diego Papayannis, por su constante e incondicional apoyo, su generosidad, sus invaluable comentarios, por las horas y horas destinadas a discutir las ideas plasmadas en este trabajo, por sus críticas y rigurosidad. Y, por, sobre todo, por creer en mí.

En segundo lugar, mi gratitud al Programa de Doctorado de la Universidad de Chile, especialmente a Juan Pablo Mañalich y Flavia Carbonell, quienes fueron coordinadores académicos durante mi tiempo de permanencia como alumna en dicho programa. Asimismo, agradezco a la Escuela de Doctorado de la Universitat de Girona, y al grupo de investigación de Filosofía del Derecho de dicha casa de estudios, especialmente a su investigador principal Jordi Ferrer. A todos ellos, por su apoyo y por contribuir en las gestiones para la suscripción del convenio de doble titulación entre ambas universidades y permitirme, con gran orgullo, ser beneficiaria de este.

Agradezco, además, a mis compañeros y amigos del Programa de Doctorado de la Universidad de Chile y de la Universitat de Girona. Especialmente a Danielle Zaror, José Antonio Sánchez, Lucila Fernández, Esteban Pereira, Alexander Vargas y Emma Calderón. A todos ellos, por su amistad, su generosidad, sus comentarios, críticas y largas jornadas destinadas a discutir no solo nuestras investigaciones, sino también la vida misma.

Quisiera agradecer también a mi familia, quienes permitieron, incentivaron y contribuyeron a llevar adelante este trabajo. A Marcos, mi amor y compañero de vida, por su constante apoyo, amor y paciencia, a quien debo la fortaleza para seguir siempre adelante. A nuestros hijos, Salvador y Crescente, simplemente por existir y por llenar nuestras vidas de amor y luz. A Magdalena, mi madre, por su amor, sabiduría y por motivarme desde siempre a cumplir mis sueños. A Claudia y Andrés, mis hermanos, por todos esos días, semanas y años en los que juntos aprendimos a ser adultos.

Finalmente, quiero agradecer a todos quienes creyeron en la viabilidad de esta investigación. Y también a quienes no, pues gracias a ellos el aliciente para continuar fue cada día mayor.

RESUMEN

Esta investigación doctoral pretende explicar que para cierto tipo de contratos, como los contratos relacionales, son exigibles deberes de lealtad derivados de la buena fe objetiva. Los deberes de lealtad imponen un estándar más exigente, que obliga a los contratantes a cautelar el interés de la contraparte de un modo especial o directamente beneficiarlo. Así también, este trabajo pretende evidenciar que lo que justifica que los deberes de lealtad sean jurídicamente exigibles es la necesidad de ofrecer una protección contra los riesgos generados por la vulnerabilidad y la dependencia propias de las relaciones de confianza sin las cuales es improbable que estos contratos funcionen correctamente.

ABSTRACT

The goal of this doctoral dissertation is to explain that, for certain types of contracts, such as relational contracts, loyalty duties that derive from objective good faith are enforceable. Loyalty duties impose a more demanding standard, which requires the contracting parties to protect the interest of the other party in a special way or even to confer a straightforward benefit to them. This dissertation purports also to show that the enforceability of loyalty duties is justified by the need to protect against the risks created by the vulnerability and dependency typical of the trust relationships without which the success of these contracts becomes unlikely.

RESUM

Aquest treball doctoral pretén explicar que, per a cert tipus de contractes com els contractes relacionals, són exigibles deures de lleialtat derivats de la bona fe objectiva. Els deures de lleialtat imposen un estàndard més exigent, que obliga els contractants a protegir l'interès de la contrapart d'una manera especial o directament beneficiar-lo. Tanmateix, aquest treball pretén evidenciar que el que justifica que els deures de lleialtat siguin jurídicament exigibles és la necessitat d'oferir una protecció contra els riscos generats per la vulnerabilitat i la dependència pròpies de les relacions de confiança, sense les quals és improbable que aquests contractes funcionin correctament.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I BUENA FE	16
Introducción	16
Primera Parte Concepto. Origen histórico y aplicaciones de la buena fe	19
(i) Concepto de buena fe	19
a. Referencias doctrinarias.....	19
b. Indeterminación de la buena fe y sus ventajas	23
c. La buena fe. Un concepto indeterminado normativo.....	26
(ii) El origen de la buena fe	28
a. La buena fe en Roma	29
b. Casuística jurisprudencial de la buena fe	31
b.1 Compensación con base en la reciprocidad de las obligaciones	31
b.2 Excepciones implícitas	32
b.3 Extensión de la obligación.....	32
b.4 La culpa como conducta contraria a la buena fe	32
b.5 Posibilidad de enervar la acción con el pago.....	33
b.6 Inclusión del lucro cesante en la responsabilidad contractual por culpa.....	33
(iii) Aplicaciones de la buena fe. Finalidad de la referencia normativa	35
a. Buena fe como criterio de interpretación contractual.....	35
b. Buena fe como criterio de integración contractual.....	40
Segunda Parte Buena fe e interpretación	43
(i) Interpretación contractual	43
(ii) Buena fe como criterio de interpretación	46
a. ¿Qué se interpreta?.....	46
b. El juez como intérprete de la voluntad contractual. El rol de la buena fe	49
Tercera Parte Buena fe e integración	56
(i) Alcance del artículo 1546 del Código Civil	56
(ii) Lo que la buena fe exige integra el contenido del contrato. Examen de las fuentes históricas del artículo 1546 del Código Civil	58
(iii) La buena fe exige integrar aquello que emana de la naturaleza de la obligación y la costumbre, y no los elementos de la naturaleza del contrato	62
a. Razones para diferenciar los elementos de la naturaleza del contrato de aquellos que la buena fe exige integrar porque emanan de la naturaleza de la obligación	62
b. La costumbre que por exigencia de la buena fe se integra al contrato debe entenderse en un sentido distinto de la costumbre a la que la ley se remite expresamente	65
(iv) Función de la buena fe en la integración contractual. Lo que por exigencia de la buena fe se integra	68
(v) La buena fe permite justificar deberes de conducta exigidos por ley	71
Conclusiones	74

CAPÍTULO II BUENA FE Y DEBER DE CONDUCTA	76
Introducción	76
Primera Parte El deber jurídico de buena fe	78
(i) Deber jurídico	78
a. La sanción o la posibilidad de ejecución no define el deber	78
b. El reconocimiento del deber jurídico.....	81
c. Los deberes en la relación jurídica de derecho privado y su carácter relacional.....	82
d. Deberes contractuales	85
(ii) Buena fe y deber	87
a. Buena fe y estándar de conducta.....	87
b. Deber de buena fe	89
c. Deberes exigidos por la buena fe.....	93
c.1 Deberes exigidos por la buena fe de acuerdo con la jurisprudencia.....	93
Segunda Parte Criterios para determinar lo que exige la buena fe.....	101
(i) El problema de la indeterminación	101
a. Propósito y prevención	101
b. Buena fe e indeterminación	102
c. La práctica como criterio para solucionar problemas de indeterminación	103
d. Insuficiencia de la práctica para solucionar problemas de indeterminación	105
d.1 Los conceptos son empíricamente indeterminables	105
d.2 Las convenciones vigentes son solo el punto de partida	106
d.3 Infradeterminación de las prácticas	107
(ii) El juicio normativo para aplicar correctamente el derecho	108
(iii) Medida o extensión de lo exigido por la buena fe	113
a. El respeto por el interés ajeno como medida general de lo exigido por la buena fe.....	113
b. La moral del deber como medida de exigencia de la buena fe.....	114
c. Velar por el propio interés es la regla general	117
d. El sentido débil y fuerte de la buena fe	121
e. Lo exigido por la buena fe y su relación con el altruismo.....	124
Conclusiones.....	126
CAPÍTULO III EL DEBER DE LEALTAD	129
Introducción	129
Primera Parte El deber de lealtad en las relaciones fiduciarias.....	133
(i) Relaciones fiduciarias, lealtad y buena fe.....	133
a. Justificación	133
b. Relación fiduciaria.....	133
b.1 Origen	133
b.2 Una noción amplia de relación fiduciaria.....	135
c. Deberes fiduciarios y lealtad.....	139
d. Deberes de lealtad y buena fe	140
(ii) Conceptos del deber de lealtad en las relaciones fiduciarias	145
a. Lealtad como prevención de conflictos fiduciarios	145
b. Lealtad como devoción afirmativa	148
c. Lealtad como sinceridad	150

d. Lealtad como acuerdo hipotético.....	151
e. Lealtad como equidad.....	151
f. Otras posibilidades	152
Segunda Parte El deber de lealtad en el derecho contractual	153
(i) Concepto y presupuestos	153
a. Primer presupuesto. La conducta exigida	154
b. Segundo presupuesto. La confianza	157
b.1 Los contratos en los que la confianza es condición para su éxito	157
b.2 Integración de deberes requeridos por la lealtad	165
(ii) Deberes de lealtad contractual y la confianza como justificación del deber	169
a. Deber de información en el contrato de maquila u outsourcing	170
b. Deber confidencialidad en el contrato de agencia	174
c. Deber de respeto hacia el prestigio u honor ajeno en el contrato de transferencia de tecnologías	179
d. El deber de no representar intereses incompatibles en el contrato de publicidad	183
Conclusiones.....	188
CAPÍTULO IV LA CONFIANZA. PRESUPUESTOS Y FUNDAMENTOS	192
Introducción	192
Primera Parte Nociones y teorías sobre la confianza.....	195
(i) Confianza sustentada en las aptitudes de los contratantes	195
a. El mandato celebrado entre el cliente y el banco.....	196
b. Relación cliente y abogado.....	198
c. Contratos relacionales.....	199
(ii) Confianza, contratos y promesas.....	202
a. Fried. Confianza y promesas	203
b. Kimel. Confianza, promesas y contratos	205
(iii) Hardin. La confianza como intereses encapsulados	212
a. Aspectos generales. La noción de intereses encapsulados	212
b. Elementos de la confianza como interés encapsulado.....	214
b.1 Relación tripartita	214
b.2 Competencia	215
b.3 Expectativas.....	215
b.4 Racionalidad de la confianza.....	215
c. Motivaciones del depositario de la confianza.....	216
c.1 El autointerés como motivación de la confianza	216
c.2 Las cualidades personales como motivación de la confianza.....	217
c.3 La reciprocidad como motivación de la confianza	218
d. Otros elementos relevantes sobre la confianza.....	218
d.1 El carácter relacional	218
d.2 Confianza entre extraños	220
Segunda Parte	224
Presupuestos y fundamentos de la confianza.....	224
(i) Confianza jurídicamente garantizada. El punto de partida.....	225

(ii) El deber de lealtad permite generar la confianza personal que el contrato relacional requiere para ser exitoso	233
(iii) Presupuestos y fundamentos de la confianza	239
a. Racionalidad	239
b. Competencias del destinatario de la confianza y las motivaciones para confiar	241
(iv) El valor intrínseco del contrato en los contratos relacionales	244
Conclusiones.....	248
CAPÍTULO V IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL DEBER LEALTAD CONTRACTUAL..... 252	
Introducción	252
Primera Parte Importancia del deber de lealtad contractual	255
(i) Deber general de buena fe y lealtad	255
(ii) La mayor intensidad en la exigencia del deber de lealtad contractual.....	257
a. Contratos de intercambio	257
a.1 Lo exigido por el deber de información en un contrato de transferencia de tecnologías	258
a.2 Lo exigido por el deber de información en un contrato de compraventa	259
b. Contratos de ejecución continua.....	263
b.1 Lo exigido por el deber de cooperación, de conservar y usar la cosa de acuerdo con su destino natural en el contrato de licencia.....	264
a. Determinación de lo exigido por un deber requerido por la lealtad	275
b. Determinación de cumplimiento e incumplimiento del deber requerido por la lealtad ..	278
c. Delimitación de lo exigido en contratos en los que son requeridos deberes específicos de lealtad	279
d. Implicancias con relación al rol del juez	281
Segunda Parte Efectos de los deberes específicos de lealtad	284
(i) Los efectos emanan de la infracción del deber específico requerido por el deber de lealtad.....	284
(ii) Efectos de la infracción al deber específico de lealtad.....	284
a. Determinación del incumplimiento de un deber específico de lealtad	284
b. Acción de cumplimiento específico	289
c. Acción resolutoria.....	294
d. Acción de responsabilidad civil por incumplimiento	297
Conclusiones.....	302
CONCLUSIONES	305
BIBLIOGRAFÍA	314
Bibliografía citada	314
Jurisprudencia citada.....	328

INTRODUCCIÓN

El deber de lealtad ha sido tradicionalmente estudiado a propósito de relaciones fiduciarias (GOLD, 2014: 176 y 177), entendiéndose –en un sentido amplio– como aquel que exige una cierta consideración hacia el interés ajeno (BASCUÑÁN, 2019: 85). Así, en las relaciones fiduciarias, este deber se manifiesta en deberes de conducta específicos orientados justamente hacia la protección y/o beneficio del interés del otro que es parte de la relación. Ello ocurre, por ejemplo, tratándose de los deberes de conducta que son exigibles a los directores de sociedades anónimas (ALCALDE, 2013: 161), quienes por ley deben abstenerse de ejecutar actos que vayan en contra de los intereses de la sociedad¹.

En las relaciones fiduciarias, se justifica la exigencia de deberes de lealtad dada la naturaleza misma de la relación, puesto que en ella un sujeto ejerce un poder de autoridad discrecional para sustituir a otro en una de sus capacidades, lo que implica para este último desigualdad, dependencia y vulnerabilidad (MILLER, 2014: 69-73). Luego, los deberes de lealtad permiten contrarrestar en cierta forma la desigualdad, dependencia y vulnerabilidad implicadas en el ejercicio del poder de autoridad. A razón de ello, la conducta que es exigida para quien ejerce ese poder de autoridad debe orientarse en beneficio y protección del interés de quien ha sido sustituido en una de sus capacidades. Por solo mencionar algunas, son relaciones fiduciarias en las que los deberes específicos de lealtad son requeridos, aquellas que se derivan de la relación que existe entre la sociedad y quienes la administran; entre cliente y abogado; entre mandante y mandatario; y, en ciertos casos, entre médico y paciente (BARROS, 2019: 227 y 231).

A diferencia de lo ya señalado respecto de las relaciones fiduciarias, en el derecho de contratos, la lealtad ha sido comprendida bajo la noción de buena fe objetiva², que se

¹ Artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas.

² La doctrina nacional asevera que la buena fe objetiva se encuentra contemplada en el artículo 1546 del Código Civil y es «aquella que deja de lado el aspecto psicológico del sujeto, pasando ahora al campo de las conductas y, por lo tanto, de la ética, presentándose como una regla de conducta humana que exige dirigir el actuar conforme a una serie de normas que configuran patrones de rectitud y honestidad» (BOETSCH, 2015: 64). En oposición a este aspecto de la buena fe, se encuentra la buena fe de carácter subjetiva, cuya consagración legal se encuentra en el artículo 706 del Código Civil, con arreglo al cual «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». En todo caso, esta distinción entre buena fe objetiva y subjetiva no es pacífica en la doctrina nacional.

integra al contrato y es exigible para los contratantes como un estándar de conducta a seguir durante todo el *iter* contractual (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 435), conforme al cual las partes deben cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos de acuerdo con el canon de rectitud y honestidad que la buena fe exige (DÍEZ-PICAZO, 2019: 12 y 13). En este sentido, buena fe y lealtad de acuerdo con la doctrina civil contractual son términos equivalentes. Así, tradicionalmente, la lealtad entendida como buena fe no exige a los contratantes algo distinto que una conducta honesta y correcta en el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. La lealtad para el derecho de contratos no exige –de acuerdo con la postura tradicional– un deber de conducta orientado especialmente hacia el interés ajeno - entiéndase con ello protección y/o beneficio del interés del otro que es parte de la relación - como sí es requerido para las relaciones fiduciarias.

En Chile, no existen estudios teóricos en el derecho de contratos que permitan comprender si la postura que asume que la lealtad contractual no exige algo distinto de lo requerido por la buena fe es o no acertada. Así como tampoco se ha estudiado con detenimiento si en ciertos tipos contractuales pueden ser exigibles deberes de conducta orientados hacia la protección y/o beneficio del interés ajeno. Mi impresión es que ello obedece a que el tratamiento del derecho contractual en Chile se ha concentrado principalmente en el examen de los contratos que forman parte de la regulación decimonónica contenida en el Código Civil³, para los cuales –de forma evidente– buena fe y lealtad no funcionan de manera diferenciada⁴. Más aún, es correcto que así sea, pues si se trata de estructuras contractuales simples, donde los contratantes – persiguiendo la satisfacción de sus propios intereses bajo el lema *just business*⁵– intercambian bienes o servicios a través de contratos de ejecución instantánea o diferida e incluso de ejecución prolongada en el tiempo, la exigencia de un comportamiento orientado hacia la protección del interés ajeno o su beneficio pareciera estar fuera de lugar. En efecto, la buena fe como modelo de

Peñailillo considera que la «fe» es una sola y que funciona bajo dos adjetivos: «subjética» y «objetiva». En adelante, la utilización de la voz buena fe será siempre para referirme a la buena fe objetiva (PEÑAILILLO, 2016: 52).

³ Esto es, los contratos de compraventa, permuta, cesión de derechos, arrendamiento, sociedad, mandato, comodato, mutuo, depósito, fianza, prenda e hipoteca.

⁴ Con excepción del contrato de mandato, que es un tipo contractual en el que la relación entre mandante y mandatario es de naturaleza fiduciaria. V.gr. BARROS, 2019: 227 y 231.

⁵ V.gr. PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 28.

comportamiento que exige un actuar correcto y honesto y que impone a los contratantes el deber de contribuir con el otro en el cumplimiento de la prestación (BETTI, 2019: 61) es en principio suficiente.

Este trabajo pretende llenar el vacío teórico mencionado y tiene por finalidad mostrar que para contratos con estructuras complejas, como son los de tipo relacional⁶, en los cuales la confianza es condición de su éxito y se exige una constante interacción entre los contratantes y fuerte cooperación recíproca, su propia naturaleza requiere integrar deberes específicos de lealtad orientados hacia la protección y/o beneficio del interés ajeno, de la misma forma en que esos deberes son exigidos para las relaciones fiduciarias. La diferencia es que, tratándose de contratos de tipo relacional, la justificación de exigencia de los deberes específicos de lealtad no se encuentra en la naturaleza fiduciaria de la relación (pues no hay relación fiduciaria), sino en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que se requiere que para que el contrato sea exitoso, y en la necesidad de generar la confianza que el contrato requiere.

Por lo demás y siendo los contratos relacionales en su mayoría no regulados, esta investigación persigue determinar que la fuente de integración de los deberes específicos de lealtad que el contrato requiere para satisfacer las expectativas de los contratantes viene dada por la buena fe que, como criterio de interpretación e integración contractual, permite revelar deberes de conducta implícitos y que son necesarios para que la prestación pueda cumplirse y satisfacer los intereses de las partes. Luego, es la buena fe la que permite revelar e integrar a los contratos de tipo relacional los deberes específicos de lealtad.

De igual forma, para los casos en los que la buena fe integra al contrato deberes de conducta específicos de lealtad, este trabajo tiene como propósito mostrar que el estándar de conducta que debe seguirse por los contratantes en el cumplimiento de estos deberes específicos es más exigente respecto de lo exigido en los contratos donde la confianza no es condición para su éxito. Siendo ello así, el estándar con el que dichos deberes específicos deben cumplirse e interpretarse está dado por, una conducta orientada hacia el beneficio o

⁶ V.gr. MACNEIL, 1974: 720 y ss.

protección del interés ajeno y no sólo por aquello cuyo propósito es contribuir con el otro en el cumplimiento de la prestación.

Finalmente, la investigación pretende determinar los efectos que se producen tras la infracción de un deber específico de lealtad, y mostrar que, tratándose de este tipo de deberes, existen matices y diferencias en los presupuestos para la procedencia de la acción de cumplimiento en especie, la acción resolutoria y la acción de indemnización de perjuicios. Ello ocurre sobre todo respecto de lo que determina que un deber específico de lealtad sea incumplido para el ejercicio de la acción resolutoria, así como del estándar de diligencia que es requerido en el cumplimiento de estos deberes. En este sentido, evidenciaré que un deber específico de lealtad no es un deber más dentro de una relación contractual, sino que es un deber determinante para que la relación sea exitosa y pueda continuar en el tiempo. Por ende, la infracción del deber específico de lealtad que habilita al término del contrato supone no solo el incumplimiento objetivo del deber (que no se haya satisfecho el interés de uno de los contratantes), sino además la pérdida de la confianza que en los hechos es necesaria surja en este tipo de contratos. Así también justificaré que el estándar de diligencia que se exige en el cumplimiento de los deberes específicos lealtad (como el deber de informar, el deber de confidencialidad o el deber de no competir, por solo mencionar algunos) es de una intensidad mayor dentro del mismo grado de diligencia exigido en general para cualquier contrato bilateral.

Para cumplir con los objetivos señalados, este trabajo adoptará principalmente el método dogmático, resultando entonces que el punto de partida se encuentra en las fuentes doctrinarias que forman parte del derecho chileno y en las extranjeras, Utilizaré para ello aquellas fuentes que se relacionan con el examen, análisis y funciones de la buena fe contractual, el derecho de contratos en general, los contratos de tipo relacional y las relaciones fiduciarias. No obstante, debo prevenir que las fuentes doctrinarias extranjeras serán utilizadas como insumo para la mejor comprensión de las materias a tratar en esta investigación, mas no se utilizará el método comparado.

Dentro de las fuentes doctrinarias, se contemplan también aquellas que forman parte de la teoría del derecho y de la filosofía del derecho privado, como las que se refieren a los deberes y estándares de conducta y las relacionadas con la confianza en general y la confianza requerida en las relaciones contractuales.

Utilizaré, además, ciertas referencias jurisprudenciales que han sido recogidas de lo resuelto por parte de los tribunales de justicia chilenos, que permiten fortalecer los argumentos que se exponen en este trabajo y robustecer lo que se enuncia y concluye a partir del examen de las fuentes doctrinarias.

Asimismo, me valdré de ejemplos hipotéticos, que permiten esquematizar los argumentos y conclusiones que a lo largo de la investigación se extraerán, luego del examen y análisis de las fuentes doctrinarias utilizadas.

En cuanto a su estructura, este trabajo consta de cinco capítulos.

El Capítulo I está destinado a la comprensión de la buena fe contractual, su concepto, origen y funciones, en cuanto a su rol como criterio de interpretación e integración contractual. El propósito de este capítulo es identificar el rol de la buena fe en dos sentidos: para determinar el contenido del contrato, esto es, precisar a qué se obligaron las partes y la forma en que deben cumplir con sus obligaciones; y para revelar deberes de conducta implícitos que se integran en los casos en los que pueda predicarse una laguna contractual. Lo que se analiza y concluye en este capítulo servirá de insumo para luego mostrar –en el Capítulo III y en el Capítulo V– la forma en que los deberes específicos de lealtad deben ser integrados e interpretados en los contratos de tipo relacional.

El Capítulo II tiene por finalidad exponer y justificar que la comprensión de la buena fe como deber de conducta es lo que permite al intérprete utilizarla como criterio para la interpretación e integración de deberes de conducta implícitos. Distinguiré, en esta parte, la buena fe que como deber de conducta general permite al juez integrar el contrato, de los deberes específicos de conducta que son revelados a partir de ella y que vienen a integrar su

contenido. Me referiré, además, a los criterios que dispone el juez para precisar lo que en cada caso en razón de la buena fe se exige, así como también a la medida de lo exigido en general por la buena fe a los contratantes. En este último punto distinguiré la buena fe en un sentido débil que exige una conducta que permite o contribuye con el otro que es parte del contrato al cumplimiento de la prestación, de la buena fe en un sentido fuerte que exige una conducta orientada especialmente hacia el interés ajeno. Lo que se analiza y concluye en este capítulo permitirá más adelante, en el Capítulo V, comprender la mayor intensidad de exigencia de un deber específico de lealtad. Permitirá además delimitar la estructura y relación entre el deber general de buena fe que fundamenta la incorporación de un deber específico como parte del contenido implícito del contrato y el deber específico que se integra.

El Capítulo III aborda el deber de lealtad. Inicialmente, será examinado en su concepto, aplicación y justificación para las relaciones fiduciarias. Luego y una vez identificado lo que es requerido por un deber de lealtad en este tipo de relaciones, se justificará lo que este exige, y que consiste en términos amplios en una conducta orientada hacia la protección y/o beneficio del interés ajeno, es también exigible en los contratos de tipo relacional, que son aquellos en los que la confianza es condición para su éxito, y en los cuales se exige a los contratantes una constante interacción y fuerte cooperación recíproca para satisfacer sus expectativas e intereses. En esta parte, evidenciaré y argumentaré que la confianza necesaria para el éxito del contrato de tipo relacional implica a su vez vulnerabilidad y dependencia para los contratantes y que son los deberes específicos de lealtad los que permiten contrarrestarla. Por lo tanto, la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza justifican la exigencia de deberes específicos de conducta requeridos por la lealtad. Mostraré, además, y gracias a lo desarrollado y concluido en el Capítulo I, que para los contratos relacionales la buena fe es el criterio que permite al juez revelar los deberes específicos de lealtad, que son necesarios para que el negocio pueda satisfacer los intereses y expectativas de los contratantes, determinando la relación que existe entre buena fe y lealtad. Finalmente, en este capítulo, examinaré algunos deberes de conducta específicos habitualmente exigidos en los contratos relacionales con el objetivo de poner a prueba si estos son consistentes con el deber de lealtad y con la necesidad de contrarrestar la

dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que debe existir para que el contrato sea exitoso.

El Capítulo IV está destinado en su integridad a la confianza. Específicamente se precisará la noción de confianza que permite justificar la exigencia inicial y permanencia de los deberes específicos de lealtad. Así también los presupuestos y fundamentos de la confianza que el contrato de tipo relacional requiere para ser exitoso. Para ello, examinaré distintas teorías sobre la confianza, provenientes del derecho privado y de la filosofía del derecho. Posteriormente, expondré y argumentaré que la confianza que permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes requeridos por la lealtad viene dada por los mecanismos exógenos que el propio ordenamiento jurídico provee a los contratantes para que racionalmente desde la perspectiva individual, puedan tanto decidir si contratar o no, así como también determinar el contenido del contrato y comenzar su ejecución. En este sentido, es el propio ordenamiento jurídico a través de sus mecanismos de ejecución frente al incumplimiento de deberes contractuales y de responsabilidad civil el que permite a los contratantes generar la confianza requerida, aún entre extraños, para racionalmente confiar en que el otro cumplirá. Destaco desde ya que esta confianza que se sustenta en los mecanismos de cumplimiento dados por el ordenamiento jurídico constituye el punto de partida para que los contratantes decidan contratar, negocien, contraten e inicien la ejecución de sus obligaciones. Luego, es el propio y continuo cumplimiento de los deberes contractuales recíprocos en el tiempo y en particular el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad integrados al contrato de tipo relacional, lo que permitirá a las partes generar la confianza personal que es deseable y necesaria para que estos tipos contractuales puedan alcanzar su mayor rendimiento y ser exitosos.

El Capítulo V tiene por propósito mostrar la importancia de precisar una noción de lealtad aplicable al derecho de contratos, así como también exponer las implicancias que, para la interpretación e integración contractual, se advierten tras la integración de deberes específicos de lealtad. Me referiré también a los efectos que surgen como consecuencia de la infracción de los deberes requeridos por la lealtad.

Respecto de la importancia de la noción de lealtad para el derecho de contratos, como ya he anticipado, expondré que esta permite determinar el estándar de conducta que es exigible para los contratantes en el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad. Para ello, la estructura y relación entre el deber general que fundamenta la incorporación de un deber específico como parte del contenido del contrato, y el deber específico que se integra, examinada en el Capítulo II, es útil y aplicable en su totalidad. Así también, teniendo en consideración lo concluido en el Capítulo II a propósito de la medida de lo exigido en general por la buena fe a los contratantes, evidenciaré la mayor intensidad de exigencia de los deberes de conducta, cuando se integran como contenido del contrato, requeridos por el deber de lealtad.

En cuanto a las implicancias que para la interpretación e integración contractual se derivan de identificar deberes específicos de lealtad en contratos de tipo relacional, expondré que se advierten tanto respecto de la forma en que deben interpretarse y precisarse, como para determinar el cumplimiento e incumplimiento de ellos. Por último, respecto de los efectos tras la infracción de un deber específico de lealtad, me referiré a lo que debe entenderse por incumplimiento en estos casos y que habilita al término de la relación contractual, y argumentaré que lo que se requiere es tanto el incumplimiento objetivo del deber, como la pérdida de la confianza, y que es lo que hace significativo el incumplimiento del deber específico de lealtad. Asimismo, analizaré la procedencia de las acciones de cumplimiento en especie, y de indemnización de perjuicios. Y expondré y justificaré que el estándar de diligencia debido (que debe ser incumplido para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual, tratándose de un deber requerido por la lealtad) es de una intensidad mayor, aunque siempre dentro de lo impuesto por el modelo de conducta del hombre razonable, juicioso o buen padre de familia, que es la regla general y supletoria para cualquier contrato bilateral.

CAPÍTULO I

BUENA FE

Introducción

Para todos los sistemas jurídicos⁷, e independiente de la regulación de cada país en concreto, lo cierto es que «al igual que otros gestos y símbolos que utilizan los humanos para connotar su participación en las relaciones jurídicas, las palabras, ya sean escritas o pronunciadas, nunca pueden expresar plenamente la intención que las anima» (ZWEIGERT y KÖTZ, 2012: 423). Este fenómeno se torna mucho más evidente tratándose del derecho de contratos, pues, en no pocos casos, es posible que las partes que los celebran no hayan previsto o reparado en ciertas circunstancias que durante la fase de ejecución contractual resulten relevantes a efectos de satisfacer la prestación⁸. En esas ocasiones, le corresponde al juez establecer la extensión de los derechos y deberes de las partes que se expresan de manera poco clara o fragmentaria, determinando el significado de disposiciones ambiguas o incompletas (ZWEIGERT y KÖTZ, 2012: 423).

Los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la tradición romanística, que contemplan en sus codificaciones la buena fe como una cláusula general que se incorpora a los contratos y que se encuentra presente durante toda la vida de estos (FACCO, 2017: 162), la utilizan – entre otras– como una herramienta de vital importancia. Es así como, si los jueces deben integrar e interpretar el contenido del contrato, esta suple las falencias, ambigüedades y lagunas contractuales⁹. De esta manera, la buena fe es un criterio de hermenéutica

⁷ V.gr. ZWEIGERT y KÖTZ, 2012: 71 y ss.

⁸ En este sentido, Fried señala que «el hecho que existan derechos y deberes que no han sido voluntariamente asumidos ni acordados, difícilmente puede por sí mismo significar un desafío, puesto que en realidad son pocos los que sugieren que todos los derechos y deberes de las relaciones entre ciudadanos están basadas en acuerdos explícitos» (FRIED, 1996: 112).

⁹ V.GR. DE LOS MOZOS, 1971: 22, 46, 52, 124, 144 y 179; LARENZ, 1958: 148, 150, 153 y 154; BETTI, 2019: 70-74, 80; BARROS, 1983; BOETSCH, 2015: 78, 79, 97 y 107; PEÑAILILLO, 2016: 52 y 54; FUEYO, 2015: 178, 183 y 188; ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 471 y ss.; WIEACKER, 2019: 37-41; CORRAL, 2006: 187; DíEZ-PICAZO, 2019: 16 y 18. Sin perjuicio de la importancia que para el derecho continental tiene la buena fe en su faz objetiva, en el *common law* ha tenido un impacto menor. Respecto de la buena fe en el derecho europeo de contratos, v.gr. ZIMMERMANN y WHITTAKER, 2000. En palabras de Carvajal, «la buena fe ha generado preocupación por el paternalismo que podría implicar la imposición de criterios con rasgos morales en áreas comerciales donde la libre determinación debería prevalecer» (CARVAJAL, 2014: 346). Por su parte, respecto de la discusión sobre la buena fe en el derecho comunitario europeo, Facco señala que «las más férreas resistencias que despierta la buena fe como principio del derecho europeo provienen principalmente del área de influencia anglosajona (...) se piensa que ella perjudicaría la certeza de las relaciones contractuales» (FACCO, 2017: 374).

contractual¹⁰ cuyo examen resulta ineludible, cuando de lo que se trata es de la identificación y precisión de deberes de conducta contractuales¹¹.

En este Capítulo I, se expondrá y analizará el rol de la buena fe en dos sentidos: para precisar el contenido del contrato, es decir, determinar a qué se obligaron las partes y la forma en que deben cumplir con la prestación; y para revelar deberes de conducta implícitos para los casos en que pueda predicarse una laguna contractual. Me referiré entonces a la buena fe como criterio de interpretación e integración en el derecho de contratos.

Para ello, primero expondré algunos de los conceptos de buena fe propuestos por la doctrina civil, reseñaré su origen histórico y expondré algunas referencias doctrinarias relacionadas con su aplicación como criterio de interpretación e integración contractual.

En la segunda parte, me referiré al funcionamiento de la buena fe en la interpretación contractual, al rol que desempeña para precisar el significado y alcance del contenido del contrato y a cómo funciona, tanto para determinar aquello a que se han obligado las partes en un contrato como para identificar mediatamente ciertas conductas que se encuentran lógicamente implicadas para cumplir la prestación, según la interpretación relevante.

¹⁰ La función de la buena fe en el derecho de contratos no se limita a la interpretación e integración contractual. La buena fe ha sido motivo de un amplio desarrollo dogmático, examen que incluye un catálogo de sus diversas manifestaciones, siendo la teoría de los actos propios y la doctrina del abuso del derecho las más conocidas. A modo de ejemplo, respecto de la teoría de los actos propios v.gr. BORDA, 2000; DÍEZ-PICAZO, 1963; y TUR FAÚNDEZ, 2011 (a propósito de un tipo específico de la doctrina de los actos propios denominada retraso desleal). En Chile, en cuanto a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho v.gr. RODRÍGUEZ, 1999, y BARROS, 1999. Recientemente relacionado con la buena fe y el principio de protección a la confianza v.gr. AMATO, 2017. No obstante, el examen de la buena fe se circunscribe en este trabajo a su aplicación como criterio de interpretación e integración de deberes de conducta contractuales.

¹¹ El ejercicio que realiza el juez para determinar el significado de las expresiones ambiguas o incompletas recibe el nombre de interpretación contractual (ZWEIGERT y KÖTZ, 2012: 423), el cual en un sentido amplio y de acuerdo con lo señalado por Betti constituye un proceso complejo que comprende tanto la identificación del contenido y alcance de la declaración negocial, como la fijación de sus consecuencias y efectos jurídicos a través de la aplicación de reglas supletorias o dispositivas (BETTI, 2000: 275 y ss.). De esta forma, por medio de la interpretación contractual no solo se determina el significado de las palabras utilizadas por las partes, sino además se integra el contenido y los efectos del contrato. Respecto de la interpretación contractual, v.gr. *infra* Capítulo I, Tercera Parte.

En la tercera parte, trataré el funcionamiento de la buena fe como criterio de integración del contenido del contrato. Además, justificaré que la buena fe amplía el círculo de obligaciones contractuales, revelando deberes de conducta implícitos exigibles a las partes, ahí en donde puede predicarse una laguna contractual, y que son necesarios para cumplir la prestación, asegurar el éxito del negocio jurídico y con ello satisfacer las expectativas que persiguen los contratantes con la celebración del contrato.

Primera Parte

Concepto. Origen histórico y aplicaciones de la buena fe

(i) Concepto de buena fe

a. Referencias doctrinarias

La norma que en Chile recoge la buena fe en materia contractual se encuentra consagrada en el artículo 1546 del Código Civil chileno¹², Título XII, Libro IV, a propósito de los efectos de las obligaciones, y dispone lo siguiente: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo 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». Pese a la ubicación del artículo 1546 dentro del Código Civil en el título de los efectos de las obligaciones, esta norma tiene un alcance general, que no está circunscrito al ámbito contractual. De ahí que se sostenga que la buena fe es un principio general del derecho¹³.

Los autores que, durante la primera mitad del siglo XX, iniciaron estudios sistemáticos del derecho civil chileno fueron Claro y Alessandri. Claro asoció la buena fe al respeto a la intención común de los contratantes, esto es, al hecho de que las convenciones deben ser ejecutadas conforme a la intención y al propósito que las partes tuvieron al momento de contratar (CLARO, 1937: 495). Alessandri, por su parte, identificó la buena fe contractual con el deber de lealtad recíproco que existe entre los contratantes, el cual «obliga al juez a cautelar el justo equilibrio de los intereses de las partes» (ALESSANDRI, 1998: 516), refiriéndose con ello a una labor de corrección en la interpretación del contrato.

¹² En adelante Código Civil.

¹³ Elorriaga y López señalan: «La buena fe es un principio jurídico heredado de los romanos, que, como tantos otros, se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, sirve de asidero al principio de la probidad procesal; coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, *venire contra factum proprium non valet*, e incluso se manifiesta en el derecho tributario. Incluso, el artículo 7.1 de la Convención de Naciones Unidas, del año 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, dispone que en la interpretación de esta Convención se tendrá en cuenta «la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 428-429). En similar sentido, Boetsch dispone que la norma contenida en el artículo 1546 del Código Civil es de aplicación general a cualquier contrato, a todo vínculo jurídico que tenga por objeto una prestación, cualquiera sea su forma o naturaleza sin distinción alguna (BOETSCH, 2015: 80).

Respecto de estas primeras aproximaciones de la buena fe contractual, Boetsch señala que, aunque «desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia nacional han estimado que este concepto es fundamental en el derecho contractual, tan solo en las últimas décadas se ha comenzado a realizar un análisis más detallado de la misma y a aplicarse para diversos casos» (BOETSCH, 2015: 76). Lo anterior explica que las referencias a la buena fe en cuanto a su aplicación, al menos en los autores chilenos de la primera mitad del siglo XX, hayan sido más bien escasas.

Expondré, a continuación, algunos conceptos que la doctrina civil ha proporcionado para definir la buena fe tanto en el derecho nacional como extranjero. Este examen tiene como propósito mostrar el amplio abanico conceptual de la buena fe, más que identificar un único concepto de ella¹⁴.

En el derecho chileno, al definir la buena fe contractual, algunos autores más contemporáneos, como Elorriaga y López, han evocado la idea de rectitud, corrección y lealtad (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 430). Boetsch, por su parte, afirma que la buena fe es «aquella que deja de lado el aspecto psicológico del sujeto, pasando ahora al campo de las conductas y, por lo tanto, de la ética, presentándose como una regla de conducta humana que exige dirigir el actuar conforme a una serie de normas que configuran patrones de rectitud y honestidad» (BOETSCH, 2015: 64).

En similar sentido, Peñailillo define la buena fe como «la conducta socialmente exigible en la actuación del sujeto, es decir, el comportamiento que en el medio social de que se trata se entiende por actuación recta» (PEÑAILILLO, 2016: 52). Dentro de este mismo grupo de autores contemporáneos, Fueyo ha considerado que la buena fe puede definirse por sus ideas opuestas, esto es, mala fe, ya sea como dolo, engaño, fraude, infidelidad, mala intención, malicia o violencia (FUEYO, 1990: 147). En el ámbito contractual, la buena fe para este autor implica «un modelo de concreción conforme al cual se fijarán en su

¹⁴ En este sentido, De los Mozos señala: «Pocos conceptos habrá tan necesitados de precisión en el ámbito del derecho civil, como el de la buena fe, dada la profusa aplicación que de este principio hace el propio ordenamiento normativo (...) No obstante, no han faltado intentos serios en la doctrina, tanto española como extranjera, de ofrecernos una visión general de la buena fe, sin que haya escapado, unánimemente, la dificultad de llevar a cabo el intento» (DE LOS MOZOS, 1971: 7).

verdadera extensión o medida las obligaciones por cumplirse» (FUEYO, 1990: 152 y 153)¹⁵. Así, «la sujeción a la buena fe viene a ser una máxima ético jurídica» (FUEYO, 1990: 153).

Entre los autores más recientes que se han referido al concepto, se encuentra Carvajal, quien la entiende como un estándar de conducta, señalando que la «buena fe se traduce en la valoración de una conducta material en virtud de su contraste con el estándar dado por un modo de comportamiento ideal» (CARVAJAL, 2009: 31).

Por su parte, De la Maza la ha explicado como un mecanismo de ponderación de intereses con aplicación en el derecho de contratos (DE LA MAZA, 2011: 247 y ss.). Este autor ha introducido en la dogmática nacional una interesante distinción entre la buena fe, entendida en un sentido débil, y aquella entendida en un sentido fuerte. En un sentido fuerte, implicaría un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte. En uno débil, se asumiría bajo la idea de no traición, traducido en no defraudar las expectativas de la otra parte contratante (DE LA MAZA, 2008: 52).

Fuera del territorio nacional, existe un nutrido desarrollo de la buena fe. Así, Díez-Picazo, en el prólogo de la traducción de la monografía de Wieacker, señala que la buena fe como principio se diferencia de la buena fe a secas, esto es, aquella concebida como «un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 12). Así, la buena fe como principio ya no es considerada únicamente un supuesto de hecho normativo sino una norma jurídica completa que se eleva a principio general del derecho (DÍEZ-PICAZO, 2019: 12). Expresa el autor: «todas las personas, todos los miembros de la comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (*diligencia in contraendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos» (DÍEZ-PICAZO,

¹⁵ En un trabajo posterior, Fueyo señala que «en su acepción más amplia, válida a todas las aplicaciones de la buena fe, significa rectitud y honradez que conducen de un modo natural a la confianza, que hacen sentir y pensar en el comportamiento leal» (FUEYO, 2015: 180). Buena fe que, en su calidad de principio supremo del derecho de obligaciones, es irrenunciable (FUEYO, 2015: 185).

2019: 12). De lo expuesto, se deriva que la buena fe actúa recíprocamente para ambos sujetos de una relación jurídica (pasivo y activo), porque los derechos deben ejercitarse y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe (DÍEZ-PICAZO, 2019: 13).

La buena fe así definida, como principio, según Díez-Picazo, no es sino un estándar de conducta, cuya apreciación debe realizarse en abstracto, con absoluta prescindencia de elementos subjetivos: «las ideas de buena y mala fe permiten cierta objetivación, de manera que, en cada caso concreto, no habrá que analizar tanto la genuina y subjetiva buena o mala fe del sujeto, que es lo que ordenaría siempre el posible proceso de intenciones, como la conformidad de la conducta con el tipo o con el modelo ideal, según los rasgos exteriores socialmente reconocibles» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 13).

De los Mozos, por su parte, coincide con la dogmática alemana desarrollada en torno a la buena fe contractual¹⁶, que, en palabras de Von Tuhr, consiste en «el parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual» (VON TUHR, 1925: 340). Ello pues, De los Mozos, al referirse a la buena fe en concreto aplicada al campo del derecho de contratos, la asimila a una conducta tipo, como sucede con los usos del tráfico, los que sirven para completar la propia norma jurídica, sea que esta provenga de la autonomía de la voluntad de los particulares o de la ley (DE LOS MOZOS, 1971: 54).

Siguiendo ahora con parte de la doctrina alemana, Larenz señala que «el principio de buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que esta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía de esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos» (LARENZ, 1958: 142).

¹⁶ No obstante, reconoce sus límites en la aplicación al derecho español (DE LOS MOZOS, 1971: 46 y 47).

Finalmente, y para cerrar este breve repaso sobre distintos conceptos de la buena fe reconocidos por la doctrina, cabe exponer lo señalado por Betti. El autor distingue dos orientaciones de la buena fe como exigencia de corrección en el ámbito contractual: una negativa y una positiva. Bajo el aspecto negativo, la buena fe se encuentra en sintonía con la máxima romana del *alterum non laedere*, que exige un comportamiento de respeto de conservación de la esfera del interés ajeno. Luego, bajo el aspecto positivo, la buena fe impone una conducta activa de colaboración con los demás, encaminada a promover su interés en el cumplimiento de la prestación (BETTI, 2019: 55).

b. Indeterminación de la buena fe y sus ventajas

La amplia gama de intentos de conceptualizar la buena fe deja en evidencia la complejidad de identificar un único significado de ella¹⁷. Esta complejidad se explica por la naturaleza de la buena fe como principio general del derecho¹⁸, pues, aunque la buena fe se incorpore en una disposición legal (principio explícito) como principio es indeterminado. Me detendré un momento en ello.

Conforme lo expone Guastini, los principios constituyen normas indeterminadas, indeterminación que puede revestir tres formas distintas: a) el supuesto de hecho abierto, que implica que la norma no se refiere exhaustivamente a los hechos frente a los cuales se produce la consecuencia jurídica; b) la derrotabilidad del principio, que se manifiesta en la posibilidad de admitir excepciones implícitas (no establecidas en la norma), y que impiden su aplicación mediante un simple razonamiento deductivo; y c) la genericidad, que se refiere a la imposibilidad de ser aplicado inmediatamente a casos concretos y, por lo tanto, para su aplicación requiere de la formulación de otras normas que lo concretan, le dan

¹⁷ Algunos autores incluso han manifestado expresamente la imposibilidad de hacerlo. Así, por ejemplo, De los Mozos señala: «(...) es imposible, por la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, dar un concepto general de buena fe, ni siquiera como hacen algunos de sus autores distinguiendo la diversa función de la misma; porque a pesar de esas distinciones, no cabe establecer conceptos generales de los que, por vía de deducción, vayan a establecerse consecuencias particulares, sino una serie de criterios de orientación que requieren, en cada caso, una precisión distinta, según el contenido a que respondan y la posición que ocupen en relación con el ordenamiento sensiblemente diferente, conforme a los tipos de organización técnica de la buena fe y su colocación en relación con las normas y con las instituciones» (DE LOS MOZOS, 1965: 21).

¹⁸ Sobre los principios como premisa del razonamiento jurídico, v.gr. PUIG, 1952: 183 y ss. Sobre la aplicación y funciones de los principios, v.gr. ESSER, 1961: 113 y ss.

actuación o ejecución, y le permiten ser concretado de modos diferentes (GUASTINI, 2016: 77-79).

Es en esta situación en la que se encuentra la buena fe, pues como principio su indeterminación se advierte en las tres formas descritas por Guastini. Así, la buena fe es una norma con supuesto de hecho abierto, pues, la regla positiva que la contiene no se refiere a todos los supuestos de hecho en los que recibe aplicación. Un ejemplo de ello se da en la propia regla del artículo 1546 del Código Civil, que dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, ello pues, pese a que el texto positivo se refiere solo a la fase de ejecución del contrato, la doctrina nacional ha señalado en reiteradas ocasiones que la aplicación de la buena fe se extiende durante todo el *íter* contractual, desde las tratativas preliminares hasta incluso luego de terminado el contrato¹⁹.

La buena fe como norma es, además, derrotable en su aplicación por medio de excepciones implícitas, ajenas a la regla que la contiene. Así ocurre, por ejemplo, con aquellos casos en los que la buena fe se encuentra en colisión con otros principios del derecho de contratos, como sucede con el principio de la autonomía de la voluntad, donde aquella se ve supeditada a esta²⁰. Luego, la formulación de la buena fe es genérica, ya que, en cualquier caso, su aplicación requiere de la utilización de otras normas. Así se advierte cuando se trata del uso de la buena fe como criterio de interpretación de la voluntad contractual, pues, en ese caso, no resulta posible aplicarla sino exigiendo la formulación de la norma base que en Chile se refiere a la interpretación de contratos contenida en el artículo 1560 del Código Civil²¹.

No obstante, la indeterminación de la buena fe como principio, que se traduce en la imposibilidad de identificar un único concepto de ella, resulta conveniente para el derecho, en particular, de contratos²². Es este carácter de la buena fe lo que permite al juez darle a

¹⁹ V.gr. DE LA MAZA, 2014: 213 y ss.

²⁰ Respecto de la buena fe como un dispositivo de ponderación, v.gr. DE LA MAZA, 2014.

²¹ V.gr. BOETSCH, 2015: 110 y 111.

²² «Las leyes mismas están estructuradas de tal manera en todas las ramas del derecho, que el juez y los funcionarios de la administración no pueden encontrar y fundamentar sus decisiones mediante subsunción en conceptos jurídicos fijos cuyo contenido pueda ser descubierto a través de la interpretación, sino que están

ella la plasticidad necesaria para hacer frente a la rigidez del derecho positivo, sobre todo en materia de integración e interpretación contractual²³, y a las transformaciones de los valores imperantes en una sociedad²⁴.

En este sentido, Puig se manifiesta abiertamente contrario a la idea de que los códigos contengan definiciones, en tanto, incluso en estos casos «los conceptos no han quedado fijados con eficacia, pues, con independencia de la jerarquía de las formas jurídicas o fuentes del derecho, la adaptación de las decisiones judiciales a las necesidades de cada momento se lleva a la práctica, en gran manera, gracias al desarrollo doctrinal de los conceptos o categorías de calificación jurídica» (PUIG, 1952: 195).

Por su parte, De los Mozos añade que la ciencia del derecho no necesita dogmáticamente de un concepto general de buena fe (DE LOS MOZOS, 1965: 7), pues como principio «no es unívoco, sino análogo, presentándose a la técnica interpretativa con significados diversos, tanto en cuanto a su forma (sentido jurídico de la utilización de la *fides*) como respecto de su contenido (materia de referencia natural contenida en la norma), según las mismas aplicaciones que del mismo hace el derecho positivo» (DE LOS MOZOS, 1965: 7).

En el derecho nacional, Barros señala que el recurrir a conceptos normativos –como lo es la buena fe– «permite hacerse cargo de aspectos de la relación que son inabordables en una lógica excesivamente conceptualista, pues invocan el sentido con lo que naturalmente consideramos una conducta como correcta o abusiva, de acuerdo con nuestras valoraciones implícitas en el lenguaje» (BARROS, 2018: 135). El autor expone que «la tarea es ordenar esos criterios, de modo que tengamos orientaciones acerca de su alcance, evitando la abstracción que con esos conceptos se pretende evitar. En eso radica la mayor virtud de un experto en derecho privado» (BARROS, 2018: 135).

llamados a formular valoraciones independientes, y de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores» (ENGISCH, 2014: 151).

²³ La buena fe como criterio de interpretación e integración de contratos en *infra* Capítulo primero, segunda y tercera parte.

²⁴ Engisch señala, respecto de un tipo de conceptos indeterminados, al cual pertenece la buena fe: «Los conceptos normativos objetivos gozan de una particularidad, de un privilegio, del que a menudo carecen los conceptos descriptivos: utilizando las valoraciones a que están referidos, pueden acomodarse elásticamente a las condiciones de cada caso y también a los posibles cambios que sobrevienen en las concepciones valorativas» (ENGISCH, 2014: 154).

Lo que sí resulta necesario, según De los Mozos, respecto del principio de buena fe, es una determinación metodológica que distinga entre el plano de la lógica concreta y el plano de la lógica general. Así, el plano de la lógica concreta implica la identificación de la aplicación del principio de buena fe en cada caso: forma y contenido de la buena fe por la norma. A su vez, el plano de la lógica general establece, en abstracto, el sentido de la remisión normativa de la buena fe, determinando su valor y alcance (DE LOS MOZOS, 1965: 8).

c. La buena fe. Un concepto indeterminado normativo objetivo

De lo expuesto, la buena fe puede identificarse como uno de aquellos conceptos de textura abierta o indeterminados²⁵, esto es, aquellos «cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto» (ENGISCH, 2014: 151). Dentro de estos conceptos indeterminados, Engisch distingue una subclasificación. Por un lado, los conceptos indeterminados descriptivos, esto es, aquellos que hacen referencia descriptiva a objetos reales o seudorreales, los cuales son perceptibles a través de la experiencia. Por otro lado, los conceptos indeterminados normativos, distinguiéndose dos especies. En un sentido impropio, los conceptos indeterminados normativos no pueden ser percibidos sino solo imaginados y comprendidos en conexión con las normas, las cuales muchas veces describen sus supuestos de aplicación de forma casi exacta, lo que redundaría en una indeterminación parcial del concepto, por ejemplo, «menor adulto». En un sentido estricto, los conceptos indeterminados normativos, como «honesto», requieren de una valoración para poder ser aplicados al caso concreto (ENGISCH, 2014: 151 y ss.).

La valoración que se exige para la aplicación de un concepto indeterminado normativo en su sentido estricto, según Engisch, puede ser subjetiva (personal) –esto es, efectuada libremente por quien está llamado a aplicarlo en el caso concreto (por ejemplo, el juez determina discrecionalmente el monto de la indemnización a título de daño moral)– u

²⁵ Wieacker al referirse a la buena fe contemplada en el parágrafo 242 del BGB, señala que esta consiste en una cláusula general, diferenciada de los demás preceptos jurídico-positivos por dos notas: «de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos (buena fe) o criterios sociales (usos del tráfico) no positivizados, sino metajurídicos» (WIEACKER, 2019: 25).

objetiva (general), en cuyo caso quien aplica el derecho debe buscar y examinar las valoraciones existentes y que son parte de la mayoría o que resultan aplicables dentro de un grupo determinado (ENGISCH, 2014: 151 y ss.).

Pues bien, la buena fe contractual es un concepto indeterminado normativo en sentido estricto u objetivo, al igual que otras varias otras nociones presentes en el derecho de contratos, tales como buen padre de familia, buenas costumbres, orden público, por solo mencionar algunas, las cuales para su aplicación en un caso concreto deberán ser previamente valoradas por el juez normativamente esto es, siguiendo a Engisch de acuerdo con las valoraciones existentes y que son parte de la mayoría o que resultan aplicables a un grupo determinado, con prescindencia de valoraciones subjetivas (ENGISCH, 2014: 151 y ss.).

Ahora, del hecho que no pueda establecerse un concepto unívoco de buena fe no se desprende que no podamos identificar la forma cómo funciona en sus distintas aplicaciones, y en particular cuál es su rol y finalidad en el ejercicio de hermenéutica contractual, esto es, en la interpretación e integración contractual. En este punto, hago mías las palabras de Fuller y Perdue, quienes señalan: «la afirmación de que las reglas de derecho solo pueden ser comprendidas con referencia a los fines que persiguen es una verdad que de puro sabida apenas puede llamar la atención (...) todos estamos aun excesivamente predispuestos a creer que es posible utilizar los conceptos jurídicos sin la orientación que puede proporcionar esta sencilla pregunta ¿qué finalidad se propone esta actividad? La observación de Nietzsche de que la estupidez más corriente consiste en olvidar lo que se está tratando de hacer, conserva una inquietante significación para la ciencia del derecho» (FULLER y PERDUE, 1957: 7).

De ahí que, en lugar de centrarme en el concepto de buena fe, el que como ya se ha dicho no puede tener un significado unívoco²⁶, examinaré su finalidad y funcionamiento. En otras

²⁶ A propósito de la dificultad de establecer un concepto de buena fe, Díez-Picazo, en el prólogo del libro de Wieacker *El principio general de buena fe*, introduce una reflexión que por su mérito cabe reproducir: «No es extraño que los legos en derecho no entiendan a veces los tortuosos razonamientos de los juristas o las conclusiones a las que llegan. La más grave conclusión de todo ello es que una cosa sería buena fe –o

palabras, conforme a la distinción metodológica manifestada por De los Mozos, en la parte siguiente de este trabajo analizaré la buena fe desde: la lógica abstracta, a efectos de establecer la finalidad de su referencia normativa, exponiendo que se aplica como criterio de interpretación e integración contractual; y la lógica concreta, con el objetivo de identificar su funcionamiento en la interpretación contractual, para precisar el contenido del contrato y la forma en que debe cumplirse con la prestación, así como en la integración de su contenido a través de la revelación de deberes implícitos.

(ii) El origen de la buena fe

El correcto entendimiento de la referencia normativa de la buena fe exige, en primer lugar, el análisis de las fuentes históricas que dieron origen al artículo 1546 del Código Civil, particularmente, el derecho romano²⁷. La importancia de su estudio obedece a tres razones. Primero, porque es en el derecho romano donde aparece la noción de buena fe y su aplicación en materia contractual (VON TUHR, 1925: 337). Segundo, porque la buena fe contractual desarrollada en el derecho romano influyó los distintos códigos que surgieron como consecuencia del proceso de codificación en el siglo XIX, entre ellos el Código Civil francés (GUZMÁN, 2002: 15), el Código Civil alemán (WIEACKER, 2019: 37 y ss.) y el Código Civil chileno (GUZMÁN, 2002: 11 y ss.). Y, tercero, porque el derecho romano ejerció una influencia directa en Andrés Bello, redactor del Código Civil, que se aprecia desde su primer proyecto que contemplaba la norma del 1546 tal y como la conocemos en la actualidad²⁸, y en los distintos estudios que él realizó sobre la materia, en especial en sus Instituciones de derecho romano (GUZMÁN, 2002: 13).

consecuencias de la buena fe— tal como los juristas entienden la idea y otra distinta lo que por buena fe entenderán las buenas gentes que utilizan únicamente el sentido común» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 16).

²⁷ Se consideran también, dentro de las fuentes históricas del artículo 1546 del Código Civil, los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés de 1804. A ellas me referiré en la parte dedicada a la buena fe en su función o aplicación como un elemento de integración, creadora de deberes de conducta implícitos para las partes. Ver *infra* Capítulo I, Tercera Parte (ii).

²⁸ «El artículo 1546 no ha sufrido nunca una modificación: desde su aparición en el Primer Proyecto del Código Civil de Chile, como artículo 8 del Título XI del libro De los contratos y obligaciones convencionales, llegó íntegro a nuestra actual legislación civil, permaneciendo inmutable hasta nuestros días» (BOETSCH, 2015: 77).

Ya en el primer trabajo para la formación del Código Civil de fecha 21 de mayo de 1841 (1841-1845) se contempla en el artículo 2 del Título XI del Efecto de las obligaciones, la siguiente redacción de la norma relativa a la buena fe: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, i por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la lei o la

a. La buena fe en Roma

Etimológicamente, la buena fe o *bona fides* significa honorabilidad u honradez, y en el derecho romano constituye el concepto opuesto al dolo (VON TUHR, 1925: 337)²⁹. *Dolus*, en esta acepción, no significa fraude, sino el ejercicio abusivo e inhumano de un derecho (VON TUHR, 1925: 341). En la tradición del derecho romano, la buena fe se presenta bajo una dualidad: como *bona fides possessor* y como *bona fides contractus*. En el primer caso, la buena fe significa honradez subjetiva del poseedor (VON TUHR, 1925: 337), esto es, «la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra derecho» (VON TUHR, 1925: 338). En el segundo caso, la buena fe alude a «las reglas objetivas de honradez del comercio jurídico» (VON TUHR, 1925: 337).

No obstante que la posibilidad o imposibilidad de diferenciar la buena fe creencia o subjetiva de la buena fe objetiva es debatida entre los autores³⁰, a continuación, me referiré exclusivamente a la buena fe objetiva en materia de contratos, esto es, a la *bona fides contractus*.

De acuerdo con Von Tuhr, la *bona fides contractus* consiste en «el parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual» (VON TUHR, 1925: 340). Esta *bona fides contractus* nace como una cláusula (*ex bona fide*) que se incorpora en la fórmula de ciertos contratos (como el arrendamiento, la compraventa y el mandato), que se denominan *contractus bona fides*, cuya función consiste en «fijar un criterio abstracto con qué regular el comportamiento de los

costumbre pertenecen a ella». Exactamente la misma redacción se mantiene en el artículo 93 Título XII De los efectos de las obligaciones en el proyecto de Código Civil de 1847, para luego pasar sin modificaciones al anteproyecto del Código Civil de 1853, artículo 1724. V.gr. BELLO, 1887.

²⁹ Asimismo, Díez-Picazo señala que «La protección general contra el ejercicio de mala fe se entronca históricamente con la figura de la *exceptio doli*. La *exceptio doli* fue el instrumento jurídico a través del cual los juristas romanos hicieron posible la aplicación de la *bona fides*, dotándola de una protección mayor y más eficaz y arbitrando los medios necesarios para una solución más equitativa de los problemas jurídicos. La *exceptio doli* es una medida de defensa del demandante frente a la *actio* ejercitada dolosamente que permite paralizarla precisamente a causa de la contravención de la buena fe que ella produce» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 17). Debo prevenir que el presente trabajo no tiene por pretensión el examen histórico de la buena fe y por lo tanto la referencia a esta en el derecho romano es únicamente para fines de contextualizar y otorgar un marco teórico a la discusión respecto de lo que por aquella se integra al contrato.

³⁰ Ver *supra* Introducción general del trabajo.

recíprocamente deudores, en orden a todo cuanto deben dar y hacer» (GUZMÁN, 1996: 105). Esto es, establece un estándar de conducta para las partes (recíprocamente deudoras³¹) y, al mismo tiempo, constituye un criterio para que el juez determine si la obligación ha sido cumplida o incumplida. De esta forma, en los contratos de *bona fides* el deudor no solo se obliga a hacer todo lo necesario para satisfacer al acreedor, sino que además debe hacerlo según las exigencias de la buena fe (GUZMÁN, 1996: 105). Por su parte, el juez debe examinar el comportamiento del deudor conforme precisamente a esas exigencias (GUZMÁN, 1996: 106).

En este sentido, la cláusula de buena fe se despliega tanto en relación del deudor como del juez, pues, el deudor debe comportarse de acuerdo con las exigencias que aquella impone para cumplir con lo que se ha obligado³², y al juez le es permitido una amplia libertad de valoración para apreciar el comportamiento del deudor frente a su acreedor, tanto durante la fase de conclusión del negocio como en su ejecución y cumplimiento, con la finalidad de juzgar si se ha hecho todo aquello que debía hacerse para cumplir con la prestación (GUZMÁN, 2013: 117).

De esta forma puede sostenerse que, en Roma, en los contratos en los que se incorpora la cláusula de buena fe, esta funciona como un criterio que guía el comportamiento del deudor, así como un criterio de interpretación contractual, en tanto permite al juez identificar aquello a que se encuentran obligadas las partes de un contrato y la forma en que debe cumplirse la prestación³³.

³¹ Las acciones de buena fe, que son aquellas que tienen lugar en los contratos en los que se incorpora la cláusula *ex bona fide*, corresponden a obligaciones bilaterales recíprocas (D'ORS, 2008: 545).

³² «En el periodo clásico la buena fe se presenta como un criterio al cual el juez debe recurrir para resolver las controversias comprendidas dentro de la categoría de las acciones de buena fe, existiendo solo atisbos de un patrón de conducta exigible a las partes. No es sino hasta el periodo de Justiniano en el que es posible constatar una aplicación de la buena fe como estándar de comportamiento dirigido a las partes en un contrato bilateral» (FACCO, 2017: 63 y 64).

³³ «...cuando una fórmula lleva la cláusula de buena fe, el comportamiento es más exigente: no solo tiene que hacer todo lo necesario para satisfacer al acreedor, sino que debe hacerlo según las exigencias de la buena fe» (GUZMÁN, 2013: 117). «La especificidad de las acciones de buena fe es que en su fórmula se indicaba al juez que condenaba al demandado, en caso de que el actor probara la existencia del incumplimiento de una obligación, a todo lo que debiera dar, hacer o fuese conveniente cumplir de conformidad con la buena fe. (...) Por ello, para poder condenar en las acciones de buena fe, el juez debía desempeñar una indagación e interpretación más profunda y comprehensiva del asunto sometido a su decisión (*interpretatio plenior*)» (FACCO, 2017: 62).

En la vereda que podría decirse opuesta a los contratos *bona fides*, se encuentran los contratos *stricti iuris* –manifestación del formulismo del derecho romano antiguo (como el mutuo)–, esto es, aquellos en los cuales los derechos del acreedor recaen sobre un objeto taxativamente determinado en la estipulación. Por lo tanto, el acreedor no puede exigir más ni otra cosa, que lo estrictamente estipulado. Por su parte, el deudor no puede hacer valer ningún tipo de atenuante o eximente para el cumplimiento de la obligación (VON TUHR, 1925: 340). De esta manera, la fórmula contractual se encuentra determinada exclusivamente por lo que en ella se expresa. Todo elemento adicional, incluso la ley, solo se entiende incorporado en el contrato si es mencionado explícitamente en él (GUZMÁN, 2002: 15).

b. Casuística jurisprudencial de la buena fe

En los contratos con cláusula *ex bona fides*, la jurisprudencia romana fue tipificando aplicaciones concretas de la buena fe, creándose un régimen jurídico permanente y exigible a todas las relaciones contractuales en las que se insertaba esta cláusula. Alguna de estas manifestaciones, reconocibles incluso en la actualidad, son las siguientes:

b.1 Compensación con base en la reciprocidad de las obligaciones

En atención a que en los contratos bilaterales las obligaciones son recíprocas, la jurisprudencia romana consideró contrario a la buena fe que la parte acreedora y, al mismo tiempo, deudora de la otra, «pretendiera el cobro íntegro de lo que le es debido sin estar ella misma dispuesta al pago íntegro de lo que se debe» (GUZMÁN, 1996: 106). Por eso, permitió una compensación de deudas, en cuya virtud el juez tenía la facultad de condenar a pagar solo la diferencia (*compensatio ex fide bona*)³⁴. La idea de reciprocidad de las obligaciones quedó también de manifiesto en la posibilidad de que la iniciativa procesal en los contratos de buena fe, mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento, pueda ser tomada por cualquiera de los sujetos de la relación obligacional (D'ORS, 2008: 547).

³⁴ Esta compensación por deudas recíprocas nacidas del mismo contrato fue generalizada por Justiniano a todas las deudas del mismo género, aunque sean de distinto origen (*ex dispari causa*) (D'ORS, 2008: 546). Ello guarda hoy en día bastante similitud con la compensación como modo de extinguir las obligaciones, regulada entre los artículos 1655 al 1664 del Código Civil.

b.2 Excepciones implícitas

En los contratos de *bona fides*, las excepciones que pueden hacerse valer por las partes no requieren de mención expresa en la fórmula (GUZMÁN, 1996: 106), a diferencia de lo que ocurría con los contratos *stricti iuris* a que se hizo referencia³⁵. En efecto, según señala Guzmán, «en el derecho romano, con frecuencia las leyes no producían, como entre nosotros, efectos *ipso iure*, y necesitaban ser hechas valer mediante una *exceptio*. En los juicios que no eran de buena fe, todas las excepciones, incluso aquellas fundadas en la ley (o en plebiscitos o senadoconsultos y aún constituciones imperiales) debían ser expresamente solicitadas por el demandado e insertadas en la fórmula procesal para que el juez las pudiera conocer y aplicar. Mas ello no regía en los contratos de *bona fides* en los cuales se entendían deducidas todas las excepciones posibles que el demandado pudiera hacer valer sin necesidad de su mención expresa en la fórmula» (GUZMÁN, 2002: 15).

b.3 Extensión de la obligación

En atención a la buena fe, se consideró que los pactos convenidos entre las partes que debe tomar en cuenta el juez al momento de determinar el contenido de la obligación no solo son los inicialmente convenidos, sino también aquellos posteriores, siempre que vengan a disminuir la obligación o que importen la renuncia a una excepción (D'ORS, 2008: 546).

b.4 La culpa como conducta contraria a la buena fe

En los contratos de buena fe, el deudor tiene para con el acreedor un deber de conducta mayor, pues no solo debe cumplir con su obligación, sino además ese cumplimiento debe ser efectuado de buena fe. Esto es, «el deudor debe comportarse con lealtad respecto de la otra parte» (D'ORS, 2008: 548). Señala D'Ors que «esta falta de lealtad a la *bona fides* debida en consideración a la otra parte, constituye un tipo de *fraus* (...), pero *fraus* podía entenderse como *dolus malus*, y, para evitar esta interpretación tan restrictiva, la

³⁵ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (ii) a.

jurisprudencia clásica acabó por adoptar el término culpa para referirse a la falta de diligencia debida» (D'ORS, 2008: 548)³⁶.

b.5 Posibilidad de enervar la acción con el pago

En Roma, la determinación de la situación de la relación jurídica en los contratos de buena fe se producía en el momento de la sentencia y no en la *litis contestatio*. En virtud de ello, el demandado puede siempre satisfacer la pretensión hasta antes de dictarse sentencia³⁷. Incluso se considera la imposibilidad del cumplimiento de la obligación como causal de absolución, siempre que no haya mediado culpa del deudor (D'ORS, 2008: 548)³⁸.

b.6 Inclusión del lucro cesante en la responsabilidad contractual por culpa

En Roma, al apreciar el interés del demandante al momento de dictar la sentencia, el juez podía tomar en cuenta no solo la pérdida patrimonial efectiva (daño emergente) sufrida por el demandante por culpa del demandado, sino además los incrementos que aquel hubiera podido obtener si el demandado hubiese cumplido a tiempo, esto es, el lucro cesante³⁹. De igual manera, el juez podía ordenar al demandado restituir el valor de los frutos percibidos

³⁶ La culpa constituye uno de los elementos necesarios para que tenga lugar la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual. En el caso chileno, esta tiene definición legal en el artículo 44 del Código Civil. En Chile, la regla general es la responsabilidad subjetiva, esto es, aquella que requiere como uno de sus requisitos la culpa o dolo del autor del daño. Sin perjuicio de ello el legislador ha dispuesto para casos específicos la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva (ALESSANDRI, 2010: 13).

³⁷ Bajo las reglas chilenas que permiten enervar la acción resolutoria, la opinión mayoritaria señala que la oportunidad procesal para efectuar el pago se mantiene, en primera instancia, hasta antes de la citación para oír sentencia y, en segunda instancia, hasta antes de la vista de la causa. Esta afirmación se desprende del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil. Una opinión diversa es sostenida por Ramos y Peñailillo (RAMOS, 2008: 174 y ss. y PEÑAILILLO, 2016: 416). Este último señala que no es posible para el deudor demandado enervar la acción resolutoria una vez que ya se ha interpuesto por el acreedor, ello pues, la excepción de pago contenida en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil lo que señala es que puede oponerse la excepción de pago durante todo el transcurso del juicio y no que pueda pagarse durante todo el transcurso del juicio, cuestión diametralmente diferente. El autor afirma que, de seguir la postura mayoritaria, la elección entre la resolución del contrato o su cumplimiento recaería en el deudor y no en el acreedor (PEÑAILILLO, 2016: 416). Debe señalarse, en todo caso, que el derecho romano no conoció la acción resolutoria, solo la acción de cumplimiento, por lo tanto, cuando se refiere a la posibilidad de enervar la acción se refiere solo a la acción de cumplimiento.

³⁸ La imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, específicamente por pérdida de la cosa debida, es un modo de extinguir las obligaciones (artículos 1670 y ss. del Código Civil).

³⁹ El artículo 1556 del Código Civil chileno señala: «la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente».

desde la mora culposa, cuando la cosa debida los había producido⁴⁰, así como pagar intereses moratorios tratándose de deudas en dinero (D'ORS, 2008: 549 y 550)⁴¹.

Lo señalado precedentemente a propósito de la incorporación de la cláusula de buena fe en determinado tipo de contratos y de la aplicación que de ella efectuó la jurisprudencia romana, acarrea una serie de consecuencias relevantes para el ámbito contractual, desde un doble punto de vista. Primero, en mérito de la buena fe se permitió al juez interpretar el contenido del contrato, determinando la conducta exigible al deudor e identificando aquello que este debía dar, hacer o no hacer para cumplir con la obligación. Segundo, la incorporación de la cláusula de buena fe permitió al juez ampliar el contenido obligacional más allá de lo expresamente señalado en la fórmula contractual, reconociéndose que el contenido del contrato no solo se integra por lo expresado por las partes en el mismo. En este sentido, la buena fe cumple la función de integrar el contenido del contrato. Tercero, muchas (por no decir todas, según lo expuesto) de las aplicaciones que la jurisprudencia romana efectuó de la buena fe fueron recogidas expresamente por los códigos civiles modernos y, en particular, por el Código Civil chileno⁴².

Sin embargo, las codificaciones modernas abandonaron la distinción presente en el derecho romano entre contratos de buena fe y contratos de derecho estricto, pero no suprimieron la aplicación de la buena fe en el derecho, pasando a ser esta ahora un principio general aplicable a todo tipo de contratos, sin ninguna distinción, y cuyos efectos se extienden durante todo el *iter* contractual (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 435).

Debe precisarse, en todo caso, que el reconocimiento de la buena fe como principio general en las codificaciones modernas, no alteró las aplicaciones que de esta ya se advertían en el derecho romano. Esto es, la buena fe como un estándar de comportamiento exigible a las partes y criterio de interpretación e integración contractual. De ahí que una de las

⁴⁰ La norma que consagra esta idea se encuentra en el artículo 907 del Código Civil.

⁴¹ No obstante, en el derecho moderno los perjuicios moratorios se aplican a todo tipo de obligaciones, no solo a las de dinero. El artículo 1559 del Código Civil chileno se refiere expresamente a ellos.

⁴² Ver *supra* notas al pie N° 34, 36-41.

finalidades de la referencia normativa de la buena fe pueda identificarse en su aplicación como criterio de interpretación e integración del contrato⁴³.

Me referiré, a continuación, a la exposición del reconocimiento de la buena fe como una herramienta de interpretación e integración contractual por parte la doctrina civil nacional y extranjera⁴⁴.

(iii) Aplicaciones de la buena fe. Finalidad de la referencia normativa

Existe consenso entre los autores nacionales y extranjeros en considerar que la buena fe tiene su aplicación en el ámbito contractual tanto en la identificación y precisión del contenido del contrato, en la determinación de la forma en la que debe cumplirse con la prestación, como en la integración de deberes contractuales implícitos. Lo anterior se manifiesta en el reconocimiento que la doctrina ha otorgado a la buena fe como criterio de interpretación del contrato e integración de deberes contractuales. Esto, por lo demás, es una consecuencia necesaria de la buena fe como principio, pues, dentro de sus funciones se reconocen las relativas a la interpretación de normas jurídicas y la integración de lagunas normativas (QUINTERO, 2015: 36).

En la Segunda y Tercera Parte de este capítulo, analizaré el funcionamiento de la buena fe en la interpretación e integración contractual. Por ahora, únicamente expondré algunas referencias que la literatura nacional y extranjera han realizado respecto del reconocimiento de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual.

a. Buena fe como criterio de interpretación contractual

De lo expuesto por la doctrina civil con relación a la aplicación de la buena fe como criterio de interpretación contractual es posible advertir a lo menos cuatro manifestaciones. Estas son: la buena fe para precisar el contenido del contrato; la buena fe para determinar la

⁴³ El carácter flexible y casuístico de la buena fe impide inventariar exhaustivamente todas sus aplicaciones. Las que aquí se mencionan son aquellas que se relacionan con la interpretación e integración contractual.

⁴⁴ En el siguiente apartado, solo efectuaré un breve recorrido por la doctrina chilena y extranjera en relación con el reconocimiento de la aplicación de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual. Al examen en particular del rol de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual, me referiré en la Segunda y Tercera Parte de este Capítulo I.

forma en que debe cumplirse con la prestación; la buena fe para determinar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales; y la buena fe en su función correctora de la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la buena fe como dispositivo para precisar el contenido del contrato, Wieacker la concibe en materia de obligaciones como una «concreción de un plan legal de ordenación», lo que a su juicio se refleja en la identificación y la delimitación de la prestación, en los casos en que el juez no encuentra apoyo en el texto contractual (WIEACKER, 2019: 37-41). En el derecho nacional, esta idea ha sido sostenida por Boetsch, quien reconoce en la buena fe un criterio para determinar el sentido y alcance del contrato (BOETSCH, 2015: 109)⁴⁵.

La buena fe como criterio para precisar el contenido del contrato se advierte en los casos en que, aquella se emplea para resolver contradicciones, ambigüedades y/o cualquier tipo de problema de interpretación de cláusulas contractuales.

Un ejemplo de esta aplicación de la buena fe se advierte en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción. En este, frente a la existencia de dos cláusulas contradictorias que hacían referencia a la fecha de término de un contrato de arrendamiento, se resolvió utilizando a la buena fe como criterio de interpretación, la interpretación relevante que para el caso resultaba aplicable⁴⁶.

En el caso en cuestión, existían dos cláusulas que fijaban el término de contrato de arrendamiento celebrado entre las partes. Una de ellas señalaba que el contrato tendría una duración de cinco años a contar de su fecha de celebración (desde el 1 de enero de 1997

⁴⁵ Según lo expuesto por De los Mozos, aunque la buena fe no pueda definirse, es posible determinar su contenido y la forma de la buena o mala fe acudiendo previamente a la diversidad de aplicaciones. Específicamente y en relación a la buena fe contractual, el autor señala que «el principio de buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en su función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma, norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un criterio objetivo de conducta, y que hay que distinguir del propio criterio interpretativo de la declaración de voluntad, aunque este sea un subtipo de la llamada buena fe objetiva» (DE LOS MOZOS, 1971: 46).

⁴⁶ *Avilés con Sercotex Limitada (2004)*.

hasta el 1 de enero de 2002), y la otra, disponía para el término del contrato el 31 de diciembre de 2002, esto es, prácticamente un año más que la primera de las cláusulas. En el contrato de arrendamiento, se incorporó además una cláusula de renovación automática, cuya aplicación se encontraba condicionada a que ninguna de las partes manifestara su intención de terminar con el contrato con al menos seis meses de anticipación al vencimiento de su plazo de duración. La parte arrendataria, valiéndose de la segunda fecha establecida como término del contrato, le puso término el 28 de julio de 2002. La parte arrendadora se opuso a ello, afirmando que la manifestación de la intención de dar por terminado el contrato de arriendo había sido extemporánea y, por lo tanto, el contrato debía entenderse renovado.

La Corte de Apelaciones de Concepción resolvió por aplicación del principio de buena fe como criterio de interpretación preferir la cláusula que daba por terminado el contrato de arrendamiento el 31 de diciembre de 2002, y dar por terminado dicho contrato en virtud de la intención manifestada por la arrendataria de no continuar con este en el mes de julio de 2002. La referida Corte señaló que el estándar de comportamiento que la buena fe exige permite al intérprete aplicar en la interpretación contractual en primer lugar la voluntad común, los usos sociales y, a falta de estos, la equidad, no correspondiendo en este caso obligar a la arrendataria mantener vigente un contrato al que le puso término con seis meses de anticipación, más aún considerando que el inmueble objeto del contrato ya no se encontraba ocupado por la arrendataria.

Respecto de la buena fe para determinar la forma en que debe cumplirse con la prestación, Larenz señala que esta permite identificar el modo de cumplir la obligación, ateniéndose el deudor «no solo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente –en especial conforme al sentido y la idea fundamental del contrato– y en la forma en que el acreedor puede razonablemente esperar de él» (LARENZ, 1958: 148)⁴⁷. Barros, por su parte, reconoce a la buena fe como un elemento de hermenéutica contractual; como un principio general del derecho, que permite determinar los efectos jurídicos del contrato, ya sea ampliando, precisando o restringiendo su tenor (BARROS, 1983).

⁴⁷ Respecto de la buena fe en la interpretación del contrato, v.gr. DE LOS MOZOS, 1971: 179.

Un típico ejemplo de la buena fe en la determinación del modo en que deben cumplirse las prestaciones es el expuesto por Larenz, quien señala que resulta contrario a la buena fe el cumplimiento de la prestación en días y horas arbitrarios e inconvenientes. Así como ocurre en los casos en los que ha quedado al arbitrio del deudor el día y la hora en que debe cumplirse con la prestación y este decide cumplir un día festivo o durante la noche, perjudicando con ello al acreedor (LARENZ, 1958: 148).

Tratándose de la buena fe para determinar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales, Betti menciona que la buena fe como criterio hermenéutico determina la forma en que debe ser interpretado el contrato según el cual deben ser cumplidas y corregidas las obligaciones que emanan de este (BETTI, 2019: 70). Señala además que la buena fe sirve para valorar si ha sido satisfecho o no el interés de la otra parte en los casos en que surja una duda sobre si la prestación se ha cumplido o si el cumplimiento de esta ofrece al acreedor la utilidad que se tuvo en vista al momento de contratar (BETTI, 2019: 80)⁴⁸.

En este sentido, De la Maza ha señalado que la buena fe como principio permite identificar el propósito práctico del contrato, que permite al intérprete identificar conductas exigibles a las partes más allá de la literalidad del texto contractual, y cuya infracción determina el incumplimiento contractual o el cumplimiento imperfecto de la prestación (DE LA MAZA, 2014: 15 y ss.).

A propósito del rol de la buena fe para determinar cómo debe cumplirse la prestación, Wieacker concibe en la buena fe una facultad para juez de limitar el ejercicio de acciones en casos de insignificancia, esto es, imposibilidad parcial de la prestación, excepción de incumplimiento por falta de cumplimiento en pequeña cuantía o insignificancia de los vicios de la cosa vendida (WIEACKER, 2019: 37-41).

⁴⁸ En similar sentido, Fueyo señala que la buena fe es un requisito objetivo del cumplimiento de las obligaciones, esto es, «la buena fe de los sujetos del pago» (FUEYO, 2015: 178).

Esta idea ha sido reconocida entre nosotros desde temprano por Fueyo, quien dispone que el incumplimiento exiguo no autoriza la acción de resolución, pues ello es contrario a la buena fe (FUEYO, 2015: 193)⁴⁹.

Por último, y con relación a la buena fe en su función correctora de la autonomía de la voluntad, Betti afirma que entrega al juez la herramienta de restringir la letra del contrato en todos los casos en los que el tenor literal de este sea contrario a la buena fe (BETTI, 2019: 71 y 73)⁵⁰. En idéntico sentido, Boetsch expresa que la buena fe cumple una función correctora del contenido del contrato (BOETSCH, 2015: 97), cuestión que se traduce en el rol que aquella desempeña en la morigeración de la autonomía de la voluntad manifestada por las partes en el contrato⁵¹.

Un ejemplo de esta aplicación de la buena fe correctora de la autonomía de la voluntad se encuentra un fallo de la Corte Suprema. En esa ocasión, esta se pronunció sobre la interpretación que conforme a la buena fe debía darse a una cláusula que establecía como atribución exclusiva de una de las partes la determinación de un hecho como causal de fuerza mayor⁵². Los hechos del caso son los siguientes: una casa de estudios encargó a una empresa constructora la realización de ciertas obras, las cuales no pudieron ser realizadas en tiempo y forma pues, la casa de estudios (en este caso una universidad) se encontraba «tomada por los alumnos». La empresa constructora alegó fuerza mayor, solicitando le sean de igual forma pagadas las remuneraciones pactadas. Frente a ello, la universidad alegó su

⁴⁹ Lo dicho respecto de la acción resolutoria es aplicable a la excepción de contrato no cumplido. En palabras de Mejías: «Creemos que la excepción de contrato no cumplido procede, en principio, ante cualquier incumplimiento. Ciertamente tiene un límite: su ejercicio no debe ser contrario a la buena fe. Esto deberá verificarse por el operador jurídico al analizar el último de los requisitos, la buena fe de quien deduce la excepción de contrato no cumplido» (MEJÍAS, 2014: 127).

⁵⁰ Desde la doctrina chilena, Fueyo reconoce a la buena fe como un principio corrector de la autonomía de la voluntad, mas no derogatoria de sus cláusulas (FUEYO, 2015: 188).

⁵¹ Boetsch señala otras dos funciones de la buena fe: la función modificadora del contenido de la prestación debida, que se refiere a la adaptación del contenido del contrato frente a causas sobrevinientes; y la función extintiva o liberatoria, que dice relación con la extinción de las obligaciones para el contratante de buena fe (BOETSCH, 2015: 101-107). Peñailillo se refiere a la función interpretadora e integradora de la buena fe en materia contractual. Desarrolla también el principio de protección a la confianza como una manifestación de la buena fe (PEÑAILILLO, 2016: 52 y 54). Conforme a este principio «quién actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles» (PEÑAILILLO, 2016: 54).

⁵² *Empresa constructora Chillán viejo con Universidad del Bío-Bío (2002)*.

improcedencia, pues de acuerdo con la letra del contrato solo a ella le correspondía calificar una situación como de fuerza mayor.

Frente al asunto en cuestión, la Corte Suprema resolvió que no corresponde –según el principio general de buena fe– estimar que sea puramente discrecional la facultad que por contrato se le confiere a una de las partes para determinar si un hecho es constitutivo de fuerza mayor. De la circunstancia que el contrato entregue a una de las partes la facultad de determinar si un hecho es constitutivo de fuerza mayor, no se sigue en ningún caso, conforme al artículo 1546 del Código Civil, que esa facultad deba ser ejercida de forma arbitraria y contraria a las normas que rigen estos eventos, debiendo, por lo tanto, considerarse como causal de fuerza mayor lo alegado por la empresa constructora⁵³.

Debo prevenir, en todo caso, que la utilización de la buena fe como criterio de corrección hacia la voluntad manifestada por las partes en el contrato debe ser apreciada con cautela, pues, como expone Banfi, en los contratos celebrados entre partes sofisticadas lo literal del texto debe prevalecer, esto es, la interpretación debe ajustarse a la letra del contrato, salvo evidencia concluyente de que la verdadera intención de las partes difiere de aquello que estipularon expresamente (BANFI, 2020: 205-219).

b. Buena fe como criterio de integración contractual

En lo relacionado con la buena fe como herramienta de integración de deberes implícitos, tanto la doctrina extranjera como la chilena han reconocido su función de fuente reveladora de deberes de conducta exigibles a las partes. Así, Díez-Picazo menciona que la buena fe es fuente de creación de deberes especiales de conducta conforme a la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad perseguida por los contratantes (DÍEZ-PICAZO, 2019: 16)⁵⁴.

Larenz, por su parte, señala que la buena fe constituye fuente de particulares deberes de conducta, ello en atención a que «de las exigencias de la buena fe derivan para todos los

⁵³ La sentencia se encuentra extractada en SAN MARTÍN, 2015: 509 y ss.

⁵⁴ V.gr. BARROS, 1983. En Chile, Guzmán se ha dedicado a justificar cómo la norma del artículo 1546 amplía el círculo de las obligaciones emanadas del contrato. Ver *infra* Capítulo I, Tercera Parte (ii) y (iii).

participantes de una relación obligatoria determinados deberes de conducta que hacen referencia a la preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria de ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación» (LARENZ, 1956: 154).

Betti, siguiendo el desarrollo de la dogmática alemana, dispone que la buena fe es un elemento de integración del contenido del contrato que lleva a ampliar el círculo de obligaciones que emanan de este, lo cual impone a quien debe hacer la prestación todo cuanto sea necesario (aunque no se haya dicho) para asegurar a la otra parte el resultado útil de esta (BETTI, 2019: 73)⁵⁵.

En el derecho chileno, Corral –a la luz del análisis de la aplicación jurisprudencial de la buena fe– reconoce en ella dos tipos de aplicaciones: una horizontal, esto es, aquella que se refiere al sentido de la buena fe desde la etapa de negociación del contrato hasta los efectos postcontractuales; y una vertical, refiriéndose con ello a la aplicación de la buena fe como criterio de interpretación e integración del contrato durante su ejecución y cumplimiento. Como criterio de integración, el autor señala que la buena fe es fuente de deberes no explícitos, los cuales, accesorios a la obligación principal, deben añadirse al contrato cuando así lo exige la naturaleza de la obligación principal o cuando así lo impone la ley o la costumbre (CORRAL, 2006: 187).

Esta postura asumida por Corral ha sido recogida por la doctrina nacional y la jurisprudencia, en tanto, como afirma Contardo, los tribunales superiores de nuestro país en varias ocasiones han resuelto la existencia de deberes contractuales no explícitos, que se integran al contrato por aplicación del artículo 1546 del Código Civil (CONTARDO, 2015: 80). Así ocurre, por ejemplo, en un fallo de la Corte Suprema del año 2013⁵⁶ comentado por este último autor, en el cual dicho tribunal aplicando el principio de buena fe integró en un contrato de promesa de compraventa el deber para el promitente vendedor de

⁵⁵ En este mismo sentido, v.gr. BOETSCH, 2015: 78 y 79. Este autor señala que la buena fe es una norma imperativa que impone deberes implícitos para las partes, los que deben ser respetados con la misma exigencia que aquellos que emanan de la letra del contrato (integración de contenido). Agrega que la norma que consagra en Chile la buena fe es de orden público y, por lo tanto, irrenunciable.

⁵⁶ *Guzmán con Inmobiliaria e Inversiones Cepic Limitada* (2013).

suministrar al promitente comprador los antecedentes necesarios para que este último pudiera a su vez obtener el subsidio habitacional con el que se pagaría parte del precio del contrato de compraventa prometido⁵⁷.

⁵⁷ *Guzmán con Inmobiliaria e Inversiones Cepic Limitada (2013).*

Segunda Parte **Buena fe e interpretación**

(i) Interpretación contractual

Zweigert y Kötz (2012: 423) señalan que el ejercicio que realiza el juez para determinar el significado de las expresiones ambiguas o incompletas recibe el nombre de interpretación contractual y que, para tal efecto, el intérprete, independiente del sistema jurídico del que se trate, tendrá siempre como punto de partida aquello que las partes expresaron, ya sea verbalmente o por escrito. La diferencia está, de acuerdo con lo expresado por los autores, si el acento se pondrá en la intención de las partes, esto es, en el principio de la autonomía privada; o en los efectos de aquello que las partes del contrato han expresado. En el primer caso, la interpretación recibe el nombre de subjetiva, pues lo que se busca es precisar el sentido de la voluntad expresada (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 367). En el segundo caso, la interpretación se denomina objetiva, ya que lo que se pretende es definir los efectos jurídicos de la voluntad manifestada (DANZ, 2017: 21).

En el caso del derecho chileno, los artículos 1560 a 1566 del Código Civil entregan al juez una serie de reglas para interpretar los contratos. La regla suprema es aquella contenida en el artículo 1560, que dispone que conocida claramente la intención de las partes se estará siempre a ella más que a lo literal de las palabras⁵⁸. Esto explica por qué la doctrina civil ha identificado el sistema de interpretación contractual chileno como un sistema de interpretación subjetivo⁵⁹, pues, no siendo contraria a ley, al orden público o al derecho ajeno, es la intención de las partes la que siempre debe prevalecer⁶⁰.

⁵⁸ Según lo expuesto por Claro, la regla del artículo 1560 «domina todas las otras disposiciones del título: ella supone que los términos de la convención no son absolutamente claros y exigen esta investigación» (CLARO, 1939: 18).

⁵⁹ V.gr. LYON, 2017: 32.

⁶⁰ «(...) los contratos son celebrados por los particulares, por personas que ordinariamente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje, que pueden dar a las palabras un sentido distinto del que les da el diccionario; y si hubieran de aplicarse en la interpretación de los contratos las mismas reglas que se dan para la interpretación de las leyes, se cometerían muchas injusticias, y probablemente se daría a los contratos un sentido muy distinto del que quisieron darle las partes. Para evitar estos inconvenientes, la ley ha dispuesto que lo primero que debe hacer un juez al interpretar un contrato, es buscar la intención de las partes; y es muy lógico que el juez proceda así, porque los contratos se generan mediante la voluntad de las partes, y son, no lo que en el contrato se diga, sino lo que las partes han querido estipular» (ALESSANDRI, 1940: 66).

Interpretar un contrato en sentido estricto implica atribuir significado a las expresiones ambiguas, contradictorias o incompletas con la finalidad de precisar aquello a que se obligaron los contratantes y la forma en que debe cumplirse la prestación. No obstante, este ejercicio es solo una parte del proceso de construcción de la regla contractual⁶¹, que será en definitiva «ley para los contratantes»⁶². Interpretar un contrato en un sentido amplio excede de atribuir significado a sus disposiciones, siendo además necesaria la integración de este en los casos de lagunas, y la determinación de las consecuencias y efectos jurídicos contractuales a través de la aplicación de reglas supletorias o dispositivas (BETTI, 2000: 275 y ss.). De esta forma, en un sentido amplio, interpretar el contrato implica tanto atribuir significado a las expresiones ambiguas, contradictorias o incompletas con la finalidad de precisar aquello a que se obligaron los contratantes y la forma en que debe cumplirse la prestación, como integrar su contenido y efectos. Esto es interpretación e integración.

Tratándose de la interpretación contractual en su sentido amplio, Betti advierte dos grandes fases. La primera es aquella de precisión del contenido de la declaración negocial. En ella, el intérprete reconstruye el significado de la declaración de voluntad que se encuentra inserta en la fórmula contractual tanto mediante términos explícitos como implícitos. Los términos explícitos son aquellos que expresamente quedan comprendidos en la fórmula y los implícitos son aquellos que no teniendo cabida expresa en la fórmula «están sin embargo comprendidos en la idea que ella expresa y en consecuencia quedan encuadrados dentro del contenido del negocio» (BETTI, 2000: 280 y 281).

La segunda fase del proceso de interpretación contractual, en opinión del autor, es aquella que tiene por finalidad fijar las consecuencias y efectos jurídicos del contrato a través de la aplicación de reglas supletorias o dispositivas (BETTI, 2000: 275 y ss.).

La postura expuesta por Betti implica diferenciar interpretación e integración contractual, según se trate de precisión del contenido del contrato o determinación de sus efectos a través de normas dispositivas. Así, para el italiano, el ejercicio de interpretación comprende

⁶¹ V.gr. VIDAL, 2000.

⁶² Artículo 1545 del Código Civil.

tanto la atribución de significado a las disposiciones contractuales explícitas, como también revelar lo que implícitamente se entiende parte del contrato. A esto último, el autor lo denomina interpretación por vía de integración. Luego, para Betti, la real integración contractual se efectúa a través de la incorporación de normas supletorias o dispositivas, y su función no es integrar el contenido del contrato sino sus efectos.

Esta división entre interpretación e integración contractual efectuada por Betti ha dado lugar a desacuerdos vigentes hasta nuestros días en la doctrina civil, separándose los autores entre quienes adhieren y quienes no a esta idea de interpretación integradora⁶³. Establecer una distinción entre interpretación e integración no es cuestión sencilla y la delimitación entre ambas excede los propósitos de este trabajo. Dicho lo anterior y con el solo efecto de identificar el rol de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual, consideraré como interpretación a aquella que tiene por función atribuir significado a las expresiones contractuales en especial si estas son ambiguas, contradictorias o incompletas con la finalidad de precisar aquello a que se obligaron los contratantes y la forma en que debe cumplirse la prestación⁶⁴. Y por integración, a aquella cuya función es ampliar el contenido del contrato, esto es, revelar deberes de conducta

⁶³ A favor de la distinción entre interpretación integradora v.gr. DE LOS MOZOS, 1965: 180-182, y LARENZ, 1958: 118 y ss. En Chile, algo similar ha sido sostenido por Alcalde, quien adhiere a la idea de limitar la integración contractual solo a los efectos del acto jurídico (ALCALDE, 2007: 549). Una postura contraria es señalada por López y López quien, pese a reconocer que el proceso hermenéutico debe entenderse en sentido amplio –no solo la averiguación del sentido y alcance de la declaración de voluntad, sino también la integración del contrato–, rechaza la existencia de una interpretación integradora. Ahora bien, el motivo de su rechazo se basa en que descarta que el contenido de negocio pueda completarse buscando una voluntad hipotética de las partes (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017:18) –cuestión a la que adhiero–, pero no descarta que en base a criterios objetivos como la buena fe pueda integrarse el contenido del contrato (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 19 y 23), que es precisamente lo que en este trabajo se sostiene. El autor señala, en todo caso, que «nada añade al mundo de los efectos jurídicos, aunque pueda hacerlo al de los conceptos, el discutir si la integración es concepto distinto de la interpretación en el sentido estricto, o hay uno genérico que comprenda a ambas» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 22). En Chile, Lyon ha rechazado la existencia de una interpretación integradora. Al respecto afirma: «nosotros entendemos que hay interpretación cuando la declaración o el comportamiento de las partes dan a entender dos o más cosas distintas y procede elegir con cuál de ellas nos quedamos. En cambio, hay integración simplemente cuando no hay declaración o comportamiento del cual podamos inferir alguna conclusión, sino que la desprendemos de un análisis de la naturaleza del contrato ya sea mediante la aplicación de un criterio de lógica y racionalidad o por medio de las costumbres aplicadas según cuál sea la naturaleza del contrato...» (LYON, 2017: 45).

⁶⁴ «La interpretación del contrato, concebida como una prototípica actividad humana, *in concreto* lógica, por antonomasia, esencialmente persigue el esclarecimiento del contenido contractual (significado), para lo cual el intérprete, con sujeción a una tarea de índole reconstructiva, cabalmente entendida, propende por establecer el alcance y la extensión de las diversas estipulaciones que, *in complexu*, conformen el entramado del contrato, aquilatada materia prima del hermeneuta» (JARAMILLO, 2018: 52).

implícitos⁶⁵ exigibles a las partes, ahí donde puede predicarse una laguna contractual, y que son necesarios para satisfacer la prestación de acuerdo con la descripción relevante que se ha efectuado por el intérprete⁶⁶.

(ii) Buena fe como criterio de interpretación

a. ¿Qué se interpreta?

Como recién se expuso⁶⁷, todo ejercicio de interpretación contractual comienza por aquello que se ha manifestado por las partes, ya sea por escrito o verbalmente. En los sistemas jurídicos que siguen el modelo de interpretación subjetivo –como ocurre en el caso chileno–, el conocimiento de la voluntad que se interpreta es el punto inicial desde el cual el juez comienza su labor⁶⁸.

Es el artículo 1560 del Código Civil el que ha dado lugar a sostener por la doctrina civil que la primera función del intérprete en materia contractual es conocer la intención de las partes

⁶⁵ Lo que se sostiene en este trabajo es que la buena fe no crea deberes implícitos, sino que los revela. Esto es, la buena fe pone de manifiesto deberes de conducta que son parte del contenido del contrato, aunque implícitamente, pero sin crear deberes de conducta; pues, para que una norma cumpla esta función, los deberes no deben existir ni explícita ni implícitamente. En este sentido, la postura que asume esta tesis en cuanto a la integración de las lagunas contractuales es parcialmente cercana, mas no en todo, a lo expuesto por Coleman. Ver COLEMAN, 2010: 173-189. Una opinión distinta ha sido manifestada por Hevia a propósito de las cláusulas impuestas, señalando que la buena fe constituiría un ejemplo de ello, en los casos en los que un tribunal establece que un determinado acuerdo debe interpretarse de buena fe (HEVIA, 2013: 164).

⁶⁶ V.gr. JARAMILLO, 2018: 58 y 59. Para Lyon «la integración del contrato consiste fundamentalmente en completar los vacíos existentes en un acuerdo de voluntades mediante el expediente de recurrir al desarrollo lógico y coherente de la fórmula elaborada por las partes y de su estructura para iluminar aquel contenido implícito o marginal del negocio que no está expreso en él...» (LYON, 2017: 41). De acuerdo con Alessandri «No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato, esto es, los puntos que las partes no previeron y que mal podían, por tanto, resolver. Como no hay ley que indique la manera de llenar las lagunas del contrato, habrá que recurrir a la equidad y aplicar, por ende, los principios que aparezcan más justos al caso particular de que se trata» (ALESSANDRI, 1942: 300). En el mismo sentido que lo expuesto por Alessandri, v.gr., TAPIA, 2015: 541.

⁶⁷ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (i).

⁶⁸ En este punto, me refiero al conocimiento de la intención común como una cuestión de hecho, diferenciada del ejercicio de interpretación que realiza el juez y, por el cual, le atribuye significado a la voluntad de las partes manifestada en el contrato, que es propiamente el ejercicio hermenéutico. De ahí que el punto de partida no sea una cuestión normativa, sino fáctica.

manifestada en el contrato⁶⁹. Ello, en tanto, «conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras».

La doctrina contemporánea⁷⁰ señala que el artículo 1560, al referirse a intención y no a intenciones, lo que interpreta es la voluntad común⁷¹. Esto es de toda lógica, pues, sin voluntad común no existe regla ni criterio de interpretación contractual que permita sanear esta situación⁷². Pensemos en el clásico ejemplo de error esencial por el cual A y B celebran un contrato de compraventa. A entiende que compra un caballo y B entiende que vende otro animal semejante⁷³. No hay regla de interpretación que permita salvar la falta de este requisito esencial⁷⁴. En palabras de López y López: «la interpretación no puede resolver nada porque nada quisieron al respecto los contratantes, o bien porque quisieron de manera inhábil para alcanzar la realización del propósito común» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 15). Dicho de otro modo, el ejercicio de interpretación de la voluntad contractual supone contratos que han nacido válidamente a la vida del derecho.

Por lo demás, la voluntad contractual que es el objeto de interpretación no es la que se encuentra en el fuero interno de cada uno de los contratantes, sino aquella que ha sido

⁶⁹ «Las reglas de interpretación son los principios y moldes que sirven de base, de punto de partida a los razonamientos del intérprete y que le ayudan en la búsqueda de la común intención de los contratantes, blanco fundamental de la interpretación subjetiva de las convenciones» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 496).

⁷⁰ «La intención tras los contratos, entonces, no estaría constituida de manera exclusiva por la superposición de las intenciones individuales. Ella abarca tanto los puntos en los que los contratantes han coincidido como también aquellos que han tolerado que queden abiertos como eventuales cursos a seguir durante la fase de ejecución del contrato» (COLOMA, 2016: 22). En similar sentido, Messineo señala: «interpretar un contrato significa y vale como indagar la intención (voluntad) común efectiva –esto es, concreta– de las partes (..) o más exactamente, la sustancia o el contenido efectivo de tal voluntad común» (MESSINEO, 2018: 521).

⁷¹ En adelante también voluntad contractual.

⁷² De acuerdo con Coloma, el artículo 1560 del Código Civil no otorga las herramientas necesarias ni criterios para resolver distintas opiniones en disputa, en los casos en los que se presentan entre las partes desacuerdos genuinos, básicamente porque frente a ello no existiría una voluntad común. Entonces, cualquier mecanismo que pretendiera suplir o presumir la voluntad de las partes en pos de «forzar» la identificación de una voluntad común, excedería de aquello que el propio artículo 1560 del Código Civil permite. Si no hay voluntad común, no hay contrato y, por lo tanto, no hay nada que interpretar (COLOMA, 2016).

⁷³ Artículo 1453 del Código Civil: «El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra».

⁷⁴ La consecuencia jurídica será la nulidad del contrato.

exteriorizada o manifestada de alguna forma por estos⁷⁵. De esta forma, cualquier valoración subjetiva o aquello que no ha sido exteriorizado, se excluye como parte del ejercicio interpretativo.

Teniendo presente que el conocimiento de la voluntad contractual debe siempre encontrarse en aquello que ha sido exteriorizado por las partes, Coloma sostiene que las herramientas de las que dispone el juez son básicamente dos: la literalidad del texto y la aplicación práctica que las partes han efectuado del contrato. Señala así que conocer la intención común de las partes exige al juez «realizar una actividad interpretativa/inferencial de sus comportamientos» (COLOMA, 2016: 26), cuestión que a la luz de las reglas de interpretación contractual contenidas en el Código Civil puede obtenerse a través de la literalidad de la declaración negocial textual u oral (aplicación del artículo 1560)⁷⁶; o a través de la denominada interpretación auténtica contenida en el artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, norma que señala que las cláusulas de un contrato podrán también interpretarse por la aplicación práctica que hayan hecho las partes o una de ellas con aprobación de la otra⁷⁷.

Debo advertir que la referencia a la literalidad de la declaración de voluntad y a la interpretación auténtica como herramientas para conocer la voluntad contractual, no es una cuestión sencilla, pues, funcionan en momentos distintos. Así, el examen de la literalidad de la declaración se sitúa en la fase de celebración del contrato, en cambio la aplicación de la regla del 1564 inciso tercero del Código Civil se sitúa en la fase de su ejecución. Esta diferencia puede traer ciertas complicaciones pues, por más clara que sea la intención de las partes contratantes manifestada en lo literal del contrato en su celebración, no siempre es

⁷⁵ «Lo que debe interpretarse de la voluntad real significa, sencillamente (...) que el juez, en cada interpretación, no ha de tomar simplemente las palabras en su sentido ordinario, sino que ha de fijarse en cada caso en las circunstancias que se exteriorizaron, en su contexto, en el resultado económico perseguido» (DANZ, 2017: 41). «Para el derecho solo es reconocible una voluntad exteriorizada, y protegible una conducta jurídicamente significativa si se ajusta a imperativo general de buena fe» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 13). V.gr. LYON, 2017: 62 y 63.

⁷⁶ «Debe admitirse por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido expresan con exactitud su pensamiento; y, por consiguiente, cuando el sentido de esas palabras es evidente y razonable, no hay ningún elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes» (CLARO, 1939: 17).

⁷⁷ Artículo 1564 incisos segundo y tercero del Código Civil: «Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica, que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra».

coincidente con la aplicación práctica que han efectuado del contrato, pudiendo producirse casos de divergencia entre lo que manifestaron al celebrar el contrato y la forma en que de común acuerdo lo ejecutaron⁷⁸. No obstante, lo que en esta parte interesa, es identificar cuál es el rol de la buena fe⁷⁹ cuando se trata de interpretar la voluntad contractual.

b. El juez como intérprete de la voluntad contractual. El rol de la buena fe

La interpretación de la voluntad contractual es mucho más compleja que solo conocerla. Esto es solo el punto de partida. El verdadero ejercicio de interpretación es el que consiste en atribuir significado a las disposiciones contractuales que son el resultado de la voluntad manifestada, pues, en los casos en los que estas sean ambiguas, contradictorias o incompletas, el examen o simple conocimiento de la voluntad expresada no es suficiente.

La interpretación contractual no solo persigue conocer lo que siempre ha estado ahí (que es la intención de las partes manifestada), sino además atribuir a las disposiciones contractuales el significado que se ha mantenido oculto⁸⁰ y que resulta determinante para precisar a qué se han obligado las partes y cómo debe cumplirse con la prestación. En este sentido, el correcto entendimiento del ejercicio interpretativo exige separar dos dimensiones, una fáctica y otra normativa. Me detendré a explicar esto último.

López y López señala que en materia de interpretación de la voluntad contractual deben distinguirse dos fases. «Una primera fase de establecimiento de los datos, o fijación previa de cuáles sean los hechos que se han de interpretar (voluntad acto); y una segunda de averiguación del sentido negocial de los datos, que es la tarea propiamente interpretativa

⁷⁸ V.gr. COLOMA, 2016: 27 y ss. Una opinión contraria sostiene Lyon para quien la única voluntad exterioriza a interpretar es aquella coincidente con la formación del consentimiento (LYON, 2017: 62-64).

⁷⁹ Las reglas sobre interpretación contractual se encuentran contenidas en el Título XIII del Código Civil entre los artículos 1560 al 1566. No obstante que la buena fe no es mencionada en el referido cuerpo legal dentro de las reglas de interpretación contractual, en Chile –al igual que en el resto de los países de la tradición continental– la buena fe es considerada un elemento de interpretación del contrato. V.gr. ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 458-459; PEÑAILILLO, 2016: 51 y 52; BOETSCH, 2015: 107 y ss.; LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 52; MESSINEO, 2018: 542; BETTI, 2019: 70; MEDICUS, 1995: 76; LARENZ, 1958: 148; DE LOS MOZOS, 1965: 179 y ss.

⁸⁰ Refiriéndose a la interpretación de la ley, RAZ detalla lo siguiente: «una interpretación puede limitarse a recuperar un significado que siempre estuvo ahí, y no obstante que su novedad no se limite solo a redescubrir un significado familiar de una manera novedosa. Puede tratarse más bien de revelar un significado que estuvo hasta ese momento oculto» (RAZ, 2013: 262).

(voluntad regla). Objeto inmediato y esencial de la cuestión de hecho será determinar el propósito de la conducta de los contratantes, y a su lado, surgirán las indagaciones relativas al contenido dado a la regla contractual» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 14).

La dimensión fáctica, entonces, es aquella que persigue conocer lo que siempre ha estado ahí (voluntad acto), sin ejercer ningún tipo de valoración y, por ello, es una cuestión de hecho. La dimensión normativa (voluntad regla), en cambio, es la que constituye la labor interpretativa propiamente tal, y tiene por finalidad atribuir significado a las disposiciones contractuales, y precisar a lo que se han obligado las partes y cómo debe cumplirse con la prestación.

Dicho lo anterior y considerando que el conocimiento de la voluntad acto es una cuestión de hecho⁸¹, no procede a su respecto ningún tipo de valoración por parte del juez y, por lo tanto, ni la buena fe ni ningún otro criterio objetivo de interpretación contractual tiene cabida en este momento⁸². Sino que, solo conocida por el intérprete la intención de las partes (voluntad acto), podrá avanzarse en la atribución de significado a esa voluntad, que será ahora voluntad regla⁸³. Le corresponde al juez atribuir el significado de las

⁸¹ Refiriéndose a la voluntad común, Messineo puntualiza que esta «se debe establecer sobre qué terreno –más allá de las palabras empleadas por los contratantes– las dos voluntades se han encontrado realmente, es decir, a qué cosa, en conjunto, tendían ellas y a qué resultados debe conducir el contrato respecto de cada una de las partes. Por medio de la intención común se debe poder establecer también cuál es la medida del sacrificio y, respectivamente, de la ventaja de cada parte (si el contrato es oneroso) o cuál es la medida del sacrificio del único obligado y de la ventaja del único beneficiado (si el contrato es gratuito): en una palabra, la medida de cada una de las prestaciones» (MESSINEO, 2018: 534). La identificación de la voluntad común de las partes ha sido latamente tratada por la doctrina. Su tratamiento excede a los fines de esta investigación. Sobre las formas de identificación de la voluntad común v.gr. LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 63 y ss. MESSINEO, 2018: 533 y ss.

⁸² «La búsqueda de la voluntad común de las partes es una búsqueda que versa sobre el elemento hecho: base indispensable para proceder luego a la aplicación de las correspondientes normas de derecho. En este sentido, la investigación de la voluntad común forma parte de una compleja búsqueda de hecho a que debe someterse el intérprete antes de proceder a la aplicación de la ley...» (MESSINEO, 2018: 536). Esto no podría ser de otro modo considerando la primacía de la voluntad común (voluntad acto) por sobre el resto de las reglas de interpretación contractual. Messineo expresa esta idea a partir de la dogmática civil italiana: «Que el proceso interpretativo esté engoznado, como es su perno fundamental, sobre la búsqueda de la intención común de las partes y que, por consiguiente, la regla del art. 1362 sea básica y domine a todas, se demuestra no solamente por su colocación a la cabeza de las otras, sino también por el hecho de que los arts. 1363, 1364 y 1365, se les vinculan y dependen de ella...» (MESSINEO, 2018: 530).

⁸³ Respecto del elemento literal, Messineo dice que «no basta atenerse a las expresiones usadas por las partes (ordinariamente –pero no siempre, como sabemos– redactadas por escrito) o (según el texto del artículo mencionado) al sentido literal de las palabras, sino que es menester remontar a la intención común de las partes». No obstante, el mismo autor dispone que podrá bastar la literalidad del texto «cuando en la redacción

disposiciones contractuales para cuyo propósito dispone distintos criterios de interpretación contractual⁸⁴, entre los que se encuentra –como se verá– la buena fe.

La doctrina extranjera ha señalado que la atribución de significado a las disposiciones contractuales como ejercicio hermenéutico es de carácter objetivo. Así, López y López, a partir del sistema de interpretación de contratos español, manifiesta: «Es tradicional sistematizar las normas legales de interpretación de los contratos dividiéndolas en dos grupos. Uno de ellos consta de los preceptos legales que contienen cánones hermenéuticos para reconocer cuál ha sido en concreto la común intención de los contratantes, ya veremos que incluso considerando la conducta concomitante como formando parte de la voluntad contractual. El otro, en cambio, no contiene criterio para la averiguación de cuál ha sido la intención concreta de las partes, sino que se ocupa de resolver problemas derivados de la falta de univocidad, de la ambigüedad en general, de las dudas que se plantean en el entendimiento de determinadas cláusulas o palabras. Al primer grupo de normas se ha referido una categoría llamada interpretación subjetiva, al segundo, otra conocida como interpretación objetiva» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 41).

En idéntico sentido, Messineo, desde la doctrina italiana, expone lo siguiente: «Pero en tanto la tarea del intérprete de la norma jurídica está –en cierto modo– circunscrita, por

del contrato ha intervenido la obra de técnicos (notarios, abogados, asesores, etc.) o cuando las partes son versadas en la materia del contrato, y, por consiguiente, emplean una terminología correcta, no susceptible de dudas o cuando el contrato ha sido preparado por formularios, y en otros casos análogos» (MESSINEO, 2018: 530 y 531).

⁸⁴ Desde la dogmática civil chilena, Elorriaga y López han expresado que las reglas de interpretación pueden ser de carácter intrínseco o extrínseco. Así, «interpretar el contrato a partir de los elementos intrínsecos significa interpretar el texto del contrato por sí mismo, considerando solo los elementos que se encuentran, de una u otra manera, en la misma declaración contractual. Al respecto existen tres reglas fundamentales, que son los artículos 1564.1, 1562 y 1563 del Código Civil» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 500). Estas normas señalan respectivamente: «Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad»; «El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»; «En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen». Por su parte, los mismos autores señalan que los elementos extrínsecos son aquellos que no figuran en la declaración de voluntad (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 505). Estos se encuentran contenidos en los artículos 1564.2, 1561 y 1565 (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 508-509), que disponen respectivamente lo siguiente: «las cláusulas de un contrato (...) podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia»; «Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado»; «Cuando en un contexto se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda».

cuanto la interpretación de la norma se limita a liberar a esta última de las dudas y ambigüedades que eventualmente la afecten y, por consiguiente, es una interpretación esencialmente objetiva, la tarea del que interpreta un contrato es mucho más compleja y ardua puesto que debe, además de eliminar las eventuales dudas o ambigüedades, aclarar también cuál es la voluntad concreta de las partes, en consecuencia, realiza una función objetiva y subjetiva a la vez...» (MESSINEO, 2018: 519).

En Chile, no se advierte la presencia de un sistema de interpretación mixto, pues, lo que prima entre los autores es la identificación del sistema de interpretación como subjetivo (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 473 y ss.). Lo que sí existen son criterios o reglas para solucionar situaciones de ambigüedades y oscuridades de la declaración de voluntad que tienen claramente un componente objetivo: no tienen por finalidad conocer la intención de los contratantes, sino más bien atribuir el significado de esa voluntad vertido en las disposiciones contractuales. El intérprete se inclina en un sentido u otro, en atención a aquello que resulte más coherente con la estructura interna y externa del contrato⁸⁵. Uno de estos criterios objetivos es la buena fe⁸⁶.

Respecto de la buena fe, López y López reconoce a esta como criterio de interpretación contractual, esto es, como «regla de buen sentido que impone que las declaraciones de las partes, en caso de ser dudosas, se han de apreciar con un criterio de corrección; la declaración de voluntad dudosa ha de entenderse como lo harían personas correctas. Solo en este aspecto de pauta de honradez o rectitud, como criterio objetivo para solventar

⁸⁵ Estos son los criterios de interpretación intrínsecos: artículo 1564 inciso primero del Código Civil, «Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad»; artículo 1562 del Código Civil, «El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno»; artículo 1563 del Código Civil, «En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen». Estos son los criterios de interpretación extrínsecos: artículo 1564 inciso segundo del Código Civil, «las cláusulas de un contrato (...) podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia»; artículo 1561 del Código Civil, «Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado»; artículo 1565 del Código Civil, «Cuando en un contexto se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende».

⁸⁶ Como ya se ha expuesto, lo que interesa en esta parte del trabajo es la aplicación de la buena fe en la interpretación contractual, por lo tanto, la atención en las líneas que siguen se centrará en ella, no obstante, la presencia de otros elementos de interpretación objetivos que pueden resultar útiles cuando de lo que se trata es atribuir significado a la declaración de voluntad.

cuestiones dudosas en materia de interpretación contractual, puede funcionar la buena fe cual regla de modo autónomo; en cualquier caso, la buena fe asume un cariz más normativo que interpretativo» (LÓPEZ y LÓPEZ, 2017: 51)⁸⁷.

Betti declara, por su parte, «que el criterio de buena fe debe tener una orientación bilateral y, por tanto, que puede operar, también, en sentido inverso, bien en el sentido de integrar, bien en el sentido de limitar las obligaciones contractuales; y esto tiene lugar en materia de interpretación, donde se llegan a colmar las deficiencias del contenido preceptivo del contrato en el sentido de ampliarlo, o bien en otros aspectos se limita, en cambio, el alcance literal del texto del contrato, precisamente porque el criterio de la buena fe es esencialmente un criterio de reciprocidad» (BETTI, 2019: 73).

De esta forma, cuando de lo que se trata es de resolver problemas de ambigüedades, contradicciones o insuficiencia de la declaración de voluntad vertida por las partes en el instrumento contractual, uno de los elementos a considerar es precisamente la buena fe como criterio objetivo, la que permitirá al juez atribuir significado a las disposiciones contractuales y, con ello, precisar a qué se obligaron las partes y cómo debe cumplirse con la prestación⁸⁸.

En este punto, no debe dejarse pasar la oportunidad de explicar con un mayor grado de detención la forma en que la buena fe funciona como criterio de interpretación. Decir que la buena fe permite atribuir significado a las disposiciones contractuales, y con ello precisar a qué se obligaron las partes y cómo debe cumplirse con la prestación, exige comprender la relación entre la voluntad que se interpreta y de cuyo ejercicio se obtiene el significado de las disposiciones del contrato, y las conductas lógicamente implicadas en el resultado de esa interpretación y que son exigibles de acuerdo con la buena fe. Veamos un ejemplo.

⁸⁷ V.gr. VON TUHR, 1925: 341.

⁸⁸ En este sentido, De los Mozos determina que «como la buena fe objetiva actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio en general, se manifiesta en todos los aspectos de su vida, cobrando sobre todo interés en el más típico de todos ellos, en su cumplimiento...» (DE LOS MOZOS, 1965: 49). Así, señala el autor, «serán supuestos de la buena fe objetiva, aquellos en que este carácter normativo aparece claramente expresado, sirviendo la presencia de la buena fe para modular el contenido de la obligación o del negocio...» (DE LOS MOZOS, 1965: 50).

Kotaix (K) y Tanu (T) celebran un contrato de compraventa de un teléfono inteligente, que se realiza por internet desde una conocida página que permite la venta de productos nuevos y seminuevos. K ofrece la venta del teléfono seminuevo en un precio acorde a lo que normalmente en el mercado podría cobrarse por un artículo de la misma naturaleza. Al día siguiente a la celebración del contrato, K se reúne con T para hacerle entrega del teléfono. Grande es la sorpresa de T quien, luego de pagarle a K el precio del teléfono y que este le ha sido entregado, advierte que K solo entregó el teléfono y no el cargador. La pregunta es: ¿puede considerarse parte del contrato la obligación de entregar el cargador pese a que en la oferta de venta solo se hizo referencia al teléfono?

La respuesta no puede resolverse sin previamente realizar el ejercicio de interpretación respecto del sentido de la voluntad contractual manifestada en el contrato para atribuir el significado de «teléfono», pues solo una vez que se haya atribuido ese significado, que constituirá la interpretación relevante, podrán determinarse las conductas que resultan exigibles y que se encuentran lógicamente implicadas en esa interpretación y que en el ejemplo expuesto permitirán determinar a qué se obligaron las partes del contrato y qué es lo que se exige para cumplir con ello.

En efecto, en el caso expuesto existen dos posibles interpretaciones de «teléfono». La primera a la que denominaré (O), comprende solo el dispositivo, y la segunda que designaré (O') comprende tanto el teléfono como su cargador. La elección entre O u O' requiere de un juicio evaluativo por parte del juez, para el cual la buena fe como criterio de interpretación resulta útil⁸⁹. Luego, si conforme a la buena fe el intérprete atribuye a «teléfono» el significado O', entonces ahora puede responderse a la pregunta inicialmente formulada, pues, considerándose que O' es la interpretación relevante, la conducta que se encuentra lógicamente implicada en esa interpretación es aquella que exige al vendedor cumplir la prestación no solo entregando el teléfono, sino además el cargador.

⁸⁹ En este ejemplo, la buena fe es útil como criterio de interpretación si se considera que exige que cada parte admita el contrato tal como se ha de entender por contratantes honestos, según la idea básica y la finalidad de este, tomando en consideración los usos del tráfico v.gr ORDOQUI, 2011: 95; VIDAL, 2000: 211; LYON, 2007: 753 y ss. En efecto, en el caso expuesto, si bien en el contrato no se efectuó referencia expresa al cargador del teléfono, cumplir con la entrega de aquel es inherente a la práctica del comercio de teléfonos móviles inteligentes (incluso de cualquier teléfono móvil), esto es, los usos del tráfico y, por lo tanto, cualquiera que sea miembro de esa práctica esperaría razonablemente que junto con el teléfono se le entregue el cargador.

En el ejemplo expuesto se evidencia el rol de la buena fe en la interpretación contractual, pues ella, no solo funciona como un criterio que permite al intérprete atribuir el significado de la voluntad declarada, sino además mediatamente revelar las conductas exigibles implicadas lógicamente en la interpretación relevante y que, en el caso señalado, se manifiesta en la determinación de aquello que resulta exigible para cumplir la prestación. En este sentido, la buena fe no solo interpreta, sino revela ciertas conductas implícitas, que son exigibles a las partes.

Este esquema que resume el funcionamiento de la buena fe como criterio para atribuir el significado de las disposiciones contractuales es aplicable tanto para precisar a qué se obligaron las partes del contrato y la forma en que deben cumplirse las obligaciones, como para revelar las conductas exigibles que son necesarias para cumplir con la prestación. Asimismo, para asegurar el éxito del negocio⁹⁰ y satisfacer con ello las expectativas que persiguen las partes con su celebración⁹¹. Estas conductas exigibles que se revelan –como se verá enseguida⁹²– integran su contenido.

⁹⁰ La identificación del éxito del negocio se encuentra en estrecha relación con el fin práctico que este persigue. Se entiende por este el fin o resultado económico que usual y normalmente las partes bajo iguales circunstancias persiguen tras la celebración de un determinado contrato (DANZ, 2017: 23 y ss.).

⁹¹ Para los efectos de este trabajo, asumiré una noción amplia y objetiva de incumplimiento, esto es, de acuerdo con lo expuesto por Mejías, aquella que es «construida vinculando las nociones de cumplimiento e incumplimiento a partir de una relectura de las normas del CC, en especial de las del pago, artículos 1568 y 1569. El énfasis de esta noción se encuentra en la satisfacción de interés del acreedor y su protección, y no en la valoración de la conducta del deudor» (MEJÍAS, 2020: 9). V.gr. VIDAL, 2014a: 229 y ss. En consecuencia, con lo anterior, «el contrato reconoce en su interior tanto la existencia de obligaciones primordiales, que son aquellas que permiten la satisfacción de los intereses de las partes; como deberes secundarios de conducta, que se constituyen como obligaciones funcionales que posibilitan el cumplimiento de las obligaciones primordiales» (PRADO, 2015a: 21). Sobre el concepto de incumplimiento y sus características v.gr. MORALES 2016: 90- 96.

⁹² Ver *infra* Capítulo I, Tercera Parte (iv).

Tercera Parte **Buena fe e integración**

(i) Alcance del artículo 1546 del Código Civil

En la Primera Parte de este capítulo⁹³, expuse que existe consenso entre los autores nacionales y extranjeros en considerar que la buena fe tiene su aplicación en el derecho de contratos en la integración contractual. Sin embargo, no es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia chilena la identificación de qué es lo que se integra al contrato por exigencia de la buena fe, existiendo al menos dos posturas respecto del alcance del artículo 1546 del Código Civil en materia de integración.

Por un lado, los autores más clásicos del derecho chileno, como Claro (1937: 497), y una parte de la jurisprudencia (incluso hasta en estos últimos años)⁹⁴, limitan el alcance de la buena fe como criterio de integración contractual a las normas dispositivas que se incorporan al contrato como elementos de la naturaleza, de acuerdo con el artículo 1444 del Código Civil,⁹⁵ y a la costumbre, solo en la medida en que esta última a su vez tenga remisión expresa en la ley conforme al artículo 2º del Código Civil⁹⁶. Por otro lado, autores como Guzmán (2002: 15)⁹⁷ y parte de la reciente jurisprudencia⁹⁸ reconocen en la norma del artículo 1546 del Código Civil una verdadera regla de integración del contenido del contrato, lo que implica una ampliación del contenido contractual más allá de lo dispuesto por las partes en razón de su autonomía privada y de lo que se incorpora por ley en virtud de normas dispositivas. Así, la buena fe funciona como criterio que permite al intérprete integrar deberes implícitos exigidos por ella.

⁹³ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (iii).

⁹⁴ Valdivia Lucero con Same Madrid y otra (2013); Zúñiga Castro con Instituto de Educación Superior Santo Tomás (2016).

⁹⁵ «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por medio de cláusulas especiales».

⁹⁶ «La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella».

⁹⁷ V.gr. CORRAL, 2006.

⁹⁸ Radio Renuevos FM Limitada con Ingeniería y Construcción Limitada (2017).

Esta diferencia de criterios respecto de qué es lo que se integra al contrato por exigencia de la buena fe es lo que justifica en primer lugar el examen de las fuentes históricas que sirvieron para la génesis del artículo 1546 del Código Civil. Así puede demostrarse que una correcta lectura de la referida norma exige su comprensión como regla de integración del contenido del contrato, que amplía el círculo de deberes contractuales más allá de lo dispuesto por las partes en razón de su autonomía privada y de las normas dispositivas que se incorporan al contrato por ley. La buena fe integra deberes implícitos, lo que es coincidente por lo demás con lo señalado por De los Mozos (1971: 46), Wieacker (2019: 37-41), Larenz (1956: 154), Betti (2019: 75), y por la reciente doctrina (CORRAL, 2006: 187; CONTARDO, 2015: 80; PRADO, 2015a: 138) y jurisprudencia nacional⁹⁹.

Una vez puesto en evidencia que la correcta lectura del artículo 1546 del Código Civil exige su comprensión como una regla de integración del contenido del contrato, expondré las razones que justifican diferenciar entre aquello que se integra a este porque emana de la naturaleza de la obligación y así lo exige la buena fe, de las normas dispositivas que son parte del contrato por aplicación del artículo 1444 del Código Civil como elementos de la naturaleza. También expondré que la referencia que efectúa el artículo 1546 del Código Civil a la costumbre que se integra al contrato debe ser entendida en un sentido distinto de aquella cuya remisión expresa se encuentra en la ley.

Además, argumentaré que la función de la buena fe como criterio de integración contractual es revelar deberes de conducta implícitos exigibles, ahí donde puede predicarse una laguna en el contrato, necesarios para satisfacer la prestación, así como para asegurar el éxito del negocio y, con ello, la satisfacción de las expectativas de las partes. Todo de acuerdo con la interpretación relevante que el intérprete ha efectuado según la buena fe.

Finalmente, me referiré a la ley en la integración contractual, ello pues, el artículo 1546 del Código Civil se refiere a ella expresamente como dispositivo de integración. Expondré que, tratándose de los deberes de conducta exigidos por ley, aunque tengan su fundamento de

⁹⁹ *Guzmán con Inmobiliaria Cepic Limitada (2013); Moreno con Banco Santander (2014); M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014); Banco de Chile con I.J.E.V (2011).*

exigencia en la fuerza general y obligatoria de la misma, pueden encontrar su justificación en la buena fe como principio.

(ii) Lo que la buena fe exige integra el contenido del contrato. Examen de las fuentes históricas del artículo 1546 del Código Civil

Como fue expuesto¹⁰⁰, el derecho romano es una de las fuentes históricas que Bello tuvo en consideración al momento de redactar la regla del artículo 1546 del Código Civil, de cuya influencia pueden concluirse al menos dos efectos. Uno, la gran mayoría de las aplicaciones jurisprudenciales de la buena fe en Roma fueron recogidas por el Código Civil a través de reglas escritas. Dos, la buena fe en Roma permitía al juez interpretar el contrato, determinando a qué se obligaron las partes y cómo debían cumplir la prestación; así también, ampliar el contenido del contrato más allá de lo expresamente pactado por las partes en la fórmula contractual.

Sin perjuicio de la influencia del derecho romano en la redacción del artículo 1546 del Código Civil, esta no es la única fuente que sirvió al codificador chileno como inspiración para la redacción de la norma en cuestión. En efecto, una segunda fuente histórica es la codificación francesa, ello tanto porque –como se verá– el artículo 1546 del Código Civil guarda una estrecha semejanza con la norma original que se refiere a la buena fe contractual en el Código Civil francés (GUZMÁN, 2002: 11 y 12)¹⁰¹, como porque el mismo Mensaje del Código Civil reconoce expresamente la influencia determinante del Código francés en materia de contratos y cuasicontratos¹⁰².

Según lo señalado por Guzmán, en la redacción del artículo 1546 del Código Civil Bello unificó los artículos 1134 inciso 3º y 1135 del Código Civil francés (GUZMÁN, 2002: 11). El primero de dichos preceptos señala «*Elles [sc. les conventions] doivent être exécutées de*

¹⁰⁰ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (ii).

¹⁰¹ Cabe señalar que el año 2016 el Código Civil francés fue modificado y con ello la norma que se refiere a la buena fe, cuya redacción en el artículo 1104 reza de la siguiente forma: «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*»: «Los contratos deben ser negociados, formados y celebrados de buena fe. Esta disposición es de orden público» (traducción libre al español realizada por la autora).

¹⁰² «En materia de contratos y cuasicontratos hallaréis muy poco que no tenga su fuente en la legislación actual, que es lo más, o en la autoridad de un código moderno, en especial el francés, o en la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos». Mensaje del Código Civil.

bonne foi»¹⁰³. Por su parte, el segundo de ellos dispone «*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encoré à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent á l'obligation d'après sa nature*»¹⁰⁴.

Como se desprende de la sola lectura de las disposiciones que originalmente regularon la buena fe en el Código Civil francés, puede advertirse fácilmente una gran semejanza con la norma chilena. De ahí también la innegable influencia de estas en la redacción del artículo 1546 del Código Civil. No obstante, tras un análisis de ambos cuerpos normativos, quedan de manifiesto sus diferencias, las que no solo son semánticas, sino además se refieren a sus efectos.

Una primera diferencia –de acuerdo con lo sostenido por Guzmán– se encuentra en el hecho de que el Código Civil francés trata la buena fe contractual en dos normas (1134 inciso 3º y 1135 del Código Civil francés original): la buena fe conforme a la que deben ejecutarse las convenciones; y la buena fe con que deben negociarse, formarse y celebrarse los contratos. Así, se identifica el ámbito de aplicación de buena fe fuera de aquello que se incorpora al contrato más allá de lo expresado por las partes. En cambio, en el Código Civil, lo que se integra al contrato y que trasciende lo estipulado por las partes es una consecuencia necesaria de la buena fe con la que deben ejecutarse los contratos (GUZMÁN, 2002: 12).

Una segunda diferencia –según Guzmán– es que el Código Civil francés lo que integra a la convención son las cosas que la equidad, el uso o la ley atribuyen a aquella, de acuerdo con la naturaleza de cada obligación. En cambio, el Código Civil supone, por un lado, que hay cosas que emanan de la naturaleza de la obligación (independientemente de la equidad, el uso o la ley) y, por otro lado, que hay cosas que según la ley o la costumbre pertenecen a la obligación. Todas las cuales, en el artículo 1546 del Código Civil, integran el contrato por exigencia de la buena fe (GUZMÁN, 2002: 12).

¹⁰³ «Las convenciones deben ejecutarse de buena fe» (traducción libre al español realizada por la autora).

¹⁰⁴ «Las convenciones obligan no solo a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las cosas que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza» (traducción libre al español realizada por la autora).

De esto se sigue, de acuerdo con Guzmán, que en el Código Civil francés la naturaleza de la obligación cumple un rol secundario, de referencia y medida de *suites* que la equidad, el uso o la ley dan a cada obligación. En el Código Civil chileno, en cambio, la naturaleza de la obligación es directamente lo que permite integrar el contenido del contrato, en el mismo nivel que la ley y la costumbre (GUZMÁN, 2002: 12).

Lo señalado tiene importancia para el correcto entendimiento de qué es lo que se integra al contrato conforme al artículo 1546 del Código Civil. Como se expuso, para el derecho francés la fuente de integración contractual es distinta de la chilena. Así como también lo es su fuente de la obligatoriedad. En el caso francés, la obligatoriedad de aquello que se integra al contrato proviene del texto expreso del artículo 1135, mientras que en el caso chileno esa obligatoriedad emana de la buena fe que por ley se exige¹⁰⁵.

Una probable explicación de la diferencia que se presenta entre la norma francesa y la norma chilena podría encontrarse en el contexto histórico en el cual surge el Código Civil francés, lo que contrasta con la gran influencia que Bello tuvo, como romanista, en la redacción del Código Civil. En efecto, bien es sabido que el proceso de codificación francés estuvo claramente influenciado por un positivismo extremo en el que el rol del juez debía circunscribirse a decir lo que el derecho impone¹⁰⁶. Bajo esta lógica, no resulta extraño que la norma francesa haya restringido la integración del contrato a aquello que impone la equidad, la ley y los usos, excluyendo lo que emana de la naturaleza de la obligación. Por otro lado, Bello no solo incorporó como elementos de integración contractual aquello que emana de la naturaleza de la obligación, sino que esa integración se exige por la buena fe con la que deben ejecutarse los contratos, lo que resulta bastante más amplio que lo ya señalado en el Código Civil francés.

¹⁰⁵ Claro comenta a este respecto: «No cabe duda que la extensión que deba darse a los contratos es una obligada consecuencia de la buena fe con que deben ejecutarse. Por consiguiente, la reunión que de una y otra –refiriéndose a las normas del Código Civil francés– hace el art. 1546 es preferible a la separación con que el Código francés las presenta» (CLARO, 1937: 495).

¹⁰⁶ «Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma» (MONTESQUIEU, 1988: 60).

Este distanciamiento que Bello adopta respecto de la norma francesa puede explicarse en la influencia que el derecho romano ejerció en él cuando redactó la regla del artículo 1546 del Código Civil. Recordemos que el derecho romano es un derecho esencialmente jurisprudencial, cuestión que Bello conocía, lo que podría llevar a pensar que estaba menos preocupado que sus pares franceses en otorgarle al juez un grado de libertad mayor a la hora de integrar el contenido del contrato¹⁰⁷.

Con todo, debe señalarse que en lo que sí concuerdan las disposiciones de ambos códigos – y que constituye un punto central en esta parte del trabajo– es que «las partes de una convención o contrato no solo se vinculan u obligan a lo que en ellos se expresa, sino también a algo más, a ciertas *suites* o cosas (aunque no se expresen)» (GUZMÁN, 2002:12). El contrato tiene no solo un contenido explícito sino además uno implícito, cuestión coincidente con lo ya expuesto a propósito de la influencia de la buena fe en el derecho romano en la redacción del artículo 1546 del Código Civil¹⁰⁸.

Esto último ya es determinante para poder esclarecer que lo que la buena fe exige integrar al contrato como contenido implícito es distinto de lo expresado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad y de las normas dispositivas que se incorporan al contrato por la fuerza general y obligatoria de la ley, a las que se refiere como elementos de los contratos el artículo 1444 del Código Civil. No obstante, a continuación, expondré una serie de argumentos que vienen en reforzar esta afirmación.

¹⁰⁷ Esta es una idea para cuyo desarrollo y comprobación se requiere del análisis y estudio de antecedentes históricos, los cuales no se realizan en este trabajo, pues la idea en cuestión no constituye el objeto central de esta investigación.

¹⁰⁸ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (ii).

(iii) La buena fe exige integrar aquello que emana de la naturaleza de la obligación y la costumbre, y no los elementos de la naturaleza del contrato

a. Razones para diferenciar los elementos de la naturaleza del contrato de aquellos que la buena fe exige integrar porque emanan de la naturaleza de la obligación

Según se expuso, no es extraño encontrar posturas dentro de la doctrina nacional e incluso en la jurisprudencia¹⁰⁹, que asimilan lo que emana de la naturaleza de la obligación, y que por disposición del artículo 1546 del Código Civil integran los contratos, a los elementos de la naturaleza del contrato, contemplados en el artículo 1444 del Código Civil y que son normas dispositivas. Esta idea es errónea por varias razones.

Primero, el artículo 1444 se refiere a «las cosas que son de la naturaleza del contrato», mientras que el artículo 1546 se refiere «a las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación», resultando los ámbitos de aplicación de ambas normas completamente distintos. En este sentido, Guzmán expresa que la noción de «cosas de la naturaleza del contrato» es de carácter técnico, definida en el propio texto del artículo 1444 como «aquellas cosas que no siendo de la esencia del contrato, se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusula especial» (GUZMÁN, 2002: 16), como la condición resolutoria tácita que va envuelta en todos los contratos bilaterales, de conformidad al artículo 1489 del

¹⁰⁹ Zúñiga Castro con Instituto de Educación Superior Santo Tomás (2016). Abeliuk a propósito de lo que él denomina «complementación del contrato», asevera que «[i]gualmente, el contrato comprende todo aquello que por su naturaleza le pertenece o que le corresponde de acuerdo con la costumbre; hemos visto cómo, según el Art. 1444, las cosas de la naturaleza del contrato son las que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial. Por su parte, el artículo 1546 dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella» (ABELIUK, 2010: 118). Claro también confunde las cosas o elementos de la naturaleza de los contratos con las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación y que por disposición de la buena fe se integran a los contratos. Esto queda en evidencia en la siguiente afirmación que realiza respecto de lo que debe integrarse al contrato según la buena fe: «Hoy todos los contratos deben ser interpretados de buena fe; y por eso se comprende en todo contrato las cosas que son de su naturaleza, que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial porque emanan de la naturaleza misma del contrato o porque la ley se las atribuye o la costumbre del lugar las considera comprendidas en él. Así, habiendo guardado silencio al respecto en el contrato que celebran, la ley supone que esta es la intención de las partes. Además, el Código se ha preocupado de fijar las reglas de los contratos usuales para evitar a las partes escribirlas en sus instrumentos. Basta así unas pocas líneas para redactar un contrato de compraventa o arrendamiento, por ejemplo, desde que es innecesario decir, a parte de las cosas esenciales al contrato, cuales con las obligaciones del comprador y del vendedor, del arrendador y del arrendatario; no modificando expresamente las reglas legales, las partes se someten a ellas» (CLARO, 1937: 497.) Pues bien, estos elementos que Claro dice se incorporan al contrato, según su ejemplo, son cosas o elementos de la naturaleza y no cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.

Código Civil¹¹⁰. En cambio, «las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación», a las que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, nada tienen que ver con los elementos de la naturaleza de los contratos, sino que son aquellas que «expresan la idea de 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» (GUZMÁN, 2002: 17). A lo que en este trabajo se agrega, teniendo presente que se ha asumido una noción amplia y objetiva de incumplimiento, aquello que resulta necesario para asegurar el éxito del negocio y satisfacer con ello las expectativas que persiguen las partes con su celebración (MEJÍAS, 2020: 9)¹¹¹.

En segundo lugar, de existir una equivalencia entre lo que emana de la naturaleza de la obligación y los elementos de la naturaleza del contrato, ello implicaría la existencia de dos normas en el Código Civil que se referirían exactamente a lo mismo, no presentando ninguna utilidad práctica la regla del artículo 1546, pues, a lo que esa norma se refiere, ya se tendría por incorporado en virtud del artículo 1444 del Código Civil. Así, la aplicación del artículo 1546 se limitaría únicamente a lo que se integra al contrato por ley y a aquello que por la costumbre se entiende pertenecerle (GUZMÁN, 2002: 17).

Tercero, el fundamento por el cual se incorporan al contrato los elementos de la naturaleza conforme al artículo 1444 del Código Civil, es distinto del fundamento de la incorporación al contrato de las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación de acuerdo con el

¹¹⁰ A propósito de los elementos de la naturaleza, Vial señala que «en verdad no existen elementos naturales al acto jurídico. Lo que sí hay son efectos naturales, es decir aquellos que la ley subentiende y que no requieren, por lo mismo, de una declaración de voluntad para existir; pero que las partes si quieren, pueden eliminar, sin alterar con ello la esencia del acto jurídico» (VIAL, 2007: 34). En este sentido, son cosas de la naturaleza tanto aquellas que se incorporan sin mención expresa a determinado tipo de contratos –como la obligación de saneamiento de la evicción en el contrato de compraventa contenida en el artículo 1837 y ss. del Código Civil; aquellas que se incorporan sin mención expresa a determinados contratos que pertenecen a una misma clasificación contractual –como es el caso de la excepción de contrato no cumplido que se incorpora como un efecto de los contratos bilaterales contemplada en el artículo 1552 del Código civil; y aquellas que se incorporan sin mención expresa a contratos en los que se contiene una obligación en particular –como es el caso de la teoría de los riesgos que se incorpora como un efecto de los contratos bilaterales que contengan la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto según el artículo 1672 del Código Civil. En este mismo sentido, Domínguez afirma que los elementos de la naturaleza a los que hace referencia el artículo 1444 del Código Civil, no son propiamente elementos del negocio, sino efectos que son la consecuencia del negocio ya celebrado (DOMÍNGUEZ, 2012: 34).

¹¹¹ V.gr. VIDAL, 2014a: 229 y ss.; PRADO, 2015a: 21 y ss. Se ha asumido esta noción de incumplimiento en tanto ello resulta más acorde al reciente desarrollo que desde la doctrina civil se ha efectuado en relación con el derecho de contratos.

artículo 1546 del mismo cuerpo legal. En efecto, la técnica legislativa de regular mediante reglas generales, supletorias y dispositivas aplicables a todos los contratos o a aquellos que pertenecen a un mismo tipo (por ejemplo, a todos los contratos de compraventa o a todos los contratos bilaterales, etc.), obedece, como explica Galgano, a una exigencia de «economía de normalización», esto es, para evitar la repetición para cada contrato en particular de clases de normas que se revelan como comunes a uno o más tipos contractuales (GALGANO, 1992: 65)¹¹². En cambio, lo que emana de la naturaleza de la obligación que se incorpora al contrato resulta como consecuencia de aquello que la buena fe exige.

En esta misma línea, puede señalarse que, considerando que el fundamento que subyace tras la incorporación a los contratos de los elementos de la naturaleza obedece a la lógica de «economía de normalización», todos estos elementos que se incorporan al contrato se encuentran contenidos en el Código Civil o en leyes especiales. En contraste, la ley no menciona qué es lo que emana de la naturaleza de la obligación, toda vez que su incorporación al contrato resulta exigida por la buena fe, y el llamado a revelarlo es el juez a través del ejercicio de interpretación e integración contractual.

En cuarto lugar, la idea de que aquello que emana de la naturaleza de la obligación, y que se incorpora al contrato en virtud del artículo 1546 del Código Civil, es distinto de los elementos de la naturaleza de los contratos encuentra justificación en el carácter de irrenunciable de la primera del que carecen los segundos. En este punto cobra relevancia lo señalado por Larenz a propósito del carácter irrenunciable de la buena fe y, como consecuencia de ello, la irrenunciabilidad de lo que en virtud de dicho principio se incorpora al contrato. Larenz dice que «la buena fe representa un principio supremo del derecho de las obligaciones, de forma que todas las demás normas han de medirse por él, y en cuanto se le opongan, han de ser en principio, pospuestas» (LARENZ, 1958: 146).

¹¹² Para Larenz el «Derecho positivo complementario» (equivalente en gran medida a los elementos de la naturaleza) está compuesto por normas legales, incluso renunciables que «pretenden hallar aquella regulación que, en virtud de cuidadosas reflexiones y muchas veces de una experiencia de siglos, ha considerado el legislador como más adecuada, al menos para la masa de los casos a regular, como la mejor objetivamente considerada en armonía con los intereses de las partes y por ello con las exigencias de la justicia distributiva» (LARENZ, 1958: 123 y 124).

Esta idea de irrenunciabilidad de la buena fe como principio supremo resulta útil para justificar la diferencia entre lo que se integra al contrato –conforme al artículo 1546 del Código Civil– y los elementos de la naturaleza que se incorporan a este –de acuerdo con el artículo 1444 del mismo cuerpo legal–, pues lo primero sería irrenunciable para las partes, a diferencia de los segundos, que en virtud de la autonomía de la voluntad pueden ser suprimidos por estas (VIAL, 2007: 33).

Por ejemplo, el efecto de la condición resolutoria tácita cumplida, contenido en el artículo 1489 del Código Civil, es un elemento de la naturaleza que se tiene por incorporado en todos los contratos bilaterales, y que las partes en razón de su autonomía de la voluntad pueden suprimir. Por el contrario, no ocurriría lo mismo si de acuerdo con la naturaleza de la obligación y por exigencia de la buena fe –tanto como criterio de interpretación e integración contractual– se revelara un determinado deber de conducta que resulta necesario para satisfacer la prestación¹¹³, pues en tal caso ese deber no podría ser renunciado por las partes, no solo por ser contrario a la buena fe, sino porque de hacerlo la satisfacción de la prestación se tornaría imposible.

De todo lo señalado, es posible desprender que existen buenas razones para atribuir al artículo 1546 del Código Civil el carácter de regla de integración del contenido del contrato, que viene a expandir el círculo de deberes contractuales hacia ciertos elementos implícitos que se incorporan más allá de lo estipulado por las partes y de las normas dispositivas que se exigen por ley. De esta manera, se diferencian los elementos de la naturaleza de los contratos de lo que por aplicación de la buena fe se exige integrar como aquello que emana de la naturaleza de la obligación.

b. La costumbre que por exigencia de la buena fe se integra al contrato debe entenderse en un sentido distinto de la costumbre a la que la ley se remite expresamente

De acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil en su parte final, no solo se integra al contrato lo que emana de la naturaleza de la obligación, sino además aquello que por la costumbre se entiende pertenecerle.

¹¹³ Respecto del funcionamiento de la buena fe para revelar deberes implícitos ver *infra* Capítulo I, Tercera Parte (iv).

Un examen literal del texto del artículo 1546 lleva a la inequívoca conclusión que aquello que se integra al contrato bajo la voz costumbre es aquello a lo que la ley se remite en forma expresa, pues, el artículo 2º del Código Civil establece claramente que «la costumbre no constituye derecho sino en los casos en los que a ley se remite a ella»¹¹⁴. De ello, se desprende una interpretación muy restringida de los elementos susceptibles de ser integrados al contrato en razón de la costumbre y por exigencia de la buena fe, ya que se limitaría a los que el propio legislador menciona expresamente, como ocurre con las remuneraciones del mandatario en el contrato de mandato¹¹⁵.

Tanto Guzmán como Elorriaga y López han postulado una interpretación distinta de la última parte del artículo 1546 del Código Civil, precisamente porque, de seguir una interpretación literal, la referencia a la costumbre como elemento de integración quedaría restringida a los casos de remisión legal expresa (al menos en materia civil) (GUZMÁN, 2002; ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017).

Guzmán sostiene que la regla del artículo 1546 del Código Civil cobra relevancia específicamente en los casos en los cuales no existe norma civil que se refiera a la costumbre, considerando que el artículo en referencia contiene una remisión genérica y abierta a la costumbre en materia obligacional (GUZMÁN, 2002: 19). Por su parte, Elorriaga y López señalan que la correcta lectura de la última parte del artículo 1546 sugiere entender la costumbre como sinónimo de usos, ya que la ley chilena, lejos de diferenciarlos, aplica estos términos indistintamente (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 515-516).

Vistas así las cosas y en el entendimiento que los autores han efectuado de la voz costumbre, el artículo 1546 no se referiría a aquello que resulta como expresión de la conciencia jurídica de la colectividad, sino que a una simple práctica de los contratantes o de un grupo restringido de individuos (aplicada evidentemente a un tipo de contrato determinado).

¹¹⁴ Ello se ve reforzado por lo señalado en el Mensaje del Código Civil «siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley».

¹¹⁵ Artículo 2117 inc. 2º del Código Civil: «la remuneración (llamada honorario) es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez».

Entender la costumbre a la que refiere la parte final del artículo 1546 en el sentido indicado por Guzmán, Elorriaga y López, guarda mayor armonía con las fuentes históricas que influenciaron la redacción del artículo 1546 y con el resto de las disposiciones del Código relativas a los contratos. En efecto, como se expuso¹¹⁶, la normativa francesa que sirvió de inspiración para la redacción del artículo 1546 de Código Civil, hace referencia a los usos, mas no a la costumbre. De ahí que resulta razonable sostener que la real intención de Bello al utilizar la palabra costumbre fue referirse a los usos. Por su parte, el entender la costumbre en el sentido de usos, permite armonizar el artículo 1546 del Código Civil con la regla del artículo 1563 inc. 2º del mismo cuerpo legal, ubicada a propósito de las reglas de interpretación de los contratos –conforme al cual «las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen»–, permitiendo lograr así una coherencia interna entre dos reglas que son parte del sistema de integración e interpretación contractual.

Ahora bien, cabe solo precisar que la costumbre que se integra al contrato en su acepción de usos como se ha indicado, no es cualquiera, sino aquella que resulta de la exigencia de la buena fe y que se entiende pertenecerle a la naturaleza de la obligación. En este sentido, el artículo 1546 es claro, pues dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a lo que emana de la naturaleza de la obligación y que por la ley o la costumbre pertenecen a ella¹¹⁷. Lo que pertenece a la naturaleza de la obligación, conforme a lo señalado en el apartado anterior¹¹⁸, es todo aquello que resulta necesario para la satisfacción de la prestación¹¹⁹, así como para asegurar el éxito del contrato y, con ello, la satisfacción de las expectativas de los contratantes.

¹¹⁶ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (ii).

¹¹⁷ En un sentido similar, aunque refiriéndose al significado de costumbre de acuerdo con el artículo 2º del Código Civil, Lyon señala que «el artículo 1546 no establece que el contrato se interpreta y se integra con las costumbres del lugar, sino que con aquellas costumbres que exija la naturaleza de la obligación o del contrato, que es muy diferente. No se trata de cualquier costumbre, sino de aquella necesaria para obtener el fin del contrato mediante la estructura que las partes le dieron; no se trata, por consiguiente, de interpretar e integrar el contrato con costumbres ajenas a su naturaleza, sino según su naturaleza» (LYON, 2017: 43).

¹¹⁸ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (iii) a.

¹¹⁹ En un sentido bastante similar, Betti afirma que «sobre la función de integrar las obligaciones contractuales, podemos decir que el criterio de la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo cuanto sea necesario –se haya dicho o no– para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma» (BETTI, 2019: 7).

(iv) Función de la buena fe en la integración contractual. Lo que por exigencia de la buena fe se integra

Según se expuso en la segunda parte de este capítulo¹²⁰, integrar un contrato consiste para el intérprete en revelar deberes de conductas implícitos, ahí donde pueda predicarse una laguna contractual. Por su parte, las lagunas contractuales no son algo extraño, tanto por la imposibilidad que las partes tienen de imaginar y especificar todas las posibles contingencias que pueden presentarse en la ejecución del contrato, como por los enormes costos que se asocian a una especificación más completa del contrato (COLEMAN, 2010: 173).

Frente a la innegable y alta probabilidad de que existan lagunas contractuales, la buena fe es útil para revelar el contenido implícito del contrato, integrando lo que emane de la naturaleza de la obligación o que por la costumbre pertenezca a ella. Esto último requiere de un par de precisiones. Me refiero específicamente a lo que por exigencia de la buena fe se integra.

Suele decirse que la buena fe integra el contenido del contrato. No obstante, lo que se integra al contrato no es la buena fe sino determinados deberes de conducta que son exigidos por ella¹²¹, los cuales o bien emanan de la naturaleza de la obligación o de la costumbre en su acepción de usos. Esta precisión no es menor, pues, del ejercicio de interpretación e integración contractual por aplicación de la buena fe lo que se obtiene son deberes de conducta exigidos por la buena fe. Esta es la primera precisión.

De acuerdo con la doctrina nacional y extranjera (BETTI, 2019: 75; PEÑAILILLO, 2016: 187; PRADO, 2015a: 21), estos deberes de conducta reciben el nombre de secundarios y se constituyen como obligaciones funcionales, posibilitando el cumplimiento de las obligaciones principales. Estas últimas son aquellas que efectivamente permiten la

¹²⁰ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (i).

¹²¹ Una opinión similar ha sido sostenida por Lyon quien señala que «la integración del contrato se hace como exigencia de la buena fe. Pero lo que la buena fe exija en cada caso estará determinado por la propia estructura y naturaleza del contrato y no por lo que cada cual entienda que es propio de un comportamiento de buena fe, lo que introduciría un elemento de gran inseguridad para lo cual son o deben ser las relaciones contractuales» (LYON, 2017: 43).

satisfacción de los intereses de las partes (PRADO, 2015a: 21). Aunque mayormente estos deberes no puedan ser ejecutados forzosamente en forma autónoma por estar ligados estrechamente a la principal prestación debida, su inobservancia acarrea no solo una ejecución defectuosa del contrato o su incumplimiento, sino además permite a la parte acreedora el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual (BETTI, 2019: 75)¹²² e incluso exigir la resolución del contrato¹²³.

Tratándose de deberes secundarios y que son exigidos por la buena fe, debe tenerse presente que pueden ser tanto derivados como accesorios¹²⁴. Son deberes derivados y exigidos por la buena fe aquellos que como conductas se encuentran implicados como necesarios para el cumplimiento de la prestación. Por su parte, son accesorios aquellos deberes que no están implicados como necesarios para el cumplimiento de la prestación, pero que sin ellos la prestación, o el éxito del negocio, se frustra o pierde sentido. Esta es la segunda precisión y para su explicación me valdré de dos ejemplos.

Recordemos el caso de la venta del teléfono inteligente propuesto antes en este capítulo¹²⁵, en el cual se discutía si la obligación del vendedor de entregar el teléfono debía ser cumplida únicamente con la entrega del dispositivo o además con el cargador. De acuerdo con lo que fue expuesto, utilizando la buena fe como criterio de interpretación, se atribuyó que en el significado de lo declarado en la palabra «teléfono» debía comprenderse tanto el dispositivo (X) como su cargador (Y). Luego, el vendedor –para cumplir satisfactoriamente la prestación– debe entregar ambos (X e Y). En este ejemplo el deber del vendedor de entregar el cargador (Y) además del teléfono es un deber que se integra al contrato, pues se encuentra implicado como necesario para la entrega de X e Y. Este deber del vendedor es derivado y es exigido por la buena fe. Así, sin entregar Y es imposible cumplir con el deber de entregar X e Y.

¹²² Respecto de los efectos del incumplimiento de deberes secundarios de conducta ver *infra* Capítulo V, Segunda Parte.

¹²³ Ver *supra* Capítulo V.

¹²⁴ Para los efectos de lo que se desarrollará en los capítulos siguientes me referiré a deberes secundarios exigidos por la buena fe en un sentido amplio, esto es, tanto aquellos derivados como accesorios.

¹²⁵ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) b.

Veamos ahora un segundo ejemplo en el cual la buena fe exige integrar determinados deberes de conducta, solo que ya no se trata de un deber derivado implicado como necesario para el cumplimiento de la prestación sino de un deber accesorio sin el cual el éxito del contrato se frustra. Se trata de un fallo de la Corte Suprema del año 2013¹²⁶, en el que se resuelve integrar en un contrato de promesa de compraventa, por exigencia de la buena fe, el deber del promitente vendedor de suministrar al promitente comprador los antecedentes necesarios para que este último pudiera obtener el subsidio habitacional con el que se pagaría parte del precio del contrato de compraventa prometido¹²⁷.

En el caso expuesto, y tratándose de un contrato de promesa de compraventa, la obligación principal que emana de este es la celebración del contrato prometido (Y). La prestación principal, entonces, es Y. La Corte, por su parte, impuso a la parte promitente vendedora el deber de suministrar a la promitente compradora los antecedentes necesarios para que esta pueda obtener el subsidio habitacional con el que se pagaría parte del precio (X).

A diferencia del caso anterior, para cumplir con Y no es necesario el deber X. Ello, pues, la consecuencia de no cumplirse con X es que la parte promitente compradora no podrá obtener el subsidio necesario para pagar parte del precio del contrato de compraventa prometido, viéndose impedida de cumplir con la obligación que se deriva de la celebración del contrato prometido (Z), pero no le obsta a cumplir Y. Luego, el deber X no se encuentra lógicamente requerido para el cumplimiento de Y. No obstante, y aunque para el cumplimiento de Y no se requiera X, sin X el promitente comprador no podrá cumplir con su obligación Z y, sin ello, el negocio prometido se frustra pues el promitente vendedor no podrá obtener el pago total del precio. Entonces la buena fe exige integrar el deber X que es accesorio porque resulta necesario para el éxito del negocio y la satisfacción de las expectativas de los contratantes.

¹²⁶ *Guzmán con Inmobiliaria Cepic Limitada (2013)*.

¹²⁷ Prado comentando este fallo, dice que en este caso la Corte integra el deber de colaboración del acreedor por exigencia de la buena fe, pues esta «permite expandir el círculo de obligaciones contractuales más allá de lo expresado por las partes (...). Es decir, la buena fe tiene la potencia para configurar deberes accesorios...» (PRADO, 2015b: 138).

Ahora bien, independientemente de que el deber secundario que la buena fe exija integrar sea derivado o accesorio, lo cierto es que el intérprete, previo a revelar lo que por exigencia de la buena fe se incorpora, siempre debe primero atribuir significado a las disposiciones contractuales, con la finalidad de precisar en qué consiste la prestación y cuáles son las expectativas que las partes persiguen satisfacer con la celebración del contrato, pues solo precisándose aquello –para lo cual y como se expuso la buena fe es útil¹²⁸– podrá revelarse el contenido implícito del contrato y determinarse por exigencia de la buena fe tanto las conductas que se encuentran lógicamente implicadas en el cumplimiento de la prestación como aquellas requeridas para que el contrato pueda ser exitoso y cumplirse las expectativas perseguidas por los contratantes. En cualquiera de los casos, la buena fe como criterio permite al juez atribuir el significado de las disposiciones contractuales y revelar las conductas exigibles. La buena fe interviene en la interpretación y la integración.

(v) La buena fe permite justificar deberes de conducta exigidos por ley

Finalmente, resta referirme a la función que cumple la buena fe respecto de los deberes de conducta que son exigidos por ley, en tanto, de acuerdo con el artículo 1546, la buena fe exige integrar al contrato no solo lo que emana de la naturaleza de la obligación, sino además lo que por ley se entiende pertenecerle.

Guzmán manifiesta que la referencia en el artículo 1546 a la ley como algo que se integra, corresponde más bien a una reminiscencia histórica de la aplicación a la buena fe en el derecho romano (GUZMÁN, 2002). En efecto, como se señaló¹²⁹, aquel trataba a la ley como un elemento incorporado implícitamente en los contratos con cláusula *ex bona fide* (salvo que ella fuese mencionada en la fórmula contractual), pues no producía un efecto general y obligatorio para las partes.

Es cierto que, con o sin la mención que el artículo 1546 del Código Civil efectúa a lo que se entiende incorporado al contrato en virtud de la ley, de igual forma ello se integraría al contrato en razón de la fuerza general y obligatoria de la ley. Sin embargo, la referencia que

¹²⁸ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) b.

¹²⁹ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (ii).

dicho precepto hace a aquello que se incorpora al contrato por ley y que es parte de su contenido no es inocua, pues, aunque el fundamento de exigibilidad de ciertos deberes sea la ley, ello no obsta a que la justificación de esos deberes sea el principio general de buena fe.

Así ocurre, por ejemplo, con el deber de conservar la cosa y que se incorpora a los contratos que tienen por obligación principal dar una especie o cuerpo cierto, conforme al artículo 1548 del Código Civil¹³⁰. Ese deber, como acertadamente expresa Betti –haciendo referencia al deber de custodia en la legislación italiana–, se justifica para asegurar a la otra parte que la obligación principal le será útil: hace posible que la prestación consistente en dar la cosa pueda ser satisfecha y, por lo tanto, aún si el legislador no hubiese dispuesto expresamente este deber, una aplicación eficaz de la buena fe como regla de integración de deberes de conducta lo haría exigible, precisamente y por la simple razón que sin ese deber no puede ser cumplida satisfactoriamente la entrega de la cosa en el tiempo convenido (BETTI, 2019: 73,75 y 76). Luego, la buena fe si bien no es lo que hace exigible el deber de conservar la cosa, justifica la exigencia por ley de este.

Lo propio ocurre con el deber de informar los vicios ocultos que recae sobre el vendedor en el contrato de compraventa¹³¹, ya que –como lo expresan Alessandri y Somarriva– en este contrato el vendedor no solo se obliga a proporcionar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa, sino además una posesión útil, pues, si una persona compra una cosa es para que esta le preste alguna utilidad material, intelectual o moral, cuestión que desaparece si la cosa objeto de la venta adolece de un vicio oculto (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 406). Luego, para que las expectativas del comprador puedan ser satisfechas no solo es

¹³⁰ «La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se haya constituido en mora de recibir».

¹³¹ La compraventa regulada en el Código Civil es un contrato de intercambio, libremente discutido, bilateral, oneroso, por regla general consensual, de ejecución instantánea o diferida, y se define como aquel «en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero» (artículo 1793 del Código Civil). De ahí que sus obligaciones principales sean la de dar la cosa y la de pagar el precio. En cuanto a la obligación de dar, esta se traduce en la obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa, asegurándole al comprador su posesión pacífica y tranquila. Ello se desprende del artículo 1824 del Código Civil: «Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos; la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida...».

necesario que la cosa sea entregada, sino también que, si esta adolece de vicios que afecten su utilidad natural, estos últimos sean informados por el vendedor.

Al igual como ocurre con el deber de conservar la cosa, el deber del vendedor de informar los vicios ocultos es exigido por ley, ese es su fundamento, más su justificación puede advertirse en la buena fe, en tanto el cumplimiento de ese deber adicional exigido por ley es lo que permite al vendedor asegurar la satisfacción de las expectativas de la parte compradora, esto es, otorgar al comprador la posesión útil de la cosa.

Esto mismo puede advertirse, en general, en todos los casos en los que la ley exija –para cada contrato y según sea su naturaleza– el cumplimiento de determinados deberes adicionales a la obligación principal y cuya finalidad sea que aquella pueda ser cumplida satisfactoriamente. El deber exigido por ley tendrá su justificación en el principio general de buena fe, pues es esta la mejor explicación de su existencia. O, dicho de otro modo, es la buena fe lo que justifica que el legislador haya establecido para ciertos contratos la exigencia de determinados deberes de conducta.

Conclusiones

1. La buena fe –cuyo origen reside en el derecho romano, que se incorpora en la legislación chilena como principio general del derecho y como elemento presente en las distintas etapas del *íter* contractual– constituye un concepto jurídico indeterminado. De ahí que, más que fijar la atención en la correcta acepción o definición de buena fe, los esfuerzos deben concentrarse en las distintas funciones que esta cumple, siendo las principales para este trabajo: (i) la buena fe como criterio de interpretación de disposiciones contractuales y (ii) la buena fe como regla de integración del contenido del contrato.

2. La aplicación de la buena fe en la interpretación contractual constituye un criterio objetivo de interpretación y permite al intérprete atribuir significado a las disposiciones contractuales. Por su parte, esta atribución de significado es lo que permite al intérprete mediatamente –y de acuerdo con esa interpretación considerada por este relevante– identificar las conductas que se encuentran lógicamente implicadas en ella, precisar aquello a que se obligaron los contratantes, la forma en que debe cumplirse la prestación y revelar deberes de conducta implícitos. Así, la buena fe ofrece una guía en las fases de interpretación e integración.

3. La buena fe como regla de integración contractual amplía el contenido explícito del contrato y su función es revelar deberes de conducta implícitos, distintos de los que se incorporan por exigencia de la ley –como elementos de la naturaleza del contrato– y por disposición de la autonomía de la voluntad, ahí donde puede predicarse una laguna contractual.

4. Los deberes de conducta que la buena fe integra son deberes secundarios exigidos por esta, de acuerdo con la interpretación relevante efectuada por el intérprete, en tanto resultan necesarios para la satisfacción de la prestación y/o para asegurar el éxito del negocio y, con ello, la satisfacción de las expectativas de los contratantes.

5. La buena fe permite justificar ciertos deberes de conducta que son exigidos por la fuerza general y obligatoria de la ley, en todos los casos en los que para cada contrato se exija, de

acuerdo con su naturaleza, el cumplimiento de determinados deberes adicionales a la obligación principal y cuya finalidad sea que esta pueda ser cumplida satisfactoriamente, para así también satisfacerse los intereses y expectativas de los contratantes.

CAPÍTULO II BUENA FE Y DEBER DE CONDUCTA

Introducción

En el Capítulo I examiné el rol de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual.

Como criterio de interpretación, expuse que la buena fe es una de las herramientas del intérprete para atribuir significado a las disposiciones contractuales y precisar con ello a qué se obligaron las partes y cómo deben cumplir con la prestación. Por su parte, como criterio de integración, expliqué el rol de la buena fe para ampliar el contenido del contrato en los casos en los que pueda predicarse una laguna contractual, revelando deberes de conducta que son necesarios para satisfacer la prestación y/o para asegurar el éxito del negocio y satisfacer con ello las expectativas de los contratantes. Lo anterior, de acuerdo con la interpretación relevante que conforme a la buena fe –como criterio de interpretación– se efectuó.

Según fue analizado, del ejercicio hermenéutico, el juez extrae ciertos deberes de conducta exigidos por la buena fe, que les impone a los contratantes comportarse de una determinada manera en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En ciertos casos, además, les exige cumplir con deberes de conducta que hasta antes del proceso de interpretación e integración contractual no habían sido revelados, esto es, deberes de conducta implícitos.

Este rol que cumple la buena fe en la interpretación e integración contractual solo es posible si, como modelo de comportamiento¹³², se comprende bajo la noción de deber jurídico exigible a las partes. Por ello, la Primera Parte de este capítulo la dedicaré a exponer una noción amplia de deber aplicable al derecho de contratos y expondré que la buena fe –como modelo de comportamiento– puede ser entendida bajo esa noción de deber.

¹³² Boetsch menciona que la buena fe constituye un modelo de conducta que se impone a las partes desde las negociaciones preliminares hasta una vez terminado el contrato (BOETSCH, 2015: 89). Barros, por su parte, identifica a la buena fe como un estándar jurídico que exige tanto al acreedor como al deudor la necesidad de ajustarse a la forma y sentido recto del contrato, con el fin de asegurar su recta ejecución (BARROS, 1983). En este mismo sentido, véase DE LOS MOZOS, 1971: 52; BETTI, 2019: 72; FUEYO, 2015: 183.

Con lo anterior en mente, es necesario que el juez como intérprete disponga de pautas o criterios que le permitan determinar qué es aquello que, en el caso concreto, la buena fe como deber de conducta exige a los contratantes.

En el derecho chileno, estas pautas han sido limitadas a la idea de que la buena fe –al igual que las nociones buen padre de familia, buenas costumbres, orden público– constituye un estándar de conducta legal que debe ser apreciado por el juez en abstracto, prescindiéndose de las condiciones psicológicas de los contratantes para dar paso a parámetros normativos y objetivos (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 435-436), vinculados a lo que pueda identificarse en la práctica social.

Lo que sostendré y justificaré en la Segunda Parte de este capítulo es que recurrir a la práctica social o a los usos como criterio para identificar lo que requiere la buena fe en el caso concreto es insuficiente. Siempre es necesario para el intérprete la aplicación de criterios morales o normativos.

Como argumento, expondré lo que la doctrina y jurisprudencia civil han señalado respecto de las herramientas que dispone el juez para determinar aquello que exige la buena fe en el caso concreto, justificaré la insuficiencia de esas herramientas y propondré aquellas que, en mi opinión, resultan adecuadas para identificar en el caso concreto lo que la buena fe exige a las partes contratantes como deber de conducta. Así también me referiré a la medida de lo que por la buena fe es exigido como estándar de comportamiento.

Primera Parte

El deber jurídico de buena fe

(i) Deber jurídico

a. La sanción o la posibilidad de ejecución no define el deber

La identificación de la buena fe como deber jurídico exige, en primer lugar, una noción de este, cuestión nada fácil por la gran cantidad de autores que desde la teoría del derecho han destinado sus esfuerzos a ello¹³³. No obstante, puede decirse que –a partir de la teoría del derecho de Hart– se ha descartado que la noción de deber dependa conceptualmente de la sanción y los mecanismos de ejecución¹³⁴.

Hart señala que los deberes se identifican como reglas o estándares de conducta (el estar obligado). Esto es, un modelo de comportamiento para los destinatarios de la obligación cuya «desobediencia» o desviación acarrea un reproche (HART, 1963:102 y ss.). Para el autor, la idea de reproche no está utilizada en los términos coactivos Kelsenianos de sanción (KELSEN, 2015: 56), sino en el sentido de la exigencia de una conducta que nace de la presión social hacia quienes se desvían de ella como, por ejemplo, las reglas que reclaman honestidad, veracidad o que exigen que cumplamos nuestras promesas (HART, 1963: 108)¹³⁵.

Como explica Nino en relación con la obra de Hart, si hay en la idea de obligación alguna probabilidad de sufrir un mal (como sanción), es la existencia de reglas o normas lo que permite enjuiciar la conducta del individuo obligado. Luego, en los casos en los que se dice que un sujeto está obligado, se está aplicando una norma general a ese individuo en particular, destacándose que su caso está comprendido en la norma (NINO, 2014b: 192).

¹³³ Véase a modo de ejemplo entre otros: HART, 1963; ROSS, 2005: 201 y ss.; HOHFELD, 1991: 47 y ss.; NINO, 2014a: 190 y ss.; KELSEN, 2015: 65 y ss.

¹³⁴ Parte de lo que aquí se expone ha sido tratado por la autora en Bustos (2020).

¹³⁵ Shapiro respecto de la relación entre sanción y reglas señala: «considerar que el derecho es simplemente una expresión de deseos respaldados por amenazas de sanción ofrece una visión limitada de su función social. Mientras que ciertas reglas jurídicas están diseñadas para ponernos obstáculos, otras existen justamente para eliminarlos. Las reglas que confieren potestades son herramientas que permiten a los miembros de una comunidad realizar sus planes y proyectos. Estas reglas no se hacen cumplir mediante la amenaza de sanciones; más bien la omisión de satisfacerlas sencillamente impide recibir los beneficios que el derecho otorga solo de acuerdo con ciertos límites» (SHAPIRO, 2014: 115). La sanción por lo tanto no solo no es condición del deber, sino tampoco de las reglas.

Esta idea por la cual los deberes jurídicos no dependen conceptualmente de la sanción ha sido reafirmada por la literatura jurídica. Así, Papayannis, en su libro sobre comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual, entrega una correcta lectura y justificación del concepto de deber contenido en la obra de Hart. Al respecto, el autor señala que «las obligaciones jurídicas no tienen por qué establecer sanciones o procedimientos de ejecución. Lo central de una regla de obligación es que ofrece un estándar de comportamiento general que funciona como guía de conducta para los ciudadanos» (PAPAYANNIS, 2014: 155).

Lo propio ha sido expuesto por MacCormick, quien –refiriéndose al vínculo entre deberes y derechos propios en la relación jurídica– afirma que la existencia de una potestad para hacer valer el derecho, así como la discreción del titular de esa potestad para decidir si la ejerce o no, no es lo que constituye el derecho. Esas potestades son accesorias y sirven para hacer valer los derechos de alguien, pero no para constituirlos (MACCORMICK, 2011: 158 y 159). El autor cita el siguiente ejemplo: «el hecho de que un automóvil se vuelva prácticamente inútil si no tiene combustible en el estanque, no hace del combustible algo constitutivo de los automóviles; el hecho de que los derechos serían prácticamente inútiles sin medios para hacerlos valer no hace de estos algo constitutivo de los derechos» (MACCORMICK, 2011: 158).

Entender que la noción de deber no se vincula conceptualmente a la sanción ni a sus mecanismos de ejecución resulta pertinente para explicar dos instituciones del derecho de contratos. Me refiero a la prescripción extintiva y a las obligaciones naturales.

Tratándose de la prescripción extintiva¹³⁶, lo que esta extingue son las acciones y no la obligación¹³⁷. De ahí que sea permitido al deudor renunciar a la prescripción una vez

¹³⁶ «La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción» (Artículo 2492 del Código Civil).

cumplidos los plazos para el ejercicio de las acciones legales y, en consecuencia, pagar. Así, quien paga una deuda cuyo plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones legales ha transcurrido, renuncia a la prescripción y paga una obligación civil¹³⁸.

Si los deberes jurídicos fueran definidos por la existencia de una sanción o por sus mecanismos de ejecución, resultaría entonces que, cumplidos los plazos para el ejercicio de las acciones, esto es, una vez que el acreedor ya no dispone de los mecanismos procesales para exigir el cumplimiento de la obligación, el efecto debiera ser la extinción de la obligación, mas no solo de la acción. Cuestión que, como sabemos, no es así.

En una situación similar se encuentran las llamadas obligaciones naturales, las cuales no otorgan al acreedor acción para exigir su cumplimiento, sino excepción para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Estas obligaciones, de acuerdo con la doctrina, son consideradas obligaciones propiamente tales¹³⁹, pese a que se encuentran desprovistas de una acción para ejercer su cumplimiento.

Nuevamente, si la existencia de sanción o de mecanismos de ejecución fuese lo que define conceptualmente al deber o la obligación, entonces tampoco podría considerarse que este tipo de obligaciones contractuales sean en estricto rigor deberes jurídicos, lo que como se indicó en el párrafo anterior no es acertado. Más aún, si se considera que estas obligaciones permiten al acreedor retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Si el

¹³⁷ «La prescripción no extingue la obligación, usando este término así en general; extingue la obligación civil, o sea, la acción para exigir el cumplimiento» (ABELIUK, 2010: 1188 y 1189). En este mismo sentido, ALESSANDRI et al, 2011: 91.

¹³⁸ «Si el deudor paga antes que se declare la prescripción, más que confundirse el pago de una obligación natural con la renuncia de la prescripción, lo que ocurre es, exacta y simplemente, una renuncia a la prescripción, conforme al art. 2494. Y aquí se añade una observación que nos parece decisiva y termina inclinándonos por esta solución: si el deudor en esta época paga parcialmente, no hay duda que se ha renunciado a la prescripción (de toda la obligación), por lo que es igualmente claro que el acreedor mantiene su acción para cobrar el saldo; esto demuestra que la obligación permanece como civil» (PEÑAILILLO, 2016: 162). En este mismo sentido, ALESSANDRI et al, 2011: 91.

¹³⁹ Según lo dispuesto en el artículo 1470 del Código Civil, son naturales las obligaciones «que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas». Se ha discutido por la doctrina el carácter de obligación de estas, no obstante, en opinión de Alessandri y al menos en lo que al derecho civil chileno se refiere, las obligaciones naturales sí son obligaciones jurídicas, cuestión que se encuentra justificada en el hecho de que puedan caucionarse y ser novadas (ALESSANDRI et al, 2011: 78).

ordenamiento jurídico permite ello es porque reconoce la existencia del deber aún con la prescindencia de un mecanismo para exigir su cumplimiento.

Dicho lo anterior, se descarta que la existencia de una sanción o la posibilidad de ejecución sea de lo que dependa conceptualmente un deber jurídico, pues lo necesario para que este se reconozca es que una norma lo exija¹⁴⁰.

b. El reconocimiento del deber jurídico

Si el deber jurídico no depende conceptualmente de la sanción o de su posibilidad de ejecución, resta ahora mencionar brevemente la forma de reconocer que estamos en presencia de un deber.

Hart identifica el contenido del derecho distanciándolo de la moral, centrándose para su reconocimiento en la estructura e interrelaciones de las reglas y los principios jurídicos (HART, 1998: 349). En efecto, afirma tajantemente en el *post scriptum* que «no es efectivo que en el mundo real las proclamaciones de derechos y deberes jurídicos solo pueden tener sentido si hay algún fundamento moral para sostener que ellos existen» (HART, 1997: 256). De esta forma, para el autor «la existencia y contenido del derecho pueden ser identificados remitiéndonos a las fuentes sociales del derecho (por ejemplo, la legislación, los fallos judiciales, las costumbres sociales), sin consideración a la moral, salvo en cuanto el propio derecho así establecido haya incorporado criterios morales para identificar el derecho» (HART, 1997: 256). Esto es lo que se conoce con el nombre de regla de reconocimiento¹⁴¹.

Si el contenido del derecho se reconoce por sus fuentes sociales (ley, costumbre, principios y jurisprudencia), entonces, estas son entendidas como reglas, las que permiten identificar los deberes jurídicos.

¹⁴⁰ «Se llama obligación a la situación jurídica de un sujeto al que se dirige una norma imperativa (una orden o prohibición)» (GUASTINI, 2016: 85).

¹⁴¹ Señala así Shapiro: «Hart sostiene que en el fundamento de todo sistema jurídico yace una regla social que establece los criterios de validez jurídica. Esta regla maestra, que Hart denomina regla de reconocimiento, determina qué reglas que confieren potestades y que imponen deberes son válidas en el sistema» (SHAPIRO, 2014: 116).

Como señala Papayannis: «La existencia de una regla que impone obligaciones define el mundo de lo correcto y lo incorrecto. Esto no solo se refleja en el modo en que los individuos hablan (distinguiendo entre tener una obligación y verse obligado), sino también en lo que hacen apelando a reglas. Normalmente, las reglas son invocadas para exigir el cumplimiento de una acción, criticar o reprochar la desviación, justificar el propio comportamiento, pedir una explicación, imponer castigos, pero asimismo guían a las personas respecto de cuándo resulta apropiado, por ejemplo, exigir u ofrecer disculpas o rectificación, o cuándo corresponde mostrar desaprobación o indignación» (PAPAYANNIS, 2014: 152).

Ahora bien, resta aún efectuar una precisión, pues, aunque es acertado afirmar que los deberes jurídicos son exigidos por normas, no todas las normas generan deberes de conducta. En efecto, una norma en un sentido amplio «es cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho» (GUASTINI, 2016: 49). Lo que aquí interesa son las normas de conducta, las que califican una acción o una omisión como obligatoria (GUASTINI, 2016: 63) y, dentro de ellas, aquellas que se presentan en una dimensión subjetiva, en el marco de una relación jurídica (GUASTINI, 2016: 84 y ss.) de derecho privado¹⁴².

c. Los deberes en la relación jurídica de derecho privado y su carácter relacional

De acuerdo con Guastini, se llama relación jurídica a toda relación entre dos sujetos que sea instituida por normas jurídicas (GUASTINI, 2016: 87). Por su parte, Ducci expone que «la relación jurídica constituye, por lo tanto, una relación de vida ordenada por el derecho (...). En ella encontramos dos posiciones: una del ente que, por una razón de atribución, puede influir sobre otro. La otra, la del ser que es influido, y cuya posición es pasiva, o de deber en la relación» (DUCCI, 2007: 204).

En el derecho privado, pueden existir distintos tipos de relaciones jurídicas. Una de ellas –y que es la que interesa tratar en esta investigación– es aquella que emana de las relaciones contractuales.

¹⁴² Lo que aquí interesa son las normas jurídicas de conducta que exigen deberes.

La noción de deber, en el marco de una relación jurídica de derecho privado y particularmente cuando de lo que se trata es de contratos, no puede comprenderse sino como un atributo relacional, hacia un otro (MACCORMICK, 2011: 157). En efecto, Weinrib determina que lo que define al derecho privado, es que este es normativamente bilateral (WEINRIB, 2017: 61)¹⁴³.

Para Weinrib, la bilateralidad importa precisamente por la unificación y coherencia del derecho privado. De acuerdo con este autor, «el derecho privado es una empresa justificativa. La relación entre las partes no es meramente un dato inerte del derecho positivo, sino una expresión de –o al menos un intento de expresar– condiciones de interacción justificadas. La coherencia debe ser entendida a la luz de esta dimensión justificativa...» (WEINRIB, 2017: 21).

En este sentido y reconociendo el carácter relacional del deber, MacCormick define la obligación como relaciones entre personas: una que tiene el derecho a que la otra haga algo, y la otra, la exigencia de cumplirlo. Todo en un contexto en el que los derechos y obligaciones son atributos relacionales, que se refieren a algunas partes de la relación obligacional (MACCORMICK, 2011: 161).

Esta exigencia de cumplir el deber y su correlativo derecho subjetivo a exigirlo requiere precisar lo que por derecho subjetivo se comprende en la relación jurídica de derecho privado. El derecho subjetivo es aquel que «atribuye a su titular o titulares un contenido positivo bien delimitado, una facultad de exclusión de terceros no habilitados por el titular y un poder de disposición pleno» (CARRASCO y GONZÁLEZ, 2013: 44). Estos derechos subjetivos se conocen también como derechos de pretensión o exigencia¹⁴⁴.

¹⁴³ «El carácter de la relación jurídica está dado por el elenco de rasgos que son prominentes en nuestra concepción de la relación como la encarnación de un modo distintivo de ordenamiento. En el caso del derecho privado, estos rasgos incluyen la vinculación directa del demandante con el demandado, de manera institucional mediante el litigio y de manera doctrinal mediante la causación y otros elementos del derecho y deber correlativos. Si estas señales jurídicas del vínculo entre demandante y demandado estuvieran ausentes sistemáticamente, las relaciones de derecho privado dejarían de existir» (WEINRIB, 2017: 61).

¹⁴⁴ «La discusión de los aspectos pasivos y activos de los derechos indica que los derechos siempre pueden ser considerados como algo que dice relación con el comportamiento. Pueden tener relación con la conducta de personas distintas del titular del derecho y aquí los derechos asumen una forma pasiva: derechos a ser tratados de ciertas maneras y a no ser tratados de ciertas otras. Algunos derechos de este tipo han sido denominados

No debo dejar pasar por alto la oportunidad de señalar que el carácter relacional no es propio de las relaciones contractuales, así como tampoco los deberes son exclusivos de estas. Su aplicación se extiende a cualquier relación jurídica de derecho privado. Así, por ejemplo, en las relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴⁵, o en aquellas que se suscitan respecto de quién es dueño de una cosa, el carácter relacional se encuentra presente siempre. Y, por lo tanto, es posible advertir deberes exigibles ahí donde el titular del derecho tiene una potestad de exclusión. Siempre, claro está, con relación a un otro.

No deben confundirse, en este sentido, los deberes propios de una relación contractual –que se relacionan con el comportamiento hacia un otro y que se materializan en la exigencia de una determinada conducta de acción u omisión (que es la prestación)– con los derechos que se relacionan con el comportamiento de su propio titular (a hacer o no hacer, a actuar o no) y el deber que tiene otro de actuar o abstenerse a favor del titular del derecho en su interacción con él (MACCORMICK, 2011: 160 y 161).

Me he detenido en lo anterior pues, en Chile, se sostiene tradicionalmente que –tratándose de los derechos reales en la relación jurídica de derecho privado– no existiría propiamente tal un deber jurídico, sino un deber general de tolerancia y respeto *erga omnes* (DUCCI, 2007: 294). De acuerdo con el carácter relacional presente en cualquier relación jurídica de derecho privado, la afirmación anterior falla. En efecto, es evidente que los deberes y derechos no pueden ser relevantes «en el aire» sino con relación a un otro. Es por ello que, en la relación entre Kotaix (K) y Tanu (T), donde K es dueño de una cosa y T su vecino, T tiene el deber jurídico de no entrar en la propiedad de K, tanto es así que –de intentarlo o hacerlo sin mediar autorización u otra causa que justifique su conducta– K tiene el derecho

sensu stricto o exigencias, o derechos exigencia, o derechos recepción. De entre estos, actualmente derecho exigencia predomina la discusión, si bien se le han hecho reparos. Se va a mantener este uso, sin dejar de insistir que, en verdad, lo que está envuelto aquí realmente es un derecho puramente pasivo, al cual viene asociados normalmente derechos activos de reparación y otros derechos activos que se reconocen al titular del derecho exigencia respectivo (...) el argumento es que un derecho como este es un derecho para que otra persona actúe o se abstenga de actuar en una determinada forma con respecto al titular del derecho. Para la otra persona resulta obligatorio, necesariamente, realizar u omitir el acto correspondiente. Pero no es necesariamente el caso de que el otro relevante sea determinado cada vez que un derecho de este tipo (derecho exigencia) es otorgado a una persona» (MACCORMICK, 2011: 159 y 160).

¹⁴⁵ V.gr. PAPAYANNIS, 2014.

o la potestad de requerir la asistencia estatal para impedirlo o exigir que sea expulsado si es que T ya entró. T tiene un deber jurídico con K, en tanto K tiene la potestad de exclusión respecto de T.

Sin más que señalar en este apartado, es entonces posible reconocer los siguientes elementos en la noción de deber: la irrelevancia de la existencia de sanción para su definición; su exigencia normativa que califica una acción u omisión como obligatoria; su identificación en las prácticas sociales; y su carácter relacional.

d. Deberes contractuales

El contrato junto a la ley, el cuasicontrato, el delito y cuasidelito son fuentes de obligaciones (CLARO, 1936: 20)¹⁴⁶. Por su parte, las obligaciones desde la vereda tradicional del derecho civil han sido definidas por su posibilidad de ejecución en especie. Se entiende por obligación el vínculo jurídico que exige a una de las partes realizar una prestación a favor de otra, consistente en dar, hacer o no hacer, concepto que lleva asociado la idea de ejecución forzada¹⁴⁷.

Esta definición de obligación resulta problemática por dos razones. La primera es que supone la existencia de una sanción o considera que la posibilidad de ejecución es lo que la define. Esta idea ya ha sido descartada en el apartado (i) anterior. La segunda es que supone que todos los deberes son susceptibles de cumplirse en especie, cuestión que tras un simple análisis de algunos ejemplos presentes en el derecho de contratos debe ser descartada.

¹⁴⁶ Artículo 1437 del Código Civil.

¹⁴⁷ Alessandri define la obligación como «vínculo jurídico en virtud del cual una persona (deudor) se encuentra en la necesidad de realizar una prestación en interés de la otra (acreedor), que tiene el derecho de pretenderla, conстриendo a la primera, por medios legales, a realizarla» (ALESSANDRI et al, 2011: 7). La ejecución forzada es el mecanismo procesal para el cumplimiento específico. En este mismo sentido, Von Tuhr señala: «Los deberes se basan en aquellos preceptos legales que despiertan en el espíritu del hombre la idea de sumisión. Y, en caso necesario, se hacen valer coactivamente por medio de la acción judicial contra el obligado y ejecutando la sentencia sobre su patrimonio (...) En un sentido impropio, se llama muchas veces deber a la conducta que ha de seguir una persona como requisito para la adquisición, la conservación o ejercicio de un derecho (...) Acatar estos preceptos es interés de aquel a quien afectan; su inobservancia le acarrea perjuicios, pero no la obligación de resarcimiento característica de la transgresión de los verdaderos deberes» (VON TUHR, 2006: 12). Respecto de la relación entre el cumplimiento específico y la ejecución forzada v.gr. BAHAMONDES, 2019: 66 y ss.

Piénsese en el deber de diligencia requerido para el cumplimiento de las obligaciones contractuales¹⁴⁸, que constituye un estándar de comportamiento exigido por ley, cuya infracción tiene por efecto, entre otros, la procedencia de la acción de responsabilidad civil¹⁴⁹. O en la obligación de conservar la cosa que está contenida en dar una especie o cuerpo cierto en todos los contratos que la crean¹⁵⁰, o en la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios en el contrato de compraventa¹⁵¹. La infracción de todas estas no da lugar –en ningún caso– al cumplimiento específico, sino que a la indemnización de perjuicios o la resolución del contrato.

A lo anterior debe sumarse que, en la actualidad, en Chile es incluso cuestionable que el cumplimiento específico siga siendo aún regla general cuando de lo que se trata es del incumplimiento de una obligación contractual. Así ha sido sostenido por López, quien desde la doctrina chilena ha justificado la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios frente al incumplimiento de una obligación, sin que previamente sea necesario para ello el ejercicio de una acción de cumplimiento específico (LÓPEZ, 2014)¹⁵². Luego, el concepto de obligación tampoco puede definirse por la posibilidad de su ejecución en especie.

Lo que sí debe precisarse es que, tratándose de deberes contractuales que son parte del contenido del contrato, estos por regla general van acompañados de distintos mecanismos previstos por el legislador, cuya finalidad es la satisfacción de la prestación (lo que debe

¹⁴⁸ V.gr. ALESSANDRI, 2010: 124 y ss. Respecto de la relación entre deberes y culpa, v.gr. RIPERT, 2016: 240 y ss.

¹⁴⁹ Uno de los requisitos de la acción de responsabilidad civil contractual es la culpa o dolo del deudor (ABELIUK, 2010: 814).

¹⁵⁰ Artículo 1548 del Código Civil: «La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir».

¹⁵¹ Artículo 1837 del Código Civil: «La obligación de saneamiento comprende dos objetos; amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa, y responder de los vicios ocultos de esta, llamados vicios redhibitorios».

¹⁵² La postura tradicional en Chile sostiene que el acreedor ante todo debe perseguir el cumplimiento en especie. En este sentido, v.gr. FUEYO, 2010: 796; CLARO, 1936: 178; ALESSANDRI et al, 2011: 9. Esto, por lo demás, es propio de los sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición continental. La posición del *common law* es la inversa, pues, el remedio general frente al incumplimiento contractual es la indemnización de perjuicios (ZWEIGERT y KÖTZ, 2012: 498 y ss.).

darse, hacerse o no hacerse)¹⁵³. La razón de ello no es, según se expuso, que la existencia de mecanismos de ejecución sea lo que defina a la obligación, sino que de las obligaciones contractuales emanan derechos subjetivos como pretensión¹⁵⁴. El derecho subjetivo como pretensión es el que permite a su titular –a través de un derecho de segundo grado (como lo es el derecho al ejercicio de la acción judicial) (GUASTINI, 2016: 96)– ejercer los mecanismos procesales previstos por el ordenamiento jurídico para satisfacerlo, ya sea mediante acciones que persigan el cumplimiento en especie o la indemnización de los perjuicios¹⁵⁵.

Ahora, en lo que a relaciones contractuales específicamente se refiere, el derecho subjetivo siempre requiere para su satisfacción de la conducta de otro, quien debe dar, hacer o no hacer algo a favor del titular del derecho. Se reconoce, por lo tanto, como derecho de prestación¹⁵⁶. En efecto, el titular del derecho de propiedad no requiere de otro sujeto para gozar del derecho y de todos sus atributos, en cambio, los derechos contractuales necesitan siempre de la otra parte del contrato para satisfacer el derecho. En este sentido, y tratándose de relaciones contractuales bilaterales, derechos y deberes son correlativos.

A modo de conclusión es entonces posible señalar que, a los elementos ya identificados como constitutivos de la noción de deber jurídico, expuestos en el apartado (i), debe incorporarse, tratándose de deberes contractuales específicos que son parte del contenido del contrato, la existencia de un derecho subjetivo como pretensión y prestación, que es aquel que precisa el deber correlativo.

(ii) Buena fe y deber

a. Buena fe y estándar de conducta

¹⁵³ Y/o la satisfacción del interés del acreedor. Ver *supra* Capítulo I, Tercera parte (iii).

¹⁵⁴ «Se llama pretensión a la situación jurídica de un sujeto al cual una norma (de autorización) le consiente exigir el cumplimiento de una obligación por parte de otro sujeto» (GUASTINI, 2016: 85).

¹⁵⁵ En el derecho civil, se conocen con el nombre de efectos de las obligaciones (ABELIUK, 2010: 610 y 611; RAMOS, 2008: 230 y ss.).

¹⁵⁶ V.gr. CARRASCO y GONZÁLEZ, 2013: 51.

Desde la doctrina civil, son varios quienes han dispuesto que la buena fe contractual impone a las partes contratantes un modelo de comportamiento que les resulta exigible y que se encuentra presente durante todo el *iter* contractual. En este sentido, Boetsch menciona como una de las manifestaciones de la buena fe, el hecho de constituir un modelo de conducta que se impone a las partes desde las negociaciones preliminares hasta una vez terminado el contrato (BOETSCH, 2015: 89). Barros, por su parte, identifica a la buena fe como un estándar jurídico que exige, tanto al acreedor como al deudor, la necesidad de ajustarse a la forma y sentido recto del contrato con el fin de asegurar su recta ejecución (BARROS, 1983).

Larenz reconoce en la buena fe un modelo de conducta bidireccional exigible a todos los participantes de la relación jurídica, por el cual la relación debe conducirse de manera coincidente con el sentido y finalidad del vínculo contractual y una conciencia honrada (LARENZ, 1958: 148).

De acuerdo con este autor, lo anterior se manifiesta, por ejemplo, en la prohibición de contravenir los actos propios, en el retraso desleal (LARENZ, 1958: 150), en la limitación o desaparición del deber de prestación por causa de inexigibilidad, en los casos en los que así lo exijan los más altos intereses, como la vida o salud del deudor o sus familiares (LARENZ, 1958: 153); e, incluso, en causa de liberación del deudor por desaparición de la base del negocio, pues se considera contrario a la buena fe mantener a una persona obligada a cumplir un contrato cuando los derechos que surgen de este son consecuencia de hechos imprevistos que escapan a la influencia de la otra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes (LARENZ, 1956: 154).

En un sentido bastaste similar Díez-Picazo señala que la doctrina moderna, en particular la doctrina alemana, desde la jurisprudencia ha elaborado una serie de supuestos en los cuales la buena fe –como modelo de comportamiento– limita el ejercicio de un derecho subjetivo (DÍEZ-PICAZO, 2019: 16 y 18). Estos supuestos son: la prohibición de actuar contra los

actos propios¹⁵⁷; el retraso desleal¹⁵⁸; el abuso de la nulidad por motivos formales¹⁵⁹; el cumplimiento parcial, la moderación de los plazos contractuales¹⁶⁰; y la contravención de la buena fe por quien reclama el cumplimiento de una prestación cuando debe restituirla o devolverla inmediatamente (DÍEZ-PICAZO, 2019: 18).

La buena fe es entonces un estándar de comportamiento¹⁶¹ que guía la conducta exigible a los contratantes desde las tratativas preliminares hasta incluso finalizado el contrato. Se incluye, como se expuso en el Capítulo I de este trabajo¹⁶², la atribución de significado a las disposiciones contractuales y la revelación de deberes de conducta implícitos.

b. Deber de buena fe

De acuerdo con lo señalado¹⁶³, la noción de deber en la relación jurídica de derecho privado puede distinguirse por: la irrelevancia de la existencia de sanción para su definición; su exigencia normativa que califica una acción u omisión como obligatoria; su identificación en las prácticas sociales; y su carácter relacional. Además¹⁶⁴, tratándose de deberes contractuales específicos que son parte del contenido del contrato, como correlativo del deber existe un derecho subjetivo como prestación y por regla general, un derecho subjetivo secundario que le otorga al titular del derecho la potestad para exigir su cumplimiento.

¹⁵⁷ «Con ello quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 18).

¹⁵⁸ «Un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. El ejercicio del derecho en tales casos se torna inadmisibles» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 18). V.gr. TUR FAÚNDEZ, 2011.

¹⁵⁹ «Cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto formal es voluntariamente cumplido, puede ser contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad. Quien, a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 18).

¹⁶⁰ «La buena fe puede imponer que cuando la parte que al deudor le queda por cumplir sea exigua la rehusa del cumplimiento como parcial sea contraria a la buena fe» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 18).

¹⁶¹ De acuerdo con lo señalado por MacCormick en el derecho privado es común que las reglas explícitamente formuladas incorporen en sí mismas estándares en sus hechos operativos o en sus consecuencias normativas (MACCORMICK, 2011: 50).

¹⁶² Ver *supra* Capítulo I, Segunda y Tercera Parte.

¹⁶³ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) a, b y c.

¹⁶⁴ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) d.

En la Tercera Parte del Capítulo I¹⁶⁵, expliqué que no es la buena fe lo que se integra al contrato como contenido, sino los deberes que son exigidos por ella y que resultan del ejercicio de interpretación e integración contractual. Por lo tanto, la buena fe se diferencia como estándar de conducta de los deberes que ella exige. Así, es respecto de los deberes específicos requeridos por la buena fe que se incorporan al contrato como parte de su contenido, en los que puede advertirse con claridad las características propias de los deberes contractuales. Me refiero especialmente a la existencia de un derecho subjetivo como prestación, que es correlativo al deber y a una acción que permita su ejecución o que sancione su incumplimiento.

Retomemos una vez más el ejemplo de la venta del teléfono inteligente¹⁶⁶, en cuya oferta solo se mencionó el dispositivo y no el cargador, pero que al utilizar la buena fe como criterio de interpretación se atribuyó que en el significado de la palabra teléfono debía comprenderse tanto cargador como dispositivo. En el ejemplo, la buena fe permitió precisar que la obligación del vendedor comprendía, no solo entregar el dispositivo sino además el cargador. La buena fe entonces fue útil para precisar el alcance de la disposición contractual e identificar que la obligación del vendedor solo se cumple si entrega al comprador el teléfono más el cargador. Luego, lo que forma parte del contenido del contrato no es la buena fe, sino el deber específico de conducta requerido por ella, y es respecto del deber específico de conducta (obligación del vendedor de entregar el teléfono más el cargador) que la parte compradora tiene un derecho subjetivo como prestación y una acción judicial para ejercer frente a su infracción.

Ahora, para que la buena fe pueda, como criterio de interpretación e integración contractual, precisar e incorporar deberes de conducta específicos que se integran como contenido del contrato es necesario justificar que ésta es un deber jurídico, esto es, justificar su exigencia normativa como acción u omisión obligatoria, y su carácter relacional¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ver *supra* Capítulo Tercera Parte (iv).

¹⁶⁶ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) b.

¹⁶⁷ La doctrina civil chilena no ha prestado atención a compatibilizar la tradicional noción de obligación en un sentido técnico con la noción de deber que desde la teoría del derecho se obtiene. Una excepción a ello puede verse en Prado, aunque la autora, a diferencia de lo que en este trabajo se sostiene, utiliza un concepto de deber jurídico más cercano al ofrecido por Kelsen. Así y en relación con el deber de colaboración dice que «el

La exigencia normativa de la buena fe se desprende del artículo 1546 del Código Civil, tantas veces mencionado, y que impone a los contratantes durante todo el *iter* contractual comportarse conforme a ella. Dicho brevemente y utilizando la terminología de Hart para identificar el contenido del derecho (HART, 1963), el Código Civil en su jerarquía de ley es un texto autoritativo identificado por la regla de reconocimiento.

La buena fe como modelo de comportamiento es así un deber explícito, pues se encuentra consagrada en las normas jurídicas como manifestación de un acto soberano (ley en sentido estricto), con efectos generales y obligatorios para todos los miembros de la comunidad. Lo señala Díez-Picazo: «Las normas jurídicas son por lo general normas de conducta. Tienen por objeto una acción, bien ordenándola o bien prohibiéndola. Contemplan una conducta estableciendo respecto de ella un deber ser, o, como nosotros hemos dicho, unos hechos, extrayendo de ellos la consecuencia de que una pretensión aparece justificada o de que una decisión debe recaer» (DÍEZ-PICAZO, 1983: 94).

Respecto de la buena fe como una norma de conducta, que exige una acción u omisión obligatoria, su carácter se reconoce porque constituye una guía de comportamiento que debe seguirse por los contratantes y que es por lo demás irrenunciable (FUEYO, 2015: 185). En este sentido, de acuerdo con Díez-Picazo, «la buena fe constituye una norma jurídica completa por la cual todas las personas y todos los miembros de la comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Esto significa, entre otras varias cosas, que las partes deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones, y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos» (DÍEZ-PICAZO, 2019: 12 y 13)¹⁶⁸.

elemento inicial de análisis es que estamos en presencia de un deber jurídico con aquel alcance originario que le asigna la teoría del derecho y que constituye supuesto para la civilística, esto es, se trata de un comportamiento impuesto por el ordenamiento jurídico, cuya inobservancia genera, la mayor parte de las veces, la aplicación de la sanción» (PRADO, 2015a: 117). Kelsen, por su parte, respecto de la obligación expone: «no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo» (KELSEN, 2015: 65).

¹⁶⁸ «En este caso la buena fe, como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función normativa dispositiva...» (DE LOS MOZOS, 1965: 45).

Una pregunta distinta es qué es aquello que la buena fe exige a los contratantes para el caso. Este asunto no es en lo absoluto algo sencillo, pues, al ser la buena fe un principio general del derecho y conceptualmente indeterminado, la precisión de lo que exige implica para el intérprete un juicio valorativo. En este sentido, se distingue la buena fe deber, de los criterios adicionales que dispondrá el juez para dar fundamento a su decisión¹⁶⁹.

El carácter relacional de la buena fe como deber se advierte en su bidireccionalidad: impone un modelo de comportamiento a los contratantes siempre con relación a un otro, tanto en el cumplimiento de sus obligaciones como en el ejercicio de sus derechos (DE LOS MOZOS, 1965: 47; DÍEZ-PICAZO, 2019: 12 y 13). De esta manera, el deber de buena fe se exige a ambos contratantes. Así, en una relación contractual entre Kotaix (K) y Tanu (T). K tiene tanto el deber con T como T tiene el deber con K de comportarse según la buena fe. Mientras K tiene un derecho respecto de T y T respecto de K de exigir una conducta conforme al estándar de la buena fe.

A diferencia de lo que ocurre con los deberes específicos exigidos por la buena fe que se integran como contenido implícito del contrato, una vez infringido el deber de buena fe como estándar de comportamiento –por sí solo– difícilmente puede traer por consecuencia el ejercicio de acciones que persigan su ejecución en especie o incluso la indemnización de perjuicios. Cuestión que ya sabemos no es óbice para que pueda ser considerada un deber jurídico. Nótese en todo caso que ello no afecta el carácter relacional del deber, sino sólo la existencia a su respecto de un derecho subjetivo secundario de pretensión que permita su ejecución en especie.

No obstante, la doctrina civil ha señalado que ciertos efectos jurídicos surgen de la infracción de la buena fe como deber de conducta, pero no por su infracción en abstracto, sino en relación con el ejercicio de un derecho o al cumplimiento de una obligación.

¹⁶⁹ V.gr. CARRIÓ, 1985: 57. En la Segunda Parte de este capítulo, se tratarán los criterios que dispone el juez para precisar lo que en el caso concreto la buena fe exige.

Lo anterior ocurre, por ejemplo, en los casos en los que la buena fe limita el ejercicio de las acciones de cumplimiento o de resolución, cuando estas han sido ejercidas por uno de los contratantes ante un incumplimiento insignificante o irrelevante (FUEYO, 2015: 193). En el derecho extranjero también se ha visto la buena fe como límite al ejercicio de acciones judiciales a través de la aplicación del retraso desleal¹⁷⁰.

c. Deberes exigidos por la buena fe

Según lo señalado en el apartado anterior, son los deberes de conducta específicos exigidos por la buena fe los que pueden entenderse como obligaciones contractuales que integran el contenido del contrato, en tanto tienen el derecho subjetivo correlativo como pretensión y producen los mismos efectos que cualquier obligación contractual legal o convencional¹⁷¹: en primer lugar requieren ser cumplidos, y en caso de incumplimiento podrán –si el tipo de deber que se integra así lo permite– exigir su cumplimiento en especie o solicitar la indemnización de los perjuicios. Así como también tratándose de contratos bilaterales¹⁷², que son los que serán objeto de examen en este trabajo, el ejercicio de la acción resolutoria¹⁷³. Revisemos algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia chilena que dan cuenta de esta afirmación.

c.1 Deberes exigidos por la buena fe de acuerdo con la jurisprudencia

Caso 1. M.L.& L. Limitada con Banco Itaú Chile¹⁷⁴

Los hechos son los siguientes: A celebra con B un contrato de *leasing* de vehículo de carga. A, tenedor de la cosa objeto del *leasing*, solicita que una vez pagada la última cuota, B le transfiera el dominio de la cosa. B, por su parte, pese a haber comprado el vehículo de

¹⁷⁰ El retraso desleal surge como una manifestación de la teoría de los actos propios, y supone el ejercicio tardío de un derecho (sin que aún se cumpla el plazo de prescripción de la acción, preclusión o caducidad del derecho) que hace inexigible el mismo, por resultar esta acción contraria a una conducta previa del titular del derecho (TUR FAÚNDEZ, 2011: 75).

¹⁷¹ Respecto de las acciones que proceden ante el incumplimiento contractual, v.gr. ABELIUK, 2010: 610 y 611; RAMOS, 2008: 230 y ss.

¹⁷² Según el artículo 1489 del Código Civil son bilaterales los contratos en los que los contratantes se obligan recíprocamente.

¹⁷³ «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios» (Artículo 1489 del Código Civil).

¹⁷⁴ *M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014)*.

carga y entregárselo a A en cumplimiento del contrato de *leasing*, no pudo desde sus inicios inscribir a su nombre el vehículo, porque el registro de vehículos motorizados rechazó la solicitud de inscripción exigiéndole nuevos antecedentes, los que nunca fueron aportados por B. A solicitó a B que logre la inscripción del vehículo a su nombre, a lo que este se negó, argumentando que ya había efectuado la tradición del vehículo, al haberle entregado la tenencia material del mismo, y que no podía acceder a la solicitud de inscripción, pues el registro de vehículos motorizados se había negado a realizarla a su nombre por razones ajenas a su responsabilidad. A interpuso en contra de B demanda de cumplimiento de contrato más indemnización de perjuicios.

La Corte Suprema señaló que la transferencia de vehículos debe regirse por las reglas que el derecho común establece para los bienes muebles y que, por lo tanto, la tradición de estos no se efectúa por medio de la inscripción del bien en el registro de vehículos motorizados, sino por la entrega material (artículo 684 Código Civil). No obstante, la Corte dispuso que la inscripción de los vehículos motorizados en el respectivo registro es prueba del dominio y, por lo mismo, se permite oponer dicha inscripción en contra de cualquier tercero que pretenda alegar dominio sobre el bien.

El fallo declaró que –pese a que la inscripción en el registro de vehículos motorizados no tiene por función transferir el dominio de estos– la presunción de dominio que importa esta inscripción y la peculiaridad de régimen de los vehículos motorizados tiene por efecto crear en el demandante la expectativa de que, finalizado el contrato de *leasing*, obtendrá la inscripción del vehículo a su nombre. El vendedor de este tipo de bienes no solo debe efectuar la tradición de estos al comprador sino además dejarlo en situación de invocar la presunción de dominio a su favor, lo que solo es factible inscribiéndose el vehículo a nombre suyo. Por lo anterior, la Corte acogió la demanda de cumplimiento de contrato más la indemnización de perjuicios.

En este caso, la Corte incorporó un deber de conducta adicional a aquel establecido en la letra del contrato y en la ley que consiste en efectuar la inscripción del vehículo y no solo su entrega material. La Corte reveló dicho deber a partir de la buena fe en su función de

criterio de interpretación e integración del contenido de las obligaciones contractuales. El fallo dice:

«Que la noción de buena fe objetiva, que por su parte es una especie de arquetipo de una conducta elevada a condición de norma se desarrolla en aplicaciones concretas como sucede en la especie. Así el propio ordenamiento legal se preocupa de la actitud del sujeto. Como corolario, no cabe duda que efectivamente en el caso sub judice se ha incumplido el contrato firmado entre las partes, desde que, si bien el traspaso del dominio se logró, lo cierto es que la inscripción, hasta ahora frustrada, es necesaria para lograr el beneficio jurídico cabal de dicha tradición. En efecto, no puede considerarse que el contrato que liga a las partes se ha cumplido conforme a la buena fe y a lo que prescribe el artículo 1546 citado, si aquello que emana de la naturaleza de la obligación –como es poder obtener la inscripción del vehículo a nombre del comprador, efectuada que fuera la tradición– no se logra por hechos atribuibles a la entidad bancaria demandada, esto es, por haber omitido aportar la documentación necesaria para que el trámite mencionado se verifique»¹⁷⁵.

La Corte consideró la norma del artículo 1546 como una regla de integración del contenido del contrato, ampliando su círculo obligacional. Además, sostuvo que estos deberes de conducta implícitos, que por vía de la buena fe se integran, son aquellos que resultan necesarios para cumplir con la expectativa que el comprador persigue mediante la celebración del contrato.

Lo anterior puede resumirse en el siguiente esquema. Frente a dos posibles interpretaciones de aquello a que se obligaron las partes en este contrato se encuentra O y O'. O implica que el alcance de la obligación de B es que sólo se obligó a entregar el vehículo a A. O' por su parte implica que el alcance de la obligación de B es que debe entregar el vehículo a A y además inscribir a su nombre el vehículo en el registro de vehículos motorizados.

Para cumplir con O, B requiere solo cumplir con la entrega del vehículo a A. En cambio, para cumplir con O', B requiere cumplir con la entrega del vehículo a A e inscribirlo a su

¹⁷⁵ *M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014)*. Cons. 10°.

nombre en el registro de vehículos motorizados. La exigencia de la conducta que consiste en la entrega del vehículo y su inscripción se encuentra implicada como necesaria si la interpretación de lo pactado implica O'.

El intérprete para decidir entre O y O' dispuso de la buena fe deber de conducta como criterio de interpretación. Luego utilizando la buena fe se optó por O' como interpretación relevante, precisándose aquello a que las partes se obligaron, pues sólo así lograba satisfacerse el interés de la parte compradora. Entonces, si O' es la interpretación relevante, para que la obligación del vendedor se considere cumplida se requiere de la entrega del vehículo y su inscripción en el registro de vehículos motorizados a nombre del comprador.

Precisado por el intérprete la obligación del vendedor, esta pasa a ser contenido del contrato y debe ser cumplida. Si esta no se cumple el comprador puede ejercer una acción de cumplimiento más la indemnización de perjuicios. Si el vendedor no cumple incumple el deber de conducta específico que ha sido determinado por el intérprete utilizando como criterio la buena fe. Es respecto del deber específico precisado luego del ejercicio hermenéutico que la parte compradora tiene acciones para exigir su cumplimiento, más no respecto del deber general de buena fe.

Caso 2. Banco de Chile con I.J.E.V.¹⁷⁶

Los hechos son los siguientes: A es un banco que celebró con B un contrato de cuenta corriente. B es el titular de la cuenta corriente que recibió por error en su cuenta un depósito de A por la suma de U\$ 418.249,63, los que pertenecían a otro cuentacorrentista. A, con el objetivo de enmendar el error, revirtió el depósito efectuado a B, cargándole igual suma en su cuenta corriente. Para esa fecha, B ya había retirado la totalidad de los fondos, tanto los erróneamente depositados como aquellos que le pertenecían, negándose con posterioridad a restituir los fondos equívocamente recibidos a A, pues señaló que el depósito erróneo de los fondos se debió a un acto negligente de funcionarios dependientes de A y que, conforme al contrato de cuenta corriente, puede disponer de todos los fondos que se encuentren en su

¹⁷⁶ *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011).*

cuenta, sin importar por quién fueron depositados. Frente a lo anterior, A interpuso en contra de B demanda de cumplimiento de contrato más indemnización de perjuicios.

La Corte Suprema señaló que, no obstante ser efectivo que el contrato de cuenta corriente confiere a su titular el derecho de disponer de la totalidad de fondos que se depositen en esa cuenta, y pese a no existir en la regulación del contrato de cuenta corriente una cláusula que se refiera a los casos en que se consignen fondos por error, existe un deber de restitución de los fondos de parte de B en beneficio de A, deber que el sentenciador justifica y revela por la aplicación de la buena fe como deber de conducta.

«Que según se adelantó, la noción de buena fe objetiva, que por su parte es una especie de arquetipo de una conducta elevada a la condición de norma, se desarrolla en aplicaciones concretas como sucede en la especie. Así el propio ordenamiento legal se preocupa de la actitud del sujeto. En este caso no cabe duda que el depósito iba dirigido a su legítimo propietario, el cuentacorrentista Caterpillar Leasing Chile S.A., de manera que, aun cuando la entidad bancaria actora haya equivocado la cuenta corriente a la cual en definitiva consignó los fondos, lo cierto es que quien los recibió, el demandado, sabía que no habían llegado al destino correcto, no obstante, lo cual procedió a su retiro (...) negándose luego a su restitución»¹⁷⁷.

«Que pues bien, el deber restitutorio que arguye la demanda encuentra sustento, sin duda, en la buena fe exigible al contratante, quien al advertir el equívoco evidente en que se había incurrido, intenta beneficiarse del mismo, violentando la lealtad y el respeto debido entre las partes de la convención y, de esta forma, aprovecharse de dineros ajenos, desconociendo su deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta el momento incluso posterior a la terminación del contrato»¹⁷⁸.

¹⁷⁷ *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011)*. Cons. 10°.

¹⁷⁸ *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011)*. Cons. 13°.

En el caso anterior, la Corte Suprema incorporó un deber de conducta adicional a aquel establecido en la letra del contrato y en la ley, que consiste en la restitución de los fondos que fueron depositados por error, utilizando para ello el deber general de buena fe. El fallo manifiesta que «la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres. Esto implica que hay un comportamiento debido por la buena fe que las partes de un contrato deben observar, aunque no lo hayan pactado expresamente»¹⁷⁹.

En este caso, se ve con claridad la utilización de la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual, ello pues, la Corte utilizando este criterio determinó que el comportamiento del cuentacorrentista es contrario a lo que exige la buena fe como deber de conducta. Luego, y una vez valorada la conducta como contraria a la buena fe determinó la existencia de un deber adicional consistente en restituir los dineros que habían sido erróneamente depositados en su cuenta y el correlativo derecho del banco a exigirlo. Infringido el deber de conducta exigido por la buena fe y que se integró al contrato, puede entonces el banco ejercer la acción correspondiente para la obtención de restitución de los fondos.

Lo anterior se sintetiza en el siguiente esquema:

En el contrato celebrado entre A y B no se contempla el deber de restituir los fondos que han sido depositados por error. Para integrar el deber de conducta señalado el intérprete valora, conforme a la buena fe como deber, la conducta efectuada por B consistente en negarse a restituir los fondos. Aplicando el intérprete la buena fe valora que la conducta de B es incorrecta.

Frente a dos posibles interpretaciones de la conducta de B por la cual se negó a restituir los fondos que habían sido erróneamente depositados en su cuenta, el intérprete tiene dos opciones O y O'. O implica que la conducta de B es correcta. O' por su parte implica que la conducta de B es incorrecta.

¹⁷⁹ *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011)*. Cons. 10°.

De elegirse O, B no está obligado a realizar la restitución de fondos. En cambio, de optarse por O', se requiere de una conducta adicional hasta ahora oculta: restituir lo que erróneamente le fue depositado. Luego, el deber de restituir es necesario y exigible si la interpretación relevante es O'.

El intérprete para decidir entre O y O' dispuso de la buena fe deber de conducta. Luego utilizando la buena fe se optó por O' como interpretación relevante, determinándose que la conducta de B es incorrecta. Entonces, si O' es la interpretación relevante, la conducta de restituir los fondos depositados erróneamente es exigible para cumplir con todos los términos del contrato. La buena fe fue útil tanto para decidir entre O y O' como para determinar la conducta exigible a B (restituir) que se integra como del contenido del contrato.

Integrado el deber de conducta consistente en restituir los fondos que habían sido depositados por error por exigencia de la buena fe, pasa a ser este contenido del contrato. Como parte del contrato debe ser cumplido por B. Si B no lo cumple con ese deber incumple un deber contractual, y A puede ejercer la acción de cumplimiento respecto del deber de B y obtener la restitución de los fondos. El deber infringido es el deber de no restituir los fondos por exigencia de la buena fe.

Las dos sentencias anteriores demuestran que la buena fe como deber de conducta permite al juez determinar las obligaciones que forman parte del contenido del contrato. Las cuales de verse infringidas facultan a la parte afectada al ejercicio de acciones o remedios contractuales, de la misma forma en que les es permitido a las partes accionar respecto del incumplimiento de deberes contractuales explícitos, sean estos legales o convencionales¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Lo resuelto por los tribunales chilenos demuestra que frente al incumplimiento de deberes secundarios de conducta pueden ejercerse acciones tanto de cumplimiento en especie como de indemnización de perjuicios. Ver *infra* Capítulo V, Segunda Parte respecto de los efectos derivados de la infracción de deberes específicos de lealtad.

En cualquier caso, lo que sí debe tenerse presente es que para que el deber que se integra al contrato por exigencia de la buena fe pueda dar lugar a remedios o acciones contractuales, al igual como ocurre tratándose de deberes explícitos, el incumplimiento del deber requiere ser significativo¹⁸¹. Aquí nuevamente funciona la buena fe deber de conducta, pero para limitar el ejercicio de derechos subjetivos.

Sin más que tratar en esta primera parte, resta ahora examinar cuáles son los criterios que dispone el intérprete para identificar en el caso concreto lo que la buena fe como deber de conducta exige y cuál es la medida de lo exigido por ella en la generalidad de los contratos.

¹⁸¹ Ver *supra* Capítulo II, Primera parte (ii) b.

Segunda Parte

Criterios para determinar lo que exige la buena fe

(i) El problema de la indeterminación

a. Propósito y prevención

De acuerdo con lo expuesto y analizado en el capítulo anterior de este trabajo¹⁸², la buena fe es un criterio para atribuir significado a las disposiciones contractuales y para integrar el contenido del contrato. Ahora, para que el intérprete pueda utilizar la buena fe en el sentido expuesto debe, en primer lugar, determinar lo que es exigido por ella como modelo de comportamiento para el caso concreto. Solo una vez precisado ello, podrá utilizar esta como dispositivo de interpretación e integración contractual. El propósito de esta segunda parte del presente capítulo es identificar los criterios adecuados de los que dispone el intérprete para identificar lo requerido por exigencia de la buena fe.

Antes de comenzar, es necesario realizar la siguiente prevención. Es una verdad imposible de refutar que cualquier examen conceptual que se realice por el intérprete para identificar lo que una norma exige, no puede garantizar de forma absoluta que se ha precisado la identidad de una determinada entidad. Como bien afirma en este sentido Shapiro, para los filósofos –y, en este caso, para el intérprete– «siempre queda latente la posibilidad de que hayan afirmado que una propiedad es parte de la naturaleza de un objeto solo porque no fueron lo suficientemente inteligentes o afortunados para construir el contraejemplo adecuado» (SHAPIRO, 2014: 45). Dicho lo anterior, debo precisar que lo que pretendo en esta parte del trabajo no es revelar la piedra filosofal para la identificación de lo exigido por la buena fe como deber de conducta. Mi intención es exponer los criterios que han sido utilizados para determinar lo que esta exige, como también criticar la insuficiencia de algunos de ellos y examinar otros que resultan útiles al intérprete para establecer adecuadamente lo que el deber de buena fe en el caso concreto requiere.

¹⁸² Ver *supra* Capítulo I, Segunda y Tercera Parte.

b. Buena fe e indeterminación

En el primer capítulo de este trabajo¹⁸³, expuse que existen ciertos conceptos jurídicos conceptualmente indeterminados, pues su contenido y alcance es incierto. Señalé, además, que –de acuerdo con la distinción efectuada por Engisch– estos pueden ser descriptivos y normativos. Los primeros son objetos reales o pseudo reales y se perciben por la experiencia. Los segundos, en cambio, son aquellos que se comprenden en conexión con las normas jurídicas. Dentro de estos últimos, el autor distingue aquellos que –contenidos en la norma– se encuentran parcialmente indeterminados. Otros, en tanto, y que son los conceptos indeterminados normativos en un sentido estricto, requieren siempre de una valoración para ser aplicados al caso concreto (ENGISCH, 2014: 151 y ss.).

La buena fe principio y como deber de conducta en particular es normativamente indeterminada¹⁸⁴. Esto se debe a que la regla que la contiene (artículo 1546 del Código Civil) no permite al intérprete mediante un simple razonamiento deductivo identificar si el hecho o situación que es objeto de juicio se encuentra o no comprendido en el significado actual de la regla. Por lo tanto, la determinación de lo que la buena fe exige en el caso concreto requerirá siempre de un juicio evaluativo¹⁸⁵.

En este sentido, la determinación de lo que la buena fe exige como regla corresponde al tipo de casos en los que el juez, en palabras de Carrió, «se ve forzado a decidir, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas» (CARRIÓ, 1985: 57).

Ahora, desde ya debe descartarse cualquier arbitrariedad o subjetividad en la determinación del sentido de la norma para decidir si el hecho que es objeto de juicio queda o no comprendido en ella. Así, Carrió expone que «para considerar al caso como incluido o

¹⁸³ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (i) c.

¹⁸⁴ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (i) b.

¹⁸⁵ «Sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua, o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga: los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas sufren, ellos mismos, de indeterminaciones y, dadas sus propias inconsistencias, como veremos, no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa» (NINO, 2014a: 97).

como excluido el intérprete se ve forzado a adjudicar significado a la regla que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía. Solo así puede fundar en ella la inclusión o la exclusión» (CARRIÓ, 1985: 57). Por su parte, «para que el juez pueda cumplir con su labor se encuentra guiado por estándares valorativos, sociales, políticos, económicos, etc., y que le permiten fundamentar su decisión, más no la regla» (CARRIÓ, 1985: 57). En este sentido, la utilización de criterios externos a la regla en la aplicación del derecho es siempre necesaria¹⁸⁶. Estos criterios constituyen las razones que permiten al juez fundamentar racionalmente sus decisiones¹⁸⁷.

c. La práctica como criterio para solucionar problemas de indeterminación

De acuerdo con lo señalado por la doctrina chilena, la buena fe y otros estándares de conducta, como ocurre con la diligencia, «se aprecia en abstracto, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar él, la conducta socialmente exigible de las partes, exclusivamente en base a la equidad, a los usos y, en general, como habría dicho Savigny, al espíritu del pueblo o al modelo del hombre razonable» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 435-436)¹⁸⁸.

Esta idea ha sido recogida por los tribunales de justicia nacionales. Así, en el caso referido en la parte primera de este segundo capítulo¹⁸⁹, la Corte Suprema utilizó los usos del tráfico como criterio para determinar lo que la buena fe en el caso concreto exigía, esto es, el común entendimiento de quienes participan en la práctica de este tipo de contratos¹⁹⁰.

¹⁸⁶ V.gr. NINO, 2014a: 101 y 102; QUINTANA, 2001: 156 y ss.

¹⁸⁷ Respecto de la conexión interpretativa entre derecho y moral v.gr. NINO, 2014a: 87 y ss. Por su parte Fuller señala: «La interpretación normativa, legal, no es, pues una simple traducción de los elementos formales que el legislador emplea. Es en parte, y en distintos grados, un proceso que busca ajustar la ley a las necesidades y valores implícitos de la sociedad que ha de regir» (FULLER, 1969: 107).

¹⁸⁸ Una opinión contraria ha sido expuesta en Chile por Pablo Rodríguez, quien considera que, en este tipo de caso, la aplicación de criterios valorativos se relaciona con las creencias subjetivas del juez, así «cada juez dará a estas preferencias valóricas el sentido y proyección que él subjetivamente considere» (RODRÍGUEZ, 2001: 240).

¹⁸⁹ *M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014)*.

¹⁹⁰ En lo referente a los usos del tráfico aplicados al caso particular, el fallo en el considerando 9º – transcribiendo literalmente a Elorriaga y López– expresa: «A diferencia de la buena fe subjetiva, que se aprecia en concreto por el sentenciador, mediante la averiguación de la convicción íntima y personal del sujeto implicado, la buena fe objetiva se aprecia en abstracto, prescindiendo el juez de las persuasiones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar él, la conducta socialmente exigible a las partes, exclusivamente en base a la equidad, los usos y, en general al espíritu del hombre razonable (...)

Por su parte, en otro caso examinado en la primera parte de este capítulo¹⁹¹, el sentenciador observó, para la integración del deber de conducta conforme la buena fe, los usos del tráfico dados por el común entendimiento de quienes participan en la práctica y que determinan lo que es correcto o no hacer¹⁹².

La doctrina extranjera identifica lo que se exige de acuerdo con la buena fe a partir de los usos sociales. A modo de ejemplo, Von Tuhr define la buena fe contractual como aquella consistente en «el parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual» (VON TUHR, 1925: 340)¹⁹³.

Hevia, a propósito de la integración contractual, señala que existe un consentimiento, cuya naturaleza es pública, que funciona como estándar para atribuir significado a las disposiciones contractuales (HEVIA, 2013:157 y ss.). Con ello se refiere a las expectativas que surgen de una práctica estándar y que es conocida por los contratantes porque son miembros de esa práctica. La existencia y contenido de ese estándar se determina solo y a través de la interacción entre las partes contratantes. De acuerdo con el autor, este estándar es de carácter objetivo y se relaciona directamente con la noción de razonabilidad (HEVIA, 2013:157 y ss.).

De esta forma y de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuesta, lo que se exige por la buena fe se determina a partir de lo que razonablemente puede esperarse de cualquier sujeto que se encuentre en esa misma posición, según sea exigido por la práctica contractual dentro del marco de interacción que es propio de las relaciones contractuales.

Su determinación se llevará a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de cultura de la sociedad: sin embargo, la objetividad del principio no debe ser exagerada y han de atenderse, en primer lugar, las circunstancias del caso concreto...» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 437). *M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014)*.

¹⁹¹ *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011)*.

¹⁹² En el fallo en su considerando 8° se lee lo siguiente: «la buena fe debe ser considerada como un módulo de carácter objetivo; su determinación se llevará a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de la cultura de la sociedad...». *Banco de Chile con I.J.E.V. (2011)*.

¹⁹³ V. gr. LARENZ, 1958: 142 y MEDICUS, 1995: 77-78.

d. Insuficiencia de la práctica para solucionar problemas de indeterminación

Si bien recurrir a la idea de práctica para determinar lo que la buena fe exige, así como cualquier otro modelo de comportamiento es útil, ello no es suficiente. Expondré a continuación que, tratándose de la determinación de lo que la buena fe exige para el caso concreto, la práctica es solo el punto de partida, siendo siempre necesario la utilización de criterios morales o normativos¹⁹⁴.

La insuficiencia de la práctica para determinar lo que exigen los estándares de conducta ha sido desarrollada por Papayannis a propósito del estándar de diligencia (PAPAYANNIS, 2020). Los argumentos por él expuestos son útiles para evidenciar la necesidad de criterios normativos cuando de lo que se trata es de precisar lo que un estándar de comportamiento exige, como es el estándar de diligencia y también la buena fe. Las razones expuestas por el autor para justificar su postura pueden resumirse en las siguientes:

d.1 Los conceptos son empíricamente indeterminables

Valiéndose Papayannis de la idea de razonabilidad para determinar lo que el estándar de diligencia genérico exige, señala que en primer lugar debe descartarse la existencia de un consenso general sobre lo que ella comprende (PAPAYANNIS, 2020: 19). Si así fuera no se presentarían problemas valorativos en el derecho. Una segunda alternativa sería vincular la idea de razonabilidad a la concepción compartida por la mayoría de los individuos o por un sector de estos (como los jueces, por ejemplo). Ello es problemático por dos motivos. El primero es porque no es posible justificar que sea una determinada porción de la comunidad y no otra la que se considere para identificar la concepción compartida del concepto objeto de análisis. El segundo se refiere a que, aún seleccionándose un porcentaje de la comunidad, no existe manera de verificar que la porción de la población que se seleccione comparta una misma noción del concepto que aquellas que se excluyen (PAPAYANNIS, 2020: 19).

¹⁹⁴ En adelante, criterios normativos.

Por lo demás, señala el autor, aun cuando pudiera llegarse a un estado de coincidencia o consenso con relación a lo que comúnmente se entiende, ello sería posterior y, por lo tanto, la determinación del concepto no derivaría de la práctica, sino de la deliberación moral¹⁹⁵. Luego, la aplicación de criterios normativos es necesaria.

Esto mismo es perfectamente aplicable a la buena fe, pues, podría buscarse su determinación en la práctica, a través del común entendimiento de quienes pertenecen a un determinado grupo. Esta situación advierte los mismos problemas expuestos con relación a la determinación de la noción de razonabilidad mediante la práctica. Por lo demás, y aunque ello fuera posible y lograrse llegarse un acuerdo, entonces la determinación del significado del concepto ya no es producto de la práctica, sino de una deliberación valorativa.

d.2 Las convenciones vigentes son solo el punto de partida

Es efectivo, tal y como lo señala Papayannis, que existen ciertas convenciones específicas en las comunidades respecto de lo que se considera adecuado hacer (PAPAYANNIS, 2020: 21). Así, el autor se refiere a las medidas concretas que corresponde adoptar en ciertos casos para no dañar a otros.

El inconveniente de estas convenciones específicas es que solo establecen parcialmente el estándar que se intenta determinar. Constituyen, por lo tanto, solo la primera aproximación para ese cometido, pues las razones para seguir estas convenciones pueden ser derrotadas por otras que implican una conducta distinta, así como también pueden resultar exigibles otras conductas no incluidas en la convención específica. En este sentido, las conductas que usualmente se adoptan pueden no ser suficientes, resultando necesaria la incorporación de criterios o pautas valorativas (PAPAYANNIS, 2020: 22 y 23).

¹⁹⁵ «Por definición, allí donde se agota el acuerdo no puede operar una noción de razonabilidad empírica que derive de un consenso previo. Podemos alcanzar acuerdos luego de contraponer argumentos, de señalar los aspectos que nos parecen relevantes de una situación fáctica en particular, de atribuir valor a ciertos estados de cosas, etcétera. Sin embargo, este acuerdo *ex post* no se basa en la concepción empírica sino en un ejercicio de nuestra capacidad de razonar en conjunto, valorar los argumentos del otro y suscribirlos una vez advertimos que son más sólidos que los propios. En definitiva, el acuerdo es producto de nuestra propia deliberación moral» (PAPAYANNIS, 2020: 19).

Lo anterior también resulta aplicable para el caso en que lo que se intenta determinar es el comportamiento correcto u honesto esperable, pues, dentro de determinados grupos, por ejemplo, entre comprador y vendedor¹⁹⁶, existen acuerdos respecto de determinadas conductas que se consideran correctas. No obstante, la sola realización de esa conducta no excluye que otras sean requeridas. Así, por ejemplo, si A vende a B un *arcade* para ser usado en la sala de juegos de los niños de la casa, es necesario que B le informe a A su estado actual, es decir, si funciona o no, los juegos que incluye, sus dimensiones, el sistema de conexión requerido, etc. Hasta aquí puede existir consenso respecto de la conducta de buena fe esperada. No obstante, esta conducta puede no ser suficiente, pues si el *arcade* se encontraba pintado con figuras no apropiadas para ser exhibidas ante menores, no informar ello podría constituir una conducta de mala fe. En este caso, la convención específica no fue suficiente para determinar el estándar: se requiere entonces de otro tipo de pautas o criterios que, naturalmente, serán normativos.

d.3 Infradeterminación de las prácticas

Finalmente, el gran problema que existe si el criterio para determinar lo que exigen los estándares de comportamiento queda reducido exclusivamente a las prácticas, es que puede ocurrir que estas no se encuentren determinadas. En efecto, y aun suponiendo que la práctica permitiera de forma autónoma identificar lo exigido en el caso concreto por los estándares de comportamientos, puede ocurrir, como es usual en el derecho de contratos, que no exista experiencia previa que permita precisar el alcance del estándar¹⁹⁷. De acuerdo con lo señalado por Shapiro, «las prácticas son finitas. Son simplemente un complejo de eventos pasados singulares consistentes en las acciones en cuestión, en ciertas circunstancias» (SHAPIRO, 2014: 142).

Piénsese, por ejemplo, en cualquiera de los tipos contractuales nuevos que han surgido en este último tiempo a propósito del uso masivo de redes sociales y aplicaciones de teléfonos móviles inteligentes, *tablet* y computadores. En muchos de estos casos no existe una

¹⁹⁶ Me refiero a contratos de compraventa celebrados entre particulares no sujetos a la ley de protección a los derechos del consumidor.

¹⁹⁷ Papayannis se refiere en su trabajo a la infradeterminación de los estándares de diligencia específicos no a las prácticas (PAPAYANNIS, 2020). No obstante, a partir de ello, he considerado que los argumentos expuestos resultan también aplicables a las prácticas.

práctica previa que permita identificar empíricamente qué es aquello que resulta razonable, correcto u honesto hacer por exigencia de la buena fe, debiendo recurrirse a criterios normativos, entre otros¹⁹⁸.

(ii) El juicio normativo para aplicar correctamente el derecho

Si para determinar lo que es exigido en el caso concreto por los estándares de comportamiento, como la buena fe, el intérprete debe valerse de criterios normativos, restan dos cuestiones por precisar. La primera de ellas dice relación con la forma en que el juez aplica esos criterios y la segunda, con la manera de identificarlos.

Expondré a continuación los criterios adecuados que en mi opinión el juez debe utilizar para identificar y aplicar los criterios normativos cuando de lo que se trata es de determinar lo que una norma jurídica exige como estándar de comportamiento, refiriéndome siempre a los casos en los que el hecho que es objeto de juicio no se encuentra claramente comprendido en el significado de los términos o expresiones contenidos en la norma, precisamente porque la norma es indeterminada¹⁹⁹.

Para ello, examinaré lo expuesto por Hart en un artículo inédito, titulado *Discretion* –y luego publicado en Harvard Law Review (HART, 2013). Este ha venido a dar luces sobre el verdadero sentido en que Hart utilizó en sus distintas obras la palabra *discretion* para referirse a los casos en los que el derecho positivo ya no tiene respuesta²⁰⁰. Lo señalado por

¹⁹⁸ El artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, a propósito del contenido de la sentencia, realiza mención expresa a los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo, a falta de norma expresa que resuelva el asunto sometido a decisión del tribunal.

¹⁹⁹ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (i) b y c.

²⁰⁰ Dworkin criticó duramente a Hart por utilizar el término *discretion*, ya que entendió dicha palabra como sinónimo de arbitrariedad del juez, para los casos en los que el derecho no puede dar respuesta (DWORKIN, 2010). En cuanto a ello, solo puedo señalar aquí, sin la intención de extenderme innecesariamente en esta materia –que no es el objeto principal de este trabajo– que gran parte de esas críticas encuentran su explicación en el hecho de que ambos trabajan sus teorías desde veredas distintas. En efecto, mientras la teoría de Hart es una descripción del concepto de derecho, pues intenta responder a la pregunta filosófica de qué es el derecho, Dworkin intenta responder a la pregunta sobre la interpretación del derecho, por lo que puede definirse como una teoría de «práctica interpretativa». Así fue señalado por el propio Hart en respuesta a las críticas de Dworkin: «rechaza las principales tesis del concepto de derecho, aunque debería haberse dado cuenta de que estamos comprometidos en empresas intelectuales diferentes y que tenemos concepciones radicalmente diferentes sobre lo que la teoría jurídica y la jurisprudencia son o deberían ser» (HART, 1998: 358).

el autor resulta útil para identificar y aplicar los criterios normativos que ayudan al intérprete a precisar el significado de los términos o expresiones contenidos en la regla cuando esta es indeterminada²⁰¹, y así determinar lo requerido por el estándar de comportamiento.

Como se expuso²⁰², Hart entiende el derecho como una práctica social, identificada a través de una regla de reconocimiento (HART, 1963). Tratándose del reconocimiento del contenido del derecho, el autor prescinde de la moral, centrándose en la estructura e interrelaciones de las reglas y los principios jurídicos (HART, 1998: 349). Sin perjuicio, no desconoce la utilidad de pautas y criterios valorativos para decidir racionalmente los casos que denomina «de penumbra». En otras palabras, un punto medio entre formalismo y realismo, entre la pesadilla y el noble sueño (HART, 1963: 208 y ss.; HART, 1994).

En el *Concepto de Derecho*, Hart expuso que, frente a las ambigüedades o indeterminaciones propias de lenguaje, el juez, aunque no de forma arbitraria ni irracional, debe elegir discrecionalmente el significado de las reglas que interpreta, cuya textura es abierta (HART, 1963: 159 y ss.).

Hart señala en el texto *Discretion* que «el primer punto que aprendemos del término fuera del derecho es que sería erróneo identificar la noción de discreción con la mera elección. Son nociones distintas, pero relacionadas. Pienso que vale la pena recordar que la discreción es, ante todo, el nombre de una virtud intelectual: es un sinónimo cercano a la sabiduría práctica, sagacidad o prudencia; es el poder del discernir o distinguir lo que es adecuado hacer en diferentes campos y etimológicamente se relaciona con la noción de discernimiento. De ahí que se hable de edad de discreción, no solo significando la edad en que un ser humano es capaz de elegir (porque podemos elegir mucho antes de eso), sino la edad en que el juicio o discernimiento ha de ser ejercido en la elección que alcanza

²⁰¹ Los casos que se encuentran dentro de la zona de penumbra son tantos cuantos puedan considerarse atípicos o marginales en sus múltiples formas. Lo que en este trabajo interesa es la determinación de lo que exige la buena fe para el caso concreto, considerándose que la buena fe como norma de conducta es indeterminada y es en atención a ese carácter que no es posible al intérprete identificar claramente si el hecho constitutivo puede o no quedar comprendido en lo que la norma exige. V.gr. CARRIÓ, 1985: 56.

²⁰² Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) b.

madurez. Una persona discreta no solo es alguien que simplemente permanece en silencio, sino que elige estar en silencio cuando este es necesario» (HART, 2013: 656)²⁰³.

Así, discreción debe entenderse en la obra de Hart en su acepción de virtud –del latín *descretio*– como sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar.

Lo que acabo de exponer es de suma importancia, pues, no solo da un giro a la tradicional interpretación de discreción en la teoría de Hart, alejándose de esta impuesta fama de arbitrariedad (DWORKIN, 2010), sino que, además, reconoce que la utilización de esta virtud de discreción constituye un criterio a aplicar en los casos en los que no hay norma positiva que resuelva el asunto, pero tampoco puede quedar al arbitrio del juez inventar o construir derecho. Cito nuevamente al autor: «me parece, entonces, que la discreción ocupa un lugar intermedio entre elecciones dictadas puramente por un capricho personal o momentáneo y aquellas hechas para dar eficacia a métodos claros para obtener objetivos precisos o para conformarse a reglas cuya aplicación al caso particular es obvia...» (HART, 2013: 658).

El correcto entendimiento de la voz discreción en la obra de Hart permite entonces identificar la forma en que el intérprete debe proceder tanto en los casos en que el texto positivo no ofrece respuesta, como en las situaciones en las que el intérprete no puede, a través de un mero ejercicio automático, aplicar las normas por la indeterminación de las conductas o palabras contenidas en ella. Así y citando nuevamente a Hart, «me parece claro que solo porque hay un punto en que ya no podemos ser guiados por principios y a lo más podemos pedir la confirmación de nuestro juicio a personas que se han sometido a una disciplina similar antes de decidir, que tenemos en la discreción la esfera donde los argumentos a favor de una decisión u otra puede ser racional sin ser concluyente. No hay duda de que aprendemos a través de sucesivos ejercicios de discreción en un campo similar y descubrimos que en el sentido explicado anteriormente aparece vindicado para identificar factores...» (HART, 2013: 665).

²⁰³ Traducción efectuada por la autora desde el inglés al español, en adelante «traducción propia».

Nótese lo relevante de lo recientemente transcrito. Hart señala que, para el ejercicio de esta discreción, lo crucial es la experiencia, aprender de los usos sucesivos de la discreción en ámbitos similares, identificando los factores necesarios para justificar o, más bien, legitimar su decisión.

Pero esto no es todo. Esta idea de discreción como virtud puede complementarse con lo señalado por el autor en el *post scriptum*, texto en el cual claramente señala el estándar que se espera del juez frente a los casos difíciles en los que no existe una respuesta por parte del derecho, apelando a la idea de legislador responsable: «No obstante, habrá casos en que el derecho vigente no imponga ninguna decisión considerada como la correcta y para fallarlos el juez deberá ejercer sus facultades de crear derecho. Pero no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, siempre debe tener razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador responsable, decidiendo de acuerdo con sus propias convicciones y valores...» (HART, 1997: 261).

Hart vuelve al mismo punto que ya he señalado. Enfatiza que la conducta esperable de quien toma decisiones (el juez), faltando la norma expresa que resuelva el conflicto, consiste en actuar bajo el estándar del legislador responsable, concepto que se parece mucho al estándar medio de conducta utilizado en derecho civil del buen padre de familia u hombre razonable, que alude a la noción o a la conducta de una persona diligente en el ejercicio de sus funciones, cuestión que nuevamente nos aleja de la interpretación de arbitrariedad o conducta antojadiza mal asociada al concepto de discreción. Nótese, empero, que Hart señala que este juez en su función de «legislador responsable» debe actuar conforme a sus propias convicciones o valores. Cuestión que necesariamente (para mantener la coherencia en lo señalado respecto del argumento de Hart) debería entenderse como valores morales, propios e incorporados en una sociedad por el reconocimiento práctico de ella, y no una moral subjetiva o antojadiza²⁰⁴.

²⁰⁴ Tratándose de Hart, esta moral no podría ser una moral iusnaturalista Tomista, de la cual intenta escapar, sino de una moral, en el sentido de lo que él mismo señala en el *Concepto de Derecho*: «aquella que se refiere a lo que ha de hacerse o no hacerse en circunstancias que se repiten constantemente en la vida de un grupo, y no a actividades raras o intermitentes que tienen lugar en ocasiones deliberadamente escogidas» (HART, 1963: 212).

Esto último se relaciona con lo expuesto varios años más tarde por MacCormick, quien dentro del orden normativo considera la presencia de prácticas implícitas, las que dado ese carácter y no obstante no encontrarse contenidas en la regla, responden normativamente al entendimiento mutuo de los individuos y sus expectativas recíprocas (MACCORMICK, 2011: 33).

Este autor señala que «no es necesario que exista una regla o conjunto de reglas articuladas explícitamente que constituyan la práctica en cuestión, basta con que existan interpretaciones recíprocas de creencias normativas recíprocas» (MACCORMICK, 2011: 35). Esto es: «Yo actúo como creo que es correcto actuar, bajo la creencia de que tú también crees que es correcto y actúas recíprocamente sobre tu opinión, y así sucesivamente. Nosotros tenemos creencias recíprocas que son normativas en su contenido y suficientes personas deben actuar sobre la base de estas creencias para que sea el caso de que tales creencias recíprocas sean normalmente satisfechas y para que los casos de disconformidad sean tratados como criticables sobre la misma base» (MACCORMICK, 2011: 35).

En todo caso, para la identificación de estas prácticas implícitas, el intérprete no debe recurrir a un ejercicio empírico. Las creencias recíprocas de lo que es correcto hacer en una comunidad y en un momento determinado se establecen por el juez utilizando su discreción, prudencia y experiencia. De lo contrario, caemos nuevamente en el mismo problema de la indeterminación empírica de las prácticas expuesto en apartado (i) d.1 anterior.

Lo que aquí se ha discutido resulta interesante no solo desde el punto de vista del teórico del derecho, sino también para quien lo aplica, lo ejerce y lo enseña. La idea de discreción en los términos que se han expuesto, sumada a esta noción de legislador responsable, permite identificar la forma en que el intérprete se enfrenta racionalmente a la solución de los conflictos que debe resolver y para los cuales no existe norma expresa en el ordenamiento jurídico vigente o la norma a aplicar es indeterminada.

En efecto, si el juez debe aplicar pautas o criterios normativos en la decisión del caso concreto para identificar lo que una determinada norma exige, como ocurre en los casos en que el juez debe precisar lo exigido por un estándar de comportamiento, debe actuar con discreción, prudencia y valiéndose de su experiencia e identificar y aplicar las creencias normativas recíprocas, que responden al entendimiento mutuo de los individuos que son miembros de una comunidad y a sus expectativas respecto de lo que es correcto hacer en un momento dado²⁰⁵. Luego, habiendo aplicado estos criterios normativos, el intérprete podrá determinar lo que la buena fe exige para el caso concreto como estándar de conducta y solo así aplicar esta como criterio de interpretación e integración contractual.

(iii) Medida o extensión de lo exigido por la buena fe

Corresponde tratar la extensión o medida de lo que puede exigirse en razón de la buena fe como deber de conducta en las relaciones contractuales. Este punto es de suma relevancia para los efectos de este trabajo, pues permite acotar o establecer un rango o, si se quiere, un parámetro dentro de lo que cada parte puede esperar le resulte exigible por aplicación de la buena fe. Ello pues, no obstante las grandes ventajas que la buena fe presenta –de las cuales se ha dado cuenta a lo largo de este trabajo– no es menos cierto que la incorporación de deberes de conducta en razón de ella debe ser utilizada con prudencia y solo en la medida que, atribuido el significado a las disposiciones, se identifique por el intérprete la necesidad de ciertas conductas adicionales para satisfacer la prestación y/o asegurar el éxito del contrato y, con ello, las expectativas de los contratantes.

a. El respeto por el interés ajeno como medida general de lo exigido por la buena fe

La teoría dispone que la buena fe en general, como deber de conducta, siempre exige una consideración del interés ajeno. Así lo expresan Papayannis y Pereira al señalar que las exigencias de la buena fe imponen, entre otras cosas, tomar en serio los intereses del otro (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 33).

²⁰⁵ Las prácticas normativas suelen tener matices locales (MACCORMICK, 2011: 34).

Esta idea ha sido desarrollada anteriormente por Betti, para quien la buena fe consiste en una conducta caracterizada por el consciente respeto hacia el interés de la contraparte, «en una actitud de activa cooperación en interés ajeno, en una actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte» (BETTI, 2019: 61).

De esta forma, cuando la doctrina civil se refiere a la buena fe como aquella que exige la satisfacción del interés ajeno o cooperación, lo hace entendiendo por interés ajeno a aquel interés que siempre tiene el acreedor en el cumplimiento de la prestación, que no es otro que el interés que objetivamente se desprende de la relación contractual constituida (BETTI, 2019: 50). Así, toda relación contractual lleva implícita en razón de la buena fe un deber de contribuir a la satisfacción del interés de la parte contraria o, dicho de otro modo, el deber de satisfacer la razonable expectativa que cada parte tiene con la celebración del contrato. El interés del acreedor, por lo tanto, no resulta irrelevante para el deudor y, por lo mismo, debe ser por considerado, respetado y tomado en serio, por la aplicación de la buena fe en todo tipo de relación contractual.

Sin embargo, este deber general de la buena fe no puede imponer a los contratantes algo adicional a lo que razonablemente puede esperarse en atención al tipo de contrato que se trate²⁰⁶. Esto es –como se verá en el apartado siguiente–, la moral del deber es la medida de lo exigido por la buena fe.

b. La moral del deber como medida de exigencia de la buena fe

De acuerdo con lo señalado por la doctrina²⁰⁷ y jurisprudencia chilena²⁰⁸, los deberes de conducta que se incorporan al contrato en razón de la buena fe tienen como medida o

²⁰⁶ Ya sea por el tipo particular de negocio, por su duración en el tiempo o por el tipo de partes que intervengan en su celebración.

²⁰⁷ Esta idea de considerar a la moral del deber como medida de lo que se exige por aplicación de la buena fe ha sido recogida por Elorriaga y López, quienes, desde la dogmática chilena y siguiendo a su vez la referencia efectuada por Barros a Fuller, señalan que, en cuanto a los alcances de la buena fe objetiva, esta se sitúa en el ámbito de la moral del deber y no de la moral de aspiración (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 437). En cuanto a la buena fe como estándar de conducta, Barros, siguiendo la clásica distinción de Fuller entre moral del deber y moral de aspiración, señala que «el objetivo de una moral del deber no es hacer de cada persona un héroe o un

parámetro –según la terminología utilizada por Fuller– la moral del deber, es decir, aquella que «prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada, o sin las cuales una sociedad ordenada encaminada a ciertos fines específicos tiene que fracasar en sus intentos» (FULLER, 1967: 12). La moral del deber se diferencia de la moral de aspiración pues esta última impone un deber de conducta más cercano a la virtud, o sea, a lograr aquel comportamiento humano que se acerca de mejor forma a un ideal de conducta (FULLER, 1967: 12).

Para una mejor explicación de lo que se expone, Fuller dentro del desarrollo de su teoría²⁰⁹, y a propósito de la comprensión de la extensión del deber conducta, considera fundamental la idea de reciprocidad. El autor afirma que «lo que la regla de oro trata de dar a establecer no es que la sociedad esté compuesta por una red de convenios explícitos, sino que esta se mantiene unida por un fuerte nexo de reciprocidad. Vestigios de este concepto se encuentran en toda moral del deber (...) donde quiera que trata de justificarse un llamamiento al deber, lo hace en términos parecidos al principio de la reciprocidad» (FULLER, 1967: 29).

Esta idea de reciprocidad llevada al ámbito de las relaciones contractuales puede entenderse –continuando con la línea de Fuller– como una expectativa legítima respecto de la conducta que puede esperarse del otro, de manera tal que puede perfectamente razonarse que los contratantes «solo uniéndose reafirman primero sus diferencias y las diluyen satisfactoriamente sobre la base de una recíproca necesidad, del uno respecto del otro y porque ambos tienen lo que el otro, con el que contratan, necesita» (FULLER, 1967: 29).

santo, sino un ciudadano cumplidor de los requerimientos básicos que plantea la vida social... De lo que se trata es de excluir el abuso y la mala fe y no de prescribir el altruismo y la perfección» (BARROS, 1983: 12).

²⁰⁸ *Banco de Chile con I.J.E.V (2011), M.L. & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014).*

²⁰⁹ En la obra de Fuller referida sobre la moral y el derecho, el autor intenta aproximarse a uno de los aspectos más complejos que se presentan hasta hoy en la teoría del derecho, que es la relación que existe entre este y la moral, así como en la comprensión de los deberes morales que en su entender forman parte del contenido del derecho. Expone así: «Tenemos definiciones del derecho en una abundancia casi innecesaria. Pero cuando se compara el derecho con la moral, parece darse por supuesto que todo el mundo sabe lo que comprende el segundo término de comparación. Thomas Reed Powell solía decir que, si se puede pensar acerca de algo que esté relacionado con algo, más sin pensar acerca de la cosa con la que está relacionado, se tiene una mente legal. En el presente caso me ha parecido que la mentalidad legal se agota a sí misma al pensar acerca del derecho y se contenta con dejar sin examinar la cosa con la cual se relaciona el derecho y de la cual se distingue» (FULLER: 1967: 11).

Si se entiende la reciprocidad como una expectativa legítima respecto de la conducta que puede esperarse del otro –propia de las relaciones contractuales en el derecho privado– no es difícil advertir que esta no solo adquiere relevancia desde el punto de vista de las recíprocas necesidades que surgen para las partes en un contrato bilateral, ya que cada parte tiene precisamente lo que la otra necesita y viceversa, sino además se materializa en concreto, como lo ha señalado la doctrina en Chile²¹⁰, en la aplicación de la medida o extensión de la buena fe como deber de conducta.

En efecto, aplicar esta noción de moral del deber a lo exigido por la buena fe implica que esta solo exige aquello que razonablemente puede esperarse de otro, nada más. No puede, en consecuencia, exigirse un sacrificio adicional²¹¹. Esto, en general, es aplicable no solo a la buena fe, sino a cualquier deber de conducta, pues, una norma jurídica en un sistema liberal no puede imponer a las personas la perfección moral²¹².

Debo precisar que el hecho de que la moral del deber sea la medida de exigencia de la buena fe no es óbice –como se expondrá²¹³– para que en determinados contratos aquello que sea exigible para cumplir con la prestación y/o satisfacer las expectativas de los contratantes, sea cercano a un comportamiento ideal. Más aún la buena fe no excluye, sino por el contrario, exige en determinados tipos contractuales velar por el interés ajeno, esto es, beneficiar sus intereses o protegerlos de una manera especial²¹⁴.

Lo que trataré a continuación es que en el derecho de contratos la regla general es que cada parte vele por la satisfacción y beneficio de sus propios intereses. Solo que, en ciertos casos y en determinados tipos de estos, la satisfacción del interés propio no puede lograrse sino mediante una constante interacción con otro que exige dejar a un lado los intereses

²¹⁰ V.gr. ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 437.

²¹¹ Desde la vereda de una parte de dogmática civil italiana Amato sostiene que, en las relaciones de intercambio, la buena fe crea deberes y vínculos recíprocos consistentes en comportarse de manera leal y honesta, tutelando los intereses del otro en los límites del sacrificio apreciable (AMATO, 2017: 108).

²¹² V.gr. NINO, 2003: 75 y ss. En Chile, Rodríguez ha señalado que el deudor al obligarse asume el compromiso jurídico de realizar una conducta que razonablemente conduce a dar, hacer o no hacer (RODRÍGUEZ, 1992).

²¹³ Ver *infra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) d.

²¹⁴ Ver *infra* Capítulo III. Segunda Parte (i) b.

personales, ello en tanto es la interacción con la contraparte lo que permitirá a la larga la satisfacción del interés propio (CAUMONT, 2014: 245 y ss.). En definitiva, estos tipos de contratos son el objeto principal de análisis en el presente trabajo²¹⁵.

c. Velar por el propio interés es la regla general

Partiré asumiendo que las partes contratantes actúan en la celebración del contrato y en su ejecución racionalmente²¹⁶, en igualdad de condiciones y con un mismo poder negociador²¹⁷. De esta forma, el contrato es un dispositivo que favorece los intercambios libremente consentidos, desplazando los recursos desde la posición de menor valor hacia los de mayor valor (DE LA MAZA, 2006: 134 y 135). Además, es un instrumento de distribución de riesgos²¹⁸, en el cual, a través de la negociación de sus cláusulas, los contratantes intentan mejorar sus posiciones (DE LA MAZA, 2006: 134 y 135)²¹⁹.

Los contratos son en general mecanismos para satisfacer los fines que las personas por sí solas no pueden satisfacer, pues requieren de otro²²⁰. Como hemos visto²²¹, la prestación

²¹⁵ Respecto del análisis de este tipo de contratos ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b y (ii).

²¹⁶ En este trabajo asumiré la noción de racionalidad expuesta por Coleman: aquella en que los elementos fundamentales del contrato racional son la racionalidad colectiva, individual y de la concesión (COLEMAN, 2010). De la Maza refiriéndose a la racionalidad señala: «si se asume que el legislador tiene que crear reglas generales que resulten útiles para las partes y teniendo en cuenta que no es posible escrutar detalladamente las preferencias de estas para cada caso, debe optarse por un cierto modelo de comportamiento. La pregunta, entonces, no es si el modelo de racionalidad al que me refiero es perfecto en términos que describe adecuadamente todas las conductas de todos los negociantes, sino si existe un modelo alternativo superior al cual el legislador pueda echar mano para diseñar reglas de aplicación general. Si este modelo superior no se encuentra disponible, entonces parece conveniente recurrir a este modelo de racionalidad como guía» (DE LA MAZA, 2006: 135).

²¹⁷ Para las situaciones de asimetría entre los contratantes, existen normas explícitas que permiten equilibrar estas diferencias, y que son parte del llamado orden público de protección (TAPIA, 2005: 235 y ss.).

²¹⁸ V.gr. BARCIA, 1998.

²¹⁹ Esto según Coleman es la racionalidad de concesión o distributiva «además de este interés común, cada parte busca maximizar su cuota relativa de beneficios» (COLEMAN, 2010: 50).

²²⁰ Messineo señala que el contrato se manifiesta como una entidad instrumental y por lo tanto «cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente contrapuestos, o por lo menos no coincidentes (...) los que se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad» (MESSINEO, 2018: 62). Comparto, por lo tanto, la premisa de la visión liberal del derecho de contratos que caracteriza a este por facilitar la disposición de los derechos conforme a lo que a cada individuo mejor le parezca a efectos de satisfacer sus necesidades. Desde el ámbito de la filosofía del derecho privado y bajo una mirada liberal del contrato, Fried afirma: «el derecho de la responsabilidad extracontractual y el de propiedad reconocen los derechos que como individuos tenemos

exige siempre de una acción u omisión de un otro, solo que para que la cooperación que es implícita a cualquier contrato sea racional, «cada individuo debe percibir que el cumplimiento lo beneficia» (COLEMAN, 2010: 50).

Si la premisa es la racionalidad de las partes contratantes en el sentido antes expuesto, entonces, conforme a De la Maza, se derivan dos consecuencias: que las partes no se van a comportar filantrópicamente, entendiendo por tal una conducta cuya motivación es la consideración a la posición del otro contratante; y que ni legislador ni los jueces deberían exigirles a los contratantes ese tipo de conducta (DE LA MAZA, 2006: 136). Citando a estos efectos a Papayannis y Pereira, el derecho de contratos, desde una óptica liberal, «establece un contexto en el cual las partes pueden desenvolverse bajo el lema *just business*. En los negocios nadie puede ofenderse por el hecho de que la contraparte busque maximizar su propio interés, en la medida que no lo haga a costa del otro, y esto es justamente para lo cual se implementa el remedio indemnizatorio» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 28)²²².

Lo recién señalado implica entonces que en los contratos la regla general es que cada parte vele por sus propios intereses, sin que les sea exigible una conducta que requiera velar por

sobre nuestras personas, nuestro trabajo y alguna porción definida del mundo externo, mientras que el derecho de contratos nos facilita la disposición de esos derechos en los términos que mejor nos parezcan. El régimen de derecho contractual, que respeta la forma en que los individuos disponen de sus derechos, lleva a su conclusión natural la premisa liberal de que los individuos tienen derechos. Y por su parte, la teoría voluntarista del contrato, que mira a las obligaciones contractuales como esencialmente autoimpuestas, es una justa derivación del individualismo liberal» (FRIED, 1996: 12). El derecho de contrato es mucho más complejo que la sola relación entre dos partes que con igual poder negociador se interrelacionan con la finalidad de satisfacer sus propios intereses. Esta idea se ve reflejada en una serie de instituciones presentes en el derecho de contratos que rompen el esquema clásico contractual por el cual el contrato pasa de ser solo una cuestión de interés exclusivo de los particulares, a considerarse una disciplina en que para el interés general puede resultar relevante. Además, el derecho privado no puede ser solo explicado sobre la base de criterios correctivos, resultando necesarios además fines distributivos. Véase PAPAYANNIS, 2016: 303 y ss. No obstante, y reconociendo absolutamente la complejidad que presenta el derecho de contratos actual, el análisis que en este trabajo se efectúa tiene su rendimiento en aquella parte del derecho de contratos que aún puede explicarse conforme al esquema clásico contractual.

²²¹ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) c y d.

²²² Debo señalar, en todo caso, que no es desconocido para esta autora que el derecho de contratos en no pocos casos hace excepción en esta regla, sobre todo cuando existe asimetría en el poder negociador y en la información. Pese a ello, este estudio se concentra básicamente en los casos en los que se cumple con el ideal formal contractual de equivalencia entre las partes y, por lo tanto, estas son autónomas y libres en la toma de sus decisiones. Esta es una postura liberal que es perfectamente compatible con ciertos casos en los cuales el sistema jurídico impone restricciones o protege a un grupo de contratantes, por encontrarse estos en posiciones desfavorecidas. V.gr. KIMEL, 2018: 206 y ss.

el interés del otro²²³. Esto es, la cooperación que todo contrato requiere por exigencia de la buena fe, que implica respetar y tomar en serio el interés del otro en el cumplimiento de la prestación no exige proteger especialmente el interés ajeno ni beneficiarlo²²⁴.

Pensemos en el siguiente ejemplo: Kotaix (K) y Tanu (T) celebran un contrato de ejecución de obra por el cual K le encarga a T que prepare un pastel de dos pisos con las figuritas de *fall guys* para celebrar el cumpleaños número 10 de su hijo. En este caso, elaborar por parte de T el pastel según los requerimientos de K es la prestación (P1). El cumpleaños es el día 1 de febrero, fecha en que, en la ciudad de Santiago, las temperaturas son bastante elevadas. T se ha comprometido, además, a dejar en el domicilio de K el pastel de cumpleaños a las 12:00 am del día 1 de febrero. Esta es la segunda prestación (P2). Las partes han acordado entonces las prestaciones P1 y P2, su precio, fecha y lugar de entrega, nada más. La pregunta es: ¿es exigible a T asegurar que el pastel sea transportado mediante algún mecanismo que impida que en el trayecto este y las figuritas se vean deformadas producto del calor?

Para dar solución al problema expuesto es útil la buena fe como criterio de interpretación e integración, según el esquema ya analizado²²⁵. Así, P2 admite dos posibles interpretaciones: O y O'. O implica que transportar el pastel solo incluye trasladar este desde el negocio de T a la casa de K. O' implica que para transportar el pastel desde el negocio de T a la casa de K debe utilizarse un mecanismo idóneo para no estropearlo a causa del calor. Si utilizando la buena fe como criterio de interpretación puede elegirse entre O y O', el intérprete opta por O' pues es la única forma en que la expectativa de K pueda ser cumplida

²²³ Ello es coincidente con la máxima romana *caveat emptor*, presente en los distintos ordenamientos jurídicos de la tradición continental. De acuerdo con esta máxima, ante la falta de cualidades de la cosa vendida el riesgo es del comprador. El vendedor no garantiza el estado cualitativo de la cosa (MORALES, 2012). En este sentido, es de responsabilidad de cada parte velar por sus propios intereses.

²²⁴ «Objetivamente el orden jurídico exige en este sentido, una actitud de constante respeto y consideración a la dignidad de los otros como fin en sí mismo y no como un medio del que se puede disponer para fines egoístas. Llevado este concepto al contrato, significa entonces una actitud activa de colaboración mediante conductas positivas y/o negativas destinadas a la obtención del fin del contrato, sin que esa voluntad resulte dañada por la desmedida utilidad de las relaciones contractuales; la ganancia esperable solo puede ser satisfecha hasta el límite del sano despliegue de la sagacidad de los contratantes o de recursos de ingenio en la concreción de sus propósitos orientándose de esa manera la satisfacción del interés o necesidad de las partes» (*Construcciones Industriales y Civiles Limitada con Barrón Vieyra International Limitada* (2015).

²²⁵ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) b.

satisfactoriamente. Considerando que O' es la interpretación relevante, la conducta de transportar el pastel mediante algún mecanismo que impida que en el trayecto este y las figuritas se vean deformadas producto del calor se encuentra lógicamente implicada y es por lo tanto jurídicamente exigible. Se incorpora en consecuencia al contrato como conducta exigible el deber de transportar el pastel por algún medio idóneo para que este no se estropee en el trayecto. Luego, T para cumplir con su obligación debe cumplir no sólo con la entrega del pastel, sino que este debe además ser transportado de forma segura para que no se arruine.

Fijémonos ahora en la conducta de transportar el pastel por algún medio adecuado para que este se mantenga en perfecto estado. T sólo cumpliendo con esta obligación puede cumplir con su obligación de transportar el pastel a la casa de K, de acuerdo con la interpretación relevante, y entregar satisfactoriamente este a K. Es evidente que T debe respetar los intereses de K, y es por ello por lo que debe cumplir P1+ P2 por un medio que asegure que el pastel será transportado sin arruinarse. Luego, la exigencia de transportar el pastel de una forma que impida que este se deteriore en el trayecto es una consecuencia de que T tome en serio los intereses de K, pero de ello no se deriva que deba velar, proteger o beneficiar los intereses de K. El contrato sigue desarrollándose bajo el lema *just business*. Así K no podría ofenderse si es que T cumple con su deber de transportar el pastel por algún medio idóneo que asegure que no se desfigure con el calor utilizando un *cooler* con hielo y no se lo deja en préstamo mientras dure la fiesta de cumpleaños. Esto es lo que razonablemente resulta exigible en este contrato según la buena fe, y que sería lo que la moral del deber como medida de ella requiere.

Ahora bien, sin perjuicio de que la regla general sea que en los contratos las partes persigan la satisfacción de sus propios intereses y beneficios, ello no es óbice para que en cierto tipo de contratos la satisfacción del interés propio no pueda lograrse sino mediante una constante interacción con la contraparte, que exija velar por el interés del otro, pues solo así se permitirá en el tiempo la satisfacción del interés propio²²⁶. Veamos un ejemplo. Para ello, cambiaré algunos de los hechos del caso anterior.

²²⁶ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) a y b.

K y T celebra un contrato de suministro, por el cual T debe entregar todos los sábados a K, que ahora es una cafetería, dos pasteles con las figuritas de *full guys*, más dos kilos de galletas artesanales y 100 medias lunas, para que K pueda ofrecerlos a la venta a sus clientes. T es el único que suministra este tipo de productos a K. K, por su parte, vende los productos de T en su cafetería y le paga a T lo que obtiene por ello y descuenta un 20% como ganancia.

El mismo sábado 1 de febrero, que como se dijo, en Santiago había una temperatura extremadamente elevada, T decide que lo mejor es transportar los pasteles, galletas y medias lunas en un frigorífico portátil que permitirá que lleguen en perfecto estado a la cafetería de K. T sabe que por la temperatura que hay ese día, en particular los pasteles no soportarán en la vitrina de K más de un par de horas ¿Debe T prestarle el frigorífico a K?

A diferencia del caso anterior, para T no le resulta indiferente si K puede o no mantener en buenas condiciones los pasteles para su venta, pues sabe que, si los pasteles se estropean a las pocas horas de ser entregados, K no los podrá vender y si K no vende pasteles, T no recibirá ganancia alguna. En este sentido, la satisfacción del interés de T no puede cumplirse sino velando especialmente por el interés de K²²⁷.

d. El sentido débil y fuerte de la buena fe

De la Maza –a propósito del deber de información– señala que es posible advertir dos sentidos de la buena fe (DE LA MAZA, 2008: 52). Buena fe en un sentido débil, esto es, aquella entendida como no traición y que impone el deber de no defraudar las expectativas razonables del otro negociante, cuestión que se traduce en el deber que tiene una parte para con la otra de contribuir con el cumplimiento de su pretensión. Y buena fe en sentido fuerte, cuya exigencia implicaría un criterio de conducta más elevado inspirado e informado por el interés de la otra parte (DE LA MAZA, 2008: 52).

²²⁷ Los casos en los cuales el deber de buena fe, que denominaré en este trabajo lealtad, exige a las partes velar por el interés de otro en los contratos en los que la confianza es condición necesaria para su éxito serán tratados en el Capítulo III, Segunda Parte de este trabajo.

Aunque De la Maza no lo manifiesta, la forma de comprender esta especie de gradación que advierte en la buena fe, y para ser consistente con lo expuesto precedentemente, necesariamente debe enmarcarse en lo que razonablemente exige cada contrato conforme a la moral del deber. En efecto, si es cierto que existe un sentido débil y un sentido fuerte de la buena fe, la mayor exigencia de esta última no podría imponer a los contratantes un sacrificio adicional al que razonablemente puede esperarse en razón al tipo de contrato de que se trate. Una opinión contraria importaría exigir a los contratantes una conducta cercana a la perfección moral, que como ya fue señalado se encuentra en tensión y en contradicción con cualquier sistema contractual liberal²²⁸.

Una correcta lectura a lo señalado por De la Maza implica que la buena fe, en su sentido fuerte, no es más exigente que aquella que razonablemente puede esperarse en un tipo particular de contrato, sino más exigente con relación a otros contratos en los cuales el deber de conducta –que por requerimiento de la buena fe se integra– no exige velar, proteger o beneficiar especialmente el interés ajeno.

Si bien lo anterior en mi parecer es acertado, falta aún bastante más por examinar y analizar, pues, no existe claridad respecto de cuáles serían los tipos contractuales en los cuales la buena fe exigiría este estándar de comportamiento mayor, así como tampoco hay referencias a lo que justifica que, en ciertos contratos, el nivel de exigencia de la buena fe sea más elevado²²⁹.

En la doctrina civil extranjera, Betti algo ha dicho respecto del tipo de contratos en los que la buena fe sería más exigente, aunque no se refiere a un sentido débil y un sentido fuerte de ella. Este autor ha afirmado que «la buena fe contractual en las relaciones de cambio, en las relaciones asociativas, en sentido amplio, en las que se trata de poner en común los esfuerzos para una finalidad de intereses comunes, la buena fe abraza todo cuanto es necesario para alcanzar ese objetivo común, y, por tanto, se potencia un deber de fidelidad»

²²⁸ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) b.

²²⁹ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) y (ii).

(BETTI, 2019: 73). El autor además dice: «aquí debemos tener cuidado en destacar que ese compromiso, en que consiste la buena fe, se manifiesta de diversos modos, según los diferentes tipos de relaciones de obligación. De una intensidad menor en las relaciones de cambio se llega a una intensidad cada vez mayor en las relaciones que pueden llamarse de tipo asociativo, como la sociedad, los consorcios, las cooperativas (piénsese en las agrícolas), como también en las relaciones de trabajo, cuando se trata de trabajo permanente» (BETTI, 2019: 80).

Betti entonces advierte que en los contratos en los que las partes ponen sus esfuerzos en obtener una finalidad común –que él denomina como asociativos–, la buena fe requerida para alcanzar ese objetivo común sería mayor que la exigida en el resto de los contratos. Esta constatación es, sin duda, bastante más esclarecedora para poder identificar los tipos contractuales en los que la buena fe impone un nivel mayor de exigencia. No obstante, es aún insuficiente. Primero, porque pueden existir casos contractuales que no sean de carácter asociativo en los cuales se advierta esta mayor intensidad en la exigencia del deber de buena fe, como ocurre en un contrato de mandato²³⁰. Segundo, porque no justifica que, en determinados tipos de contratos –y no en otros–, se requiera a las partes una mayor exigencia de la buena fe. Tercero, porque tampoco se refiere a los efectos prácticos que se derivarían de esta mayor exigencia de la buena fe en cierto tipo de contratos.

La falta de precisión con relación a los tipos contractuales en los que la buena fe impone un modelo de comportamiento más exigente, la ausencia de justificación de un deber más fuerte impuesto en ciertos casos por la buena fe y la omisión de los efectos que se derivarían de la exigencia de un deber más elevado, son las razones que me motivan a dedicar los próximos capítulos de este trabajo a analizar el deber de lealtad contractual y los deberes específicos de conducta requeridos por este, y que se encuentran orientados hacia la protección o beneficio del interés ajeno. Expondré así²³¹, la noción de lealtad, su relación con la buena fe, su aplicación al derecho de contratos y su justificación. Identificaré, que los contratos en los cuales el deber exigido a los contratantes es un deber de lealtad son

²³⁰ Ver *infra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.2.

²³¹ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte. (i).

aquellos en los que la confianza es condición necesaria para su éxito, argumentaré que lo que justifica estos deberes es la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que se requiere para que el contrato sea exitoso²³², y en la necesidad de generar la confianza que el contrato requiere²³³.

e. Lo exigido por la buena fe y su relación con el altruismo

En los apartados anteriores²³⁴, expuse que el deber general de buena fe exige respetar y tomar en serio los intereses del otro y, debido a ello, los contratantes deben hacer todo cuanto sea necesario y razonable para el cumplimiento de la prestación, sin que se imponga un sacrificio adicional a lo que razonablemente puede esperarse en atención al tipo de contrato que se trate. Además, señalé que la regla general es que en los contratos las partes persigan la satisfacción de sus propios intereses y beneficios, pero que, en ciertos casos y en determinados tipos de contratos, la satisfacción del interés propio no puede lograrse sino mediante una constante interacción con la contraparte, en tanto permitirá a la larga la satisfacción del interés propio²³⁵.

En este último apartado quisiera despejar la diferencia entre los casos en que la buena fe dentro de la moral del deber impone a los contratantes velar o proteger especialmente el interés ajeno (buena fe en su sentido fuerte o), y el altruismo que sería exigido por la moral de aspiración²³⁶.

Si se entiende por altruismo, incluso en su versión moderada, una suerte de sacrificio en pos del interés del otro en razón de su propio bien (PEREIRA, 2018: 140)²³⁷, es muy distinto de lo que aquí he expuesto a propósito del nivel mayor de exigencia de la buena fe que se presentaría en ciertos casos y que requeriría a los contratantes proteger y beneficiar el interés ajeno. Los deberes de conducta más exigentes son aquellos que, exigidos por la

²³² Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.1.

²³³ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

²³⁴ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) a y b.

²³⁵ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) c y d.

²³⁶ Volveré sobre esto en *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.2.

²³⁷ Respecto del altruismo en el derecho de contratos v.gr. PEREIRA, 2018: 149 y ss. El deber de velar por el interés ajeno, a diferencia del altruismo, es perfectamente compatible con una noción liberal del contrato.

buena fe en su sentido fuerte, implican velar por el interés del otro, porque el deber se justifica en la confianza que es necesaria generar para que el contrato funcione. Esto significa que sin este deber que requiere una mayor exigencia, las partes racionalmente no pueden protegerse ante la vulnerabilidad que es inherente a los contratos que requieren de una cooperación fuerte y confianza para su éxito. Sin la exigencia de este tipo de deber, el contrato se vuelve racionalmente inviable, pierde sentido. Como se verá²³⁸, difícilmente alguien acepte celebrar y ejecutar uno de estos contratos si no se exige un deber que asegure que el otro no solo velará por sus intereses sino además por los de la otra parte del contrato²³⁹.

²³⁸ Véase *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.1.

²³⁹ A cada contratante que celebra un contrato «le interesa protegerse de la traición o el aprovechamiento gratuito de los demás», y para ello el derecho exige a los contratantes cumplir con los deberes que forman parte del contenido del contrato. Esto es, de acuerdo con Coleman, la racionalidad individual (COLEMAN, 2010: 50 y 51).

Conclusiones

1. Los deberes jurídicos en general y la buena fe como deber de conducta en particular no se encuentran condicionados conceptualmente en la existencia de una sanción o mecanismos de ejecución. Un deber jurídico se reconoce por su exigencia normativa, que califica una determinada acción y omisión como obligatoria. Por su parte, lo que exige el derecho y que es su contenido se identifica a partir de sus fuentes sociales (ley, costumbre, principios y jurisprudencia), entendidas como reglas que permiten identificar deberes jurídicos. Estos, en una relación jurídica de derecho privado, son siempre relacionales.

2. El carácter relacional de los deberes jurídicos se manifiesta en la interacción que se tiene con otro a quien es exigible un determinado comportamiento. Luego, tratándose de deberes contractuales que forman parte del contenido del contrato se advierte además la existencia de un derecho subjetivo que no puede satisfacer por sí solo, pues requiere que la otra parte del contrato realice una determinada conducta o la omita (la prestación). En este sentido, los deberes contractuales tienen como correlativo un derecho subjetivo como prestación, el cual va acompañado por regla general de un derecho de segundo grado (derecho como pretensión), para ejercer procesalmente los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de exigir el cumplimiento del contrato en especie, la indemnización de perjuicios o la resolución del contrato. No obstante, el deber jurídico contractual, al igual que los deberes en general, no se define por la sanción ni por su posibilidad de ejecución.

3. Debe distinguirse la buena fe como deber jurídico de los deberes específicos que ella precisa o exige integrar a un contrato porque resultan necesarios para la satisfacción de la prestación y/o de las expectativas de los contratantes. La buena fe como deber jurídico justifica su carácter de tal, en tanto, la propia ley se refiere a ella, y es la ley una de las fuentes sociales válidamente reconocidas por el derecho. Por su parte, son los deberes de conducta específicos exigidos por la buena fe los que constituyen obligaciones contractuales que se integran como contenido del contrato y respecto de los cuales las partes contratantes tienen un derecho subjetivo como prestación y generalmente un derecho de segundo grado como pretensión.

4. La buena fe como deber jurídico exige a los contratantes una acción u omisión. Es una guía de comportamiento aplicable durante todo el *íter* contractual, que funciona bidireccionalmente, siempre con relación al otro que es parte del contrato, tanto como modelo de comportamiento exigible en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de obligaciones contractuales.

5. La justificación de la buena fe como deber jurídico es necesaria para que el intérprete pueda utilizarla como criterio para atribuir significado a las disposiciones contractuales e integrar el contenido del contrato. A partir de ello, conforme a la interpretación relevante efectuada por el intérprete, se podrán identificar como exigibles deberes de conducta que se encuentran lógicamente implicados, los cuales se incorporan como parte del contenido del contrato y son exigibles a los contratantes. La buena fe como deber de conducta es un modelo de comportamiento exigible, pero de su sola infracción no se deriva un derecho subjetivo como pretensión. Los efectos de la infracción del deber general de buena fe se advierten siempre con relación al ejercicio de un derecho o al cumplimiento de una obligación contractual.

6. Los deberes de conducta específicos que son exigidos por la buena fe e integrados en razón de ella, pasan a ser parte del contenido del contrato y, por lo tanto, exigibles a los contratantes bajo las mismas condiciones que los deberes explícitos, ya sean legales o convencionales. Estos deberes tienen como correlativo el derecho subjetivo como prestación y como pretensión.

7. Los criterios que dispone el juez para identificar lo que el deber de buena fe exige a los contratantes tienen como punto de partida las prácticas contractuales. No obstante, estas son insuficientes para precisar lo exigido por el estándar de comportamiento. Lo anterior, tanto por la imposibilidad de determinar fácticamente cuál es el común entendimiento, cuanto porque las prácticas son finitas, es decir, se encuentran infradeterminadas y, por tanto, pueden existir casos para los cuales no exista una experiencia previa que sirva de modelo a seguir.

8. La insuficiencia de la práctica como criterio para identificar lo que la buena fe exige a los contratantes, implica recurrir a criterios normativos que permiten al intérprete precisar lo que el estándar de comportamiento exige. Para ello, el intérprete debe actuar con discreción y prudencia, valiéndose de la experiencia tanto para identificar como para aplicar las creencias normativas recíprocas que responden al entendimiento mutuo de los individuos que son miembros de una comunidad y sus expectativas respecto de lo que es correcto hacer en un momento dado. Luego, solo una vez que el intérprete haya precisado la conducta requerida por exigencia de la buena fe, podrá utilizarla como criterio de interpretación e integración contractual.

9. La buena fe como deber de conducta tiene como medida el respeto por el interés ajeno, esto es, tomar en serio los intereses del otro en la satisfacción de la prestación, debiendo realizarse todo lo que sea razonablemente necesario para colaborar con el otro en su cumplimiento. Esta medida de comportamiento no exige en ningún caso un sacrificio adicional a los contratantes, sino solo aquello que razonablemente puede esperarse, de acuerdo con el tipo de contrato, conforme a la moral del deber. Por lo demás, la regla general en los contratos es que cada parte vele por la satisfacción y beneficio de sus propios intereses, lo que no excluye que, en determinados tipos de contratos, el interés propio de las partes no pueda satisfacerse sino mediante una constante interacción con el otro que exige dejar a un lado los intereses personales, en tanto es la interacción con la contraparte lo que permite, con el trascurso del tiempo, la satisfacción del interés propio. Este tipo de contratos lo que la buena fe exige a los contratantes es una especial consideración hacia el interés ajeno que excede de la sola contribución con el otro en el cumplimiento de la prestación.

CAPÍTULO III EL DEBER DE LEALTAD

Introducción

En el derecho de contratos, tradicionalmente la noción de lealtad ha estado vinculada con la idea de buena fe. Tanto es así que, en la doctrina clásica civil, ambos conceptos, en la mayoría de las ocasiones son tratados como equivalentes. De esta manera, no es difícil encontrar afirmaciones en la literatura y en la jurisprudencia que vayan en este sentido.

A modo de ejemplo, en Chile, Elorriaga y López definen la buena fe valiéndose de la noción de lealtad: «mencionar la buena fe es evocar la idea de rectitud, de corrección, de lealtad» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 430). Incluso, al referirse a la buena fe como un deber de conducta, también lo hacen en razón a la lealtad: «la regla o principio de la buena fe objetiva impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en las relaciones mutuas, desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso ulteriores a la terminación del contrato» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 435).

Otro tanto ocurre con la jurisprudencia en materia de contratos, ello pues, los tribunales de justicia tradicionalmente han tendido a asimilar la lealtad con la buena fe. Un ejemplo de ello es lo resuelto por la Corte Suprema en Chile, en el año 2014²⁴⁰, a propósito del incumplimiento de un contrato de mandato suscrito entre un banco comercial y un particular a quien se le había otorgado un crédito hipotecario. El caso es el siguiente: el cliente otorgó al banco un mandato por el cual este último debía contratar a costa del cliente una serie de seguros para proteger el valor de la propiedad adquirida mediante el crédito hipotecario, entre ellos, un seguro de incendio. Como consecuencia del mandato, el banco procedió a descontar de la cuenta corriente del cliente el valor equivalente a las primas de los seguros, entre ellos, el de incendio. Tiempo después, la propiedad adquirida por el cliente fue afectada por un incendio. Cuando el cliente intentó hacer valer el seguro, el banco argumentó que no había sido contratado, pues no se encontraba disponible en la corredora con la que habitualmente contrataba.

²⁴⁰ *Moreno con Banco Santander (2014)*.

El cliente demandó el cumplimiento del contrato de mandato más la indemnización de perjuicios. La demanda fue acogida por el tribunal de alzada, cuyo fallo quedó firme luego de que la Corte Suprema rechazara el recurso de casación en el fondo interpuesto por el banco demandado. En el fallo se señala lo siguiente: «que desde esta perspectiva la conducta del banco demandado, que quedó asentada en el fallo impugnado, resulta contraria a las obligaciones que la propia naturaleza del contrato de mandato le imponía, acorde con las exigencias del principio de la *buena fe y el deber de lealtad* que pesaban sobre el mismo, conforme a lo cual debió haber informado la imposibilidad de la no contratación del seguro respecto de la propiedad materia de autos y, en todo caso, jamás debió proceder al descuento del valor de un seguro que no fue contratado. Lo expuesto revela, claramente, que el banco demandado no fue diligente en el cumplimiento de las obligaciones que en su calidad de mandatario tenía en lo tocante al mandato materia de esta causa»²⁴¹ (énfasis añadido).

Como se desprende de la parte del fallo recién citada, el sentenciador chileno, para configurar la negligencia del demandado –que a su vez constituye el incumplimiento de la obligación del mandatario²⁴²–, invocó la referencia al principio general de buena fe y al deber de lealtad, pero sin diferenciarlos y sin manifestar la razón por la cual se menciona buena fe y lealtad como términos equivalentes.

En una situación distinta se encuentra el tratamiento que se le ha dado a la lealtad en materia de relaciones fiduciarias. Pues, para tales casos, se considera que el deber de lealtad es aquel que impone, en un sentido amplio, una conducta orientada hacia la protección del interés ajeno (BASCUÑÁN, 2019: 85). Para esas relaciones, se distingue lo exigido por un deber de lealtad de lo exigido en general por la buena fe (BARROS, 2019).

²⁴¹ *Moreno con Banco Santander (2014)*.

²⁴² Se considera que las obligaciones que emanan del contrato de mandato constituyen obligaciones de medios, esto es, aquellas en las que la determinación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación no está asociada al cumplimiento de un resultado específico, sino al empleo de la diligencia debida en la ejecución del encargo. De ahí que la determinación de la negligencia por parte del mandatario sea a su vez la forma de determinar el incumplimiento de la obligación. Respecto de las obligaciones de medio y de resultado. V.gr. PEÑAILILLO, 2016: 222 y ss.

Este capítulo tiene por finalidad precisar la relación entre buena fe y lealtad. Además, su objetivo es evidenciar que, fuera del ámbito de las relaciones fiduciarias, es posible identificar la exigencia de deberes de lealtad para los contratos con estructuras complejas, en los cuales la confianza es condición de su éxito, que exigen a las partes una fuerte y recíproca cooperación, y constante interacción para satisfacer sus expectativas e intereses. Argumentaré que los deberes de lealtad son aquellos que exigen a los contratantes una especial consideración al interés ajeno –esto es, una conducta orientada a proteger y/o beneficiar al otro que es parte de la relación contractual– y dichos deberes se justifican en la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que requieren determinados tipos de contratos para ser exitosos.

Para ello, en la Primera Parte de este capítulo, analizaré el deber de lealtad en el ámbito de las relaciones fiduciarias, que es el área donde la literatura jurídica ha concentrado los estudios (GOLD y MILLER, 2014; 2016). Esto con la finalidad de obtener un insumo que permita construir una noción de lealtad aplicable al derecho de contratos. En esta parte, me referiré a las relaciones fiduciarias, a los deberes de lealtad que se fundamentan en ellas, a la relación entre los deberes de lealtad y la buena fe, así como también a las acepciones que la literatura jurídica ofrece respecto de la noción de lealtad en las relaciones fiduciarias.

En la Segunda Parte me referiré al concepto de lealtad en el derecho de contratos y a sus presupuestos –cuales son, la conducta exigida orientada hacia el beneficio y/o protección del interés ajeno y la confianza–; e identificaré los tipos contractuales en los que son exigibles deberes de lealtad.

Luego examinaré las implicancias de la confianza –a saber, la vulnerabilidad y dependencia– y argumentaré que ellas justifican la exigencia de deberes de conducta específicos de lealtad.

Trataré, además, la relación entre la buena fe y los deberes específicos de lealtad. Asimismo, expondré que la buena fe como criterio de interpretación e integración de deberes contractuales permite al intérprete revelar deberes específicos de lealtad implícitos.

Finalmente, examinaré algunos deberes específicos de conducta exigidos para contratos en los que la confianza es condición de su éxito. Analizaré estos deberes de conducta específicos y determinaré tanto si las conductas exigidas por ellos resultan requeridas por el deber de lealtad, así como si ellas se justifican en la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que el mismo contrato exige.

Primera Parte

El deber de lealtad en las relaciones fiduciarias

(i) Relaciones fiduciarias, lealtad y buena fe

a. Justificación

Identificar un concepto de lealtad aplicable al derecho de contratos exige, necesariamente, partir por la observación de lo que se ha dicho respecto de la lealtad como deber en otras áreas del derecho. Los estudios, en este sentido, se han concentrado en el examen del deber de lealtad en las relaciones fiduciarias (GOLD, 2014: 178).

Pardow señala que el deber de lealtad es uno de los que emanan de las relaciones fiduciarias y que acompaña a los clásicos deberes, como el deber de cuidado. Así, «cuando una persona está sometida a una relación fiduciaria debe responder del cumplimiento de dos tipos de deberes distintos. Mientras los deberes de cuidado obligan a que la forma de administrar el patrimonio sometido a su control se ajuste a ciertos criterios de prudencia, los deberes de lealtad exigen que la finalidad de satisfacer el interés del dueño gobierne en todo momento su toma de decisiones» (PARDOW, 2006: 95).

Antes de comenzar con el examen conceptual de la lealtad en las relaciones fiduciarias, debo precisar qué se entiende por relación fiduciaria, la relación entre un deber fiduciario y un deber de lealtad y la relación entre los deberes de lealtad y la buena fe.

b. Relación fiduciaria

b.1 Origen

La idea de relación fiduciaria tiene sus orígenes en Roma a partir de la noción de *fiducia*, relacionada en sus inicios a los fideicomisos de confianza presentes en el derecho antiguo. Por medio de estos fideicomisos, y a efectos de eludir el rigor estricto del régimen sucesorio, se disponía a favor de una persona capaz vía testamento, de palabra o por medio de instrumentos privados, que entregara la herencia o legado a una persona incapaz que el testador designaba (COSTA, 1905: 7 y 8). Constituía, por lo tanto, una forma indirecta de liberalidad que se sustentaba únicamente en el honor y en la confianza de la persona

instituida con el referido gravamen, pues ella no gozaba del amparo jurídico (COSTA, 1905: 7 y 8).

No fue sino hasta la época del emperador Claudio que se reconoció fuerza jurídica a este tipo de manifestación de voluntad, en la medida que su destinatario «acceptara cumplirlo lealmente, mientras no fuese contrario al texto de las leyes» (COSTA, 1905: 9 y 10). No obstante, este reconocimiento jurídico, en tiempos de Vespaciano hacia el año 75, se declaró incapaces a los *célibes* y a los *orbi* para recibir por vía de fideicomiso; y, en el reinado de Aelio Adriano, se decretó la nulidad de los fideicomisos dejados a los *peregrini* y a las personas *incertae* (COSTA, 1905: 11 y 12). Frente a la imposibilidad de reconocimiento jurídico de los fideicomisos de confianza, se desarrolló el fideicomiso secreto, cuyo cumplimiento quedaba entregado «exclusivamente a la fe del heredero o legatario a quien se le encargaba la restitución» (COSTA, 1905: 12), remontándose la aplicación de la institución a sus orígenes.

El desarrollo de esta figura es bastante curioso, pues, frente a la imposibilidad de otorgarle efectos jurídicos al fideicomiso de confianza y, una vez que se vuelve al fideicomiso secreto, las autoridades romanas dispusieron que si el heredero o legatario había aceptado el fideicomiso tanto este como el fiduciario serían sancionados con la pérdida del bien legado en beneficio del Fisco. Pero si no lo aceptaba, el efecto solo sería extensivo al fiduciario, pasando los bienes de este al fideicomisario. Así, en la práctica, los fideicomisarios no aceptaban los fideicomisos secretos, sustentándose entonces el cumplimiento del fideicomiso únicamente en la confianza que el testador y fiduciario tenía hacia la persona del fideicomisario (COSTA, 1905: 13), de forma que sus cualidades personales pasaron a ser determinantes para el éxito de esta figura, prescindiéndose incluso de una protección jurídica²⁴³.

²⁴³ Lo anterior, sin perjuicio de que en el Capítulo IV de este trabajo argumentaré que la noción de confianza que justifica la exigencia de deberes de lealtad es una confianza jurídicamente garantizada y no aquella que depende de las cualidades personales o morales de quien debe hacia otro un deber de lealtad. Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte. Debo prevenir que el presente trabajo no tiene por pretensión el examen histórico de la fiducia y por lo tanto la referencia a esta en el derecho romano es únicamente para fines de contextualizar y otorgar un marco teórico para la identificación de lo que se entiende por relación fiduciaria.

A partir del modelo de la fiducia romana, la doctrina, con el tiempo, construyó la noción de negocios jurídicos fiduciarios. Estos tienen lugar cuando una persona transmite a otra un derecho (de propiedad o de crédito), ordinariamente, sin que haya una causa que justifique su adquisición definitiva, obligándose el adquirente a reintegrarlo al transmitente cuando se den ciertas circunstancias. El adquirente (fiduciario) ocupa de este modo un puesto de confianza para el transmitente (fiduciante) (VON TUHR, 2006: 73 y 74)²⁴⁴.

Sin embargo, existe consenso en considerar que las relaciones fiduciarias no son solo aquellas que emanan de este tipo de negocios, sino que también pueden comprenderse las relaciones que surgen entre la sociedad y el órgano que administra sus intereses (PARDOW, 2006: 89 y ss.), así como la relación que se produce entre abogado y cliente (APARISI, 2019: 142). Lo recién señalado exige identificar una noción de relación fiduciaria más amplia, para distinguir los tipos de relaciones jurídicas que pueden ser comprendidas en esta noción.

b.2 Una noción amplia de relación fiduciaria

En Chile, Barros ha señalado que las relaciones fiduciarias se identifican por la presencia de dos presupuestos. «Primero, la competencia del deudor para actuar con cierta discrecionalidad de juicio, lo que hace al acreedor dependiente de su juicio y no de una precisa actuación (...) segundo, el cumplimiento de la obligación debe enfrentar riesgos de conflictos de interés con la parte o, más excepcionalmente, de aprovechamiento injusto de oportunidades de negocios que conoce debido a su encargo» (BARROS, 2019: 228).

En la literatura, han sido varios quienes han dedicado sus esfuerzos a la identificación de una noción que permita determinar cuándo una relación es fiduciaria²⁴⁵. Incluso, algunos

²⁴⁴ Fueyo señala que el negocio fiduciario es una forma compleja que consta de dos negocios de naturaleza y efectos diferentes, que están colocados en una oposición recíproca (FUEYO, 2010). En ellos se advierte que hay un enajenante o cedente que traspasa su derecho de propiedad o de crédito al comprador o cesionario, quedando a la fe de este el servirse del derecho adquirido únicamente para el fin que se convino. En Chile y de acuerdo con el artículo 733 del Código Civil, «se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución».

²⁴⁵ V.gr. MILLER, 2014.

autores han afirmado la imposibilidad de determinar las propiedades relevantes que permitan definir una relación como fiduciaria (FINN, 1977; CONAGLEN, 2005; DE MOTT, 1988).

Si bien la aproximación conceptual que efectúa Barros respecto de los presupuestos necesarios para que una relación sea fiduciaria es, en mi opinión, acertada, faltan aún algunos aspectos por precisar. El profesor Barros señala que uno de los presupuestos de la relación fiduciaria es que quien debe hacia otro un deber de fiduciario tiene un poder para actuar con cierta discrecionalidad de juicio, pero no precisa sobre qué el fiduciario tiene esa competencia, así como tampoco se refiere el grado de discrecionalidad requerida en el ejercicio de la competencia por parte del fiduciario para que la relación sea fiduciaria. Luego, respecto del segundo presupuesto, expone el autor que, frente al cumplimiento de la obligación, el beneficiario es dependiente del juicio del fiduciario, más no profundiza en las razones de esta dependencia, así como tampoco se refiere a otro tipo de implicancias propias de las relaciones fiduciarias, como son la vulnerabilidad y desigualdad del beneficiario con relación a la competencia o potestad que tiene el fiduciario para actuar discrecionalmente²⁴⁶.

En mi opinión, una correcta, precisa, pero a la vez amplia noción de relación fiduciaria es la ofrecida por Miller. Este autor construye una definición, considerando tanto los elementos que permitirían identificarla (propiedades definatorias), como aquellos que permitirían explicar sus implicancias (propiedades estructurales).

Miller expone que «la relación fiduciaria es un tipo de relación jurídica distintiva y coherente que puede definirse de la siguiente manera: una relación fiduciaria es aquella en que una de las partes (el fiduciario) ejerce poder sobre los intereses prácticos significativos de otro (el beneficiario). La definición anterior identifica propiedades formales de la relación fiduciaria. Estas propiedades establecen el contenido y los parámetros de la relación como un tipo general de relación jurídica; algunas de ellas, son propiedades definatorias, otras son propiedades estructurales. Las propiedades definatorias son términos

²⁴⁶ V.gr. MILLER, 2014.

que definen el tipo y, por lo tanto, impulsan la función taxonómica del tipo o categoría de la relación elegida como fiduciaria; los términos permiten usar la definición para ordenar, categorizar y diferenciar particulares relaciones fiduciarias. Por su parte, las propiedades estructurales identifican las implicaciones para las partes en una relación que cae dentro de ella» (MILLER, 2016: 69)²⁴⁷.

Para Miller la principal propiedad definitoria de una relación fiduciaria es el ejercicio del poder por parte del fiduciario en relación con el beneficiario (MILLER, 2014: 69). De acuerdo con este autor, el poder del fiduciario es una forma de autoridad derivada de la personalidad jurídica de otra persona (natural o jurídica), por la que se sustituye al otro en el ejercicio de una capacidad jurídica. La capacidad jurídica consiste en la facultad de actuar de manera legalmente efectiva, así como en la posibilidad de ser responsabilizado por ello (MILLER, 2014: 69).

Miller expone, además, que como el poder fiduciario consiste en el ejercicio sustitutivo de la capacidad jurídica, existen distintas variedades de él. Así, este poder puede implicar tanto la capacidad de entablar relaciones jurídicamente vinculantes para otro, incluidas las relaciones contractuales; adquirir, invertir, usar, administrar o enajenar la propiedad de otra persona o mantenerla para ella; para autorizar el uso del nombre o información confidencial; para autorizar o permitir el acceso, o el uso de los bienes de la persona o su propiedad; para tomar decisiones relacionadas con la salud y el bienestar de otro; para mantener y reclamar derechos a prestaciones; para iniciar procedimientos legales; para hacer cumplir o buscar la reivindicación de los derechos legales de otra persona; y para ser responsable civil, penal o administrativamente (MILLER, 2014: 69). En síntesis, el poder fiduciario como poder de autoridad, implicaría la libertad de actuar y tomar decisiones por parte del fiduciario, sin el cual en circunstancias generales no estaría facultado para decidir en interés de otro (MILLER, 2014: 70 y 71).

De acuerdo con el argumento desarrollado por Miller, en ciertos casos, el ejercicio sustitutivo de la capacidad jurídica puede implicar simplemente una extensión de la

²⁴⁷ Traducción propia (MILLER, 2016: 69).

personalidad jurídica a través de la cual la capacidad se hace efectiva por otro. Por ejemplo, una persona puede ceder una capacidad a otra, pero dictar cómo debe ser ejercitada. En tales casos, el efecto legal y práctico de la sustitución es limitado: la persona que ejerce la capacidad simplemente efectúa la voluntad de la persona de quien se derivó. Este no sería un caso propiamente tal de relación fiduciaria. Para que el poder sea fiduciario su ejercicio debe ser discrecional, esto es, debe implicar para el fiduciario cierta libertad de elección en el ejercicio del poder (MILLER, 2014: 72). Aunque discrecional, para el autor, no significa que sea ilimitado, pues, generalmente el poder del fiduciario se especifica convencionalmente, por ejemplo, mediante instrucciones o condiciones que definan su alcance o por disposición de ley (MILLER, 2014: 72).

Una segunda propiedad definitoria de la relación fiduciaria es su carácter relacional, pues, los fiduciarios no gozan de autoridad en general con una población difusa e intereses divergentes. La autoridad del fiduciario se mantiene en relación con sujetos particulares con intereses claramente definidos (MILLER, 2014: 72). El poder del fiduciario, en este sentido, lleva implícito un propósito que se delimita por el interés práctico de quien es sustituido en su capacidad. Por su parte, estos intereses prácticos incluyen cuestiones de personalidad, bienestar o derecho de las personas. Las primeras consideran la determinación de los intereses de las personas incapacitadas para hacerlo; las segundas, decisiones relativas al bienestar físico, mental y material de las personas; las terceras, decisiones relativas al ejercicio, ejecución, cumplimiento, defensa o enajenación de derechos y obligaciones legales, poderes y responsabilidades de las personas (MILLER, 2014: 72).

Tratándose de las propiedades estructurales de las relaciones fiduciarias, Miller señala las siguientes tres. La primera es la desigualdad. El fiduciario se encuentra en una posición dominante relativa al otro a quien sustituye en su capacidad. El solo hecho de que una persona disfrute de poder discrecional sobre los intereses prácticos de otro implica que su relación será desigual respecto de la posesión y ejercicio del poder fiduciario mismo. La segunda y tercera de las propiedades estructurales son la dependencia y la vulnerabilidad. Estas son reflejos de la desigualdad generada por la relación fiduciaria. El fiduciario ejerce poder para lograr ciertos fines para el otro y afecta con ello sus fines prácticos. De este

modo, para quien es sustituido en su capacidad es inevitable depender del fiduciario. La vulnerabilidad por su parte es corolario de la dependencia. El grado de vulnerabilidad al que se enfrenta el beneficiario (aunque puede controlarse de varias formas, por ejemplo, mediante mecanismos de incentivos o seguimiento) se debe a que el poder del fiduciario implica siempre influencia, incluido el riesgo de influencia adversa (MILLER, 2016: 73).

El desarrollo conceptual de la relación fiduciaria efectuada por Miller es amplio, completo y suficiente para comprender sus distintos tipos. Las propiedades definitorias y estructurales por él desarrolladas permiten precisar los aspectos faltantes en los presupuestos del profesor Barros. Luego, la relación fiduciaria es aquella que implica un poder de sustituir al otro en sus capacidades, que se ejerce discrecionalmente, de carácter relacional y cuyo ejercicio implica –para quien es sustituido en su capacidad– una situación de desigualdad, dependencia y vulnerabilidad frente a quien ejerce el poder de autoridad. Un ejemplo de ella es la relación entre médico y paciente²⁴⁸, entre mandante y mandatario, y entre cliente y abogado²⁴⁹.

c. Deberes fiduciarios y lealtad

Determinar que una relación es fiduciaria resulta relevante para identificar la exigencia de deberes fiduciarios. En este sentido, los deberes fiduciarios se fundamentan en la existencia de relaciones fiduciarias (MILLER, 2014: 64)²⁵⁰.

En términos muy generales «los deberes fiduciarios tienen por función eliminar la tensión entre el deber con la otra parte y el interés propio» (BARROS, 2019: 226). Más adelante, me detendré en el examen conceptual de los deberes fiduciarios²⁵¹. Por ahora, basta considerar que estos siempre se basan en la consideración especial al interés de otro (BASCUNÁN, 2019: 85)²⁵².

²⁴⁸ V.gr. BARROS, 2019: 227 y 231.

²⁴⁹ V.gr. APARISI, 2019: 142; BARROS, 2019: 227 y 231; BASCUÑÁN, 2019.

²⁵⁰ V.gr. BASCUÑÁN, 2019: 85.

²⁵¹ Ver *infra* Capítulo III, Primera Parte (ii). Respecto de la noción de lealtad para el derecho de contratos, ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (i).

²⁵² Pardow afirma –a propósito de los deberes fiduciarios– que «ser leal significa primeramente evitar los conflictos de intereses. Con todo, el deber de lealtad tiene un cierto sentido altruista que no se agota en evitar

Tradicionalmente, la literatura²⁵³ ha vinculado la noción de deberes fiduciarios a la idea de lealtad. Así, por ejemplo, tratándose de los deberes de los directores de sociedades anónimas con la sociedad –que sería un tipo de relación fiduciaria– es común que estos sean identificados por la noción de lealtad. En este sentido, Véliz y Bitrán señalan que el *deber de lealtad* «obliga a los directores y ejecutivos de una compañía a actuar, en todo momento, teniendo por objetivo la protección del interés de la sociedad, absteniéndose de ejecutar o participar en actos o decisiones que puedan afectar dicho interés» (VÉLIZ y BITRAN, 2019: 19)²⁵⁴. Lo propio se ha expuesto a propósito de las relaciones entre abogado y cliente –consideradas como relaciones fiduciarias– en tanto es el propio Código de Ética profesional el que establece en su artículo tercero lo siguiente: «Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio. En el cumplimiento de este deber, el abogado debe respetar la autonomía y dignidad de su cliente. El deber de lealtad del abogado no tiene otros límites que el respeto a la ley y a las reglas de este Código»²⁵⁵. En este sentido, puede señalarse que los deberes fiduciarios se comprenden bajo la noción de deberes de lealtad.

d. Deberes de lealtad y buena fe

Los deberes de lealtad o fiduciarios se materializan en deberes de conducta específicos exigibles a las partes de la relación jurídica. Así, por ejemplo, tratándose de los deberes de lealtad del director para con la sociedad anónima, la doctrina ha señalado que se incluyen –

un conflicto de intereses y exige que frente a intereses incompatibles el administrador privilegie el interés del dueño del patrimonio, aun a costa del suyo propio» (PARDOW, 2007: 567).

²⁵³ V.gr. GOLD y MILLER, 2014; GOLD y MILLER, 2016. Barros señala que «cualquiera sea la calificación jurídica (contractual o extracontractual) que se le atribuya a las relaciones de los directores con la sociedad y con los accionistas, surgen para aquellos deberes fiduciarios o de lealtad, que tienen su fundamento en el acto de confianza que envuelve ese encargo y que supone la entrega de cierta competencia para actuar con discrecionalidad de juicio. De un modo análogo a otras relaciones fiduciarias, la exigencia de la buena fe que plantea el cargo de director de una sociedad es más acentuada que en las relaciones que suponen meros intercambios...A lo anterior se agrega, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, el interés público en fortalecer la confianza de los inversionistas» (BARROS, 2020: 916).

²⁵⁴ Alcalde define el deber de lealtad de los directores de sociedades anónimas como aquel que «supone que en aquellos casos en que contractualmente o de cualquier forma surja un conflicto entre los intereses personales y los societarios, el administrador debe decidirse por los intereses de la sociedad que representa, anteponiéndolo a los propios» (ALCALDE, 2013: 161). V.gr. BERNET, 2007: 109.

²⁵⁵ V.gr. CONTRERAS, 2019.

entre otros— el deber de «abstenerse de todas aquellas actividades que, aun reportándole beneficio, supongan, sin embargo, un daño para la sociedad y que, por consiguiente, aminoren su valor» (ALCALDE, 2013: 178)²⁵⁶; el deber de abstenerse de tomar en préstamo, usar u obtener provecho de los bienes sociales que administra (ALCALDE, 2013: 185)²⁵⁷; el deber de no utilizar indebidamente la información privilegiada de la que tenga conocimiento en razón del cargo que ejecuta (ALCALDE, 2013: 191 y ss.). Los deberes específicos de lealtad pueden ser explícitos o implícitos, en atención a si su fuente es la ley, la voluntad de las partes, o la buena fe que como criterio de interpretación e integración permite al intérprete revelar deberes de conducta exigibles a las partes.

Esto último ha sido explícitamente reconocido por Puelma, quien señala que el criterio para identificar lo que se exige a los directores en las sociedades anónimas, en primer lugar, está dado por la ley: «el primer criterio rector en la administración es ejercerla cumpliendo lo que las leyes impongan» (PUELMA, 2011: 618). Pero, además, el cumplimiento de los deberes requiere ajustarse «a la moral y las éticas mercantiles, pues, la administración debe ejecutarse de buena fe y las normas de equidad que, en nuestro ordenamiento, a falta de ley, son obligatorias como criterios de derecho» (PUELMA, 2011: 618).

En similar sentido, Barros señala que es posible establecer jurisprudencialmente deberes fiduciarios cuando así lo exija la naturaleza de la obligación, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil (BARROS, 2019: 227). Esta norma consagra el deber de buena fe exigible a las partes durante todo el *iter* contractual.

Si el deber específico de lealtad es implícito, entonces la buena fe es la que permite revelar ese deber de conducta específico. El deber se incorpora al contrato por exigencia de la buena fe como deber de conducta, en los términos ya expuestos en los capítulos anteriores²⁵⁸.

Revisemos un ejemplo:

²⁵⁶ En adelante me referiré a estos deberes como deberes específicos de lealtad.

²⁵⁷ Artículo 42 Ley de Sociedades Anónimas.

²⁵⁸ Ver *supra* Capítulo I, Segunda y Tercera Parte; Capítulo II, Primera Parte.

Si Kotaix (K) es director de la sociedad X (dedicada a la venta de lanas, palillos e insumos para manualidades), K tiene una relación fiduciaria con X, pues, de acuerdo con el concepto de relación fiduciaria expuesto por Miller²⁵⁹, K tiene sobre X un poder de autoridad para tomar decisiones a su nombre (sustituye una de sus capacidades). Por su parte, las capacidades de X han sido sustituidas por K. X, por lo tanto, es vulnerable, dependiente y desigual en relación con K por el poder que este ejerce discrecionalmente respecto de sus intereses. Luego, la relación fiduciaria entre K y X justifica la imposición de deberes fiduciarios (o deberes de lealtad). K tiene respecto de X deberes de lealtad.

K ha visto en la televisión a un grupo de mujeres emprendedoras del sur de Chile dedicadas a la producción y venta de lana artesanal, y ve en la adquisición de esas lanas una oportunidad de negocio para desarrollar independientemente de X, aprovechando los conocimientos que tiene y ha tenido en su cargo de director de la sociedad X. Sabemos que K tiene respecto de X un deber de lealtad general justificado en el carácter fiduciario de la relación. Entonces, el deber de lealtad que K tiene respecto de X ¿exige el deber de abstenerse de esta oportunidad de negocio?

El deber de lealtad de K hacia X admite, en este caso, dos interpretaciones. O y O'. De acuerdo con O, K cumple con su deber si no perjudica con sus actos los intereses de X. O' por su parte implica que K cumple con su deber si sus conductas siempre se encuentran en función del beneficio de los intereses de K. De elegirse O, K podría aprovechar la oportunidad de negocio, siempre que con ello no afecte los intereses de X. De elegirse O', K no podría aprovechar la oportunidad de negocio, pues la oportunidad de negocio que ha advertido K podría beneficiar el interés de X. En este sentido, O' exige como deber de conducta adicional que se abstenga de aprovechar la oportunidad de negocios si ello pudiera suponer un beneficio al interés de quien ha sido sustituido en su capacidad.

Para decidir entre O y O', es útil la buena fe como criterio de interpretación. Así, el juez, utilizándola, puede determinar que lo razonablemente exigido en este caso atendida la

²⁵⁹ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.1.

relación fiduciaria entre K y X es O', en tanto, la desigualdad, vulnerabilidad y dependencia de X hacia K justifican que K no solo debe con sus actos evitar afectar los intereses de X, sino actuar siempre en su beneficio²⁶⁰.

Si O' es la interpretación relevante del deber de lealtad que K tiene con X, entonces, se encuentra lógicamente exigido como necesario el deber de abstenerse de realizar el negocio, en tanto, no es posible cumplir con O' sin que K se abstenga de la oportunidad de negocio que se le presenta.

Dicho lo anterior, la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual ha sido útil para precisar el sentido deber de lealtad e integrar el deber específico requerido por esta que se justifica en la naturaleza fiduciaria de la relación²⁶¹.

Luego, la relación entre la buena fe y la lealtad es que la primera es el criterio que permite, a través del ejercicio hermenéutico, revelar deberes específicos de lealtad, ahí donde la propia naturaleza de la relación fiduciaria fundamenta la exigencia de tales deberes. Si la buena fe interpreta e integra un deber específico de lealtad, lo que se incorpora a la relación jurídica de tipo fiduciario es un deber de conducta más fuerte, más exigente, pues se encuentra orientado hacia la especial protección o beneficio del interés ajeno. En este sentido la medida de lo exigido por el deber específico de conducta requerido por el deber de lealtad viene dado por lo exigido de acuerdo a la buena fe en su sentido fuerte²⁶².

Así, la buena fe permite integrar deberes específicos de lealtad en las relaciones fiduciarias, y como se verá en la segunda parte de este capítulo, permite además integrar deberes específicos de lealtad en relaciones jurídicas contractuales no fiduciarias. Sólo que, para este último tipo de relaciones, la justificación de exigencia del deber no deriva de la naturaleza fiduciaria de la relación (pues no hay relación fiduciaria), sino que se justifica en

²⁶⁰ Guerrero y Zegers señalan que el deber de lealtad exigible a los directores de una sociedad anónima implica el deber de «actuar de buena fe en sus relaciones con la sociedad. No debe aprovechar su cargo en beneficio de sus propios intereses, sino que debe perseguir el máximo beneficio posible para la sociedad» (GUERRERO y ZEGERS, 2014: 213).

²⁶¹ Respecto de los criterios normativos para aplicar el deber de buena fe en la interpretación e integración, ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (i) y (ii).

²⁶² Ver *infra* Capítulo II, Segunda parte.

la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que los contratos de tipo relacional requieren para ser exitosos²⁶³.

Solo resta por tratar, en esta parte, una cuestión respecto del uso de los términos deberes fiduciarios o deberes de lealtad. Para este trabajo he optado por utilizar el término deberes de lealtad para referirme en un sentido general a aquellos deberes de conducta que implican una especial consideración al interés del otro, ya sea protegiéndolo o beneficiándolo. Las razones de ello son las siguientes:

Primero: Los deberes de lealtad no son exclusivos de las relaciones fiduciarias, como ha expuesto Gold, entonces, sería lógicamente incorrecto denominar deberes fiduciarios a un deber de conducta exigido para una relación que no es fiduciaria (GOLD: 2014: 176). El término lealtad es más amplio y permite identificar el deber de conducta que exige considerar especialmente el interés del otro en todo tipo de relaciones, sean fiduciarias o no.

Segundo: La literatura extranjera lleva décadas identificando como deberes de lealtad a aquellos que exigen, en términos generales, una especial consideración hacia el interés ajeno²⁶⁴. Este mismo término ha sido recogido de manera prácticamente uniforme por la doctrina comercial para referirse al deber que tiene el administrador de una sociedad con ella, en tanto sus funciones deben ser ejercidas sin tomar ventaja sobre la sociedad cuyos intereses debe privilegiar (CORRAL, 2013: 161; BERNET, 2007: 109; GUERRERO y ZEGERS, 2014: 213; PARDOW, 2007; ÁLVAREZ, 2016: 153-157). Lo propio ha ocurrido en materia penal, por medio de la tipificación del delito de administración desleal, de acuerdo con el cual habrá una conducta desleal en los casos en los que existiendo el deber de custodiar un patrimonio ajeno, el destinatario del deber actúa de forma contraria al interés del dueño, cuestión que no solo se materializa en perjudicar los intereses de este, sino incluso en los casos en que, ante dos opciones, el administrador elige aquella que le reporta a él un beneficio y no aquella que le reporta un beneficio al titular del patrimonio (PASTOR y COCA, 2016: 81 y ss.). Finalmente, la propia doctrina civil reciente ha identificado a

²⁶³ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte.

²⁶⁴ V.gr. GOLD y MILLER, 2014; GOLD y MILLER, 2016.

propósito del deber de información en relaciones precontractuales, la noción de lealtad como aquella aplicable a los casos en los que se exige una conducta más elevada y que implica una consideración especial hacia los intereses del otro²⁶⁵.

Tercero: Si distintas disciplinas o áreas del derecho –e incluso el propio derecho civil– han estimado que el término lealtad es el adecuado para referirse a los casos en los cuales la conducta exigida implica una especial consideración hacia el interés ajeno, ya sea protegiéndolo o beneficiándolo, no existen buenas razones para excluir el concepto para tratar situaciones en el derecho de contratos en las que el deber –que es parte del contenido del contrato– exige una conducta orientada hacia la protección o beneficio del interés ajeno.

(ii) Conceptos del deber de lealtad en las relaciones fiduciarias

De acuerdo con Gold, las principales concepciones de lealtad importantes para el derecho fiduciario son aquellas que se refieren a la lealtad como prevención de conflictos fiduciarios, la lealtad como devoción afirmativa, lealtad como sinceridad, lealtad como acuerdo hipotético y lealtad como equidad. Estas distintas nociones de lealtad serán examinadas a continuación (GOLD, 2014:178 y ss.).

a. Lealtad como prevención de conflictos fiduciarios

En primer lugar, Gold se refiere a la lealtad como prevención de conflictos fiduciarios, descrita por medio de dos reglas (GOLD, 2014: 178). La primera, que denomina regla de conflicto de intereses, consiste en que el fiduciario evite conflictos entre el ejercicio de su propio interés y el cumplimiento del deber de actuar en beneficio del fiduciante. La segunda, que denomina regla de conflicto de deberes, impone al fiduciario evitar conflictos entre su deber y la satisfacción o búsqueda de los intereses de los demás. Ambas reglas en su conjunto constituyen el deber de lealtad del fiduciario (GOLD, 2014: 178).

La doctrina chilena en materia comercial ha definido la noción de lealtad en la primera de las acepciones enunciadas por Gold. Así, Alcalde define el deber de lealtad de los directores de sociedades anónimas como aquel que «supone que en aquellos casos en que

²⁶⁵ DE LA MAZA, 2008: 52.

contractualmente o de cualquier forma surja un conflicto entre los intereses personales y los societarios, el administrador debe decidirse por los intereses de la sociedad que representa, anteponiéndolo a los propios» (ALCALDE, 2013: 161)²⁶⁶.

Por su parte, Guerrero y Zegers afirman que el deber de lealtad implica para el director «actuar de buena fe en sus relaciones con la sociedad. No debe aprovechar su cargo en beneficio de sus propios intereses, sino que debe perseguir el máximo beneficio posible para la sociedad» (GUERRERO y ZEGERS, 2014: 213). Este deber de lealtad, en opinión de los autores, se manifiesta en distintos contextos. Uno de ellos es el conflicto de interés. Otro se refiere a las remuneraciones del director, en los casos en los que este es empleado de la sociedad o presta un servicio para ella, en cuyo caso, no puede influir en la decisión de la sociedad en cuanto a su propia remuneración; el siguiente se relaciona con las oportunidades de negocio, en tanto el director no puede competir con la sociedad si esa competencia puede causarle un perjuicio a aquella, ni tampoco tomar para sí una oportunidad de negocio que se presenta para la sociedad (GUERRERO y ZEGERS, 2014: 213 y 214)²⁶⁷.

Una versión más restringida de esta primera noción del deber de lealtad, de acuerdo con Gold, supone que la regla de conflicto de intereses puede comprender lo que el deber de lealtad exige, sin requerir en la generalidad de los casos la regla de conflicto de deberes. Esta concepción de la lealtad implicaría un deber de evitar conflictos de intereses, pero sin requerir una lealtad única e indivisa a un beneficiario (GOLD, 2014: 178).

Gold destaca que, en estos casos, no debe confundirse una obligación de lealtad anticonflictos con un deber primordial de desinterés. A los fiduciarios generalmente les está permitido participar en un comportamiento egoísta en varios aspectos de sus vidas (GOLD, 2014: 178)²⁶⁸.

²⁶⁶ V.gr. BERNET, 2007: 109.

²⁶⁷ En similar sentido y respecto de la legislación española, v.gr. ÁLVAREZ, 2016: 153 – 157.

²⁶⁸ Guerrero y Zegers señalan al respecto: «que exista una oportunidad de negocios no impide que el director pueda tomarla. Ello ocurrirá en caso de que la sociedad renuncia a ella, o si la sociedad es incapaz de tomar dicha oportunidad» (GUERRERO y ZEGERS, 2014: 214).

Una opinión coincidente puede advertirse en lo expuesto por Puelma, pues, para este autor «nuestra legislación (refiriéndose a legislación chilena sobre sociedades anónimas) acoge la tesis que los directores en su calidad de órganos de la sociedad deben actuar tutelando y velando por el interés social concebido como distinto de la tutela de los intereses particulares de los accionistas sean estos de la mayoría o la minoría (...) los directores no pueden faltar a sus deberes con la sociedad o con otros accionistas a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron» (PUELMA, 2011: 615)²⁶⁹.

Puelma, en el examen de los deberes de los directores, se centra en la regla del conflicto de interés. Reconoce además que los directores no tienen un deber hacia un único beneficiario que es la sociedad. Los directores tienen también deberes con otros, que son los accionistas de la sociedad, incluso respecto de quienes no los hayan elegido para representar o defender sus intereses. En este sentido, lo que impondría el deber de lealtad al fiduciario sería, frente al conflicto, anteponer los intereses de la sociedad por sobre los suyos propios y los de quienes lo eligieron²⁷⁰. Claro está que ello se extiende únicamente para el ámbito en que el o los directores actúan en su función de órgano de la sociedad.

Gold critica que la regla de prevención de conflicto sea aquella que permita definir la lealtad en las relaciones fiduciarias, pues, el vínculo conceptual entre lealtad fiduciaria y ausencia de conflictos no es necesaria, así, «es posible descubrir casos en los que un fiduciario se considera leal a pesar de incumplir las reglas anticonflictos, y podemos

²⁶⁹ En este mismo sentido, Lagos y Bustos señalan que «los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a estos y aquellos a pretexto de quienes los eligieron (...) nuestra legislación acoge la tesis de que los directores en su calidad de órganos de la sociedad deben actuar velando y en concordancia con el interés social, entendiendo este no tanto como un interés institucional o etéreo, sino como el interés común de los socios. En efecto, la disposición legal en comento prescribe que los directores no pueden faltar a sus deberes con la sociedad y los otros accionistas a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron» (LAGOS y BUSTOS, 2019: 141). V.gr. TORRES, 2018: 368-375.

²⁷⁰ «Las actividades sociales importan tomar decisiones sobre negocios, en que generalmente no hay involucrados problemas de ética o de legalidad. Como criterio para tales decisiones tiene importancia el interés social. En tales casos o eventos el directorio y cada uno de los directores no puede tomar una decisión que prefiera al interés común de todos los accionistas o interés social, otro interés, sea o no de determinados accionistas, aunque constituyan la mayoría» (PUELMA, 2011: 618).

descubrir casos donde un fiduciario es considerado desleal a pesar de no infringir las normas de lucha contra los conflictos» (GOLD, 2014: 185)²⁷¹.

b. Lealtad como devoción afirmativa

Una segunda noción de lealtad consiste en el deber del fiduciario de actuar (o tener la intención de actuar) de la mejor manera en el beneficio de los intereses del fiduciante. En ciertos casos, el cumplimiento del deber de lealtad podrá ser satisfecho a través de las reglas que previenen el conflicto de intereses, aunque no aseguran un comportamiento leal. En efecto, bajo esta noción de lealtad las reglas de conflictos de intereses establecen el mínimo de lealtad requerida, esto es, el fiduciario no debe traicionar su lealtad para con el beneficiario. Lo que exige esta concepción es un deber de lealtad mayor, pues impone al fiduciario deberes afirmativos de devoción hacia el beneficiario. Esta concepción de la lealtad requiere que el fiduciario actúe (o intente actuar) de la mejor manera posible para el beneficio del interés del fiduciante, para lo cual las reglas de prevención de conflicto de intereses en ciertos casos no son suficientes (GOLD, 2014: 178).

Esta forma de entender la lealtad ha tenido asidero en la doctrina penal a propósito del delito de administración desleal reciente tipificado en Chile (ley 20.392 de 2018) que incorporó un nuevo número 11 al artículo 470 del Código Penal. Con arreglo a este precepto, será sancionado por administración desleal el que «teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, en virtud de la ley, de una orden de autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado».

Siguiendo con la estructura que este delito presenta en el derecho comparado, de lo expuesto en el N.º 11 del artículo 170 del Código Penal, se desprenden dos figuras típicas: el delito de abuso y el delito de infidelidad. El primero se refiere al abuso de la facultad del sujeto para obligar o comprometer de forma vinculante el patrimonio de la víctima, por

²⁷¹ Traducción propia (GOLD, 2014: 185).

ejemplo, a través de actos de disposición o contracción de obligaciones que infringen el deber de custodia patrimonial (PASTOR y COCA, 2016: 61). El segundo se refiere al mero ejercicio desleal de la capacidad de decidir sobre el patrimonio ajeno conforme a la finalidad determinada en la relación interna (PASTOR y COCA, 2016: 63).

Más allá de las diferencias entre ambas figuras típicas, en lo que aquí interesa es que para cualquiera de ellas se requiere de un deber de custodia patrimonial, cuya fuente puede ser el acuerdo de voluntades, una sentencia judicial o la ley, resultando siempre que el fundamento que subyace a dicho deber no es otro que el deber de velar por el interés del dueño del patrimonio que se administra. Así, de acuerdo con Pastor y Coca, «el fundamento del deber del autor (...) no nace de la ley o de un negocio jurídico, sino que, en nuestra opinión, nace de un acto de asunción (con mayor o menor margen de decisión) de una competencia por la indemnidad de un patrimonio ajeno...» (PASTOR y COCA, 2016: 81).

Este deber de custodia patrimonial, siguiendo Pastor y Coca la postura de la doctrina alemana, implica que «el autor está facultado para actuar en la esfera patrimonial de la víctima, pero actúa correctamente solo cuando se rige por los intereses de la última, de manera que si ante dos opciones elige la que le beneficia a él y no la que beneficia al titular, infringe las facultades que le han sido conferidas respecto al patrimonio ajeno» (PASTOR y COCA, 2016: 83). En este sentido, se advierte desde la dogmática penal, la diferencia entre el deber de indemnidad y el deber de velar por el interés ajeno, ello pues, lo que se exige para quien tiene el deber de custodia sobre un patrimonio ajeno no solo es que no lo dañe, sino además que en la toma de decisiones el interés que debe prevalecer sea siempre el interés del titular del patrimonio que se administra. De esta forma, lo debido no solo es no ir en contra del interés ajeno, sino promoverlo o beneficiarlo. De ahí la similitud con la noción de lealtad como devoción afirmativa.

Gold considera que la lealtad como devoción afirmativa tampoco permite identificar absolutamente lo que implica un deber de lealtad, en tanto, esta noción que persigue el mejor interés para el beneficiario no es en sí exigible como un deber específico de conducta, sino que es un estándar de comportamiento que se exige a los destinatarios del

deber de lealtad. No obstante, lo central es que la experiencia comparada, de acuerdo con lo señalado por este autor, no permite excluir una conducta desleal por el hecho de haber actuado o haber tenido la intención de actuar en el mejor interés del beneficiario. En efecto, puede el fiduciario haber actuado o tenido la mejor intención de actuar en interés del beneficiario y aún ser desleal porque ha infringido una regla de prevención de conflicto (GOLD, 2014: 185 y 186).

c. Lealtad como sinceridad

Esta noción de lealtad implica en cierto sentido una cualidad moral por parte de alguien, de quien se cree es una persona confiable y honesta: alguien que tomará en serio tus intereses y no te traicionará (GOLD, 2014: 180).

De acuerdo con Gold, este tipo de lealtad se diferencia de las dos indicadas precedentemente, en tanto, se puede ser desleal infringiendo la sinceridad y, no obstante, no ir en contra de las reglas de prevención de conflicto de intereses y de la lealtad como devoción afirmativa. En este sentido, «los fiduciarios pueden ser desleales sin conflictos de intereses, e incluso con la intención de servir los mejores intereses de sus beneficiarios» (GOLD, 2014: 181)²⁷².

Aunque Gold no se refiere expresamente a las críticas de esta noción de lealtad, a ellas pueden ser aplicables las mismas que ya han sido mencionadas respecto de la regla de prevención de conflictos y de devoción afirmativa. Que una persona actúe sinceramente en la generalidad de sus relaciones, no excluye que puedan presentarse conflictos de interés o que se infrinja el deber de actuar como devoción afirmativa. En efecto, es posible que alguien, por muy honesto que sea o por muy elevadas que sean sus cualidades morales, no actúe en interés del beneficiario, principalmente si con su conducta se encuentran en conflicto otro tipo de deberes que tiene con otros sujetos como, por ejemplo, hacia un hijo o un familiar querido. En tal situación y suponiendo que las cualidades morales de alguien sean incuestionables, es difícil asegurar que seguirá prefiriendo los intereses del

²⁷² Traducción propia (GOLD, 2014: 181).

beneficiario y no los intereses de quien por una razón más fuerte quiere proteger o satisfacer.

d. Lealtad como acuerdo hipotético

Según lo expuesto por Gold, este tipo de lealtad surge como resultado del análisis jurídico y económico que se efectúa de las leyes fiduciarias, y que permiten al juez construir el deber de lealtad sobre la base de lo que los contratantes, o la mayoría de estos, hubiesen elegido exigir como conducta para maximizar el beneficio económico o las ganancias que las partes pretenden repartir como resultado del contrato. Para esta noción de lealtad existirían infinitas variaciones de las conductas exigidas por ella (GOLD, 2014: 182). En este sentido, el deber de lealtad funcionaría como criterio de integración de deberes jurídicos.

Gold considera que esta noción de lealtad podría resultar útil solo en cuanto a las relaciones fiduciarias contractuales, pues en aquellas que tienen carácter legal, como las que se suscitan entre padres e hijos, no habría acuerdo hipotético que permitiera explicar o incluir deberes de lealtad exigibles. Ahora incluso tratándose de relaciones contractuales, esta noción de lealtad como el mínimo que la define es débil y fuertemente criticable, en tanto el lenguaje y razonamiento judicial son, por regla general, incompatibles con un razonamiento hipotético de negociación, más aún si se considera que para esta noción de lealtad su contenido estaría dado suponiendo una relación hipotética en un mundo de costes de transacción cero (GOLD, 2014: 187).

e. Lealtad como equidad

La lealtad como equidad es aquella que tiene lugar en los casos en los que el fiduciario debe actuar en nombre de múltiples beneficiarios. El problema que aquí se presenta es que, frente a este supuesto, el fiduciario no está en condiciones de actuar conforme mejor resulte para el mejor interés de cada uno de los beneficiarios, pues ello sería incompatible con actuar en mejor del interés colectivo que es el que debe satisfacer. Luego, entonces, una regla como la de prevención del conflicto no puede ser aplicable en estos casos. Frente a estas situaciones, el deber del fiduciario se transforma en un deber de equidad y razonabilidad (GOLD, 2014: 182 y 183).

Un ejemplo de ello podría advertirse en los casos en los que el Estado administrador celebra contratos con terceros en representación de los intereses generales de la comunidad, por ejemplo, un contrato para la construcción de un hospital público. En estos casos, el Estado administrador actúa en representación de un interés general y es debido a ello que la doctrina señala que dichos contratos deben interpretarse siempre de la forma que «favorezca la continuación del servicio, obra o suministro debido en el interés general de los usuarios» (MORAGA, 2008: 208).

f. Otras posibilidades

Los distintos inconvenientes que presenta cada una de las nociones de lealtad explicadas precedentemente impiden, en el entendido de Gold, identificar cuál es el contenido mínimo del deber de lealtad en las relaciones fiduciarias. No obstante, el autor apuesta por una segunda posibilidad, ya no consistente en identificar el contenido mínimo y común de la lealtad en las relaciones fiduciarias, sino en reconocer que las relaciones fiduciarias requieren de un deber de lealtad y que este puede tener acepciones distintas dependiendo del tipo de relación de que se trate. Así, algunas implicarán lealtad como devoción afirmativa, otras prohíben conflicto de intereses, o ambas (GOLD, 2014: 191). En este sentido la noción de lealtad sería subdeterminada en lo que a la generalidad de las relaciones fiduciarias se refiere, cuestión que lejos de resultar un inconveniente, en la opinión de Gold, constituye una fortaleza de la lealtad, pues permite interpretar los diferentes deberes de conducta exigidos en las relaciones fiduciarias de distinta manera, ajustándose con ello al paso del tiempo e incluso inducir a deliberación moral respecto de lo que en cada caso exige el deber de lealtad (GOLD, 2014: 191 y ss.).

Segunda Parte

El deber de lealtad en el derecho contractual

(i) Concepto y presupuestos

Como advierte Gold, los deberes de lealtad no son exclusivos de las relaciones fiduciarias (GOLD, 2016: 176). En efecto, existen relaciones de otro tipo, por ejemplo, contractuales, que no siendo fiduciarias exigen a las partes deberes de lealtad, solo que estos han sido examinados con mayor interés a propósito de las relaciones fiduciarias (GOLD, 2014: 176 y 177).

Lo que sostengo en este trabajo es que un deber de lealtad es aquel que exige una conducta orientada en especial beneficio y/o protección del interés de otro, que es parte de la relación contractual y que se justifica en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que determinados tipos contractuales requieren para ser exitosos. Así también, en la necesidad de generarla.

De acuerdo con esta definición, el deber de lealtad requiere cumplir con dos presupuestos copulativos. El primero está dado por la conducta exigida. El deber de lealtad necesariamente exige a los contratantes una conducta orientada especialmente en consideración al interés del otro (no actuar en contra del interés ajeno, y/o actuar o tener la intención de actuar en su interés), pues ello es necesario para que el contrato funcione y se satisfagan los fines e intereses de las partes. El segundo presupuesto es la confianza, pues, solo en los contratos en que esta es condición necesaria para su éxito podrá justificarse la exigencia de deberes de lealtad²⁷³.

²⁷³ En el derecho chileno, Schopf se refiere a la diferencia de intensidad de la buena fe que existe entre distintos tipos de contratos, en atención a la incidencia de la confianza depositada (SCHOPF, 2018: 120 y 121). En este punto debo hacer la siguiente prevención: tanto la idea de la gradación de la buena fe contractual y de la confianza como un elemento determinante para identificar aquellos casos en los que se exigen deberes de lealtad, así como los ejemplos concretos en los que se advierten las distintas intensidades de la buena fe, fueron expuestos públicamente por la autora con anterioridad a la fecha de aceptación del artículo del señor Schopf en la *Revista Chilena de Derecho* (7 de septiembre de 2018). Respecto de la gradación de la buena fe y los tipos de contratos en los que se advierte la diferencia de grados en cuanto a su intensidad, véase la exposición efectuada por la autora en el *workshop* organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica en la Universidad de Girona el día 10 de febrero del año 2017, en línea desde el 16 de marzo de 2017, en el siguiente enlace <https://www.youtube.com/watch?v=C1Go8z6LiH8>. Tratándose de la idea de confianza como aquella que permite identificar la diferencia entre la buena fe y lealtad, véase BUSTOS, 2019: 189 y ss., recibida por el editor con fecha 7 de febrero de 2018.

Trataré a continuación ambos presupuestos, así como los tipos contractuales en los que se integran deberes específicos de lealtad.

a. Primer presupuesto. La conducta exigida

De lo señalado por la doctrina, se desprende que el deber de lealtad supone que, ante un conflicto de interés, el fiduciario debe actuar en función del interés del beneficiario (ALCALDE, 2013: 161; BERNET, 2007: 109; GUERRERO y ZEGERS, 2014: 213; BASCUÑÁN, 2019: 85; BARROS, 2019: 226; PARDOW, 2007: 567).

Si bien, como argumenta Gold, no es posible identificar un concepto general de lealtad aplicable a todas las relaciones fiduciarias, pues, lo que exige la lealtad en cada una de ellas es distinto según sea el tipo de relación en la que se examina el deber²⁷⁴, algunas de las distintas comprensiones y acepciones expuestas por este autor son útiles para determinar de un modo amplio lo que un deber general de lealtad exige (GOLD, 2014: 191 y ss.). En efecto, si en determinado tipo de relaciones contractuales son requeridos deberes de lealtad, estos en principio han de exigir a sus destinatarios lo mismo que demandan los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias. De lo contrario, no podrían ser considerados deberes de lealtad propiamente tales.

Las acepciones de lealtad que utilizaré para identificar lo exigido por el deber general de lealtad contractual son las dos primeras expuestas por Gold: la lealtad como prevención de conflicto de interés y la lealtad como devoción afirmativa (GOLD, 2014: 178)²⁷⁵.

Excluiré la lealtad como sinceridad, pues implica una cualidad moral por parte de alguien de quien se cree que es una persona confiable y que tomará en serio los intereses del

²⁷⁴ Pese a que Gold considera que ninguna de las acepciones de la noción de lealtad por él expuesta permiten identificar las características mínimas y necesarias de los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias, los criterios o acepciones de lealtad analizados por este autor son útiles para los fines de este trabajo, pues permiten identificar en términos generales, mas no exhaustivos, lo exigido por un deber de lealtad en general y para las relaciones contractuales en particular (GOLD, 2014: 191 y ss.).

²⁷⁵ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (ii) a y b.

beneficiario (GOLD, 2014: 180)²⁷⁶. Si es posible –como pretendo justificar– exigir deberes de lealtad contractuales en determinado tipo de contratos, estos no dependen de las cualidades morales ni personales de las partes²⁷⁷, sino que son requeridos como necesarios en razón de la propia naturaleza del negocio que se celebra y ejecuta. Dicho de otro modo, si determinados contratos exigen deberes de lealtad, lo es porque su naturaleza lo requiere para que el contrato sea exitoso y puedan satisfacerse los intereses de los contratantes, y no porque las cualidades morales del deudor le impongan la exigencia de un determinado comportamiento²⁷⁸.

Se excluye la lealtad como acuerdo hipotético porque nada nos dice respecto de lo exigido por el deber, sino que es más bien una herramienta para identificar deberes de lealtad²⁷⁹. Asimismo, se rechaza la lealtad como equidad porque esta opera en situaciones muy distintas a las que se presentan en los contratos que son objeto de estudio en este trabajo. En efecto, la lealtad como equidad se aplica a los casos en los que el fiduciario representa intereses múltiples o difusos, de modo que es imposible para aquel actuar conforme a la regla de prevención de conflicto de interés o de devoción afirmativa (GOLD, 2014: 182 y 183)²⁸⁰, como sería por ejemplo un contrato colectivo de trabajo. Tratándose del derecho de contratos y particularmente de relaciones contractuales bilaterales regidas por el derecho privado la representación de intereses múltiples o difusos resulta ajena²⁸¹.

²⁷⁶ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (ii) c.

²⁷⁷ Ver *infra* Capítulo IV, Primera Parte.

²⁷⁸ «*Contract law is abstraction –what is left in the law relating to agreements when all particularities of person and subject-matter are removed*» (FRIEDMAN, 2011). Esta referencia ha sido traducida por Francisco Blasco, en la versión al castellano de la obra de Gilmore, titulada *La muerte del contrato*, en el siguiente sentido: «el derecho de contratos es abstracción: es lo que queda en el derecho relativo a los acuerdos cuando todas las particularidades de la persona y de la cosa se eliminan» (GILMORE, 2017: 48).

²⁷⁹ Respecto de los criterios normativos para identificar lo exigido por un deber ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iv).

²⁸⁰ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (ii) e.

²⁸¹ Este trabajo se concentra en el examen de los contratos individuales y no colectivos. «Se denomina contrato individual aquel para cuyo nacimiento o formación es indispensable la manifestación de voluntad de todas las personas que resultan jurídicamente vinculadas. El contrato individual exclusivamente crea derechos y obligaciones para los que consintieron en él. Este tipo de contrato es el único que tuvo en vista el Código Civil de 1855. Se conoce como contrato colectivo aquel que crea obligaciones para personas que no concurrieron a su celebración, que no consintieron, o que incluso disintieron, oponiéndose a la conclusión del contrato. El contrato colectivo representa, por lo tanto, una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, ya que, conforme a este principio, las convenciones únicamente afectan a quienes las celebran» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 142).

Retomando ahora la regla de prevención de conflicto y la lealtad como definición afirmativa, para precisar lo exigido en general por un deber de lealtad debe recordarse que lo que cada una respectivamente impone es no actuar en contra de los intereses del otro, que es el beneficiario del deber; y actuar o tener la intención de actuar en interés del beneficiario (GOLD, 2014: 178)²⁸². En este sentido, una idea general de lo exigido por los deberes de lealtad implica para los contratantes un deber de no actuar en contra del interés ajeno (o protegerlo), como también impone –aunque no necesariamente de forma conjunta– el deber de actuar en interés del beneficiario. Luego, esta misma exigencia se aplica a los deberes de lealtad contractuales.

Que un deber de conducta se encuentre orientado a evitar actuar en contra del interés ajeno o beneficiar ese interés, implica alterar la regla general de lo que es exigido en una relación contractual, pues, como fue expuesto²⁸³, la regla general en los contratos es que cada parte vele por la satisfacción y beneficio de sus propios intereses, lo que no excluye que, en determinados tipos de contratos – como son aquellos en los que se justifica la exigencia de deberes de lealtad - velar por el interés ajeno sea necesario para que los intereses de los contratantes puedan satisfacerse. En este sentido lo requerido por un deber de lealtad es más fuerte, o si se quiere, más exigente²⁸⁴.

Por su parte, el deber de lealtad se manifiesta en deberes específicos que son requeridos por éste, los cuales pueden ser de distintos tipos. Así, en ciertos casos y según lo requiera el contrato para su éxito, son ejemplos de este tipo de deberes el deber de información, el deber de no competir y de no representar intereses incompatibles, el deber de confidencialidad y el deber de respeto por el prestigio u honor ajeno²⁸⁵.

²⁸² Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (ii) a y b.

²⁸³ Ver *supra* Capítulo II, Segunda parte (iii) c.

²⁸⁴ Volveré sobre este punto en el Capítulo V, Primera Parte.

²⁸⁵ Respecto de los deberes de conducta específicos requeridos por el deber de lealtad ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (ii).

b. Segundo presupuesto. La confianza

Los deberes de lealtad contractuales²⁸⁶, al igual que los deberes de lealtad requeridos para las relaciones fiduciarias, no pueden resultar exigidos para cualquier tipo de relación contractual²⁸⁷. Tampoco es posible que su justificación de exigencia se sustente en la existencia de una relación fiduciaria, pues, no todas las relaciones contractuales en las que se advierten deberes de lealtad son de esta índole. El principal elemento que falta en los contratos en los que son requeridos deberes de lealtad es el presupuesto de discreción, pues, aunque en ciertos casos pueda incluso advertirse un poder de autoridad de una parte hacia la otra, este poder no es ejercido con completa autonomía, situación que de acuerdo con lo expuesto por Miller excluye el carácter fiduciario de la relación (MILLER, 2014: 72)²⁸⁸.

A continuación, me referiré al segundo presupuesto de un deber de lealtad en el derecho de contratos: la confianza. Solo en los contratos en los cuales la confianza sea condición necesaria para su éxito podrá justificarse la exigencia de deberes de lealtad.

b.1 Los contratos en los que la confianza es condición para su éxito

Para que, en un contrato, la confianza sea condición de éxito, debe tratarse de un tipo contractual que consista en un emprendimiento en el que la colaboración y la constante interacción que existe entre las partes exige no priorizar siempre y en cada ocasión los intereses personales, en tanto es la interacción con la contraparte lo que permite la satisfacción del interés propio. En este sentido, la obtención del fin que los contratantes persiguen no puede obtenerse de forma separada, pues la satisfacción del interés de cada uno de ellos requiere de recíproca colaboración e interacción (CAUMONT, 2014: 245 y ss.). Esto implica, en términos sencillos, que sin la confianza requerida, el contrato no puede cumplir con las expectativas perseguidas por las partes con su celebración.

²⁸⁶ El tratamiento y análisis de los deberes de lealtad contractuales excluye –para los efectos de este trabajo– relaciones contractuales que tienen el carácter de fiduciarias. Esta es la razón para no incorporar en este examen al contrato de mandato, comisión y sociedad.

²⁸⁷ Si los deberes de lealtad requieren de una conducta más exigente con relación a otros deberes de conducta exigibles a los contratantes, entonces, los deberes de lealtad deben ser identificados y valorados con cautela. Un sistema en el que indiscriminadamente se admitieran deberes de lealtad para cualquier tipo de relación contractual repercutiría en alterar lo que es razonable exigir a cada contratante de acuerdo con la naturaleza del contrato celebrado. Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) b.

²⁸⁸ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.2.

En la literatura jurídica este tipo de contratos recibe el nombre de relacionales, término acuñado por Macneil, quien los define como aquellos que no se limitan al mero intercambio económico, sino que dependen de las relaciones de cooperación entre las partes y, en consecuencia, de la confianza entre ellas (MACNEIL, 1974: 720 y ss.).

En similar sentido, Papayannis y Pereira exponen que, «los contratos relacionales trascienden el marco meramente transaccional, surgiendo entre las partes normas de conducta derivadas de, y para regimentar, su propia cooperación. Estas normas son sensibles a las expectativas generadas a la confianza depositada por los contratantes y a la idea de que ellas comparten (y no meramente dividen y reparten) los excedentes de sus empréstitos. Los contratos relacionales son paradigmáticamente los que requieren de una continuidad a lo largo del tiempo²⁸⁹ o una relación de cercanía o conocimiento mutuo importante para ser exitosos» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 29 y 30).

La teoría del contrato relacional da importancia a todo hecho, relación y en general a cualquier aspecto que rodee a las partes contratantes que incida en la relación contractual. De ahí que –para esta teoría– tengan gran importancia los usos comerciales. Los contratos relacionales suponen relaciones más complejas que aquellas usualmente reguladas por el derecho, pues el contenido del contrato no queda necesariamente fijado al momento de la formación del consentimiento, sino que las partes van adecuando sus derechos y obligaciones de manera progresiva durante su ejecución. (MACNEIL, 1974)²⁹⁰.

Si bien y como lo expone Eisenber en su crítica a la teoría del contrato relacional, todo contrato es relacional, en el sentido que cualquier relación contractual supone una relación con otro (EISENBERG, 2018: 733-738), Macneil sostiene que hay contratos que lo son más

²⁸⁹ V.gr. SPEIDEL, 2000: 828.

²⁹⁰ Para Eisenberg siendo el derecho contractual un conjunto de reglas que se aplican a las relaciones económicas y no afectivas, esas relaciones entre las partes deben mirarse a la luz del intercambio económico continuo y la interacción constante entre los contratantes, más que a sus relaciones afectivas o personales. (EISENBERG, 2000: 820 y 821) V.gr. SPEIDEL, 2000: 828. Debo prevenir en todo caso que para la interpretación del contrato el punto de partida es siempre el texto expreso en el que se ha vertido la declaración de voluntad ver *infra* Capítulo I, Segunda Parte.

que otros, como aquellos que no se limitan al mero intercambio, sino que suponen una interacción constante de los contratantes (MACNEIL, 1974)²⁹¹.

En este punto y aun aceptando que todo contrato es en alguna medida relacional, los que interesan para efectos de este trabajo, son aquellos que no sólo suponen una interacción con otro, sino aquellos en que la interacción con otro es constante, exigiéndose además recíproca cooperación y confianza para permitir a los contratantes en el tiempo satisfacer sus expectativas e intereses. En este sentido todo contrato es relacional, solo que hay algunos más relacionales que otros. Un contrato relacional puede ser relacional en el mismo sentido que un contrato discreto, pero un contrato discreto no puede ser relacional en el sentido de un contrato relacional (MACNEIL, 2000: 894).

En Chile el estudio respecto de los contratos relacionales no ha despertado mayor interés, son escasos los textos que a ellos se refieren. Uno de estos corresponde a la actualización de un clásico libro de contratos parte general, originalmente escrito por López y actualizado en 2017 por Elorriaga. Señalan los autores refiriéndose a este tipo de contratos que «A pesar de que todo contrato por definición genera una relación jurídica entre partes, existen algunos que se extienden por tan largo plazo que llegan a producir una vinculación estable y permanente entre quienes los han otorgado, por lo que en esta perspectiva son más relacionales que otros. En este tipo de contratos, el plazo, y especialmente el largo plazo, no es un elemento meramente accidental o una simple modalidad del negocio jurídico, sino que es una parte esencial de él, ya que el convenio se estructura sobre la base de una relación comercial, económica o financiera que se extenderá probablemente por muchos años, a partir de lo cual las partes definen sus derechos, obligaciones, cargas y utilidades. El interés de las partes se satisface precisamente con la prolongada duración del acuerdo».

Luego Elorriaga y López agregan un interesante elemento presente en todo contrato

²⁹¹ Macneil advierte cuatro propiedades básicas que deben estar presentes en un contrato relacional, estas son: cada relación debe darse dentro de una relación contractual compleja; comprender cualquier transacción requiere comprender todos los elementos de la relación; el análisis efectivo de cada transacción requiere del conocimiento y valoración de los elementos esenciales de las relaciones contractuales que podrían afectar de modo significativo a la transacción; el contexto de análisis que combina relaciones contractuales y transacciones es más eficiente y produce analíticamente un producto final más completo y seguro que si se inicia el análisis fuera del contexto de la relación. (MACNEIL, 2000: 881).

relacional, cual es la dependencia. Señalan así los autores: «En algunos contratos de este tipo la vinculación llega a ser tan relevante que muchas veces las partes se transforman en buena medida en dependientes la una de la otra, ya que una de ellas, para poder explotar su giro o realizar su actividad, requiere del permanente apoyo y cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. Estos contratos, más sofisticados y complejos, se oponen a la noción del contrato tradicional, que nace para ser ejecutado de una sola vez, y al que se le denomina discreto (*discrete*), pues no presenta este rasgo de trascendencia en la vinculación que experimentan las partes en el tiempo. En el contrato de larga duración, la vinculación entre los contratantes no es estática o inamovible; no se trata de una simple transacción de bienes o servicios entre dos o más personas, sino que el vínculo es dinámico y relacional, por lo que debe adaptarse a los sucesos y circunstancias que seguramente van a ocurrir en el muy largo plazo en el que el convenio debe ser ejecutado (...)» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 138 y 139).

Debe en todo caso mirarse con cautela como un elemento propio e independiente del contrato relacional su carácter prolongado en el tiempo, pues, lo que define a un contrato de este tipo no es su duración sino la interacción continua entre los contratantes que se materializa en la ejecución de las obligaciones en el tiempo (EISENBERG, 2000). Lo relevante en un contrato relacional es que la interacción constante entre los contratantes junto a una fuerte cooperación exigida, dependencia implicada y confianza recíproca, será lo que permita a estos la satisfacción de sus intereses.

Estas características propias de los contratos relacionales permiten a su vez advertir las implicancias que para las partes genera su celebración y ejecución. En este sentido, todo contrato relacional en el que la confianza es condición para su éxito lleva implícita dependencia, pues el éxito o fracaso de una parte conduce al éxito o fracaso de la otra. Pero también importa vulnerabilidad, pues, cualquier relación que exija confianza, una fuerte cooperación y se prolongue en el tiempo impone a las partes un riesgo mayor frente a

situaciones no previstas²⁹² que el que asumirían en cualquier otro tipo de contrato. Además, y esto es lo fundamental, toda interacción que requiera de confianza hace vulnerable al otro frente al poder que tiene de dañar sus intereses. En este sentido, como expone Baier, confiar consiste en aceptar una fuente de vulnerabilidad dado el poder que tiene el otro para dañarnos (BAIER, 1991: 113)²⁹³.

Ahora bien, si consideramos que el derecho de contratos tiene por finalidad brindar a las personas las herramientas para que satisfagan las más diversas finalidades económicas que por sí solas no pueden satisfacer²⁹⁴, el derecho no puede quedar ajeno frente a las implicancias que para las partes importa la celebración de los contratos en los que la confianza sea requerida para que funcionen. El ordenamiento jurídico debe brindar a los contratantes las garantías para afrontar la dependencia y vulnerabilidad a la que se ven expuestos.

En efecto, de esto es de lo que precisamente se trata el derecho de contratos en un sentido técnico. En palabras de Messineo, «el contrato llena la vida económica y también la vida del derecho: el contrato llega a ser, por lo tanto, una institución jurídica: la institución jurídica más conocida y familiar a los profanos. Los cuales se sirven de él continuamente, a menudo aún sin tener conocimiento alguno de él y sin preocuparse por conocer su esencia y su disciplina, sin que esto sea, por lo demás, un inconveniente, ya que a ella provee el ordenamiento jurídico» (MESSINEO, 2018: 62).

De esta forma, es función del derecho entregar a los contratantes las herramientas que les permitan satisfacer sus propios intereses, para lo cual no bastan normas potestativas que les permitan crear derechos y obligaciones. El derecho debe otorgar a los contratantes mecanismos de protección ante la vulnerabilidad o dependencia, cuestión que se obtiene a

²⁹² Refiriéndose a la prolongación en el tiempo, Eloorriaga y López señalan que «Este factor es el que coloca a las partes en el imperativo de prever expresamente el futuro en el contrato, ya que saben que por el largo plazo involucrado es enteramente posible que las circunstancias presentes cambien. Se genera así el problema de la distribución de los riesgos del contrato, ya que las variaciones económicas, laborales o políticas pueden resentir los intereses involucrados, por ello deben adelantarse a la variación de las circunstancias» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 141).

²⁹³ Traducción propia.

²⁹⁴ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) c.

través de los deberes de conducta. Si el derecho no otorga tales mecanismos de protección, el derecho de contratos falla en su función técnica, pues como lo expone Coleman, refiriéndose a la racionalidad individual de los contratantes, nadie sensata ni razonablemente celebraría o ejecutaría un contrato en el que no existen mecanismos de protección ante la traición o el aprovechamiento del otro: «Para ello el derecho exige a los contratantes cumplir con los deberes que forman parte del contenido del contrato» (COLEMAN, 2010: 50 y 51).

La fuente principal de los deberes contractuales es la autonomía de la voluntad de los contratantes (CLARO, 1937: 468 y ss.). Por ello, las partes en ejercicio de esta autonomía podrán pactar las cláusulas que estimen frente a los riesgos que implica cualquier interacción con otro y particularmente frente a la vulnerabilidad y dependencia involucradas en los contratos en los que la confianza es condición para su éxito²⁹⁵. Por lo demás, el legislador, para cierto tipo de contratos, puede haber regulado y dispuesto deberes especiales de conducta orientados a proteger a las partes en sus intereses, como ocurre por ejemplo tratándose de contratos fiduciarios como el contrato de mandato²⁹⁶. Si las partes

²⁹⁵ Una reflexión y análisis muy interesante que es pertinente destacar en esta oportunidad es el efectuado por Shapiro, quien sostiene que el derecho entendido como planes es un mecanismo para gestionar la confianza y la desconfianza: «los planes particulares pretenden compensar la falta de confianza y sacar partido de su presencia. Un plan puede ser usado para hacer frente a cierto grado de desconfianza, pero la desconfianza no puede ser tan profunda como para que el plan tenga que ser tan detallado» (SHAPIRO, 2014: 407). El examen de la confianza que es requerida como condición de éxito en los contratos relacionales será examinado en detalle en el Capítulo IV de este trabajo.

²⁹⁶ Existen una serie de normas contenidas en la regulación del contrato de mandato orientadas a la protección de los intereses del mandatario, en atención a su naturaleza de relación fiduciaria. Un grupo de ellas impone al mandatario el deber de abstenerse de la ejecución del encargo o de alejarse de las instrucciones entregadas por el mandante, si ello afecta los intereses de este. La primera de estas reglas se encuentra en el artículo 2149 del Código Civil que establece para el mandatario el deber de abstenerse de cumplir con el mandato si su ejecución resulta manifiestamente perjudicial a los intereses del mandante. Según Stitckin, este deber encuentra su justificación en el hecho de que el mandatario no es un simple asalariado que debe cumplir las instrucciones de su superior sin discriminar si le conviene o no a este lo que se está haciendo (STITCKIN, 2008: 398). Muy por el contrario, el mandatario reemplaza al mandante y, por lo mismo, debe velar por los intereses del mandante como quien vela por los suyos propios. Una segunda regla se encuentra en el artículo 2147 del Código Civil, que faculta al mandatario para apartarse de los términos del mandato si se presentan circunstancias que permitan ejecutar el encargo con mayor beneficio o menor gravamen que los designados por el mandante. Este mismo artículo establece, además, que si el mandatario en la ejecución del encargo ha negociado con menos beneficio o mayor gravamen que los señalados en el mandato deberá responder por la diferencia ante el mandante. La tercera regla en la que se manifiesta este deber del mandatario de apartarse de las instrucciones del mandante si el cumplimiento de ellas resulta perjudicial al interés del mandante, se encuentra en el artículo 2150 del Código Civil, a propósito de casos en los cuales el mandatario se encuentre impedido por fuerza mayor o caso fortuito de cumplir con las instrucciones del mandante. El referido artículo señala que en estos casos pueden presentarse dos escenarios.

nada han dicho, o no existe norma expresa, será competencia del juez integrar los deberes de conducta que sean necesarios para satisfacer el interés de los contratantes y/o asegurar el éxito del negocio²⁹⁷. Así también los deberes específicos de conducta que les permitan una garantía ante la traición o el aprovechamiento ajeno.

En cualquiera de los casos e independientemente de cuál sea la fuente de integración del deber de conducta, si de lo que se trata es de contrarrestar las implicancias de la confianza que es requerida para el éxito de un contrato de tipo relacional, el deber que pasa a ser parte del contenido del contrato requiere ser un deber de conducta fuerte que permita hacer frente a la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza. Pero además y dado que el contrato requiere de confianza, el deber de conducta que se integre debe permitir generarla. Para todo ello, lo necesario es un deber de conducta orientado hacia el beneficio o protección del interés del otro que es parte de la relación contractual, que asegure no sólo que quien cumple no resultará perjudicado en sus intereses, sino además que el otro, que es parte de la relación, no solo velará por sus intereses sino además por los de la otra parte del contrato. En otras palabras, lo necesario es un deber de conducta específico de lealtad.

Veamos un ejemplo: pensemos en un contrato de agencia que requiere de un alto grado de confianza, cooperación recíproca e interacción constante. Para que las partes puedan cumplir sus fines, en ciertos casos, son necesarios deberes de información del principal hacia el agente, comprendiéndose incluso la entrega de información confidencial, si ello es relevante para que el agente pueda cumplir con la promoción del negocio del principal²⁹⁸. Cumplir con el deber de información que tiene el principal es necesario para que el contrato funcione, pues, sin esta información, el agente no puede promover los negocios del principal. Pero, además, el principal, al cumplir este deber y revelar información confidencial, debe confiar en que el agente no lo traicionará, se vuelve entonces vulnerable

El primero está constituido por los casos en los que, pese a la imposibilidad de seguir las instrucciones, no fuera posible para el mandatario dejar de actuar sin comprometer gravemente los intereses del mandante, en cuya situación deberá el mandatario tomar el partido que más se acerque a las instrucciones dadas por el mandante y que más convengan al negocio encomendado. El segundo, se refiere al caso en el que para el mandante es posible dejar de actuar sin afectar gravemente al mandatario, frente a lo cual este puede elegir entre constituirse como agente oficioso o tomar las medidas conservativas que las circunstancias así lo exijan.

²⁹⁷ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte.

²⁹⁸ V.gr. SANDOVAL, 2015: 296 y ss.; PUELMA, 1992: 68 y ss.; CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 384 y ss.

ante el poder que tiene el agente de dañarlo y dependiente de sus conductas. Si el principal confía y cumple su deber de informar es vulnerable y dependiente hacia las conductas del agente. Si no confía y no cumple su deber de informar el contrato fracasa.

Luego, para que el principal pueda cumplir con su deber de informar que conlleva la entrega de información confidencial, se requiere de un resaseguro o una garantía que le permita contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es requerida para que el contrato funcione. La forma en que el derecho otorga estas garantías es a través de la exigencia de determinados deberes de conducta. El deber de conducta indicado sería un deber de confidencialidad del agente hacia al principal, pues da una garantía al principal para que pueda cumplir con su deber de informar y con ello el contrato pueda ser exitoso y se satisfagan los intereses de ambas partes, sin verse expuesto a ser afectado en sus propios intereses con el cumplimiento de la obligación.

Pero, además, el deber de confidencialidad que en este caso sería el indicado para contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza, altera la regla general por la cual cada parte debe velar por sus propios intereses²⁹⁹, ya que solo exigiéndose al agente una conducta directamente orientada a proteger los intereses del otro podrá el contrato ejecutarse con éxito y con ello satisfacerse los intereses de ambas partes. En efecto sin el deber de confidencialidad el principal no estará dispuesto a entregar información confidencial al agente, y si no se entrega la información, no sólo se frustra la pretensión del principal de que el agente promueva su negocio, sino el propio interés que el agente persigue con la celebración del contrato de agencia.

Entonces, siendo el deber de lealtad en general, como se expuso³⁰⁰, un deber que exige proteger el interés ajeno, y/o actuar o tener la intención de actuar en beneficio del interés del otro porque ello es necesario para que los intereses de los contratantes puedan satisfacerse, la confidencialidad es un deber específico requerido por un deber de lealtad. El

²⁹⁹ Conforme a lo expuesto en el Capítulo II de este trabajo, la medida general de lo exigido por la buena fe está dada por el respeto hacia el interés del otro, comprendiéndose en ello y para cualquier tipo de contrato, un respeto hacia el vínculo contractual por el cual cada parte debe realizar las conductas razonables para que el otro pueda satisfacer sus expectativas, nada más. Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) a.

³⁰⁰ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte y Segunda Parte (i) a.

deber de confidencialidad, por lo tanto, justifica su exigencia en la vulnerabilidad y dependencia implicadas de la confianza. Así también permite generarla y obtener con ello que el contrato funcione.

b.2 Integración de deberes requeridos por la lealtad

Ahora, habiendo ya revisado el concepto de lealtad y la justificación de los deberes requeridos por este, corresponde determinar la forma en que los deberes específicos lealtad son integrados como parte del contenido del contrato.

Los contratos relacionales enfrentan dos problemas en cuanto a la determinación de su contenido. El primero de ellos es que estos en su mayoría –por no decir en su totalidad– son contratos no regulados³⁰¹, correspondiéndole por tanto al juez, a falta de estipulación expresa de los contratantes, integrar el contenido del contrato.

El segundo problema está dado por la propia característica de los contratos relacionales. Aunque estén regulados o las partes hayan determinado su contenido, por ejemplo, a través de cláusulas que incorporan deberes para proteger los intereses de los contratantes frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas, requieren que su ejecución perdure a lo largo del tiempo, pues solo mediante la constante interacción los contratantes obtienen la satisfacción de sus intereses. En efecto, un contrato relacional para satisfacer los intereses de los contratantes puede durar décadas, durante las cuales no solo pueden cambiar las circunstancias económicas, políticas, sociales, sino además las personas físicas o jurídicas que son las partes del contrato³⁰². Sabemos que es de suyo complejo que las partes o

³⁰¹ Refiriéndose a los contratos relacionales, Papayannis y Pereira señalan: «Algunos contratos de producción publicitaria, algunas formas de franquicia, concesión o distribución, los fideicomisos entre muchos otros son impensables sin una relación sólida y afianzada entre las partes» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 29 y 30).

³⁰² Refiriéndose a los contratos relacionales, Elorriaga y López afirman: «Los contratos por los que se obtienen los servicios básicos de energía, gas y agua, los contratos de salud, educación, seguros, distribución, concesiones, de suministro de tecnología, materiales o de mano de obra, o los de asistencia técnica para grandes proyectos, son acuerdos que se dilatan mucho en el tiempo, generando entre los contratantes un vínculo que suele desbordar el simple acuerdo de voluntades que les dio origen (...) El principal problema que generan los contratos de larga duración viene dado precisamente por su configuración, pues entre el momento en que son celebrados y el período de tiempo en que son cumplidos, suelen cambiar las circunstancias en que se celebraron, o sobrevienen sucesos que las partes no previeron al momento de contratar. Sería una ficción creer que hace 10, 20 o 30 años las partes representaron todas las posibles circunstancias sobrevinientes. En los contratos de asistencia técnica o de suministro de maquinarias, por

incluso el legislador hayan podido prever todas y cada una de las posibles situaciones a las que estas pueden verse expuestas en el futuro. Prever los riesgos y el cambio de circunstancias o regular todas las posibles situaciones a las que se ven enfrentados los contratantes durante la ejecución de un contrato, ya es muy difícil para los contratos en general³⁰³. Y más difícil aun tratándose de los contratos relacionales, los cuales no solo se extienden por un largo espacio de tiempo, sino que esa extensión en el tiempo es necesaria para que las partes satisfagan sus intereses mediante la constante interacción³⁰⁴. Por su parte, no es un misterio que el derecho positivo no siempre es capaz de ofrecer solución a todos los problemas que se presentan, incluso habiendo regulado determinados contratos.

La consecuencia de los problemas enunciados y que afectan a los contratos relacionales es que estos serán siempre en gran medida indeterminados en su contenido, y es en razón de ello que, tratándose específicamente de este tipo de contratos, el rol del juez en la integración de deberes de conducta y en la interpretación es más activo³⁰⁵.

Ante la falta de norma, y en ausencia o insuficiencia de lo pactado, corresponde al juez integrar deberes de conducta y, como ya se ha dicho en los capítulos anteriores³⁰⁶, el dispositivo del que dispone para revelar deberes de conducta implícitos es la buena fe. El juez interpreta las disposiciones contractuales y les atribuye un significado (interpretación

ejemplo, es entendible que con el tiempo la tecnología comprometida o la maquinaria que se utiliza en el cumplimiento del contrato vaya quedando superada y deba ser reemplazada o actualizada. Es comprensible, de la misma forma, que las personas que pueden haber estado a cargo del proyecto a ejecutar vayan cambiando, sea porque han envejecido, se han marchado de la compañía o simplemente han fallecido. Es también muy frecuente, y acaso de lo más relevante en la economía del contrato, que los precios de los servicios vayan cambiando, sea porque los materiales se van haciendo más caros o escasos o porque sencillamente la prestación del servicio se hace más onerosa con el transcurso del tiempo. En este tipo de situaciones, el receptor de los servicios estará interesado en que se le provea de la tecnología más actualizada y de la maquinaria más moderna, rechazando lo que le parece anticuado. De la misma forma, el prestador de los servicios aspirará al precio actualizado y real de sus servicios, no conformándose con una retribución que no cubra sus costos, ni le proporcione las debidas utilidades» (ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017: 138-140).

³⁰³ Ver *supra* Introducción Capítulo I.

³⁰⁴ V.gr. SPEIDEL, 2000: 828 y 829.

³⁰⁵ V.gr. SPEIDEL, 2000.

³⁰⁶ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte y Tercera Parte; y Capítulo II, Segunda Parte (i) y (ii). Por lo demás y como expone Speidel refiriéndose a la teoría de los contratos relacionales expuesta por Macneil, esta teoría incluye la posibilidad de que las normas internas de la relación entre las partes, pero no explicitadas en el acuerdo se integren al contrato y sean parte de las obligaciones recíprocas. Así, hay normas que son necesarias para mantener unida la relación como la solidaridad (entendida como consideración al interés ajeno) y la reciprocidad; y otras normas pueden ser generadas por la relación durante el transcurso del tiempo, como aquellas que imponen un riesgo compartido y las que apoyan la cooperación (SPEIDEL, 2000: 827).

relevante) y, luego, de acuerdo con la interpretación relevante, revela las conductas lógicamente implicadas e integra los deberes de conducta exigibles que son necesarios para satisfacer la prestación y/o del éxito del contrato y con ello la satisfacción de las expectativas de los contratantes³⁰⁷. La buena fe es útil entonces para revelar deberes de conducta en general, así también deberes específicos de lealtad orientados a no afectar el interés ajeno o beneficiarlo. En este sentido y al igual que lo ya señalado a propósito del deber de la buena fe como criterio de interpretación e integración de deberes específicos de lealtad en las relaciones fiduciarias³⁰⁸, la buena fe integra deberes específicos de lealtad en contratos relacionales.

Veamos un ejemplo, y para ello utilicemos lo expuesto recientemente respecto del contrato de agencia. Kotaix (K), que es el principal, tiene con Tanu (T), que es el agente, el deber de informar, el cual conlleva la entrega de información confidencial. El deber de informar es necesario para que el contrato sea exitoso, pues, sin este T no puede cumplir con la promoción del negocio de K. Como el contrato de agencia es un contrato relacional, de confianza, que requiere de cooperación y de constante interacción entre las partes³⁰⁹, el cumplimiento del deber de informar es beneficioso tanto para los intereses de K como de T.

K, por su parte, sabe que si cumple con el deber de informar se hace vulnerable y dependiente de las conductas de T, pues T no tiene un deber de confidencialidad legal³¹⁰ ni este se ha pactado, pero también sabe que si no cumple con su deber de informar el contrato de agencia se frustra, T no podrá promover el negocio de K y, con ello, se afectan las expectativas de ambas partes. Hay dos formas de interpretar el deber de T de promover el negocio de K. La primera a la que denominaré (O), implica que T solo se obliga a la promoción del negocio. La segunda, a la que designaré (O[^]), implica que T debe cumplir con la promoción del negocio de K, procurando no actuar en contra de su interés, lo que a su vez implica la exigencia de un deber de confidencialidad.

³⁰⁷ Ver *supra* Capítulo I, Segunda y Tercera Parte.

³⁰⁸ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte

³⁰⁹ Ver *infra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) b.

³¹⁰ En Chile, el contrato de agencia es un contrato no regulado por el legislador.

Si utilizamos el deber de buena fe para elegir entre O y O', el intérprete optará por O', porque si elige O, es probable que K no cumpla con su deber de informar a T y sin ello el negocio se frustra. En cambio, si opta por O', que implica el deber de conducta adicional que es el deber de confidencialidad, le otorga a K una garantía para cumplir con su deber de informar y asegurar el éxito del negocio. Si el juez opta entonces por O', es exigible para T el deber de confidencialidad. El intérprete ha integrado al contrato un deber de conducta implícito, sin el cual el negocio no puede ser exitoso. El juez utilizando la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual ha revelado un deber de conducta específico de lealtad orientado en beneficio o en protección del interés de K.

En este sentido, la relación entre buena fe y lealtad es que la primera permite revelar los deberes de conducta que son requeridos por la segunda en los casos en que la propia naturaleza del contrato exija incorporar como contenido, para que puedan satisfacerse los intereses de las partes y/o asegurar el éxito del negocio, deberes de conducta que permitan a los contratantes contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza.

Para finalizar esta parte del trabajo, solo resta mencionar un par de cuestiones a precisar. Como se ha visto, al igual como ocurre tratándose de los deberes de lealtad exigidos en las relaciones fiduciarias³¹¹, lo que se integra al contrato requerido por el deber de lealtad son deberes de conducta específicos, o deberes específicos de lealtad, orientados a evitar actuar en contra del interés del otro o bien hacia una conducta en beneficio del otro³¹². Hay que tener siempre presente que el deber específico del deber de lealtad es más fuerte en su exigencia respecto de aquellos que son por regla general impuestos para el resto de los contratos que no son relacionales o relaciones fiduciarias. Esto es lo que permite diferenciar un deber de conducta que integrado como contenido del contrato impone como medida de exigencia lo requerido en general por la buena fe en su sentido débil (una conducta orientada hacia el respeto por el otro y que se manifiesta en la colaboración hacia el

³¹¹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) a.

³¹² Si lo requerido por el deber de conducta exige esta especial consideración al interés ajeno, los casos en los que la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual revele deberes de conducta que imponen a los contratantes evitar actuar en contra del interés del otro o beneficiar el interés ajeno, lo que integra, son deberes de conducta específicos requeridos por lealtad contractual. En estos casos, la buena fe actúa en su sentido fuerte de acuerdo con el término acuñado por De la Maza (DE LA MAZA, 2008: 52). La buena fe revela deberes de conducta específicos orientados hacia el interés del otro.

cumplimiento de la prestación o la satisfacción de sus intereses) de un deber específico de lealtad, cuya exigencia implica siempre una especial consideración hacia el interés ajeno, ya sea beneficiando sus intereses o protegiéndolos³¹³, siendo esa especial consideración al interés del otro lo que permite la satisfacción de los intereses de las partes (buena fe en sentido fuerte).

Aprovecho, además, de destacar nuevamente la diferencia entre un deber específico de lealtad y un deber altruista. Los deberes específicos de lealtad contractuales se justifican en la confianza que es condición para que el contrato relacional funcione o sea exitoso. Los contratos relacionales implican una interacción constante y recíproca cooperación entre los contratantes para que satisfagan sus fines. Si el deber requerido por el deber de lealtad no se cumple, aunque se encuentre orientado hacia la protección o beneficio del interés ajeno, repercute necesariamente en la frustración del interés de la parte que debe hacia el otro un deber específico de lealtad, esto porque, en los contratos relacionales cada parte depende del éxito de la otra para alcanzar sus propios fines, de modo que la frustración de los intereses de una parte no es irrelevante para la otra. En términos concretos, lo anterior significa que los deberes específicos de lealtad contractuales no son deberes en beneficio hacia otro desinteresadamente³¹⁴, sino que son exigidos por la propia naturaleza del contrato, repercutiendo siempre mediatamente en la satisfacción o frustración de la parte que es deudora del deber específico de lealtad y en general en el éxito del contrato.

(ii) Deberes de lealtad contractual y la confianza como justificación del deber

Con el propósito de poner en práctica la noción de lealtad expuesta, a continuación, analizaré determinados deberes de conducta, que la doctrina ha considerado debieran ser exigidos en algunos tipos de contratos relacionales. Esto con la finalidad de poner «a prueba» el concepto de lealtad contractual que he identificado en este capítulo. Para ello, examinaré cuatro tipos distintos de contratos relacionales no regulados en Chile, todos de distinta naturaleza: el contrato de maquila u *outsourcing*; el contrato de agencia; el contrato

³¹³ Esta diferencia será analizada con mayor detalle en la Primera Parte del Capítulo V.

³¹⁴ Los deberes altruistas son incluso en su acepción moderada deberes desinteresados. V.gr. PEREIRA, 2018: 140 y ss. Barros señala que los deberes fiduciarios son deberes altruistas (BARROS, 2019: 229-231).

de transferencia de tecnologías; y el contrato de prestación de servicios publicitarios. Respecto de cada uno de ellos analizaré uno de los deberes de conducta que la doctrina ha señalado debieran ser exigidos, determinando en cada caso si las conductas impuestas por esos deberes resultan requeridas por el deber de lealtad, así como si ellos se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que el mismo contrato exige³¹⁵.

a. Deber de información en el contrato de maquila u outsourcing

El contrato de maquila u *outsourcing* consiste en «aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa cliente encarga al *outsourcer* la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permiten la realización de su *core business*» (ECHAIZ, 2008: 771). Este es un contrato no regulado que requiere de confianza, y que es además un contrato de colaboración «dado que ambas partes dependen del éxito de la otra para poder crecer y mantener sus operaciones en el tiempo» (JUPPET, 2017: 236)³¹⁶.

Las obligaciones principales en un contrato de maquila son cumplir con los servicios objeto del contrato y pagar el precio por ellos, según se trate del contratista o del cliente respectivamente. De acuerdo con lo señalado por la doctrina, a estos deberes principales se suma el deber de información que tiene la empresa cliente para con el contratista, el deber de confidencialidad recíproco y el deber de cooperación entre otros (JUPPET, 2017: 232 y ss.). Por el carácter no regulado del contrato de maquila, estos deberes usualmente serán

³¹⁵ Debo prevenir que los contratos relacionales que serán analizados no son en ningún caso todos los contratos relacionales que pueden ser celebrados. En este sentido, el examen que efectuaré no tiene pretensión de exhaustividad. Por su parte, en cada contrato relacional que será expuesto resultan exigibles otros deberes de conducta que pueden ser comprendidos como deberes específicos de lealtad, utilizando los mismos criterios y presupuestos expuestos en este capítulo. Lo que ofrezco es una herramienta para que cualquiera que quisiera identificar y justificar la exigencia de deberes específicos de lealtad pueda hacerlo.

³¹⁶ «Contratos de colaboración (o cooperación), donde una parte desarrolla su actividad en concurso con la actividad ajena, si bien de una manera independiente» (MESSINEO, 2018: 64). La finalidad económica del contrato de maquila es, entre otras, facilitar la gestión de la administración de una compañía, pues el gestor de la empresa cliente delega parte de su operación para enfocarse en el objeto principal de la compañía. Importa además un ahorro de gastos para la empresa principal, al rebajar sustancialmente los costos de su operación tanto por los recortes en los costos de gestión, así como por encomendar la tercerización de servicios en empresas especializadas en ciertos procesos productivos (JUPPET, 2017: 226 y 227). Por su parte, el contrato de maquila u *outsourcing* puede manifestarse en distintos tipos en atención al tipo de actividad que se delega. Así, existe el *outsourcing* en arrendamiento de servicios (como la delegación de servicios de limpieza o seguridad); el *outsourcing* en la ejecución de obras, como la subcontratación que efectúa una empresa constructora respecto de un área específica; el *outsourcing* de compraventa (adquisición de ropa de temporada que se confecciona con los materiales y bajo las características indicadas por la empresa cliente) (JUPPET, 2017: 232 y 233).

incorporados por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad, o en su defecto, podrán ser revelados por el intérprete, utilizando la buena fe de interpretación e integración contractual³¹⁷.

En el contrato de maquila, es deber del cliente entregar al contratista «toda la información necesaria para el desarrollo de sus actividades, es decir, entregar las especificaciones, requerimientos, documentos de embarque, de acuerdo con las condiciones acordadas entre ellos» (JUPPET, 2017: 234). Esto, pues, el contratista solo podrá cumplir con la fase del proceso productivo que se le delega si conoce en qué consisten efectivamente las condiciones y los requerimientos de parte de la empresa cliente. Por su parte, la empresa cliente solo podrá obtener de parte del contratista la satisfacción de su pretensión si le proporciona la información que necesita para desarrollar las actividades correspondientes.

Además, siendo el contrato de maquila un contrato de colaboración empresarial³¹⁸ y de confianza, ambas partes dependen una de la otra para el éxito de sus respectivos negocios. Por ello, el deber de información incluye el deber del cliente de dar oportuno aviso al contratista respecto de cualquier cambio que se presente en la empresa o en su funcionamiento, a efectos de que el contratista pueda tomar las medidas necesarias para aumentar o disminuir su participación en el proceso de producción que se le delega, por ejemplo, aumentando o disminuyendo los bienes o servicios que le son requeridos (JUPPET, 2017: 234) y con ello evitar o disminuir sus pérdidas.

³¹⁷ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.2. Lo recién señalado es aplicable para los distintos deberes de conducta que serán analizados en el resto de los contratos relacionales que son objeto de análisis en este apartado, por lo tanto, en cada caso se sigue este mismo esquema, el que no será reiterado para evitar repeticiones innecesarias.

³¹⁸ Como lo expone Prado, la cooperación o un deber de cooperación requiere realizar una distinción preliminar entre el sentido amplio y el sentido restringido en el que dicho deber resulta aplicable en el derecho de contratos (PRADO, 2015a: 65 y 66). En un sentido amplio, la colaboración se asimila al concepto general de buena fe. En un sentido restringido y que es el que interesa para este trabajo, en un contrato de colaboración se exige a las partes superar la contradicción de sus intereses individuales, para unirse en pos de la recíproca necesidad que las vincula, y así obtener la satisfacción de sus propios intereses individuales. Explica Caumont al respecto: «las partes resuelven su contradicción de manera paradójica en tanto, para preservar sus intereses particulares en contraposición, deben necesariamente unir esfuerzos y converger, vale decir, venir juntos, venir en conjunción, actuar de consuno, conjuntamente» (CAUMONT, 2014: 269).

En este sentido, el contrato de maquila es relacional, pues en él se advierten las principales características de este tipo de contratos: requiere de confianza y cooperación recíproca de las partes para que este sea exitoso; se ejecuta a lo largo del tiempo; y la constante interacción entre las partes y recíproca cooperación es la que permite satisfacer los intereses de los contratantes.

Analizaré, a través de un ejemplo, el deber de información del cliente hacia el contratista, a efectos de identificar si las conductas por este exigidas resultan requeridas por el deber de lealtad, así como si el deber específico de información se justifica en la confianza que el mismo contrato exige. El caso es el siguiente:

Kotaix (K) es el cliente de una conocida firma comercializadora de ropa femenina. Tanu (T) por su parte, es una empresa china dedicada a la confección de ropa de temporada. Entre K y T, en el año 2019, se celebró un contrato de maquila con el propósito que T confeccione para K la totalidad de las prendas que serían vendidas en sus distintas tiendas. Inicialmente y para la temporada primavera verano 2020/2021, K en el mes de enero de 2020, encargó a T la confección de 100.000 unidades de trajes de baño, que espera vender en su totalidad, tal como el año pasado. Con ocasión de la pandemia mundial del coronavirus, K ha visto una notable disminución de sus ventas y, por ello, su proyección de estas para dicha temporada ha decrecido en la mitad. Más aún, K sabe, ya desde el mes de mayo de 2020 que financieramente no estará en condiciones de pagar a T por todas las prendas cuya confección encargó.

En atención a la naturaleza del contrato de maquila y al deber de información que el cliente debe al contratista, K debe informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio a efectos que T ajuste (disminuya) su proceso de producción y, con ello, evite pérdidas que pueden ser significativas. Examinemos primero si esta conducta exigida es requerida por un deber de lealtad, para luego analizar si se justifica su exigencia en vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición de éxito del negocio.

De acuerdo con lo ya expuesto respecto de lo exigido en términos generales y amplios por un deber de lealtad, este impone a sus destinatarios no actuar en contra de los intereses del otro, que es el beneficiario del deber; y/o actuar o tener la intención de actuar en interés del beneficiario. En el caso expuesto, el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio se encuentra orientado a no actuar en contra de los intereses de T, pues si K no cumple este deber, T confeccionará más trajes de baños de aquellos que K puede en las circunstancias actuales adquirir para la venta. Luego T se verá perjudicado en sus intereses.

El deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio, es un deber que excede lo que por regla general se exige a los contratantes, pues, en circunstancias generales estos no tienen deberes de conducta orientados a evitar que su contraparte tenga pérdidas o disminuya sus ganancias³¹⁹. En efecto, el deber de información general requerido por la buena fe para tipos contractuales no relacionales no impone el deber de proteger al otro ante el daño que pueda causarse a sus intereses. Este consiste, simplemente, en no defraudar las expectativas razonables del otro contratante, de forma tal que opera solo si el otro «a través del uso de una diligencia razonable no pudo resolver por sí mismo el problema u obstáculo en la satisfacción de su propio interés» (DE LA MAZA, 2008: 52)³²⁰. Luego, el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio es requerido por un deber de lealtad, pues le exige no afectar los intereses de T de un modo que excede aquello que resulta exigible en la generalidad de los casos en los que una parte tiene hacia otra el deber de informar.

Revisemos ahora si el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio se encuentra justificada en las implicancias de la confianza que es condición para el éxito del contrato de maquila. El contrato de maquila como contrato

³¹⁹ Ver *supra*, Capítulo II, Segunda Parte (iii) c.

³²⁰ Esto mismo puede advertirse a propósito del deber del vendedor de informar al comprador los vicios ocultos de la cosa, pues lo que se espera respecto del vendedor en cumplimiento de este deber es que se comporte correcta y honestamente (que no engañe al comprador), pero no se le puede exigir que asuma el rol que como comprador le corresponde en la protección de sus propios intereses. Así y de conformidad al artículo 1858 N° 3 del Código Civil no responderá el vendedor por los vicios que presente la cosa si estos pudieron ser advertidos por el comprador con la debida diligencia o si resultaban de fácil advertencia en razón de su profesión u oficio.

relacional requiere de confianza entre las partes y ello implica dependencia y vulnerabilidad. En el caso expuesto, T es vulnerable a las conductas de K, pues, K tiene en su poder información relevante que en caso de no compartir con T puede afectar gravemente sus intereses económicos. La herramienta para afrontar la vulnerabilidad de T hacia K es el, el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio, pues su exigencia permite a T tomar las medidas adecuadas para mitigar o evitar las pérdidas que surgen como consecuencia de la imposibilidad de K de adquirir la totalidad de los trajes de baño que habían sido inicialmente encargados. Luego, el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio justifica su exigibilidad en la vulnerabilidad que se encuentra implicada en la confianza requerida como condición de éxito del contrato de maquila.

Debe tenerse presente que el deber de K de informar a T sobre las condiciones actuales que se presentan en su negocio, que es un deber específico de lealtad que K tiene hacia T, obedece estrictamente al carácter relacional del contrato de maquila, pues, para K no son indiferentes los intereses de T, pues si T fracasa en su negocio o tiene pérdidas significativas, no podrá en el futuro producir las prendas de vestir que K requiere para vender, y con ello se frustrará su propio interés³²¹.

b. Deber confidencialidad en el contrato de agencia

La agencia comercial en Chile carece de regulación positiva. No obstante, la doctrina se ha encargado de definirla como: «un contrato en virtud del cual un empresario de comercio llamado agente se obliga, a cambio de una retribución y de manera permanente, a promover o a promover y concluir actos u operaciones por cuenta y en nombre de un principal, en forma independiente, en una zona predeterminada, sin asumir el riesgo de esas operaciones» (SANDOVAL, 2015: 296)³²².

³²¹ El deber de lealtad específico requerido no es un deber altruista.

³²² V.gr. PUELMA, 1992: 68. «Se define el contrato de agencia como la relación contractual de intermediación por la que una persona, el agente comercial precisamente se encarga de manera permanente y profesional bien sea de promover o negociar con un tercero las operaciones mercantiles –en concreto, la compraventa de las mercancías– del empresario por cuenta de quien actúa, bien sea de negociar y concluir estas operaciones no solo ya por cuenta de tal empresario sino también en su nombre» (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 384).

Respecto de sus características distintivas, la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que el contrato de agencia comercial «es de ejecución continuado en el tiempo o de tracto sucesivo, que es un requisito inherente a la estabilidad del agente y que denota el ejercicio de una actividad continua, es un contrato que le impone al agente la promoción de los negocios del principal, a fin de prestar su concurso en la conclusión de los contratos de comercialización de bienes o servicios que celebra, en interés de otro, lo que determina la índole de ser un contrato de colaboración del agente como proveedor o fabricante; es un contrato por el cual el titular de un negocio, normalmente aquel que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada, destinada a la producción o intermediación de bienes y servicios, que por lo mismo, tiene el carácter de ser un empresario, ha de discurrir diversos canales de comercialización para colocar sus productos en el mercado y requiere del concurso del agente que interviene en el negocio»³²³.

En cuanto a su naturaleza, el mismo tribunal señala que, al igual que el mandato, la comisión y el contrato de distribución, la agencia comercial es un contrato en el que la confianza adquiere un rasgo predominante, y como consecuencia de ello «el contrato obliga a ambas partes a una cooperación basada en la confianza mutua que los respectivos contratantes han de inspirarse recíprocamente»³²⁴.

El contrato de agencia es de aquellos contratos que requieren de una fuerte cooperación recíproca entre sus partes para que funcione³²⁵. En este sentido el principal no solo debe retribuir al agente con la remuneración o comisión pactada. Debe además auxiliar al agente en todo momento en el desarrollo de su actividad, colaborando con el agente activamente dentro del territorio en el que geográficamente se desempeñe (JUPPET, 2017: 524). Esta constante y fuerte cooperación se materializa, por ejemplo, en que el principal debe poner a disposición del agente los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos (SANDOVAL, 2015: 299), así como informar todo aquello que sea necesario para el correcto desempeño del encargo (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 386). Por lo demás, esta cooperación es necesaria

³²³ *Trasandina de Comercio S.A. con Du Pont Chile S.A. (2011)*. Cons. 8º.

³²⁴ *Trasandina de Comercio S.A. con Du Pont Chile S.A. (2011)*. Cons. 8º.

³²⁵ La agencia es una «relación basada en la colaboración empresarial, es una relación continua en el tiempo, que se promueve a través de esta forma contractual» (JUPPET, 2017: 521).

para el éxito del contrato, pues solo cumpliendo con ella tanto el agente como el principal podrán obtener la satisfacción de sus intereses.

En este sentido, el contrato de agencia es un contrato relacional, pues, de acuerdo con las características relevantes en este tipo de contratos, requiere de confianza y de una fuerte cooperación para que sea exitoso, se ejecuta y se desarrolla a través del tiempo, y es en atención a los elementos anteriores que las partes pueden satisfacer sus propios intereses.

Siendo la agencia en Chile un contrato no regulado, conforme a la doctrina, las principales obligaciones que emanan de este son: la obligación del agente de promover o promover y concluir, a su cuenta y riesgo, con completa autonomía, los productos del principal en el territorio que le fue designado en el contrato (JUPPET, 2017: 514); y la obligación del principal de pagar al agente la remuneración convenida dentro del plazo acordado (JUPPET, 2017: 523). Por su parte, la doctrina ha señalado que son además deberes en el contrato de agencia, entre otros, el deber de confidencialidad (JUPPET, 2017: 530), el deber del agente de no competir con el principal y el deber de no representar intereses incompatibles (SANDOVAL, 2015: 299)³²⁶.

Tratándose del deber de confidencialidad en el contrato de agencia, este tiene por función asegurar el respeto del secreto respecto de aquella información estratégica de propiedad del principal que posee el agente, dado el conocimiento estratégico que este último tiene sobre los negocios del aquel (JUPPET, 2017: 530).

Analizaré, a través de un ejemplo, el deber de confidencialidad del agente hacia el principal, con el propósito de identificar si las conductas exigidas resultan requeridas por el deber de lealtad, así como si el deber específico de confidencialidad se justifica en la

³²⁶ Puelma señala: «también se han empleado en este tipo de negocios, cláusulas que pretenden limitar la actividad comercial del representante, agente o concesionario en cuanto le impiden o prohíben aceptar representaciones, agencias o concesiones de otras empresas de la competencia sobre productos similares a aquellos materia del negocio. Estas limitaciones o prohibiciones, en ocasiones, han abarcado otros rubros comerciales no comprendidos en las negociaciones encomendadas. A este tipo de estipulaciones también se les denomina cláusulas atadas o *tie clauses*» (PUELMA, 1992: 71).

vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que el mismo contrato exige. El caso es el siguiente:

Kotaix (K) es dueño de una conocida marca de cosméticos en Francia, cuya característica principal es su producción con materias primas 100% naturales y cuyo testeo no se realiza en animales. Dada su incipiente fama local, K ha visto la oportunidad de expandir su negocio fuera de las fronteras de su país, especialmente le interesa el mercado chileno. Tanu (T) es el exgerente de una importante empresa de *retail* chilena con presencia en toda Latinoamérica, quien ha decidido independizarse y comenzar con su propio negocio de intermediario entre productores extranjeros y el mercado nacional. K y T no se conocen, pero debido a sus respectivos negocios y actividades, ha llegado a oídos de K que T ha comenzado su propio emprendimiento y ve en esta situación una buena oportunidad de llevar a la realidad la idea de expandir su negocio fuera de su país de origen. Atendidas estas circunstancias, K contacta a T y ambos celebran un contrato de agencia por el cual K le encarga a T la promoción y comercialización de sus productos en el mercado chileno, a cambio de una retribución fija mensual, más un *royalty* o comisión por cada negocio concluido.

Como se indicó en los párrafos anteriores, para la satisfacción de las expectativas e intereses recíprocos de las partes, el contrato de agencia exige confianza y cooperación, pues, T no podrá cumplir con el encargo que se le ha efectuado si es que no cuenta con la información básica de los productos que K pretende introducir en el mercado chileno, desde lo más básico como podrían ser los catálogos hasta el conocimiento de los compuestos que se utilizan para la fabricación de los productos, el lugar de fabricación e incluso la huella de carbono resultante de ella. El contrato de agencia exige al principal cooperar en todo momento con el agente, incluso entregando información sensible o confidencial, si es que ello es necesario, para que el agente pueda desarrollar y cumplir con lo que se le ha encargado.

Si para la satisfacción de los intereses de ambas partes en el contrato de agencia, el principal debe colaborar siempre con el agente, implicándose en esa cooperación, revelar

incluso información de carácter confidencial, K es vulnerable ante las conductas de T, pues este último tiene sobre el K un poder de causar un serio daño a sus intereses si revela la información confidencial de la que ha tenido conocimiento.

El deber de conducta que permite contrarrestar o hacer frente a esta vulnerabilidad es el deber de confidencialidad que debe T hacia K, que como ya he señalado es uno de los deberes de conducta que la doctrina ha considerado debieran ser parte de un contrato de agencia. A lo anterior se suma el hecho de que, de acuerdo con la doctrina española, el agente tiene respecto del principal el deber de velar por los intereses del empresario principal (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 385).

Por su parte, puede sostenerse que este deber de confidencialidad es un deber requerido por la lealtad, tanto porque se justifica en la vulnerabilidad a la que se ve expuesto K en atención a la confianza y fuerte cooperación necesaria en el contrato de agencia, así como porque impone a T un deber orientado hacia la protección del interés de K. En efecto, si T no cumple con el deber de confidencialidad, K se verá perjudicado seriamente en sus intereses. El deber de confidencialidad que tiene T respecto de K y que se orienta hacia no actuar en contra de sus intereses- incluso si con ello T obtuviese algún beneficio- supera lo que usualmente es exigido para los contratantes, pues, la regla general en los contratos es que estos miran hacia la satisfacción y protección del interés individual y no del interés ajeno³²⁷. Por lo demás el deber de confidencialidad, por regla general, salvo pacto expreso, no es requerido en contratos que no sean relacionales o fiduciarios. Así, por ejemplo, el deber de confidencialidad no es requerido en contratos como la compraventa o el arrendamiento, pero sí es un deber requerido en la relación cliente abogado³²⁸.

Al igual que en el caso anterior, el deber de confidencialidad que T tiene hacia K obedece estrictamente al carácter relacional del contrato de agencia, siendo un contrato de colaboración y de confianza en el cual el éxito o fracaso de una de las partes repercute en el éxito o fracaso de la otra, y en el que las partes unen sus esfuerzos y aportan lo que la otra

³²⁷ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) c.

³²⁸ V.gr. BASCUÑÁN, 2019: 83 y ss.

necesita para que cada una de ellas pueda satisfacer su propio interés. A T no le son indiferentes los intereses de K, pues si K pierde con ocasión de la infracción de T de su deber de confidencialidad, no solo K pierde, sino que se frustran las expectativas de ambas partes del contrato, y así ya no puede ser exitoso.

c. Deber de respeto hacia el prestigio u honor ajeno en el contrato de transferencia de tecnologías

El contrato de transferencia de tecnología es un contrato no regulado, de intercambio, cuyo objeto es la transferencia permanente o temporal de avances o conocimientos tecnológicos para que otro los dé a conocer y explote comercialmente, a cambio de un precio único o renta periódica. Uno de sus fines es mejorar los procesos de producción o generar nuevas formas de producción de recursos, así como mejorar la calidad de vida de todas las personas quienes se vean beneficiadas por el nuevo conocimiento (JUPPET, 2017: 255-258).

De acuerdo con Puelma el traspaso de tecnología consiste en un acto por el que «una persona llamada cedente, se obliga a proporcionar a otra llamada beneficiario, determinados conocimientos o secretos en materias industriales, comerciales o, en general, económicas por una contraprestación. Tal contraprestación puede estar representada por un precio, determinado o determinable, pagadero en dinero o producción, o puede consistir en un derecho a participar de las utilidades del beneficiario» (PUELMA, 1992: 129).

En atención a la particularidad del objeto del contrato de transferencia de tecnologías (una cosa inmaterial), la principal obligación del cedente consiste en transferir en forma efectiva toda la información necesaria a la empresa receptora, incluyendo en ello manuales, protocolos de uso, capacitaciones, entre otros (JUPPET, 2017: 266-268). Por su parte, como contraprestación hacia la transferencia de tecnología, el receptor se obliga principalmente a pagar un precio, ya sea único o bajo la modalidad de una renta periódica (JUPPET, 2017: 268), y a dar a conocer los avances tecnológicos que adquiere a través de su comercialización (JUPPET, 2017: 269).

Este tipo de contratos puede agotarse en el solo acto de la transferencia, temporal o permanente, o dar lugar a contratos de colaboración empresarial, lo que implica generar una relación continua y permanente de colaboración entre dos entidades o empresas hacia la investigación, desarrollo e implementación en conjunto de nuevas tecnologías³²⁹. Eso ocurre, por ejemplo, si en una relación a largo plazo una empresa es la encargada de la invención y la otra de la comercialización o implementación de la innovación. Es este último tipo de contratos de transferencias de tecnologías el que interesa para los efectos de este trabajo.

De la misma forma que en los contratos precedentes, los contratos de transferencia de tecnologías que se desarrollan y ejecutan a lo largo del tiempo requieren de confianza y de una fuerte cooperación entre las partes para su éxito. Manifestación de ello es: el deber de información que el receptor debe compartir con el cedente respecto de la demanda de un nuevo proceso productivo o producto; el deber del cedente de asistir técnicamente y de forma permanente al receptor; el deber del cedente de capacitar y contribuir en la selección del personal idóneo para que el receptor pueda implementar el nuevo conocimiento que adquiere; el deber del cedente de informar al receptor las materias o insumos con los que deben fabricarse los nuevos productos o mejorar los ya existentes; el deber de supervigilar la producción de los bienes o la forma en que se está aplicando la tecnología a un proceso productivo; y el recíproco deber de confidencialidad (JUPPET, 2017: 262-271)³³⁰. De esta forma, cuando un contrato de transferencia de tecnologías adquiere las características de un contrato de colaboración empresarial, se genera dependencia económica entre las partes, pues el éxito de una de ellas se traduce en el éxito de la otra. En efecto, el receptor no puede sino mediando una constante colaboración del cedente producir o implementar la innovación tecnológica que adquiere, así como el cedente necesita del receptor para conocer los requerimientos del mercado y financiar sus investigaciones para crear o mejorar la tecnología cuyo desarrollo se encuentra a su cargo.

³²⁹ Señala Puelma que la transferencia de tecnologías «puede hacerse efectiva de una vez, en un acto de ejecución instantánea, o en el transcurso del tiempo. En este último caso estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, según sea la naturaleza de la tecnología a traspasarse o los términos estipulados. En efecto puede cumplirse el traspaso con la mera entrega de planos u otros documentos y/o comprendiéndose dentro de las obligaciones del cedente el asesoramiento y capacitación del personal del beneficiario» (PUELMA, 1992: 129 y 130). V.gr. JUPPET, 2017: 259.

³³⁰ V.gr. PUELMA, 1992: 131 y ss.

Dicho lo anterior, el contrato de transferencia de tecnologías es un tipo de contrato relacional, en tanto, requiere de confianza y fuerte cooperación entre las partes, así como porque estas solo reuniendo sus esfuerzos pueden alcanzar con el transcurso del tiempo la satisfacción de sus propios intereses.

Adicional a los deberes mencionados, la doctrina señala que el receptor tiene con el cedente un deber de respeto hacia el prestigio u honor del cedente en la utilización adecuada de la tecnología que adquiere. En efecto, el honor al prestigio del cedente es un límite y condición para el receptor en el uso de la tecnología adquirida, pues, en su utilización debe procurar no desprestigiar al cedente (JUPPET, 2017: 269), debiendo evitar dar un uso inadecuado a la tecnología. Un ejemplo de ello sería que el receptor utilizara la tecnología para un uso distinto del fin para el que fue creada, no fuese capaz de desarrollar los avances tecnológicos que se le han transmitido o que no pudiese introducir la tecnología dentro del mercado en el cual desarrolla sus operaciones (JUPPET, 2017: 269). Ello afectaría la reputación y prestigio del cedente.

Examinemos el siguiente caso, para efectos de determinar si el deber del receptor de velar por el prestigio del cedente es un deber requerido por el deber de lealtad y justificado en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza y recíproca cooperación que es condición para el éxito del negocio.

Kotaix (K) es una importante investigadora y académica, de renombre internacional. Su especialidad es la creación de programas y algoritmos que permitan a las maquinarias utilizadas por los médicos en las intervenciones quirúrgicas cumplir determinadas funciones, como, por ejemplo, realizar incisiones de gran precisión. Tanu (T) es una empresa dedicada al desarrollo e implementación de nuevas tecnologías para distintos procesos de producción o el cumplimiento de determinados servicios. Entre K y T se celebra un contrato de transferencia de tecnología, por el cual T encarga a K desarrollar las innovaciones que sean necesarias que permitan a las máquinas utilizadas en las intervenciones quirúrgicas no solo efectuar incisiones con gran precisión, sino, además,

sustituir mediante dispositivos robóticos las funciones del médico, especialmente en lo relacionado con la extracción de tumores, suturar heridas o cortes, cauterizar arterias, entre otros.

K ha cumplido satisfactoriamente sus obligaciones en el contrato: recientemente ha puesto a prueba, con exitosos resultados, los programas y algoritmos que le permiten a una mano robótica extraer con total precisión ciertos tumores cancerígenos, de forma no invasiva para el paciente, lo que constituye un gran logro no solo para ella sino para la ciencia y la medicina en general. T por su parte, aunque satisfecho con el resultado obtenido por K decide no poner en marcha la implementación de la tecnología desarrollada por K, pues, no considera que ello sea prioridad en estos momentos. T ha actuado en contra de los intereses de K, infringiendo el deber de respeto hacia su prestigio y honor, pues, si T no utiliza la innovación adquirida, K tiene una creación e innovación exitosa que no puede implementar ni difundir, pues, ha cedido ella a T como parte de sus obligaciones del contrato de transferencia de tecnología.

Lo primero a exponer en el caso es respecto de lo exigido por el deber de conducta de T hacia K, que implica respetar su honor y prestigio. Este deber se encuentra orientado en beneficio de los intereses de K, pues T al incumplirlo, frustra cualquier expectativa que K haya tenido en que su innovación pueda ser conocida y difundida. En este sentido, el deber de respetar el prestigio de K es requerido por un deber de lealtad.

Luego, K es vulnerable ante la conducta de T, pues depende exclusivamente de este último para poder dar a conocer y difundir la innovación tecnológica por ella creada. Si K es vulnerable ante T, la herramienta que el derecho le proporciona es el deber de conducta exigible hacia T que le exige usar la tecnología adquirida respetando el prestigio y respeto del cedente, que ya he señalado es exigida por un deber de lealtad. En consecuencia, el deber de conducta de T hacia K se justifica en la vulnerabilidad implicada en la confianza requerida y que es condición para el éxito del contrato de transferencia de tecnologías.

Por su parte, no debe olvidarse que el deber de conducta requerido por el deber de lealtad que tiene T respecto de K, obedece a la naturaleza relacional del contrato de transferencia de tecnologías, pues, siendo este contrato de colaboración y de confianza, el éxito o fracaso de una de las partes repercute en el éxito o fracaso de la otra; a T no le son indiferentes los intereses de K, pues si K se ve frustrada en sus intereses seriamente (porque T no ha implementado la innovación adquirida) el contrato pierde sentido, deja de ser útil para ambas partes. Esto es, no solo fracasa el interés de K sino también el de T³³¹.

Recordemos que en un contrato relacional lo determinante es que las partes satisfagan sus intereses gracias a la constante interacción, recíproca cooperación y confianza requerida. Un solo acto, como sería si en el caso expuesto se agotara la interacción entre los contratantes en la adquisición de la innovación y el pago de la retribución, no logra satisfacer las expectativas y fines que persiguen las partes con la celebración de este tipo de contratos.

d. El deber de no representar intereses incompatibles en el contrato de publicidad

El contrato de publicidad es un contrato no regulado de prestación de servicios dentro del tipo de los contratos publicitarios³³². Se define como «aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad, y la creación, preparación, o programación de la misma» (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 508).

Las partes que integran el contrato de publicidad son la agencia de publicidad y el anunciante. Las principales obligaciones para la agencia de publicidad son preparar la publicidad, crear la publicidad, obtener los medios materiales necesarios para la publicidad, programar y ejecutar la publicidad y actuar conforme las instrucciones otorgadas por el

³³¹ Como se verá en el Capítulo V, Segunda Parte de este trabajo, la infracción a los deberes exigidos por el deber de lealtad constituye un incumplimiento contractual frente al cual la parte afectada podrá ejercer alguno de los mecanismos previstos por el legislador, entre otros, la acción resolutoria y la acción de indemnización de perjuicios.

³³² «Los contratos publicitarios son aquellos que buscan la realización de actos tendientes a promover ciertos bienes o servicios; no incluyen cualquier clase de publicidad. A diferencia del contrato de *merchandising* o mercadeo, el objeto del contrato corresponde a contratos en los cuales se instrumenta y/o ejecuta, necesaria o convenientemente la publicidad» (JUPPET, 2017: 340).

anunciante. Para el anunciante, las obligaciones son pagar a la agencia de publicidad por los servicios prestados y entregar las instrucciones a la agencia de publicidad para la realización de esta (JUPPET, 2017: 359-365).

El contrato de publicidad es un contrato de colaboración y confianza, manifestación de ello es el deber de información del anunciante³³³, el deber de la agencia de publicidad de celebrar por su cuenta y riesgo todos los contratos que sean necesarios para cumplir con el objeto del contrato de publicidad. De esta forma, deberá la agencia de publicidad suscribir contratos con terceros como, por ejemplo, equipo audiovisual, publicistas especializados, agencias de medios o medios de comunicación social en forma directa. Debe además la agencia de publicidad crear y presentar la publicidad para aprobación del anunciante, así como también modificar lo que sea necesario para satisfacer el interés de este. Por su parte, el anunciante debe informar permanentemente a la agencia sobre aquello que requiera respecto de la campaña publicitaria o publicidad, así como también supervigilar la creación de la campaña publicitaria y dar aviso oportuno a la agencia de publicidad de cualquier modificación hacia la propuesta de publicidad recibida y aceptada. En este sentido, anunciante y agencia de publicidad deben actuar alineados y coordinados durante todas las fases del contrato. Ambos se deben recíprocamente una permanente cooperación (JUPPET, 2017: 359 y ss.).

De este modo, el contrato de publicidad es un contrato relacional, en tanto la confianza y cooperación recíproca es condición para que el contrato sea exitoso, advirtiéndose también en él una relación entre las partes que se mantiene en el tiempo, y cuyos intereses se satisfacen gracias a la constante y permanente interacción y cooperación.

Dentro de las obligaciones que la doctrina ha señalado que se incorporan al contrato de publicidad, se encuentra el deber de la agencia de publicidad de no representar intereses incompatibles, esto es, el deber de no participar en campañas concurrentes de dos empresas

³³³ El anunciante debe entregar a la agencia de publicidad toda la información necesaria que esta requiera para la ejecución de la publicidad que se le encarga, debiendo además informar y avisar con anticipación sobre cualquier modificación a la propuesta efectuada por la agencia, a efectos que esta evalúe tanto su viabilidad de incorporación como su oportunidad (JUPPET, 2017: 365). La doctrina española considera que en el contrato de publicidad las partes se deben recíprocamente fidelidad (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 508).

que sean consideradas competidores directos (JUPPET, 2017: 361 y 362). La finalidad del contrato consiste en lograr, a través de la publicidad, llegar hacia los consumidores finales³³⁴, aumentando el volumen de ventas de un determinado producto o servicio, finalidad que no puede ser cumplida si la agencia de publicidad participa en campañas publicitarias con competidores directos del anunciante. Este deber para la agencia de publicidad implica limitar el ejercicio de su propia actividad en pos del cumplimiento de la finalidad del contrato³³⁵. De esta forma, en cumplimiento de este deber, la agencia de publicidad, por ejemplo, tendrá que rechazar futuras contrataciones, aunque ello resultara beneficioso a sus intereses.

Revisemos nuevamente un caso para efectos de determinar si el deber de la agencia de no representar intereses incompatibles es requerido por el deber de lealtad y justificado en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición para el éxito del contrato.

Kotaix (K) es una joven diseñadora que recientemente ha emprendido su propio negocio de venta de pañuelos, blusas y accesorios femeninos que confecciona a partir de las ilustraciones que ella misma realiza. Tanu (T) por su parte es una agencia de publicidad integrada por dos jóvenes publicistas que recientemente han ingresado al competitivo mercado de las campañas publicitarias, por lo que, aunque son muy buenas en su trabajo, por ahora, figuran en su cartera de clientes pequeñas empresas y emprendedores locales. K y T celebran un contrato de servicios publicitarios, por el cual K encarga a T la creación y difusión de la publicidad de sus productos. Durante la fase de difusión de la publicidad que T ha creado para K, T recibe una oferta para crear y difundir la publicidad de los productos de una importante y reconocida tienda de accesorios femeninos; oferta que de ser aceptada por T le permitiría incrementar significativamente sus ingresos. T sabe que, aunque la

³³⁴ «Aunque en un sentido muy amplio, por publicidad puede entenderse toda actividad que tiene por objeto hacer público el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación» (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 527). «Es indiferente la modalidad publicitaria de que se trate, y siempre que se dirija a promover la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones, de forma directa e indirecta» (CHULIÁ y BELTRÁN, 1995: 513).

³³⁵ En Chile, el derecho a realizar cualquier actividad económica lícita tiene rango constitucional (artículo 19 número 21 de la Constitución). Femandois ha señalado que por actividad económica se comprende en general cualquier actividad empresarial en la que se encuentre presente el lucro o utilidad (FERMANDOIS, 2006: 134-136).

oferta que ha recibido sea beneficiosa para sus intereses, no puede aceptarla, pues tiene con K el deber de no participar en campañas publicitarias concurrentes cuando se trate de un competidor directo.

Tratándose del deber de conducta que tiene T hacia K, este puede ser identificado como requerido por el deber de lealtad, en tanto, se encuentra orientado en protección y en beneficio de los intereses de K. Este deber de conducta es además un deber de conducta de mayor exigencia de aquel requerido en general en los contratos, tanto porque la regla general es la libertad para emprender cualquier actividad económica lícita³³⁶, como porque T debe incluso renunciar a sus propios intereses si es que cumple con el deber que tiene hacia K. Ahora, aunque el deber que T tiene hacia K se encuentre en función de los intereses de esta última y pese a que en apariencia T está realizando un sacrificio en beneficio de K, cumplir el deber de conducta requerido por el deber de lealtad, beneficia también a K, pues, el carácter relacional del contrato de publicidad implica que, por definición, el éxito y fracaso de una de las partes conduce al éxito y fracaso de la otra. Luego, si T cumple el deber con K y esta satisface sus intereses, con ello también en el tiempo, se satisfacen los intereses de T, los que van más allá, tratándose de un contrato relacional en el que la confianza es condición de su éxito, de la retribución por un servicio prestado. Lo que interesa y es fundamental en un contrato relacional es que las partes satisfagan sus propios intereses gracias a la interacción constante y permanente en el tiempo y no solo a través de actos aislados.

Por su parte, y como es propio de los contratos relacionales en los que la confianza es requerida para que el contrato en el tiempo funcione, K es vulnerable y dependiente respecto de T, en tanto para la realización de la publicidad encargada ha tenido que entregar información relevante respecto de sus productos, así como también respecto de sus estrategias de mercado y del público destinatario de la publicidad. En atención a ello, la herramienta jurídica que K dispone para afrontar esa vulnerabilidad y dependencia es el deber de T de no representar intereses incompatibles a los de K. En consecuencia, el deber

³³⁶ Artículo 19 número 21 de la Constitución.

de T hacia K, requerido por el deber de lealtad, se justifica en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza requerida en este contrato relacional.

Como ha podido apreciarse del examen efectuado a distintos tipos de contratos relacionales y deberes de conducta exigidos en ellos, es posible sostener que las conductas impuestas para cada deber específico analizado son requeridas por el deber de lealtad, y justificadas la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que es condición de éxito o funcionamiento del contrato.

Conclusiones

1. Identificar un concepto de lealtad aplicable al derecho de contratos exige, necesariamente, partir por la observación de lo que se ha dicho respecto de la lealtad como deber en las relaciones fiduciarias.
2. Una relación fiduciaria, de acuerdo con lo expuesto por Miller, es aquella que conlleva un poder de sustituir a otro en sus capacidades, que se ejerce discrecionalmente por el fiduciario, de carácter relacional, y cuyo ejercicio implica para quien es sustituido en su capacidad una situación de desigualdad, dependencia y vulnerabilidad frente a quien ejerce el poder de autoridad.
3. Las relaciones fiduciarias fundamentan la exigencia de deberes específicos de lealtad exigibles en ellas. Estos deberes en un sentido general y amplio implican una especial consideración hacia el interés ajeno, ya sea protegiéndolo o beneficiándolo.
4. Los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias son, por regla general, explícitos. No obstante, la buena fe como criterio de interpretación e integración de deberes de conducta, permite integrar deberes específicos implícitos requeridos por el deber de lealtad en una relación fiduciaria. En este sentido, la relación entre la buena fe y un deber requerido por lealtad es que la primera permite al juez a través del ejercicio hermenéutico, integrar deberes de conducta específicos de lealtad, ahí donde la propia naturaleza de la relación fiduciaria fundamenta la exigencia de tales deberes.
5. La literatura especializada, que ha dedicado sus esfuerzos a conceptualizar los deberes de lealtad, ha reconocido la imposibilidad de identificar una sola noción que permita incluir todas las conductas que pueden resultar exigibles en una relación fiduciaria y requeridas por el deber de lealtad. En atención a ello, el deber de lealtad que se fundamenta en la relación fiduciaria requerirá distintas conductas según así lo exija el tipo de relación jurídica. Sin perjuicio de ello, las distintas nociones de lealtad expuestas en este capítulo aplicables a las relaciones fiduciarias son útiles para determinar lo exigido en general por el deber de lealtad en el derecho de contratos. Especialmente son aplicables las nociones de

lealtad como regla de prevención de conflicto de intereses y como devoción afirmativa expuestas por Gold.

6. Los deberes de lealtad no son exclusivos de las relaciones fiduciarias. Existen relaciones contractuales no fiduciarias en las que se exigen deberes de lealtad. Un deber de lealtad contractual es aquel que exige una conducta orientada hacia el beneficio o protección del interés de otro, que es parte de la relación contractual, y que se justifica en vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es requerida como condición para el éxito de determinados contratos. Así también en la necesidad de generarla.

7. Los contratos en los que se aprecia la exigencia de deberes específicos de lealtad son los contratos relacionales, en tanto, para el éxito de ellos la confianza es requerida, así como porque en estos la constante interacción y recíproca cooperación entre las partes en el tiempo, es lo que permite a los contratantes satisfacer sus propios fines individuales.

8. La confianza requerida en los contratos relacionales implica para los contratantes verse expuestos a una dependencia y vulnerabilidad ante el otro. La dependencia viene dada porque el éxito o fracaso de una de las partes conduce al éxito o fracaso de la otra. La vulnerabilidad se manifiesta en el poder que el depositario de la confianza tiene de dañar al otro en sus intereses.

9. La herramienta que el derecho otorga a los contratantes para contrarrestar la dependencia y vulnerabilidad implicadas en la confianza que se requiere en los contratos relacionales, está dada por los deberes específicos de lealtad. Estos funcionan como garantía frente a la vulnerabilidad y dependencia implicada, pues permiten exigir a los contratantes una conducta en especial beneficio del interés del otro o en protección hacia el interés del ajeno y con ello hacer posible el cumplimiento de sus obligaciones y permitir así que el contrato funcione. En razón lo anterior son las implicancias de la confianza las que justifican la exigencia de deberes específicos de lealtad.

10. Los deberes específicos de lealtad exigen un comportamiento orientado especialmente hacia el beneficio o protección del interés ajeno que excede lo que es impuesto para la generalidad de contratos que no son relacionales o fiduciarios. En este sentido, el deber de lealtad específico requerido para hacer frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza, altera la regla general por la cual cada parte debe velar en una relación contractual por la satisfacción de sus propios intereses y solo le es exigible colaborar con el otro en el cumplimiento de la prestación.

11. De la misma manera que lo que ocurre tratándose de deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias, los deberes de lealtad contractuales se materializan en deberes específicos de conducta, y para determinar lo que en concreto este exige, se necesita analizar cada relación contractual en particular y precisar el deber que en concreto se integra. Para la identificación e incorporación como parte del contenido del contrato del deber específico de lealtad el juez dispone de la buena fe como criterio de interpretación e integración, pues, es esta la herramienta para precisar e integrar deberes de conducta implícitos generales, y así también los requeridos por el deber de lealtad.

12. No debe confundirse un deber específico de lealtad con un deber altruista, pues si bien alguna similitud guarda por el hecho de estar orientados hacia la protección o beneficio del interés ajeno, un deber de lealtad, a diferencia de un deber altruista, no es desinteresado. Aunque el deber requerido por el deber de lealtad imponga beneficiar el interés ajeno, ello repercute mediata o inmediatamente en la satisfacción del interés del deudor del deber específico de lealtad, en la medida que en todo contrato relacional las partes son dependientes una de la otra en sus éxitos y fracasos. Por lo demás, es la confianza la que justifica la exigencia del deber y no el mero beneficio hacia el interés del otro.

13. Pese a que incluso en los contratos relacionales puedan existir regulaciones positivas o las partes puedan haber incorporado en ejercicio de su autonomía privada ciertos deberes de conducta orientados a disminuir los riesgos y afrontar la vulnerabilidad y dependencia implicada en la confianza requerida, la propia naturaleza de los contratos relacionales y su ejecución constante en el tiempo tiene por efecto que aunque se hayan acordado entre los

contratantes deberes de conducta explícitos, ello no permite asegurar que estos sean capaces durante toda la ejecución del contrato de hacer frente a los cambios de circunstancias que son inherentes a los contratos de tipo relacional. En consecuencia, la buena fe como criterio hermenéutico es siempre útil, particularmente en este tipo de contratos en los cuales lo acordado inicialmente por los contratantes puede variar sustancialmente por distintos factores, sean estos cambios en la economía, cambios políticos o sociales e incluso la sustitución de las personas físicas de los contratantes por sus continuadores legales o herederos. Los contratos relacionales requieren precisamente lo que la buena fe les puede entregar, que es el dinamismo y plasticidad para enfrentar situaciones no previstas e integrar en razón de ello deberes de conducta.

CAPÍTULO IV LA CONFIANZA. PRESUPUESTOS Y FUNDAMENTOS

Introducción

En la literatura jurídica es posible identificar distintas nociones y teorías sobre la confianza. Así, algunos autores consideran que la confianza se encuentra sustentada en las cualidades o aptitudes personales de los contratantes. En este sentido, Fueyo señala que los negocios jurídicos de confianza son siempre *intuitio personae* y, por lo tanto, este tipo de contratos presupone que una parte considera a la otra por sus cualidades personales que le inspiran confianza (FUEYO, 2010).

Por su parte desde la filosofía del derecho privado, Fried en su teoría sobre el contrato como promesa, a grandes rasgos, se refiere a que estas constituyen el fundamento moral del derecho de contratos, según el cual las personas pueden autoimponerse obligaciones donde no existían con anterioridad (FRIED, 1996: 11). Por lo demás, la promesa para Fried constituye una práctica social, el instrumento del que disponen los participantes de la práctica mediante el cual se invoca, se pide y otorga confianza (1996, 2016).

Kimel desde esta misma área, se refiere a la confianza con una connotación personal, es decir, centrada en las cualidades morales del individuo, de modo que quien confía cree que el destinatario de la confianza actuará tanto de la forma correcta como por las razones correctas (KIMEL, 2018: 96).

Luego, Hardin ofrece una noción de confianza sustentada en la idea de encapsulamiento de intereses y centrada en el interés del depositario de la confianza (HARDIN, 2010: 19). Para este autor, y en términos amplios por ahora, la interrogante sobre la confianza lleva implícita a su vez la pregunta acerca de las razones que tenemos para confiar en otros. Una de las más importantes y comunes de esas razones, para el referido autor, es la confianza como intereses encapsulados. De acuerdo con esta teoría, «las expectativas que la persona que confía tiene sobre el comportamiento de la persona en quien confía dependen de la valoración de ciertas motivaciones del depositario de la confianza, yo confío en usted

porque pienso que le interesa tomar en serio mis intereses en la materia pertinente, y le interesa en el sentido de que usted valora la continuación de nuestra relación, y por lo tanto está en su propio interés tomar en cuenta mis intereses» (HARDIN, 2010: 19). De esta forma, la teoría de Hardin sobre la confianza se centra en el interés del depositario de ella, quien sobre la base de ese interés encapsula los intereses del que la deposita. En síntesis, podré confiar en el otro cuando las motivaciones (que pueden ser de distinta naturaleza) del depositario de la confianza para ser confiable, se traduzcan en que para este resulta afín a sus intereses tomar en cuenta los míos. De ahí que se diga que el depositario de la confianza «encapsula» los intereses de quien confía.

Según se expuso en el Capítulo III, existe cierto tipo de contratos que no se agotan o limitan al mero intercambio, requiriéndose para su éxito confianza, una fuerte cooperación recíproca entre las partes y una constante interacción entre ellas, que permiten a los contratantes satisfacer en el tiempo sus propios fines e intereses. Este tipo de contratos se denominan relacionales.

Señalé además que, en este tipo de contratos, la confianza que es condición para su éxito implica para las partes cierta vulnerabilidad y dependencia. Por su parte, los deberes específicos de lealtad son los que permiten a los contratantes hacer frente a las implicancias de la confianza, posibilitando que los contratos puedan ejecutarse y satisfacer las expectativas de los contratantes.

Enuncié además que en los contratos de tipo relacional los deberes específicos de lealtad permiten generar la confianza que el contrato requiere para funcionar y satisfacer con ello las expectativas e intereses de los contratantes.

El propósito de este capítulo es identificar cuál es el concepto de confianza que mejor se ajusta a la teoría que presento, sobre la justificación de deberes específicos de conducta requeridos por el deber de lealtad contractual, tanto respecto de su exigencia inicial como de su permanencia durante todo el tiempo en el que se ejecute el contrato. Mostraré que las nociones y teorías que la literatura jurídica ofrece sobre la confianza ya enunciadas no son

las que justifican los deberes específicos de lealtad, sino que es a la inversa, pues es la exigencia de este tipo de deberes lo que permiten a los contratantes generar la confianza que el contrato de tipo relacional requiere para ser exitoso.

Para ello en la Primera Parte de este capítulo, analizaré las nociones y teorías de confianza ya enunciadas con la finalidad de mostrar por qué ellas no son suficientes para justificar la exigencia inicial y permanencia de los deberes específicos de conducta requeridos por el deber de lealtad contractual.

En la Segunda Parte de este capítulo evidenciaré que lo que permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes requeridos por la lealtad en contratos de tipo relacional, viene dada por los mecanismos exógenos que el propio ordenamiento jurídico provee a los contratantes para que racionalmente desde la perspectiva individual, puedan tanto decidir si contratar o no, así como también determinar el contenido del contrato y comenzar su ejecución. En este sentido, es el propio ordenamiento jurídico a través de sus mecanismos de ejecución frente al incumplimiento de deberes contractuales y de responsabilidad civil el que permite a los contratantes generar la confianza requerida, aún entre extraños, para racionalmente confiar en que el otro cumplirá. No obstante, este es solo el punto de partida, pues expondré que, es el propio y continuo cumplimiento de los deberes contractuales recíprocos en el tiempo y en particular el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad integrados al contrato de tipo relacional, lo que permitirá a las partes generar la confianza que en los hechos es deseable y necesaria para que estos tipos contractuales puedan alcanzar su mayor rendimiento y ser exitosos. Enseguida, me referiré a sus presupuestos, para lo cual será útil lo expuesto respecto a las nociones y teorías sobre la confianza analizadas en la primera parte de este capítulo.

Primera Parte

Nociones y teorías sobre la confianza

(i) Confianza sustentada en las aptitudes de los contratantes

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido que son negocios de confianza aquellos que presuponen que una parte considera a la otra por sus cualidades peculiares que le inspiran confianza, como sucede con el mandato y la sociedad (FUEYO, 2010). Se trata entonces de contratos en los que la persona de los contratantes es fundamental, es decir, son contratos *intuitu personae*³³⁷. En este sentido, la confianza que se inspira en la cualidad del individuo es fáctica. Pues, como acertadamente señala Vázquez, este tipo de confianza consiste en un «estado mental contingente, un hecho», que se tiene o no (VÁZQUEZ, 2015: 232).

Lo expuesto por la doctrina chilena a propósito de la voz «confía» en la definición legal del contrato de mandato³³⁸ confirma lo anterior. Así, Stitckin señala que el contrato de mandato es un contrato de confianza en el que interviene un factor subjetivo consistente en la fe que tiene el mandante respecto de la persona del mandatario, ya sea por su honestidad o por sus cualidades para realizar en encargo que se le encomienda (STITCKIN, 2008: 40).

La confianza que se sustenta en las cualidades personales ha sido también identificada como el fundamento de los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias. Barros ha señalado que lo que justifica la exigencia de este tipo de deberes se encuentra en el acto de confianza o relación de confianza. Así, el autor expone que «cualquiera sea la calificación jurídica (contractual o extracontractual) que se les atribuya a las relaciones de los directores con la sociedad y con los accionistas, surge para aquellos deberes fiduciarios o de lealtad, que tienen su fundamento en el acto de confianza que envuelve ese encargo y que supone la

³³⁷ En opinión de Stitckin, estos contratos poseen algunas características que son necesarias destacar, todas las cuales emanan de la especial confianza que existe entre las partes (STITCKIN, 2008: 163). Así, dichos contratos son: *intuitu personae*, es decir, aquellos en que la consideración de la persona es causa principal o determinante del contrato; terminan por la voluntad de cualquiera de sus partes; sus obligaciones son intransmisibles e intransferibles; y la incapacidad sobreviniente de una de las partes pone fin al contrato.

³³⁸ Esto es, aquel por el cual «una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera». Artículo 2116 del Código Civil.

entrega de cierta competencia para actuar con discrecionalidad de juicio...» (BARROS, 2020: 916)³³⁹.

Pese a todo, en mi opinión, una concepción de la confianza que se basa en la existencia efectiva de un estado mental cuyo contenido está dado por la atribución de ciertas cualidades o aptitudes personales no es lo que justifica la exigencia inicial y permanencia de deberes de lealtad. Esto, tanto porque la confianza como cuestión de hecho puede no estar presente en un caso concreto, como ocurre en contratos fiduciarios y relacionales celebrados entre extraños, y aún justificarse deberes de lealtad; por otra parte, la confianza que se tenía puede haber desaparecido como sucede, por ejemplo, si una de las partes en un contrato relacional muere y le suceden en sus derechos y obligaciones contractuales sus herederos³⁴⁰.

Veamos algunos ejemplos de lo problemático que, desde un punto de vista práctico, resultaría si fuese la confianza que se sustenta en las cualidades de los individuos aquella que justifica la exigencia inicial y permanencia de los deberes de lealtad.

a. El mandato celebrado entre el cliente y el banco

Pensemos en la sentencia de la Corte Suprema mencionada en la introducción del Capítulo III³⁴¹. En ese caso el mandante que es el cliente del banco contrató con este último un crédito hipotecario, y encargó al banco a través de un contrato de mandato, contratar a su nombre un seguro de incendio para cubrir los gastos generados frente a la ocurrencia de un siniestro de este tipo. En el caso, el mandante confirió el encargo al banco, dado que este

³³⁹ V.gr. PARDOW, 2007: 567. De acuerdo con lo señalado en el Capítulo III, los deberes fiduciarios no se fundamentan en la confianza sino en la relación fiduciaria que es de confianza, esto es, en la dependencia, vulnerabilidad y desigualdad implicadas en una relación fiduciaria. Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b y c. En atención a ello, no es correcto señalar que los deberes fiduciarios se fundamentan en una relación de confianza existente en los hechos.

³⁴⁰ En los contratos relacionales la persona individual es normalmente sustituida por otra durante la ejecución de estos. Por eso, si una de las partes muere, las obligaciones del contrato no se extinguen y se aplican las reglas generales de transmisibilidad de derechos y obligaciones. Los contratos relacionales se caracterizan por la interacción constante en el tiempo entre las partes, ya sea a través de un tipo de contratos o varios, en los cuales, intervienen activamente terceros como bancos, fiadores, proveedores, que también dependen de la relación extendida en el tiempo entre las partes contratantes. V.gr. SPEIDEL, 2000: 828.

³⁴¹ Ver *supra* Capítulo III, Introducción.

mismo había sido la entidad que financió el crédito hipotecario para la obtención del dinero que necesitaba el cliente para la adquisición del inmueble³⁴². Más aún, cualquiera que haya adquirido su vivienda con un crédito hipotecario, sabe que la suscripción de este tipo de mandatos con la entidad bancaria es bastante habitual, pues son los mismos bancos quienes funcionan a su vez como compañías de seguros y otorgan directamente estos a sus clientes, normalmente con una prima preferencial.

La naturaleza de este mandato no es distinta de otros tipos de mandato. Por lo tanto, es perfectamente posible sostener que este es un ejemplo de relación fiduciaria en los términos señalados en el Capítulo III³⁴³, y, como consecuencia de ello, se integran a este contrato deberes de lealtad, por ejemplo, el deber del mandatario de informarle al mandante, en razón de la lealtad requerida, que no pudo contratar a su nombre el seguro cuya contratación se le había encargado³⁴⁴.

En el ejemplo expuesto, las cualidades o aptitudes del banco no justifican la exigencia de deberes de lealtad. En efecto, y como se expuso, los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias se justifican en la propia naturaleza fiduciaria de la relación y en las implicancias de desigualdad, dependencia y vulnerabilidad a la que se ven expuestos quienes son sustituidos en sus capacidades³⁴⁵. Si lo que justifica los deberes de lealtad en las relaciones fiduciarias es la propia naturaleza de la relación, es irrelevante que el mandato sea celebrado entre personas que confían una en la otra, pues siempre en estos casos son exigidos deberes de lealtad. Más aún, nadie podría sostener razonablemente que solo se justifica la exigencia de deberes de lealtad en contratos de mandato en los cuales existe en los hechos confianza entre las partes³⁴⁶.

³⁴² Es conocido dentro de la práctica de contratación de créditos hipotecarios que pocas personas pueden elegir el banco a contratar –salvo aquellas que tienen una mayor fuerza patrimonial– pues, en la mayoría de los casos, especialmente las personas naturales contratarán con aquel banco que les apruebe el financiamiento.

³⁴³ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.

³⁴⁴ *Moreno con Banco Santander (2014)*.

³⁴⁵ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b y c.

³⁴⁶ Esto es sin perjuicio que, como se verá en la Segunda Parte de este capítulo, ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte, los deberes de lealtad justificados en la confianza jurídicamente garantizada permiten generar la confianza que es deseable y necesaria para que el contrato sea exitoso, lo que es aplicable tanto para los contratos relacionales como también respecto de los contratos fiduciarios.

b. Relación cliente y abogado

En Chile, al igual que en otros países, la Constitución contempla como un derecho fundamental el derecho a la defensa³⁴⁷, en virtud del cual es el Estado quien proporciona a las personas asistencia legal para que sean defendidos sus intereses en juicio. Un ejemplo de ello es la Defensoría Penal Pública, en cuya ley orgánica constitucional (artículo 2º) se señala que esta «tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado»³⁴⁸.

Ya sea que los abogados sean libremente elegidos, como si estos son asignados por el Estado (en cuyo caso cliente y abogado son extraños), se genera una relación fiduciaria, en tanto el cliente es sustituido en una de sus capacidades personales por el abogado, quien ejerce poder de decisión discrecional con relación a los intereses del cliente. Sumado ello a la vulnerabilidad, desigualdad y dependencia en la que se encuentra el cliente frente al poder de autoridad que tiene respecto de sus intereses el abogado³⁴⁹.

En los casos en los que es el propio Estado quien proporciona a las personas un abogado para defender sus intereses en juicios, de la misma forma que si se tratara de una relación

³⁴⁷ Artículo 19 número 3º de la Constitución: «Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...) La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes. Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley (...)».

³⁴⁸ Ley Orgánica Constitucional N° 19.718. Por su parte, y a modo de ejemplo, el artículo 431 del Código del Trabajo señala: «En las causas laborales, toda actuación, trámite o diligencia del juicio, realizada por funcionarios del tribunal será gratuita para las partes. El encargado de la gestión administrativa del tribunal será responsable de la estricta observancia tanto de esta gratuidad como del oportuno cumplimiento de las diligencias. Las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado de turno, o del sistema de defensa gratuita que disponga la ley. Asimismo, tendrán derecho, a que todas las actuaciones en que deban intervenir auxiliares de la administración de justicia se cumplan oportuna y gratuitamente. Las defensas orales solo podrán ser efectuadas por abogados habilitados».

³⁴⁹ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.2.

libremente elegida, son exigibles deberes de lealtad³⁵⁰. En efecto, cualquiera sea la fuente de la relación cliente abogado, aceptada la defensa, y no existiendo causal de excusa justificada³⁵¹, el abogado conforme al artículo 3º del Código de Ética profesional debe lealtad a su cliente y respeto por su autonomía, debiendo obrar siempre en el mejor interés del cliente y anteponer ese interés ante cualquier otro, incluyendo al suyo propio (LÓPEZ, 2019: 104).

Al igual como ocurre en el ejemplo del mandato celebrado entre el banco y el cliente, tratándose de la relación cliente abogado cuando estos son extraños, la confianza que se sustenta en las cualidades o aptitudes personales de los individuos no es la que justifica la exigencia de deberes de lealtad, sino la propia naturaleza fiduciaria de la relación. En este sentido, existiendo una relación fiduciaria es indiferente que ella se suscite entre cercanos o extraños. Siempre estará justificada la exigencia de deberes de lealtad. Es el deber de lealtad lo que justifica la confianza personal, lo que hace que esta sea racional, y no a la inversa³⁵².

c. Contratos relacionales

La situación que se presenta respecto de los contratos relacionales es mucho más compleja que la anterior, pues, no todos estos son contratos fiduciarios y, en atención a ello, los deberes requeridos por el deber de lealtad no pueden justificarse en la naturaleza fiduciaria de la relación. No obstante, como expuse en el capítulo anterior³⁵³, los deberes de lealtad se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es requerida como condición de éxito del contrato. La pregunta que resolver, entonces, en este caso, es si la confianza sustentada en las cualidades de los contratantes permite justificar la

³⁵⁰ V.gr. LÓPEZ, 2019: 100-106.

³⁵¹ De acuerdo con el artículo 14 del Código de Ética Profesional «el abogado tiene la libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar los motivos de su decisión. Si el nombramiento se ha efectuado de oficio, el abogado solo podrá declinarlo si no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable». Por su parte, el artículo 41 de la Ley Orgánica Constitucional de la Defensoría Penal Pública establece que «designado, el defensor penal público no podrá excusarse de asumir la representación del imputado o acusado».

³⁵² Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

³⁵³ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

exigencia y permanencia de los deberes específicos requeridos por el deber de lealtad en los contratos relacionales.

Los contratos relacionales tienen ciertas características, dentro de las cuales se encuentra su extensión en el tiempo, tanto es así que es la interacción constante entre las partes la que permite a cada una de ellas satisfacer sus propios fines e intereses (SPEIDEL, 2000: 828). Los contratos relacionales llevan implícito, además, un mayor riesgo que los contratos discretos, pues, que su ejecución se prolongue por un largo y a veces extenso tiempo, imposibilita a las partes prever al momento de celebrar el contrato, con completa certeza, el cambio de las circunstancias durante la fase de ejecución contractual³⁵⁴. Uno de ellos puede consistir, por razones lógicas y como efecto propio del paso del tiempo, el cambio de las personas físicas de los contratantes. En efecto, si un contrato de licencia, suministro o agencia se celebra a 30 años plazo, y los contratantes al momento de celebrar el contrato tienen en promedio 50 años, no es muy difícil advertir que las posibilidades de que ellos hayan fallecido o se encuentren incapacitados de continuar como partes del contrato es bastante alta. Menciono lo anterior, pues, si los deberes específicos requeridos por un deber de lealtad en los contratos relacionales tuviesen por justificación la confianza entre los contratantes, sustentada en sus cualidades o aptitudes personales, el cambio en la persona física de los contratantes, o la pérdida de sus aptitudes por el paso del tiempo –por ejemplo, si uno de ellos tiene Alzheimer–, traería como consecuencia la pérdida de la justificación de exigencia de un deber de lealtad.

Los contratos relacionales desafían, en este sentido, el carácter de *intuitio personae* de los contratos reconocidos por la doctrina chilena como contratos de confianza. La confianza como un hecho sustentado en las capacidades de las partes, no es capaz de justificar la permanencia de exigibilidad de deberes específicos de lealtad, pero tampoco su exigencia

³⁵⁴ «Como se mostró anteriormente, la psicología cognitiva moderna nos enseña que los actores tienen facultades telescópicas que degradan su capacidad cognitiva para hacer comparaciones entre costos y beneficios presentes y futuros. Cuanto más lejos en el tiempo se ubique un costo o beneficio dado, menor capacidad tiene un actor para determinar sus propios intereses. De manera similar, los actores subestiman sistemáticamente la mayoría de los riesgos y, a menudo, toman erróneamente la muestra que consiste en eventos presentes para ser representativa y, por lo tanto, predictiva de eventos futuros. Ambos límites de la cognición se vuelven cada vez más importantes a medida que el período de tiempo de un contrato se vuelve cada vez más largo». Traducción propia (EISENBERG, 2000: 815).

inicial, pues, al igual que en el caso de los contratos fiduciarios, es perfectamente posible que contratos relacionales sean celebrados y ejecutados entre extraños. De hecho, el tráfico jurídico y las necesidades de interacción con otro para satisfacer los propios fines puede llevar a las partes a celebrar contratos de este tipo con personas naturales o jurídicas respecto de las cuales en los hechos no se tiene ningún tipo de relación personal. Revisemos un ejemplo.

Kotaix (K) se ha adjudicado en una licitación privada la construcción de una planta de cogeneración eléctrica, para lo cual no solo debe encargarse del montaje propiamente tal sino además de la construcción de las obras civiles y de la ingeniería necesaria (especificaciones técnicas) para la correcta ejecución de esta. Como es común en este tipo de negocios, K decide encargar el montaje de la planta a Tanu (T), quien debe efectuarla conforme a la ingeniería y especificaciones técnicas entregadas por K, debiendo además coordinar el montaje con la construcción que paralelamente K realizará de las obras civiles. Como ya podrá advertirse, la correcta ejecución del contrato celebrado entre K y T no solo exige que ambas partes cumplan con sus respectivas obligaciones, sino que requiere además una constante coordinación, interacción y confianza entre ambas para poder llevar a cabo aquello a lo que cada una se ha obligado.

Si se analiza el ejemplo expuesto, es necesario mencionar algunas precisiones. Primero, su celebración no necesariamente supone la existencia de una relación personal entre las partes, pues, puede perfectamente celebrarse entre extraños, los cuales por razones estratégicas o de ahorro de costos han decidido emprender conjuntamente un proceso de licitación. Segundo, aunque el contrato requiere de confianza para su éxito, durante su ejecución, la confianza personal puede o no producirse dentro de la relación contractual. Por su puesto, es deseable que ello ocurra para que el contrato pueda funcionar, pero no puede asegurarse que ello suceda. Tercero, si la confianza personal puede darse o no, esta no es suficiente para justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes de lealtad.

Ahora, lo señalado respecto de la insuficiencia de la confianza personal para justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes de lealtad, no implica que las cualidades y

aptitudes de los contratantes deban ser ignoradas al momento en que una parte decide contratar con otra, más aún si estas no se conocen. Que las cualidades personales no sean suficientes para justificar deberes exigidos por el deber de lealtad, no implica en ningún caso que los contratantes sean irracionales al momento de tomar de sus decisiones, especialmente respecto de la persona con quién contratar. Cualquier contratante diligente se asegurará al menos de averiguar aspectos relevantes respecto de las cualidades y aptitudes de la parte con la que contrata³⁵⁵. En este sentido, las partes racionalmente elegirán contratar con quien en los hechos demuestre tener las capacidades y aptitudes idóneas para la ejecución del contrato que se celebra. Pero ello no es propio de los contratos relacionales ni fiduciarios, sino de todo contrato en el cual las aptitudes o cualidades de las partes sean relevantes, como por ejemplo en un contrato de ejecución de obra por el cual Kotaix encarga a Tanu, que es un pintor, crear una obra para su adquisición³⁵⁶. Por lo demás, y como se verá³⁵⁷, la capacidad e idoneidad de los contratantes es un presupuesto de la confianza que el contrato de tipo relacional requiere para funcionar. Confianza que se genera y es probable que se genere gracias a la exigencia de deberes específicos de lealtad.

(ii) Confianza, contratos y promesas

Desde el área de la filosofía del derecho privado, tanto Fried como Kimel han dedicado sus principales estudios al valor de las promesas y contratos, presentándose en ambos casos la confianza como un elemento importante del desarrollo de cada una de sus teorías (FRIED, 1996; KIMEL, 2018). Sin ir más lejos, Kimel, refiriéndose tanto a su trabajo como a lo desarrollado por Fried, señala que lo que contiene la clave no solo de la naturaleza y del valor de las promesas, sino también de la analogía –o no analogía– entre promesa y contrato, es la confianza (KIMEL, 2018: 68). A lo expuesto por estos autores en relación con la confianza, contratos y promesas dedicaré los apartados que siguen.

³⁵⁵ Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

³⁵⁶ Como se verá, la capacidad de las partes es un presupuesto de la confianza. Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

³⁵⁷ Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

a. Fried. Confianza y promesas

Para Fried los contratos son concebidos como promesas y por lo tanto el estudio del valor de la práctica de prometer implica a su vez el valor de las promesas y contratos. De acuerdo con este autor, las promesas constituyen el fundamento moral del derecho de contratos, según el cual las personas pueden autoimponerse obligaciones donde no existían con anterioridad (FRIED, 1996: 11). Por lo demás, la promesa para Fried constituye una práctica social. Es el instrumento del que disponen los participantes de la práctica mediante el cual se invoca, se pide y otorga confianza (KIMEL, 2018: 71). En este sentido, Pereira comentando la obra de Kimel señala que «el valor de la confianza se encuentra asociado a la promesa. Esta brinda fuerza a la confianza y deviene en su efectiva normatividad. En la ejecución de una promesa o una actuación determinada que procura la satisfacción de intereses propios, una vez que el agente decide no efectuarla por sí mismo, sino de un modo conjunto, la promesa cobra el valor que Fried le atribuye. Al desarrollar voluntariamente una promesa de actuación, nuestras expectativas se centran en la confianza en la ayuda prometida» (PEREIRA, 2016: 40 y 41).

Luego, lo que exige una promesa no solo se relaciona con la expectativa actual de confianza en el cumplimiento de lo prometido, sino además a la confianza respecto de comportamientos futuros³⁵⁸.

Por su parte, frente al incumplimiento de la promesa, y defraudar con ello la expectativa de confianza en el cumplimiento de lo prometido³⁵⁹, lo que corresponde –siguiendo el

³⁵⁸ De ahí que para Fried «la obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza. Ambas también son fundamentos de la institución de la promesa, pero no es igual al fundamento a favor de la obligación individual. Esta última está solo un paso más allá, pero ese paso debe darse. Un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos –morales– para que tenga la expectativa de que será cumplida. Quien reniegue de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero solo como) mentir: es aprovecharse de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a lazos de confianza. Tanto el mentiroso como el que rompe una promesa está usando al otro. Tanto cuando se dice algo como cuando se promete, se invita al otro a confiar, a hacerse vulnerable; el mentiroso y el que rompe una promesa abusan de esta confianza. De modo que la obligación de mantener una promesa es parecida a la de decir la verdad, pero más exigente que esta. Para evitar mentir basta con creer en la verdad de lo que se dice cuando se está diciendo, pero una promesa obliga hacia el futuro, aun pasado el momento en que se la hizo» (FRIED, 1996: 30 y 31).

postulado de Fried— es el cumplimiento de la prestación prometida. En este sentido, el autor señala «si hago a usted una promesa, debo actuar como prometí; y si dejo de cumplirla, es justo que sea obligado a entregar el equivalente de la prestación prometida» (FRIED, 1996: 31).

Sin perjuicio de la importancia que la confianza tiene para Fried en su teoría, no es claro que el autor disponga de una noción de ella. De lo expuesto por Fried, lo que sabemos respecto de la confianza es que la práctica de prometer permite a los contratantes exigir y otorgar confianza en que se cumplirá con lo prometido. En este sentido, pareciera que la confianza a la que se refiere Fried se relaciona más bien con una expectativa razonable de la mantención y cumplimiento de lo prometido.

Sin necesidad en esta oportunidad de entrar en el debate sobre el fundamento de la obligatoriedad de los contratos³⁶⁰, lo que en este capítulo interesa es si las promesas que invocan, piden y otorgan confianza permiten justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad contractual. Para ello revisemos el siguiente ejemplo.

Si Kotaix (K) y Tanu (T) celebran un contrato de transferencia de tecnologías, de ese contrato que es de carácter relacional emanan dos obligaciones principales: el deber de K de ceder y de entregar a T todo aquello que sea relevante para que este pueda implementar la tecnología que adquiere; y el deber de T de pagar a K un precio fijo más un porcentaje de las ventas que efectúe, una vez que haya desarrollado e implementado la tecnología. Como el contrato de transferencia de tecnologías es un contrato relacional, en él se encuentran requeridos deberes específicos de lealtad como, por ejemplo, el deber recíproco de confidencialidad, el que para este caso no es explícito. Veamos si la confianza como expectativa de cumplimiento de las promesas permite justificar la exigencia y permanencia del deber de confidencialidad.

³⁵⁹ Kimel al igual que Fried, ve tanto en el incumplimiento de la promesa como en la mentira una vulneración a la confianza (KIMEL, 2018: 86 y 91; FRIED, 1996: 21)

³⁶⁰ Para ello, v.gr. KIMEL, 2018; PEREIRA, 2016.

En el caso mencionado K promete a T entregarle todo lo necesario para que implemente la tecnología que adquiere, y T promete a K pagar un precio por ello. K tiene un deber hacia T y T tiene el derecho a que K cumpla con ello. T por su parte tiene con K el deber de pagar el precio y K tiene el derecho a que T cumpla. Pero también sabemos que dado el carácter relacional del contrato celebrado ambas partes se deben recíprocamente el deber de confidencialidad para que ambos puedan cumplir con sus obligaciones sin verse expuesto a ser perjudicados en sus intereses. El deber de confidencialidad, que no es obligación principal del contrato, sino un deber secundario³⁶¹ es requerido por el deber de lealtad e integrado por la buena fe.

El principio de las promesas fundamenta que quien promete debe cumplir con ello. La práctica de prometer pide y otorga la confianza que es la expectativa que cada parte tiene de que el otro cumplirá con lo prometido. No obstante, la confianza como expectativa de cumplimiento que otorga la práctica de prometer no permite justificar la exigencia de un deber específico de lealtad, sino fundamentar que este una vez incorporado como parte del contenido implícito del contrato a través de la buena fe como criterio de interpretación e interpretación se tiene una expectativa razonable de cumplimiento.

b. Kimel. Confianza, promesas y contratos

Examinaré ahora lo expuesto por Kimel respecto del valor de las promesas y contratos, y el rol que juega en cada uno de ellos la confianza, para efectos de determinar si su noción de confianza permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos requeridos por la lealtad contractual.

El estudio de Kimel se centra en la idea de identificar el valor intrínseco de promesas y contratos, diferenciando unas de otros, no en cuanto a su instrumentalidad como mecanismos para facilitar una forma de confianza, cooperación y coordinación entre personas (KIMEL, 2018: 137), sino respecto del valor que intrínsecamente poseen en la

³⁶¹ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (iv).

práctica³⁶². A efectos de este trabajo solo es necesario mencionar algunas de las premisas y conclusiones que para Kimel resultan fundamentales.

Según Kimel, el valor intrínseco de las promesas se encuentra en el hecho de promover y fortalecer las relaciones personales (KIMEL, 2018: 150). Así, señala: «...se puede sostener que la confianza y el respeto constituyen los ladrillos más fundamentales para la construcción de relaciones personales (...) el acto de prometer es un instrumento único con el cual se puede realizar este potencial. Prometer es invocar confianza; por parte del destinatario, tomar la promesa en serio, en la forma expresada en la intención, es (normalmente) conceder tal confianza, demostrar que existe, y mantener la promesa es justificar la confianza en el destinatario...» (KIMEL, 2018: 93).

Por su parte, el valor intrínseco de los contratos radica en permitir a las partes un distanciamiento personal, esto es para el autor, mantener la distancia necesaria para poder llevar a cabo la empresa contractual, sin confundir aquello que pertenece al ámbito del contrato con aquello que pertenece al ámbito de las relaciones personales (KIMEL, 2018: 152-154)³⁶³.

Sin perjuicio de lo señalado, Kimel reconoce una serie de matices a su postulado. El hecho de que el valor intrínseco de las promesas estribe en el fortalecimiento de las relaciones personales y el de los contratos en la distancia personal, no impide la existencia de casos excepcionales (KIMEL, 2018: 137). En efecto, es posible celebrar promesas entre quienes no tienen una relación personal³⁶⁴. Tampoco es descartable que un contrato genere, aunque no

³⁶² Kimel no desconoce el valor y la importancia del estudio de las promesas, solo que el análisis de los fundamentos filosóficos del contrato no se agota en las promesas (KIMEL, 2018: 55 y 56). El solo hecho de la exigibilidad jurídica de los contratos en sí mismo altera la naturaleza de las promesas.

³⁶³ «Mientras que las promesas fomentan las relaciones personales, los contratos sirven para mantener un distanciamiento personal si las partes así lo desean» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 22).

³⁶⁴ «A la vez las promesas también parecen tener un encaje poco natural entre las personas que no se conocen previamente. Ello es así porque la promesa, como dijimos, invoca cierta confianza en el destinatario y al aceptarla también se expresa cierta confianza en el emisor. De ahí que prometer algo a un completo extraño, o pedirle que nos prometa algo, puede resultar un tanto forzado. Esto no significa que las promesas entre extraños sean del todo imposibles, sino que no son el caso paradigmático de promesa. Aun cuando sea inusual en la práctica, una de las consecuencias de prometer entre extraños es que una vez que la promesa es formulada, aceptada por la otra parte y cumplida, las personas en cuestión dejan de ser totalmente extraños entre sí...» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 20).

sea su función intrínseca, acercarse personalmente a las partes (KIMEL, 2018: 137)³⁶⁵. En palabras de Kimel: «por cierto, el punto aquí planteado no es que la confianza personal en su sentido no trivial esté de alguna manera excluida de las relaciones contractuales (...) ni que en el marco de las relaciones contractuales la confianza personal se torne totalmente irrelevante: normalmente sería más deseable, puesto que sin importar cuán seguras puedan sentirse las partes sin ella, una fuente de certeza adicional debería de todas maneras resultar bienvenida...» (KIMEL, 2018: 131).

Respecto del valor o la función que tiene la confianza en su teoría, Kimel reconoce su importancia y presencia tanto en las promesas como en los contratos. No obstante, la confianza existente en uno y otro sería diferente en cuanto a sus grados. Para explicar esto es necesario en primer lugar exponer la noción de confianza con la que el autor desarrolla su teoría. Cada vez que Kimel se refiere a la noción de confianza está usando esta palabra en su acepción (o con una connotación) personal, esto es, aquella confianza que se centra en las cualidades morales del individuo³⁶⁶. En este sentido la noción de confianza de Kimel es una cuestión de hecho pues supone un estado mental cognitivo de la persona que confía hacia el destinatario de la confianza (VÁZQUEZ, 2015: 232). Al respecto, afirma: «confiar en un promitente ciertamente puede significar, en términos prácticos creer que (si se mantienen las otras circunstancias iguales) el promitente mantendrá la promesa; pero es una creencia que refleja y surge de cierta percepción favorable de la personalidad del promitente en general, o al menos, de los atributos pertinentes de su personalidad y que como tal tiene que ver no solo con la probabilidad de que el promitente actué de cierta manera, sino también con las razones por las que cree que lo hará –razones que, en un sentido u otro, deben ser percibidas como razones correctas» (KIMEL, 2018: 82)³⁶⁷.

³⁶⁵ «Debe señalarse en todo caso que para Kimel aun tratándose de contratos, aunque estos no dependan necesariamente de la presencia de relaciones personales previas, una vez celebrado el contrato invariablemente se ha establecido una relación personal entre las partes, aunque este no sea su valor intrínseco» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 139).

³⁶⁶ «Confiar en que una persona cumplirá sus promesas (...) generalmente consiste en ver al promitente a la luz de una perspectiva moral favorable. Ya sea que la actitud en cuestión sea descrita (en el caso de las promesas) considerando al promitente como el tipo de persona que cumple su palabra, o que trata a otros con respeto o que es generalmente honesta, las implicaciones son generalmente en términos del valor moral del promitente, del hecho de que el promitente posee ciertos rasgos de carácter que, en este aspecto particular, lo torna una buena persona moral» (KIMEL, 2018: 130).

³⁶⁷ V.gr., KIMEL, 2018: 130.

Tratándose de las promesas, el autor considera que la confianza se encuentra presente inicialmente en la gran mayoría de los casos (son posibles las promesas entre extraños)³⁶⁸, y se incrementa en la medida en que las promesas se cumplen y las personas se vuelven «más confiables»³⁶⁹. Tratándose de los contratos, la confianza también se encuentra presente, aunque en un menor grado, lo que el autor denomina confianza trivial, que vendría a ser equivalente a la creencia en que la racionalidad básica de la otra parte es base suficiente para confiar en que cumplirá el contrato o que se comportará conforme a lo esperado (KIMEL, 2018: 131).

Para Kimel, la confianza trivial se sustenta en la racionalidad básica de los contratantes, esto es, las personas identifican una razón y la sopesan (receptividad de las personas a razones prácticas) (KIMEL, 2018: 130). Sería, entonces, la capacidad y disposición de las personas de responder correctamente a razones. El autor menciona que, conforme a la racionalidad básica, cuando las personas deben tomar una decisión no requieren algo distinto de la aplicación lógica «medio fines», tal como cuando deben efectuar una elección despliegan un orden de prioridades³⁷⁰.

Para Kimel, entonces, la noción de confianza se centra en las cualidades morales de la persona, que se encuentra preferentemente en las promesas más que en los contratos. En efecto, son las promesas las destinadas a fomentar las relaciones personales, este es su valor

³⁶⁸ Al respecto, Kimel dice: «Sin embargo, las promesas a veces se realizan, y se realzan efectivamente entre extraños. Esto en sí mismo no debería resultar demasiado desconcertante, dado que la confianza ha sido descrita simplemente como una condición normal pero no necesaria» (KIMEL, 2018: 95). Incluso para Kimel el hecho de que el destinatario de la promesa tome esta como una razón para creer que el emisor cumplirá, aunque sean extraños, trae por efecto que estos ya no sean efectivamente «tan extraños» (KIMEL, 2018: 96).

³⁶⁹ «...Las promesas son las piezas fundamentales con las cuales se construyen relaciones personales (...) Luego en la aceptación, se expresa que uno está dispuesto a correr el riesgo de ser defraudado por el otro y un interés en mantener una buena relación personal en el futuro. Finalmente, el cumplimiento expresa que uno toma en serio los intereses de quien nos otorgó esa confianza. Al cumplir, además, uno se vuelve más confiable que antes» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 21).

³⁷⁰ Papayannis y Pereira en el estudio introductorio de la obra de Kimel en su traducción al español, explican que este tipo de confianza sería un tipo de confianza racional, que es aquella que se desconcentra de la persona para poner su foco de atención en la prudencia (racionalidad y autointerés), esto es, el deudor cumple no porque actúe por las razones correctas, sino porque sabe que estará peor incumpliendo que cumpliendo. En palabras de los autores: «[l]a coerción mejora la performance de los acuerdos entre las personas allí donde la confianza personal se agota, es decir, mejora la interacción y cooperación interpersonal, mas esta mejora viene con un coste añadido» (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 22).

intrínseco. Si existe confianza personal la contratación puede volverse innecesaria: si yo confío en las cualidades morales de alguien ya no resulta necesario que contrate con ella. Por su parte, los contratos requieren de confianza en su versión trivial que es una noción distinta de la confianza personal y que se sustenta en la racionalidad básica de los contratantes. Siendo el valor intrínseco de los contratos promover el distanciamiento entre los contratantes.

Si es efectivo que la confianza personal adquiere su mayor relevancia tratándose de promesas y no de contratos, ello significaría que la vulneración de la confianza personal tendría un impacto real en las promesas y no en los contratos (KIMEL, 2018: 130)³⁷¹. Esta conclusión podría resultar problemática para este trabajo, cuyo propósito es precisamente justificar que en determinado tipo de contratos (no de promesas) existen deberes específicos de lealtad que se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición para que el contrato sea exitoso. Deberes que además permiten generar la confianza que en los hechos el contrato requiere para funcionar.

Esta noción de confianza personal no solo es problemática para justificar deberes exigidos por el deber de lealtad en los contratos relacionales, sino también es problemática para el propio Kimel al justificar cómo funciona su teoría en ese tipo de contratos, pues, si los contratos relacionales son aquellos en los que la confianza es determinante para que el contrato sea exitoso, es bastante difícil argumentar que, pese a ello, la confianza sigue siendo lo que le da el valor intrínseco a las promesas y el distanciamiento personal es lo que le da valor intrínseco a los contratos. En este sentido, Papayannis y Pereira señalan que la tesis de Kimel falla al momento de enfrentarse a los contratos relacionales, ello pues, la idea de que los contratos satisfacen absolutamente la función de distanciamiento no es efectiva sino solo en el caso que podría llamarse el caso central del derecho contractual (PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 31).

³⁷¹ «En respuesta a esta línea de críticas yo insistiría en que, pese a esta dualidad, las características contrastantes que fueron puestas de relieve en relación con cada práctica –el papel reservado de la confianza personal (no trivial en la promesa), la exigibilidad como fuente de certeza y la trivialización del rol de la confianza en el contrato– son indicativas de la verdadera naturaleza de dicha práctica, pero no de la naturaleza de la otra. La idea, en otras palabras, es que la presencia de dichas características en una práctica es algo menos contingente y más significativa que la presencia de características similares en la otra» (KIMEL, 2018: 132).

Frente al problema anterior, Kimel ofrece una explicación sustentada en dos argumentos, cuya finalidad es justificar que aun tratándose de contratos relacionales puede mantenerse el valor intrínseco de los contratos consistente en el distanciamiento personal³⁷² (KIMEL, 2018: 154 y ss.). En primer lugar, sostiene que los contratos relacionales serían solo una parte de la práctica jurídica³⁷³ y, por lo tanto, aún en esos casos, si las partes deciden acercarse personalmente y no aprovechan el fin de distanciamiento que ofrece el contrato, esa sería una situación que quedaría a la decisión de cada persona³⁷⁴. En segundo lugar, Kimel afirma que aun tratándose de contratos en los que se han fortalecido las relaciones personales, el contrato es siempre una forma de permitir una distancia que impide a las partes confundir aquello que es parte de las relaciones personales con aquello que es parte de las relaciones contractuales.

En mi opinión, la postura de Kimel es perfectamente coherente y compatible con los contratos relacionales. Más aún creo que su preocupación es casi injustificada. Para Kimel es difícil lograr explicar los contratos relacionales con su teoría sobre el valor intrínseco del contrato, pues parte de un supuesto errado al considerar que en estos contratos la confianza es necesariamente coetánea e incluso requisito de su celebración. En efecto, si consideramos que la confianza que es condición para el éxito de los contratos relacionales no necesariamente existe al momento del celebrarse el contrato, sino que es deseable y necesaria que exista para que el contrato sea exitoso³⁷⁵, en atención a la propia naturaleza del contrato, el problema de Kimel desaparece.

Si el contrato requiere de confianza para funcionar y ella no es necesaria para que este se celebre, pues hemos visto que los contratos relacionales pueden incluso celebrarse entre extraños, el instrumento contractual mantiene su valor intrínseco de favorecer el distanciamiento personal y permite a los contratantes mantenerse alejados, pese a que el solo hecho de celebrar un contrato entre ellos les resta ajenidad.

³⁷² V.gr. KIMEL, 2018: 154 y ss.

³⁷³ PAPANANNIS y PEREIRA, 2018: 30.

³⁷⁴ PAPANANNIS y PEREIRA, 2018: 31.

³⁷⁵ Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

Más aún, es el propio instrumento contractual y la exigibilidad de deberes específicos de lealtad que son parte de su contenido, los que permiten a la postre se genere una confianza en los hechos que antes no existía y que es deseable y necesaria en los contratos relacionales³⁷⁶. El deber de lealtad se justifica en la necesidad de generar la confianza que el contrato requiere, y ello no afecta la función de distanciamiento intrínseca de los contratos, por el contrario, la fortalece. Puede que el caso en donde será de mayor utilidad mantener “las aguas separadas” sea precisamente tratándose de tipos contractuales en los que la confianza es necesaria para que estos funcionen.

Ahora, volviendo al tema principal de este apartado, esto es, si la confianza personal sustentada en las cualidades morales del destinatario de la confianza permite o no justificar deberes específicos de lealtad. La respuesta es no. Las razones son similares a las ya expuestas previamente al descartar que la confianza que se sustenta en las aptitudes o capacidades de los contratantes permita justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes de lealtad. Esto es, un deber específico de lealtad no puede depender para su justificación en la confianza que puede o no existir o que incluso puede existir y desaparecer.

Veamos un ejemplo extraído del propio texto de Kimel. El autor al tratar los contratos relacionales menciona el caso de un profesor universitario que es contratado por una universidad para desempeñar funciones de docencia e investigación, en que la confianza personal no es necesaria como condición para su celebración, sino que se desarrolla con el tiempo. Efectivamente, en un contrato de este tipo lo probable y deseable es que entre los contratantes surja confianza personal, no obstante, lo requerido para que el contrato sea celebrado y sean justificados deberes de lealtad inicialmente y con el tiempo (como sería por ejemplo el deber de confidencialidad que tiene el profesor universitario con la

³⁷⁶ Para Kimel tratándose de contratos, aunque estos no dependan necesariamente de la presencia de relaciones personales previas, una vez celebrado el contrato invariablemente se ha establecido una relación personal entre las partes, aunque este no sea su valor intrínseco (KIMEL, 2018: 139). Considero y así se expondrá en el capítulo siguiente que la confianza personal es deseable en un contrato relacional. Por lo demás y como argumentaré, los contratos relacionales son aquellos en los que resulta de mayor utilidad y aplicación el valor intrínseco de los contratos expuesto por Kimel. Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

universidad en relación a los proyectos de investigación de los que ha tomado conocimiento en el ejercicio de su función académica), no es la confianza personal. Los deberes de lealtad existen y se justifican independiente del hecho de que exista una relación de confianza entre las partes. El mismo autor señala en su ejemplo que el contrato se celebra luego que el profesor ha rendido ciertas pruebas y entrevistas (KIMEL, 2018: 158 y 159). Así, para que se celebre el contrato, no se requiere que los contratantes confíen en las cualidades morales del otro. Por su parte, los deberes específicos de lealtad que serían requeridos si este contrato es relacional, no podrían encontrarse justificados en la existencia de una confianza personal, pues ella no es necesaria ni coetánea a la celebración del contrato. Si así fuera, los deberes específicos de lealtad no se encontrarían justificados sino hasta que nazca en los hechos una real relación de confianza entre las partes. Por lo demás, nada asegura que efectivamente entre profesor y la universidad se genere en los hechos una relación de confianza, ello sería deseable, pero no es requisito para que la relación contractual se celebre y ejecute. Luego, aunque no se genere en los hechos una relación de confianza entre ambas partes, los deberes específicos de lealtad que son exigidos requieren justificarse, pero no en una confianza personal, pues como hemos visto no es condición necesaria para la celebración del contrato ni suficiente para justificar deberes específicos de lealtad³⁷⁷.

No obstante, la confianza personal que se sustenta en las cualidades morales es útil, como se verá en la segunda parte de este capítulo, como una de las motivaciones de la confianza que es requerida para el funcionamiento y éxito de un contrato de tipo relacional.

(iii) Hardin. La confianza como intereses encapsulados

a. Aspectos generales. La noción de intereses encapsulados

Como expuse en la introducción de este capítulo³⁷⁸, para Hardin³⁷⁹ el interrogante sobre la confianza lleva implícita a su vez la pregunta acerca de las razones que tenemos para confiar en otros, esto es, las razones por las que pensamos que la otra persona es digna de confianza. Una de las más importantes y comunes de esas razones para el referido autor es

³⁷⁷ Resta resolver si la confianza requerida para que se justifique la exigencia de deberes específicos de lealtad es una confianza de tipo trivial. De ello me haré cargo en la Segunda Parte de este capítulo.

³⁷⁸ Ver *supra* Capítulo IV, Introducción.

³⁷⁹ Parte de lo que se expondrá a continuación ha sido desarrollado por la autora en BUSTOS, 2019: 189 y ss.

la confianza como intereses encapsulados (HARDIN, 2010: 19). De acuerdo con esta idea, «las expectativas que la persona que confía tiene sobre el comportamiento de la persona en quien confía dependen de la valoración de ciertas motivaciones del depositario de la confianza. Yo confío en usted porque pienso que le interesa tomar en serio mis intereses en la materia pertinente, y le interesa en el sentido de que usted valora la continuación de nuestra relación, y por lo tanto está en su propio interés tomar en cuenta mis intereses» (HARDIN, 2010: 15).

Hardin, al principio de su obra y para ilustrar esta idea de confianza bajo la visión de intereses encapsulados, utiliza como ejemplo un conocido pasaje de la novela de Dostoyeski *Los hermanos Karamazov*, específicamente la historia de un teniente coronel que, como comandante de una unidad militar, manejaba considerables sumas de dinero para el ejército. El coronel, luego de realizar cada auditoría, llevaba los fondos disponibles a Trifonov –un comerciante de la zona–, quien, transcurrido cierto tiempo, se los devolvía con un regalo, beneficiándose así ambos con esta operación. Según señala Hardin, mientras la relación entre Trifonov y el coronel estaba en curso, ambos pudieron terminarla en cualquier tiempo, e incluso Trifonov podría haber desaparecido sin devolver el dinero. ¿Por qué Trifonov no lo hace? Porque de hacerlo habría tenido que renunciar a futuras transacciones que se traducirían a su vez en futuras ganancias (HARDIN, 2010: 20).

¿Podría decirse que el coronel confiaba en Trifonov de acuerdo con la teoría de Hardin sobre la confianza como interés encapsulado? La respuesta es que sí. La motivación de lucro de Trifonov lo lleva a querer prolongar en el tiempo su relación con el coronel, es decir, tiene un interés en mantener la relación, y con ello, hace suyos los intereses del coronel, encapsulándolos, no porque tenga alguna consideración especial hacia él como persona, sino porque para satisfacer sus propios intereses necesita tomar en cuenta los intereses del coronel. Si los intereses de quien confía se han encapsulado por el depositario de la confianza, existe confianza en la teoría de Hardin. El coronel tiene razones para creer que Trifonov se comportará de la manera que espera.

De esta forma, si se han encapsulado intereses, existe confianza en que el depositario de ella actuará considerando los intereses de quien confía, pues de lo contrario su conducta no solo afectará los intereses de quien confía sino los suyos propios. Es razonable creer que nadie traicionaría sus propios intereses. Por lo demás, si se han encapsulado los intereses del otro es porque ello beneficia a ambos, de la misma forma como los beneficia la continuidad de la relación, pues solo así podrán continuar con los beneficios que esa relación les provee. Para Hardin, el efecto frente a la vulneración de la confianza es el término de la relación, y, por lo tanto, la pérdida de los beneficios mutuos de interacción (HARDIN, 2010: 35).

A efectos de tener un panorama más completo respecto de la idea de confianza bajo la noción de intereses encapsulados, repasaré brevemente algunos de los principales elementos que caracterizan a este tipo de confianza en la teoría de Hardin, así como las motivaciones que pueden originarla, para luego determinar si esta noción de la confianza permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos requeridos por un deber de lealtad contractual.

b. Elementos de la confianza como interés encapsulado

b.1 Relación tripartita

La confianza constituye una relación tripartita, en que las partes son: el que confía, el destinatario de la confianza y aquello que se confía. Así, la confianza nunca o muy pocas veces se expresa en el enunciado «yo confío en usted» a secas, pues siempre se encuentran implícitas frases como «yo confío en usted para hacer X» o «yo confío en usted en el asunto Y» (HARDIN, 2010: 28). En este sentido, si se tratara de una relación contractual, la confianza depositada se encuentra indisolublemente vinculada con las partes y el objeto de la confianza (aquello que se confía o para lo cual se confía). «Yo confió en mi abogado para que me represente en mis intereses ante los tribunales de justicia, pero no confío en mi abogado sin vincular esa confianza a un objeto específico».

b.2 Competencia

En una relación de confianza se requiere competencia para poder realizar aquello que se confía. De ello se sigue que en las relaciones de confianza entran en juego aptitudes y habilidades personales del depositario de la confianza (HARDIN, 2010: 27). Así, por ejemplo, yo confío en mi abogado para que me represente ante tribunales, pero no confiaría en él si necesitara una intervención quirúrgica de urgencia por un cuadro de apendicitis.

b.3 Expectativas

La confianza implica expectativas sobre la conducta de otro, pero no cualquiera, pues deben estar basadas en la preocupación del depositario de la confianza por los intereses de quien confía (HARDIN, 2010: 26). De esta forma, yo confío, y tengo la expectativa en que tú te comportarás como espero que lo hagas conforme a mis intereses, porque sé que dichos intereses han sido encapsulados en los tuyos.

b.4 Racionalidad de la confianza

La confianza que caracteriza la noción de Hardin de intereses encapsulados es una confianza de tipo racional, pues debe estar fundamentada en las expectativas particulares que se tienen respecto de una persona determinada y no solo en expectativas generales, pues «si confío en todos o siempre actúo a partir de expectativas generales yo no confío significativamente en nadie» (HARDIN, 2010: 33). Ello, en todo caso, no es un rasgo característico de la confianza en la comprensión de Hardin, sino de cualquier concepción sobre la confianza, pues todas ellas suponen que los contratantes son racionales al momento de confiar o no en otro, lo que varía son las razones para confiar en ese otro. La confianza que Kimel denomina trivial y la confianza personal³⁸⁰ son también racionales (KIMEL, 2018: 130).

³⁸⁰ Ver *supra* Capítulo IV. Primera Parte (i) y (ii) b.

c. Motivaciones del depositario de la confianza

Para Hardin «las expectativas que la persona que confía tiene sobre el comportamiento de la persona en quien confía dependen de la valoración de ciertas motivaciones del depositario de la confianza» (HARDIN, 2010: 15). Pues bien, esas motivaciones del depositario de la confianza pueden estar fundadas ya sea únicamente en su autointerés, en la creencia de quien confía en las cualidades del destinatario de la confianza o en la reciprocidad.

De acuerdo con Hardin, la confianza como interés encapsulado no se detiene en desarrollar las motivaciones para la confianza. No obstante, valiéndome del enunciado efectuado por el autor al mencionar que algunas de esas motivaciones pueden encontrarse en el autointerés, en la creencia en las cualidades personales y en la reciprocidad, lo que se expondrá a continuación consiste en el desarrollo de esas motivaciones principalmente a través de algunos ejemplos. Esta argumentación, reitero, no se encuentra en la obra de Hardin, pero constituye una aplicación de esta.

c.1 El autointerés como motivación de la confianza

El autointerés como motivación se encuentra en los casos en que quien confía en otro no lo hace porque crea que actuará por las razones correctas o porque confíe en su moralidad, sino porque cree que, al otro, que es depositario de su confianza, le resulta conveniente actuar conforme con sus propios intereses según se espera que lo haga. Por ejemplo, si le entrego a un agente de inversiones la administración de los ahorros de toda mi vida para que los invierta y obtenga rentas de ello, confío en que realizará una buena gestión, pues a él le interesa obtener la mayor cantidad de beneficios o utilidades para mí, ya que en la medida que estos aumenten, aumentarán también las comisiones que pueda cobrar.

Otro ejemplo puede encontrarse no ya en el autointerés de obtener una ganancia económica sino en otro tipo de autointerés como lo es mantener un estatus o prestigio. Pensemos en el caso en el que le encargo a un famoso diseñador la decoración de un lujoso hotel boutique, en tal situación confío en que efectuará un excelente trabajo, pues a él le interesa mantener

su prestigio y buena fama dentro del selecto y restringido mercado de los diseñadores de élite.

En ambos ejemplos –agente de inversiones y diseñador de élite–, los depositarios de la confianza han encapsulado los intereses de otros en sus propios intereses, en tanto que, si bien cualquiera de ellos podría no cumplir con su contraparte, ninguno de ellos lo hará o, más bien, a ninguno de ellos le conviene hacerlo, pues frustrar el interés ajeno que se ha encapsulado, importaría frustrar sus propios intereses –ganancia y prestigio, respectivamente.

c.2 Las cualidades personales como motivación de la confianza

Las cualidades personales como motivación de la confianza podrían encontrarse en los casos en que la persona en quien se confía resulta confiable o merecedora de nuestra confianza en atención a las cualidades que posee y que son conocidas por parte de quien confía. Pensemos en el siguiente ejemplo. Es sabido, en el mercado de la publicidad, que se contrata a connotados deportistas para ser rostros de determinados productos o artículos asociados al deporte, vida sana, ejercicio, e incluso ciertas campañas gubernamentales. En dichos casos, no solo es la calidad de deportista lo que motiva a una agencia de publicidad a elegir a una determinada persona para una de sus campañas, sino que se consideran, además, sus propias características personales, por ejemplo, que no se encuentre vinculado a problemas de alcohol, drogas o escándalos de corrupción, su estabilidad familiar e incluso su orientación sexual.

En tal escenario, también es posible advertir que el depositario de la confianza ha encapsulado los intereses de quien confía, solo que la razón o motivación que tiene para encapsular los intereses ajenos no es su propio autointerés, sino simplemente sus propias cualidades personales que le impedirían actuar de una manera distinta. Este ejemplo teórico es complejo, pues para que la teoría de la confianza de Hardin pudiera aplicarse, se requeriría que las razones del otro para comportarse de una determinada manera fuesen sustentadas por el encapsulamiento de intereses. Y si el otro es confiable moralmente, las razones por las cuales hará lo correcto distan del interés que se ha alineado. Luego, las

cualidades personales no funcionan como motivaciones para la teoría de la confianza como encapsulamiento de intereses³⁸¹.

c.3 La reciprocidad como motivación de la confianza

La reciprocidad como motivación de la confianza puede advertirse en los casos en los que, en una relación entre dos personas, ambas confían en que el otro actuará de una determinada manera, en tanto tienen la razonable expectativa del beneficio recíproco que se obtendrá si cada uno realiza la conducta esperada por el otro. Ello, no obstante, no se trata sólo de expectativas sino además de creencia, «lo que importa en la confianza no es solamente mi expectativa de que usted actuará de ciertas maneras, sino también mi creencia de que tiene las motivaciones importantes para actuar de esas maneras, que usted deliberadamente toma en cuenta mis intereses porque son míos» (HARDIN, 2010: 31).

d. Otros elementos relevantes sobre la confianza

d.1 El carácter relacional

Habiendo expuesto tres de las razones o motivaciones del depositario de la confianza para ser confiable y causar la expectativa y/o creencia de confianza para quien confía, debe señalarse que la noción de intereses encapsulados de Hardin requiere, además de los elementos señalados (relación tripartita, competencia, expectativas y racionalidad), un elemento de suma importancia para esta teoría, que es el carácter relacional de la confianza. Esto quiere decir que mi confianza en el otro depende de nuestra relación, ya sea directamente a través de nuestra interacción en curso o indirectamente a través de intermediarios. De esta forma, si no tenemos una relación o esta es pasajera, no nos encontraremos en una relación de confianza (HARDIN, 2010: 21).

Este rasgo relacional característico de la teoría de la confianza, según Hardin, implica que la confianza de quien confía no depende únicamente de sus intereses sino más bien de si

³⁸¹ «Podría confiar en usted respecto de ciertas cosas porque sus compromisos morales lo hacen confiable, o porque su carácter prácticamente asegura su acción. En tales casos, mi confianza está cimentada en una interpretación de qué tan digno de confianza es. Estas apreciaciones difieren significativamente del modelo de la confianza como interés encapsulado» (HARDIN, 2010: 49).

estos han sido encapsulados en los intereses de la persona en quien se confía, quien además tiene el interés en mantener una relación con quien deposita la confianza (HARDIN, 2010: 34). En efecto, en palabras de Hardin «la interpretación del interés encapsulado va un paso más allá de la simple interpretación de expectativas importantes; en particular, el interés de aquel en quien se confía en satisfacer la confianza depositada en él. La razón común de tales expectativas es que las relaciones son continuas en un sentido relevante» (HARDIN, 2010: 34 y 35).

La forma en que Hardin concibe esta intención de continuidad de las relaciones se manifiesta en dos contextos: en las relaciones en curso entre dos o más personas y las relaciones sociales o de grupo (HARDIN, 2010: 35 y ss.). En términos muy generales, y para no extenderme más en este punto, en las relaciones en curso entre dos o más personas, si estas se mantienen en el tiempo, se generan cada vez incentivos más intensos para aquel en quien se confía, consistentes en continuar siendo confiable para la persona que confía (HARDIN, 2010: 35). Para explicar esto, revisemos uno de los ejemplos dados anteriormente. Pensemos en el caso del inversionista, a quien le he encargado la administración e inversión de los ahorros de toda mi vida. El carácter relacional en este caso está dado en tanto el inversionista no solo tiene el interés en realizar una buena gestión con mis ahorros porque con ello él obtendrá un mayor beneficio, sino además porque en la medida en que realiza una buena gestión de administración, se genera en él la expectativa de mantener conmigo la relación a futuro. Tanto es así que, si realiza una mala gestión y, por lo tanto, deja de ser confiable para mí, el efecto será el término de la relación y, como consecuencia de ello, la pérdida de las ganancias que podría haberse obtenido con la inversión de mis ahorros en caso de haber continuado administrándolos³⁸².

En cuanto a las relaciones denominadas por Hardin como sociales o de grupo, el incentivo de la persona en quien se confía para mantener la relación con quien deposita la confianza, se encuentra en evitar el rechazo de parte de todos quienes componen una comunidad vinculada con un tipo especial de relación (HARDIN, 2010: 35). Retomemos nuevamente

³⁸² Hardin señala: «La sanción que se le impone a la parte en quien se confía es el terminar la relación y, por lo tanto, la pérdida de los beneficios mutuos de la interacción» (HARDIN, 2010: 35).

uno de los ejemplos dados anteriormente. Pensemos ahora en el caso del famoso diseñador de élite a quien se le encarga la decoración del lujoso hotel boutique. Para él, su principal interés no se encuentra en cumplir con aquello a lo que se ha comprometido, sino que en que, cumpliendo con lo que se le ha encargado, logra conservar su prestigio, evitando la sanción consistente en el rechazo por parte de la comunidad relacionada con su actividad. De ahí que, en este caso, el carácter relacional de la confianza no se encuentra principalmente en el interés del diseñador por continuar con la relación con quien le ha encargado la decoración, sino por continuar y permanecer dentro de la selecta comunidad de decoradores de élite. Así, y en palabras de Hardin: «Si yo cumplo con la confianza que usted ha depositado en mí, eso me ayudará en otras relaciones que valoro o valoraría, mientras que, si fallo, tal acción podría poner en peligro otras relaciones que pueda tener» (HARDIN, 2010: 47).

d.2 Confianza entre extraños

En términos generales, puede decirse que confiamos principalmente en aquellos con quienes tenemos relaciones en curso (HARDIN, 2010: 22). Además, como correctamente expone Kimel, cuanto más rica y valiosa sea la relación para nosotros, es probable que confiemos más y seamos más confiables (KIMEL, 2018: 95 y 96). Lo anterior, como he expuesto, no implica que entre extraños no puedan celebrarse contratos en los que la confianza es requerida para su éxito³⁸³. En este punto, la teoría de Hardin no permite justificar la confianza entre extraños, pues si bien el autor reconoce que inicialmente pueden encontrarse alineados intereses entre desconocidos, ello es una especie de confianza imperfecta o si se quiere una confianza a prueba, pues, no existiría confianza propiamente tal como interés encapsulado sino una vez que las partes hayan interactuado en el tiempo y entre ambas efectivamente se hayan encapsulado sus intereses (HARDIN, 2010: 34). Para Hardin «una interpretación de la confianza como expectativas esencialmente racionales acerca de la conducta guiada por el interés propio de la persona en quien se deposita la confianza (...) obliga a prestar atención a las diversas interacciones en las cuales podría surgir la confianza y, por lo tanto, a las diferencias en las posibles aplicaciones de la confianza» (HARDIN, 2010: 25). No es claro, en este sentido, que para la teoría de Hardin

³⁸³ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (i) y (ii) b.

efectivamente pueda existir confianza entre extraños. En efecto, para el autor la confiabilidad, entendida como las motivaciones para actuar, es la que engendra confianza, ya que potencialmente recompensará la confianza que una persona tiene respecto de otra. Por ello es por lo que, si «conceptualmente algo implica o causa confiabilidad, entonces de manera indirecta implica o causa confianza» (HARDIN, 2010: 25). Luego, la pregunta sobre la existencia de confianza nos conduce a las razones o disposiciones para ser confiable, que es la confiabilidad. Pero ello nos aleja por ahora³⁸⁴ del propósito de esta parte del trabajo, que consiste en determinar si la noción de confianza expuesta por Hardin permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad.

Si de lo que se trata es de justificar la exigencia de deberes de conducta requeridos por el deber de lealtad, la teoría de la confianza de Hardin en la misma línea de lo que ya se ha dicho sobre la confianza personal que se sustenta en las aptitudes personales y cualidades morales del sujeto, presenta dos problemas. El primero de ellos se refleja en lo recientemente expuesto con relación a la insuficiencia de la teoría de Hardin para explicar la confianza entre extraños. Esto desde ya es un gran obstáculo para utilizar la noción de intereses encapsulados como aquella confianza que permita justificar la exigencia inicial deberes específicos de lealtad, pues, como ya he mencionado en reiteradas oportunidades en este capítulo, los contratos que requieren de confianza para ser exitosos pueden ser y es usual que sean celebrados entre extraños. La teoría de la confianza de Hardin no deja de ser –al igual que lo ya expuesto respecto de la confianza sustentada en las cualidades personales y cualidades morales– una noción confianza que descansa en una situación de hecho, que efectivamente existe, esto es, una noción que como el propio autor reconoce «es poco más que conocimiento» (HARDIN, 2010: 55). Y si ello es así, los deberes específicos de lealtad quedarían «suspendidos» en su justificación hasta que en los hechos se genere la confianza como encapsulamiento de intereses. Cuestión que como ya hemos visto, no permite justificar la exigencia inicial de deberes requeridos por la lealtad³⁸⁵.

³⁸⁴ Como se verá, la confiabilidad es un presupuesto de la confianza que es requerida en los contratos relacionales para que sean exitosos. Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

³⁸⁵ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (i) y (ii) b.

El segundo problema que se presenta en la teoría de la confianza de Hardin es que no permite justificar la permanencia de deberes específicos de lealtad, pues, incluso si prescindieramos del primer problema expuesto, aún esta teoría es insuficiente para explicar cómo un deber requerido por la lealtad podría justificar su permanencia de exigencia si los intereses de las partes dejan de estar alineados o encapsulados. Lo anterior, en tanto, siendo efectivo que para Hardin existe confianza solo en la medida en que los intereses de una parte (por distintas motivaciones) han sido encapsulados por la otra, de modo que el destinatario de la confianza sabe que sus intereses se han encapsulado por el depositario de esta; si una de las partes pierde su interés, pues ya no le beneficia la interacción, los intereses de ambos ya no están alineados o encapsulados, lo que, para la teoría de Hardin, significa que ya no hay confiabilidad y por lo tanto sería irracional confiar. Pese a todo podría ser racional continuar confiando si se tiene razones para creer que el otro aún mantiene el encapsulamiento de intereses, aunque en los hechos ello no sea así.

En palabras del propio autor «cuando llega el momento de estar a la altura de lo que afirmamos, podemos enfrentar fuertes motivaciones contrarias. Si todo se mantuviese constante podríamos fácilmente cumplir con nuestros compromisos. Sin embargo, a menudo no todo se mantiene constante. Una vez que obtenemos lo que nos llevó a asumir nuestro compromiso, puede que ya no consideremos que está en nuestro interés mantenerlo, aunque si hubiésemos podido alcanzar nuestro beneficio y cumplir con nuestro compromiso al mismo tiempo hubiéramos estado muy contentos de hacerlo así. Lo que perdemos cuando la obtención del beneficio y el cumplimiento del compromiso están separados en el tiempo es poder unir nuestros motivos en una sola motivación esencial (...) Este es el problema central de los compromisos puros a futuro: no podemos igualar nuestras motivaciones presentes y futuras para obtener una única motivación neta para actuar» (HARDIN, 2010: 61).

Lo anterior es en extremo problemático para justificar la permanencia de deberes específicos de lealtad, pues, no pueden depender en su justificación del hecho que los

intereses de las partes se mantengan alineados o encapsulados en el tiempo³⁸⁶. Si esto fuese así, entonces los deberes de lealtad estarían justificados siempre que a las partes les resulte conforme a sus intereses encapsular el interés ajeno. Y esos deberes perderían su justificación de exigencia al ya no estar encapsulados los intereses de los contratantes.

Luego, la noción de confianza de Hardin no permite justificar la permanencia de los deberes requeridos por la lealtad en las situaciones en que los intereses de las partes ya no se encuentran alineados³⁸⁷, que es precisamente en los casos en los que con mayor fuerza resulta necesario justificar la existencia de un deber orientado en el interés ajeno. Ello pues: «En la vida jurídica, las personas actúan motivadas por la consecución de ciertos objetivos, que dicen relación con la satisfacción de intereses (dignos de tutela). De esta manera, cuando una persona requiere satisfacer un interés cuya satisfacción no está en grado de procurarse por sí sola, recurre a la celebración de un contrato con quien le ofrece esa posibilidad de satisfacción» (SAN MARTÍN, 2019: 596). Pero como todo en la vida, las cosas siempre pueden salir mal. Para esos casos, tratándose de contratos, el derecho lo que ofrece son mecanismos de tutela para proteger los intereses de la parte que se ha visto afectada, orientados a exigir el cumplimiento de los deberes que forman parte del contenido del contrato (COLEMAN, 2010: 50-52). Cuando las cosas salen mal, la exigencia y justificación de los deberes de conducta, adquieren su mayor relevancia.

Sin perjuicio de lo señalado la teoría de Hardin ofrece insumos relevantes para este trabajo, no para justificar deberes específicos de lealtad, sino para identificar los presupuestos de la confianza y sus motivaciones. A ello me referiré en la segunda parte de este capítulo.

³⁸⁶ Otras teorías de la confianza, como la desarrollada por Luhmann tiene los mismos problemas que la teoría expuesta por Hardin para justificar la exigencia de deberes específicos de lealtad. En efecto, para Luhmann, la base de toda confianza es el presente como continuo y por lo tanto nada asegura que la confianza presente pueda mantenerse o convertirse en confianza en el futuro. La confianza aumenta la tolerancia hacia la incertidumbre, pero no la elimina. V.gr. LUHMANN, 2005: 14 y ss.

³⁸⁷ Aunque, como se verá en la segunda parte de este trabajo, algunos aspectos de la teoría de Hardin son útiles como presupuestos y fundamentos de la confianza. Particularmente los elementos de relación tripartita y competencia en relación con la confiabilidad. Ver *infra* Capítulo IV, Segunda Parte.

Segunda Parte

Presupuestos y fundamentos de la confianza

En la Primera Parte de este capítulo, me referí a distintas nociones y teorías sobre la confianza y argumenté cómo ellas no son suficientes para justificar la exigencia de deberes específicos de lealtad. Corresponde ahora exponer una idea de confianza que permita justificar la exigencia inicial y permanencia de aquellos deberes. Esta confianza debe, al menos, poder superar los problemas ya advertidos en las nociones de confianza expuestas. En este sentido, la confianza no debe depender del hecho que entre los contratantes exista una relación cercana, debe permitir interacciones entre extraños, no debe depender exclusivamente de sus aptitudes personales ni de las cualidades morales de los contratantes, así como tampoco puede depender de la circunstancia de que los intereses de las partes se encuentren encapsulados uno en el otro.

El argumento que presentaré en esta parte es que no es la confianza como hecho sino la necesidad de que ella se desarrolle lo que justifica deberes específicos de lealtad. Por su parte lo que justifica la exigencia de estos deberes vienen dado por el ordenamiento jurídico como un elemento exógeno a través de los mecanismos de ejecución y de responsabilidad civil y que permiten a los contratantes inicialmente elegir contratar, negociar, celebrar el contrato y ejecutarlo.

Expondré que es el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad en el tiempo lo que permite generar la confianza que es necesaria para que los contratos relacionales funcionen. Así también me referiré a los presupuestos de la confianza y que son: la racionalidad en la elección de la persona con quien se contratará y la competencia, en tanto es esta la que permite explicar las razones para contratar con un sujeto en particular. Luego, las nociones y teorías de la confianza examinadas en la primera parte de este capítulo son presupuestos y motivaciones de la confianza que es requerida para el éxito del contrato de tipo relacional.

(i) Confianza jurídicamente garantizada. El punto de partida

Los contratos de tipo relacional requieren y necesitan generar confianza personal entre las partes para ser exitosos, esto es indudable. Es más, es probable que este sea uno de los tipos contractuales que requieran de un mayor grado de confianza entre los contratantes para obtener su óptimo resultado. No obstante, como hemos visto, la confianza de tipo personal sea que esta se sustente en las cualidades morales, en las aptitudes personales o en el encapsulamiento de intereses³⁸⁸, no es suficiente para justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad.

La pregunta que resolver es entonces cómo desde el derecho podemos ofrecer a los contratantes la confianza mínima requerida para que decidan negociar con otro, contratar con otro y ejecutar sus contratos con otro, sabiendo que entre ellos no existe necesariamente una confianza de tipo personal, y que además es necesario que esa confianza personal en el tiempo llegue a generarse para que el contrato sea exitoso.

La respuesta frente a la pregunta efectuada puede encontrarse en el esquema desarrollado por Coleman³⁸⁹ a propósito de la racionalidad del contrato. El contrato racional, de acuerdo con el autor, importa un acuerdo de cooperación entre dos o más personas en las que estas estipulan las acciones específicas que deben ser realizadas por ambos en el futuro: los premios y castigos que deben ser adjudicados luego del cumplimiento o incumplimiento. Y para ello los actores deben diseñar las garantías para minimizar y asignar riesgos (COLEMAN, 2010: 121)³⁹⁰.

³⁸⁸ En adelante me referiré a esta confianza como confianza personal o simplemente confianza.

³⁸⁹ El esquema de Coleman es perfectamente compatible con los contratos relacionales. En palabras de Macneil refiriéndose a la teoría del contrato esencial que es el vehículo para satisfacer las proposiciones centrales de la teoría del contrato relacional, señala: «Finalmente la teoría del contrato esencial parece ir en contra de los principios del derecho y la economía (sin costos de transacción), la teoría de la elección racional y la teoría de juegos. Sin embargo, la apariencia es engañosa. La teoría del contrato esencial no elimina el uso de ninguna de estas teorías. Simplemente requiere que sus principios se apliquen intersticialmente dentro de las relaciones y no como la única herramienta analítica». Traducción propia (MACNEIL, 2000: 893).

³⁹⁰ En el esquema expuesto por Coleman, la mejor explicación de lo que implica un contrato supone preferencia hacia un modelo de negociación, que contemple el cumplimiento del requisito de la racionalidad colectiva, de distribución e individual. Las razones de ello estarían dadas porque el modelo de negociación «explicita tanto la dimensión productiva como la distributiva de cooperación»; y porque este modelo «enfatisa los aspectos interactivos y dinámicos de la contratación –el proceso por el cual se formulan demandas y se otorgan concesiones a esas demandas– (...)» (COLEMAN, 2010: 51).

Para Coleman, el contrato racional supone resolver tres problemas distintos, aunque relacionados entre sí: la cooperación racional, la distribución y el cumplimiento racionales. Cada uno de ellos se presenta en distintas etapas de la contratación. De esta forma, en la etapa precontractual, las partes toman racionalmente la decisión de cooperar, considerando para esa decisión las expectativas de beneficio que para ellas importa la celebración del contrato (racionalidad colectiva) (COLEMAN, 2010: 123). En la segunda etapa, que es la de negociación, las partes han superado la etapa de decisión sobre si contratar o no, y los contratantes distribuyen racionalmente riesgos, ya sea directamente, asignando a cada uno de ellos costes y beneficios, o indirectamente, determinando los mecanismos para resolver la distribución de aquellos. El problema que Coleman advierte es que la distribución no necesariamente implica la cooperación necesaria que el contrato requiere. En efecto, los contratantes pueden disimular sus verdaderas intenciones o exagerar sus demandas con tal de obtener una mejor posición en la distribución de costes y beneficios (COLEMAN, 2010: 126). De ahí que, para que el contrato cumpla los fines que las partes persiguen con su celebración, este debe suponer racionalidad en la distribución. Dado lo anterior, en la distribución de riesgos, las partes no deben obedecer necesariamente a la máxima de obtener el mayor beneficio versus los menores costos. La necesidad de concesiones es vital para que del contrato surja la cooperación necesaria para que sea exitoso³⁹¹.

Tratándose del cumplimiento racional, Coleman señala que su problema se refleja en la naturaleza compleja de la confianza mutua, básicamente debido a la presencia de cláusulas onerosas o frente a lagunas contractuales presentes en la mayoría de los contratos. Los contratantes –como expone el autor– a menudo pueden beneficiarse a costa de aquellos que cumplen con sus obligaciones. De ahí que es un prerequisite de la contratación que exista un mecanismo de cumplimiento forzado de las obligaciones contractuales o un mecanismo que permita disuadir el incumplimiento o compensar los daños que con ocasión de este se produzcan (COLEMAN, 2010: 131). Este es el tercer presupuesto de la elección o

³⁹¹ «Podría interpretarse que el interés de las partes al contratar consiste en maximizar su participación de los beneficios y minimizar su contribución a las cargas. La cooperación requiere concesiones y que se llegue a un acuerdo. Entonces, es posible entender plausiblemente que la cooperación social es el resultado de un acuerdo o contrato hipotético, en el que el contrato mismo es modelado como una negociación racional: el resultado de un proceso racional de demandas y concesiones a esas demandas» (COLEMAN, 2010: 51).

contratación racional que el autor denomina racionalidad individual, y que permite a los contratantes protegerse ante la traición o el aprovechamiento ajeno mediante la posibilidad de ejecución de los acuerdos (COLEMAN, 2010: 51 y 52). Lo anterior, en términos sencillos, implica que las partes solo estarán dispuestas a cumplir si es que disponen de mecanismos que les permitan hacer ejecutar lo convenido, frente a la posible traición o aprovechamiento de su contraparte (COLEMAN, 2010: 52).

Es por lo anterior que Coleman señala que, para asegurar el acuerdo racional, debe resolverse primero el problema del incumplimiento, pues «no tiene sentido comprometerse a un esquema de restricción mutua cuando las partes no tienen la voluntad de autolimitarse» (COLEMAN, 2010: 51). «Para que las negociaciones sobre los beneficios del intercambio sean racionales, las partes deben tener confianza razonable en el posterior cumplimiento del otro» (COLEMAN, 2010: 135).

Continuando con el análisis efectuado por Coleman, este señala que en las distintas etapas de la contratación (negociación, distribución de riesgos y control frente al incumplimiento), puede presentarse el problema de que el contrato fracase, considerándose siempre que el problema del incumplimiento debe superarse ante cualquiera de los dos anteriores (COLEMAN, 2010: 135).

Para este autor, resolver *ex ante* el problema del cumplimiento es de suyo complejo, básicamente por la incertidumbre que, en los contratos, con menor o mayor medida, siempre se encuentra presente, y que se deriva principalmente de la información imperfecta y de los costos de transacción elevados que implica obtener una mayor información o una información perfecta³⁹². Este problema no obsta a que las partes se priven de negociar o de discutir los términos del contrato, pero tampoco implica que ellas sean irracionales al momento de tomar sus decisiones, tanto respecto de si contratar o no y en cuanto al contenido del contrato.

³⁹² Ello supone que los individuos cuentan con información perfecta, que los costos de transacción son bajos y los contratantes no enfrentan problema alguno para celebrar transacciones. Coleman denomina a estos «súper humanos» (COLEMAN, 2010: 125)

Para Coleman, el óptimo es que estos problemas de incertidumbre puedan ser solucionados a través de mecanismos endógenos, esto es, aquellos que provienen de un hecho de las partes y no de la intervención de un tercero (COLEMAN, 2010: 138-143). Estos mecanismos serían, por ejemplo, invertir en costes de negociación y de decisión. Los primeros se vinculan con la información respecto de la aceptabilidad de las distribuciones y de la resistencia de los agentes a realizar ciertas concesiones. Los segundos se refieren a costes de monitoreo, pues a cada parte le interesa tener información respecto de los perjuicios que implica el incumplimiento del contrato³⁹³. Frente a lo anterior, se presenta nuevamente un problema, pues, los contextos y variedades de tipos contractuales inciden en la mayor o menor incertidumbre que estos presentan. Y mientras más incertidumbre se presente en el contrato, es más difícil para las partes solucionar estos problemas mediante recursos endógenos, en tanto, los costes de transacción aumentan y a su vez se agotan con rapidez. Coleman advierte las principales variables que inciden en la mayor incertidumbre del contrato: la heterogeneidad de las partes; la dispersión espacial de los contratantes que dificulte los canales de comunicación; la distribución temporal de los costes y beneficios; la dificultad de transferir los costes y beneficios; y la inestabilidad de la relación, pues se requieren más recursos de transacción para obtener un contrato racional mientras aumenta la inestabilidad (COLEMAN, 2010: 138-143).

Tratándose de situaciones contractuales que favorecen la incertidumbre y previendo que los costes de transacción son elevados, o ya se agotaron, Coleman señala que los mecanismos endógenos ya no son útiles, y las partes deben solicitar el apoyo de terceros para llevar a cabo la contratación (recursos exógenos). Los terceros pueden apoyar a las partes de distintas maneras. Una de ellas es la que permite resolver el problema del incumplimiento a través de servicios de ejecución (COLEMAN, 2010: 145), y que se traduce principalmente en la intervención del juez mediante mecanismos de cumplimiento forzado del contenido del contrato o por el ejercicio de acciones de responsabilidad civil, aplicando para ello las reglas generales del derecho de contratos (COLEMAN, 2010: 151).

³⁹³ Para los casos en los que los contratos son celebrados entre grandes empresas o multinacionales, los costos de monitoreo, así como también la diligencia debida se comprenden en la idea de *compliance*. Aunque esta noción se vincule con la prevención de ilícitos penales, repercute necesariamente en la prevención de daños a causa del incumplimiento contractual. V.gr. VÉLIZ y BITRAN, 2019: 60.

Vistas así las cosas y de acuerdo con el esquema de Coleman, lo que permite a las partes la elección racional contractual, especialmente frente a casos de incertidumbre, son precisamente los mecanismos exógenos que el propio ordenamiento jurídico les provee para que racionalmente desde la perspectiva individual, puedan tanto decidir si contratar o no, así como también determinar el contenido del contrato y comenzar su ejecución. En este sentido, es el propio ordenamiento jurídico a través de sus mecanismos de ejecución frente al incumplimiento de deberes contractuales y de responsabilidad civil, el que permite a los contratantes generar la confianza requerida, aún entre extraños, para racionalmente confiar en que el otro cumplirá, que no se aprovechará o no lo traicionará³⁹⁴. Cualquier otra noción de confianza involucra necesariamente una confianza como un estado mental, una cuestión evidencial (HARDIN, 2010: 55; VÁZQUEZ, 2015: 232) que, por supuesto, puede existir o no, y de la cual no pueden justificarse deberes de conducta requeridos por la lealtad, por las razones ya expuestas en la Primera Parte de este capítulo³⁹⁵.

Lo anterior es similar a lo expuesto por Kimel, refiriéndose a la función instrumental de los contratos, pues, el autor señala que estos al igual que las promesas «brindan a las partes una fuente especial de certeza de que las obligaciones contractuales serán cumplidas» (KIMEL, 2018: 127). Y es por ello por lo que los remedios contractuales no deben ser necesariamente vistos como una herramienta para hacer frente a los daños derivados del incumplimiento, sino como un mecanismo preventivo que permite a las partes disminuir la posibilidad de que una de ellas se beneficie a través del incumplimiento, traicionándolo o aprovechándose de este (KIMEL, 2018: 128).

En el derecho chileno, los mecanismos que permiten a los contratantes asegurar que el otro cumplirá con lo convenido se denominan efectos de las obligaciones. Estos comprenden tanto los medios compulsivos que inducen al cumplimiento voluntario, las consecuencias

³⁹⁴ No obstante que la noción de confianza expuesta por Luhmann es cognitiva, para este autor las disposiciones legales disminuyen el riesgo de otorgar confianza, resultando entonces que en sistemas sociales simples la confianza y la ley pueden seguir siendo congruentes (LUHMANN, 2005: 56). Las disposiciones legales dan una seguridad especial a las expectativas particulares haciéndolas sancionables. Hardin concuerda parcialmente con Luhmann, pues, las disposiciones legales permiten generar confiabilidad, que no es lo mismo que la confianza (HARDIN, 2010: 54 y 55).

³⁹⁵ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (i), (ii) y (iii).

del incumplimiento y la protección o tutela hacia el acreedor (FUEYO, 2015: 49). Por su parte, estos efectos de las obligaciones son el cumplimiento forzado de la obligación (cumplimiento en especie), la acción de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual y los derechos auxiliares del acreedor, que le permiten asegurar que la prestación será cumplida (acción pauliana, acción oblicua, medidas conservativas, beneficio de separación) (ALESSANDRI et al, 2011: 8 y 9).

Luego, las herramientas exógenas dadas por el ordenamiento jurídico y que disponen las partes para tener la razonable expectativa de que el otro cumplirá, otorgan la confianza mínima para decidir negociar, contratar, determinar el contenido del contrato e iniciar su ejecución. En otras palabras, la confianza requerida para que el contrato pueda negociarse, celebrarse y ejecutarse está dada exógenamente por el propio orden jurídico.

En efecto, la exigibilidad de deberes contractuales permite proteger a las partes frente al riesgo inminente de la contratación, así como también frente a la vulnerabilidad implicada en la confianza personal que es requerida en el contrato relacional³⁹⁶. Una vez que las partes están aseguradas existen menos motivos para actuar a la defensiva y aceptar participar en las interacciones con otros con la finalidad de obtener intercambios benéficos e inversiones productivas. Son las instituciones sociales las que permiten soslayar el riesgo de la contratación. Y la ley del contrato no es una excepción. La ley del contrato es un tipo de control institucional sobre los compromisos institucionales (HARDIN, 2010: 74 y 75). Las instituciones por su parte «fomentan la credibilidad y, por ende, el valor de la confianza» (HARDIN, 2010: 76).

Esta misma idea ha sido señalada por Feijoo: «los contactos sociales y la convivencia se basan en la necesidad de que el ordenamiento jurídico garantice o establezca ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de otros participantes del sistema social y lo que esperan estos de nosotros. Una estandarización mínima hace que los sujetos no se encuentren a merced de

³⁹⁶ «Actuar con base en la confianza implica dar facultades a otro para afectar los intereses de uno» (HARDIN, 2010: 32).

impresiones momentáneas, instintos o satisfacciones particulares de otros sujetos. El derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la interacción social. Nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos. Cada contacto social supondría un riesgo incalculable. El derecho tiene como función potenciar el horizonte personal de los integrantes del sistema social. Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas (ya que cada en una sociedad compleja la confianza personal tiene una utilidad muy limitada): cuando la confianza en estas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores. Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Esto solo se puede conseguir estabilizando el respeto a las normas» (FEIJOO, 2006: 284)³⁹⁷.

Por lo demás, para este autor el principio de confianza es un principio general del derecho: «(...) en un Estado de Derecho no impera el principio de la desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales sino todo lo contrario: se parte como principio de que otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales. En cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general» (FEIJOO, 2006: 280)³⁹⁸, y que les permite a estas racionalmente decidir contratar, así como también determinar el contenido del contrato y ejecutarse.

Ahora, esta confianza jurídicamente garantizada, dada exógenamente por los mecanismos de ejecución y de responsabilidad civil, permiten a los contratantes cumplir con sus deberes contractuales sabiendo que existen herramientas para sancionar al otro si el deber no se cumple, y por lo tanto permite hacer frente a los riesgos que en general el derecho de contratos presenta ante el incumplimiento. En este sentido la confianza jurídicamente

³⁹⁷ V.gr. REYES, 2019: 14 y ss.

³⁹⁸ A propósito de la confianza en el derecho de contratos, Reyes señala: «En materia de contratos, en especial y en cualquier otra relación jurídica en general es necesario que concurra en un ambiente de respeto, certidumbre y seguridad jurídica» (REYES, 2019: 97)

garantizada justifica la exigencia y permanencia de deberes contractuales y particularmente deberes específicos de lealtad.

Veamos un ejemplo para poner en aplicación lo recién expuesto y, para ello, retomemos parcialmente el caso hipotético del contrato de maquila expuesto en el Capítulo III³⁹⁹ por el cual Kotaix (K) le encarga a Tanu (T) confeccionar una determinada cantidad de trajes de baño para la temporada primavera verano 2020-2021, siendo el contrato celebrado un contrato relacional y, por lo tanto, se requiere de confianza para su éxito.

Supongamos en esta oportunidad que K y T no se conocen. No obstante, el contrato requiere de confianza para negociarse, celebrarse y ejecutarse. K racionalmente cree que T cumplirá con los deberes que emanan del contrato, pues, el ordenamiento jurídico lo ampara frente al incumplimiento de T. Como K y T no se conocen no se han encapsulado aún sus intereses, tampoco ninguno de ellos tiene conocimiento respecto de las cualidades morales del otro, pero ambos saben que el otro no querrá verse involucrado en un juicio por incumplimiento contractual o por responsabilidad civil, pues, sus prestigios comerciales se verían seriamente afectados. Puede decirse entonces que K confía en T. Pueden ambas partes, por lo tanto, contratar y comenzar con la ejecución del contrato.

Como el contrato celebrado entre K y T es relacional requiere para ser exitoso de confianza personal y ello hace que K sea vulnerable y dependiente ante las conductas de T, principalmente porque K para cumplir sus obligaciones con T, debe entregarle información que puede ser confidencial y, con ello, se hace vulnerable ante el daño que T puede causarle a sus intereses, si es que divulga la información de que ha tenido conocimiento. La forma de hacer frente a esta vulnerabilidad es mediante la incorporación explícita o implícita de deberes de conducta específicos requeridos por el deber de lealtad y orientados a la protección de los intereses de K⁴⁰⁰. Particularmente, en este caso, la conducta requerida sería aquella que exige a T un deber de confidencialidad con K. El deber de confidencialidad requerido por el deber de lealtad es necesario para contrarrestar la

³⁹⁹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) a.

⁴⁰⁰ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

vulnerabilidad de K frente a T, implicada en la confianza personal requerida para que el contrato sea exitoso.

Para la justificación del deber de confidencialidad requerido por la lealtad, las partes no necesitan (en principio) más que la confianza jurídicamente garantizada. K confía en T y T es confiable para K. La exigencia inicial y permanencia del deber específico de lealtad se encuentra justificado desde la celebración del contrato, aunque entre las partes no exista una confianza personal, y aun cuando la motivación para la confianza se encuentra únicamente en que K cree que T no querrá verse expuesto o enfrentado a una acción de responsabilidad civil por incumplimiento⁴⁰¹.

En síntesis, la justificación de exigencia inicial y permanencia de un deber específico de lealtad se encuentra en la confianza jurídicamente dada por el ordenamiento jurídico. Pero esto es sólo el punto de partida. El contrato de tipo relacional requiere que en los hechos exista confianza entre las partes, y son los deberes específicos de lealtad justificados los que permitirán generarla. A ello dedicaré el apartado que sigue.

(ii) El deber de lealtad permite generar la confianza personal que el contrato relacional requiere para ser exitoso

He señalado en el apartado anterior que la confianza jurídicamente garantizada permite a los contratantes decidir racionalmente negociar, contratar e iniciar la ejecución del contrato. Así también justifica la existencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad⁴⁰².

Que la confianza jurídicamente garantizada permita que los contratos relacionales puedan celebrarse y ejecutarse y sea aquella que permita justificar la exigencia inicial y

⁴⁰¹ Para Hardin, la motivación de la confianza jurídicamente garantizada es suficiente: «(...) muchas normas y convenciones sociales están respaldadas por sanciones, por lo general nos interesa acatarlas. De ahí que con frecuencia sea nuestro interés ser confiable, aunque a veces sería erróneo decir que se debe a que nuestros intereses encapsulan los intereses de alguien que confiará en nosotros. Si usted se conduce por restricciones institucionales o convenciones sociales, entonces tiene un fuerte incentivo que no depende de mí o de la relación que tenga conmigo. En tal caso tenemos intereses compatibles o congruentes sin que exista ningún interés por el otro» (HARDIN, 2010: 52).

⁴⁰² Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte (i).

permanencia de deberes específicos de lealtad, no es suficiente para que el contrato de tipo relacional sea exitoso, pues este requiere de confianza personal entre los contratantes. Pero, además, la confianza personal no sólo es necesaria para que este tipo de contratos funcione, sino que es además deseable por una serie de razones:

Una relación de confianza personal favorece la cooperación, la negociación, la resolución de los problemas que puedan presentarse durante el transcurso del contrato mediante acuerdos. En efecto, ya hemos visto que, según lo señalado por Coleman⁴⁰³, los mecanismos endógenos frente a la solución de conflictos y también como mecanismos de distribución, son preferibles antes que los mecanismos exógenos⁴⁰⁴. Siempre es preferible que sean los propios contratantes quienes a través de acuerdos logren hacer frente a los cambios de circunstancias que se presentan por la naturaleza propia de un contrato relacional.

En efecto, Momberg y Pino, comentando la teoría del contrato relacional expuesta por Macneil, señalan que «los contratos que implican una relación jurídica compleja entre las partes, manifestada, por ejemplo, a través de vínculos tanto de larga duración como de dependencia mutua prolongada en el tiempo, la necesaria insuficiencia del acuerdo celebrado entre las partes en relación con su proyección sobre el futuro, genera un deber de cooperación implícito que implica admitir la flexibilidad y ajuste de la relación como elementos esenciales para superar las deficiencias (naturales del contrato)» (MOMBERG Y PINO, 2018: 172). La confianza personal que es necesaria en los contratos de tipo relacional favorece la cooperación entre los contratantes.

La confianza personal repercutirá además en la estipulación de cláusulas contractuales amplias y no rigurosamente detalladas⁴⁰⁵. Lo que, en particular y tratándose de contratos relacionales, es necesario. Para Speidel, una de las características de los contratos

⁴⁰³ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte (i).

⁴⁰⁴ Por lo demás, los mecanismos endógenos generan menos costes de transacción (COLEMAN, 2010: 135 y ss.).

⁴⁰⁵ De acuerdo con lo expuesto por Shapiro, los planes son instrumentos sofisticados para gestionar la confianza o la falta de esta, pues permiten a los individuos capitalizar la fe que se tiene en otros o contrarrestar su ausencia (SHAPIRO, 2014: 406). Un plan en extremo regulado o más regulado es un indicio de la falta de confianza.

relacionales es que en ellos los contratantes estipulan intencionadamente cláusulas abiertas que permitan ajustar los términos del contrato a las nuevas circunstancias que se presenten (SPEIDEL, 2000: 828 y 829). Ello, pues, una consecuencia de las relaciones extendidas es que los participantes no pueden prever el cambio de las circunstancias futuras.

Por lo demás, si la confianza personal en el contrato de tipo relacional es deseable y necesaria, entonces, un contrato en extremo regulado y en el que sobreamplifican las sanciones frente al incumplimiento puede producir un impacto negativo entre las partes e impedir que entre ellas se genere una relación de confianza⁴⁰⁶. Aunque ello no quiere decir que los contratos relacionales deben ser preferentemente no regulados. Lo deseable para estos contratos es la estipulación de cláusulas con términos abiertos, reglas que admitan el cambio de circunstancias, deberes de negociación y reglas que promuevan la preservación del contrato (MOMBERG Y PINO, 2018: 173).

Esto último se encuentra vinculado con la interpretación de las disposiciones contractuales, pues, mientras más detalladas y específicas sean las cláusulas de un contrato, lo que podría ser reflejo de la falta de confianza personal entre los contratantes, repercutirá necesariamente en una menor amplitud del juez para interpretar las disposiciones contractuales. Shapiro denomina a ello respetar la economía de la confianza. En contratos en extremo regulados, o con estipulaciones fijas, el intérprete debe respetar lo dispuesto por los contratantes en la gestión de la confianza o la falta de esta y, por lo tanto, ello repercute en una menor facultad del juez para integrar el contenido del contrato e interpretar las disposiciones contractuales (SHAPIRO, 2014: 407 y ss.). Un contrato excesivamente regulado o cuyas cláusulas sean en extremo precisas limitará la función del intérprete y, con ello, el contrato relacional no podrá gozar de todos los beneficios de la función

⁴⁰⁶ V.gr. KIMEL, 2018: 129. Para Luhmann, las sanciones pasan a ser una garantía que disminuye el riesgo de confiar en otros (LUHMANN, 2005: 60). Lo único que hay que cuidar en este caso es que la relación no se vea contaminada por la sanción y prevalezca en ella la confianza. Así, por ejemplo, entre dos personas en las que existe confianza, la constante amenaza de la sanción podría sembrar la semilla de la desconfianza.

interpretativa, que permite darle a este tipo de contratos la posibilidad de ajuste frente al cambio en las circunstancias que ellos por su naturaleza requieren⁴⁰⁷.

Ahora, en cuanto a la forma que tienen los contratantes para generar entre ellos una relación de confianza, como acertadamente señala Kimel, los contratos permiten acercar y restar ajenidad a la persona de los contratantes (KIMEL, 2018; 139). Lo mismo ocurre con las promesas. En efecto, contratos y promesas pueden celebrarse y efectuarse entre extraños, y al cumplir nuestras promesas nos hacemos confiables y se genera en los hechos la confianza personal necesaria en las promesas (KIMEL, 2018: 92 y 93). Esto mismo puede decirse respecto de contratantes extraños, pues, en la medida que el contrato requiere de una constante interacción, reciprocidad y fuerte cooperación, como ocurre en los contratos relacionales, si estos son exitosos y cada contratante cumple sus deberes, y en particular los deberes específicos de conducta que se encuentran orientados a la protección y/o promoción del interés ajeno, como son los deberes requeridos por la lealtad, los contratantes, en el tiempo, probablemente podrán generar entre ellos la relación de confianza que en los hechos resulta necesaria⁴⁰⁸.

En efecto, el cumplimiento de un deber específico de lealtad permite un acercamiento personal entre los contratantes que promueve una relación de confianza. Cumplir con un deber específico de lealtad en el marco de la interacción y cooperación recíproca que se requiere en un contrato de tipo relacional implica una deferencia especial hacia el interés del otro contratante, que le manifiesta a este no sólo que considera sus intereses, sino además que se procura no dañarlos e incluso beneficiarlos.

Retomemos nuevamente el ejemplo por el cual Kotaix (K) le encarga a Tanu (T) confeccionar una determinada cantidad de trajes de baño para la temporada primavera

⁴⁰⁷ Lo señalado es sin perjuicio de la finalidad intrínseca del contrato de permitir el distanciamiento personal, que como se verá en el apartado (iv) de esta segunda parte, su mayor rendimiento puede observarse en contratos de tipo relacional.

⁴⁰⁸ En un sentido bastante similar, aunque no refiriéndose a la confianza personal, sino a la confianza como encapsulamiento de intereses, Hardin señala que «la confiabilidad, por lo común engendra confianza, debido a que mi confiabilidad potencialmente recompensará su confianza en mí (si usted actúa confiando en mí: De ahí que conceptualmente algo implica o causa confiabilidad, entonces de manera indirecta implica o causa confianza» (HARDIN, 2010: 55).

verano 2020-2021, siendo el contrato celebrado un contrato relacional y, por lo tanto, se requiere de confianza para su éxito.

Señalé que K y T no se conocen. No obstante, K cree que T cumplirá con los deberes que emanan del contrato, pues, el ordenamiento jurídico lo ampara frente al incumplimiento de T. Entre K y T existe confianza jurídicamente garantizada y ello les permite negociar, contratar e iniciar la ejecución del contrato. Como K y T no se conocen no se ha generado aún ningún tipo de confianza personal, no obstante, los deberes explícitos e implícitos del contrato son exigibles, entre ellos deberes específicos de lealtad como el deber de confidencialidad. Siendo exigibles los deberes de conducta y amparándose su cumplimiento por el ordenamiento jurídico el escenario está completo para que ambas partes comiencen su interacción. Supongamos que esta resulta exitosa, ambos cooperan activamente con el otro, K le entrega a T la información para que pueda confeccionar los productos, T por su parte le informa los estados de avance en el proceso de fabricación, etc. T además ha sido leal con K pues sólo ha utilizado la información confidencial que K le ha entregado con el único fin de llevar adelante el negocio, no la ha divulgado ni lo ha traicionado. Para ambos el contrato les reporta el beneficio esperado. Podría decirse entonces en términos generales que esa interacción los beneficia y se han encapsulado sus intereses recíprocos. T se ha vuelto confiable para K. Siendo ello efectivo y habiéndose encapsulado los intereses recíprocos de las partes⁴⁰⁹ se ha generado entre ellos la confianza que el contrato de tipo relacional necesita para ser exitoso.

Supongamos que, durante la fase de ejecución del contrato, K sospecha que T tiene intenciones de fabricar productos para Xalpen (X) que es competidor directo de K. Hasta ahora T no ha incumplido sus obligaciones contractuales, es más, ha cumplido como K espera lo haga. El contrato entre ambos sigue vigente y, por lo mismo, K debe continuar compartiendo información con T y cumpliendo.

⁴⁰⁹ Este escenario de la confiabilidad, Hardin lo identifica como aquel que mezcla incentivos internos y externos: «Es posible, ser inducidos por normas que motiven e incluso sancionen la conducta. Es evidente que las normas pueden ser asumidas, de forma que simplemente actuamos a partir de ella sin necesidad de una sanción...» (HARDIN, 2010: 52).

Las sospechas de K se transforman en hechos: T ha comenzado a fabricar productos para X. Lo que a K le preocupa es que T revele a X información que para él es confidencial. Cree además que sus intereses con los de T pueden no estar alineados, pues tiene serias dudas que T quiera continuar con la ejecución del contrato. Si los intereses de T y K ya no se encuentran encapsulados, ha desaparecido la confianza que es necesaria para que el contrato sea exitoso. El contrato fracasa. Pero ¿Significa acaso que la justificación del deber de no competir de T hacia K ha desaparecido?

La respuesta es no. T tiene respecto de K un deber de confidencialidad requerido por el deber de lealtad y que se justifica en la confianza jurídicamente garantizada y que es necesario para contrarrestar la vulnerabilidad de K hacia a T implicada en la confianza que el contrato requiere. Así, aunque los intereses de ambas partes no se encuentren alineados, K aún tiene razones para creer que T cumplirá con su deber de confidencialidad, aunque ahora contrate con K. Esto está dado porque K sabe que el ordenamiento jurídico le provee de las herramientas necesarias para ejercer una acción de responsabilidad civil si T no cumple. Siendo cierto además que para T no le resulta en estos momentos conveniente que sea interpuesta en su contra una acción de responsabilidad civil, porque además de afectarlo patrimonialmente, pondrá en riesgo el prestigio comercial que necesita si lo que quiere es ampliar su giro de negocio actualmente o a futuro.

En síntesis, la confianza garantizada justifica la exigencia de deberes específicos de lealtad y permite a los contratantes negociar, contratar e iniciar la ejecución del contrato. Luego es el cumplimiento de los deberes contractuales y el particular el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad los que permite en el tiempo generar entre las partes la confianza personal que los contratos relacionales requieren para ser exitosos. El deber específico de lealtad existe y es exigible para generar la confianza que el contrato requiere. Más si la confianza personal desaparece, el deber específico de lealtad mantiene su justificación de exigencia, pues este no depende de la confianza personal sino de la confianza jurídicamente garantizada.

(iii) Presupuestos y fundamentos de la confianza

a. Racionalidad

Hasta ahora he señalado que la confianza jurídicamente garantizada es la que permite que el contrato pueda negociarse, celebrarse y ejecutarse y que justifica la exigencia de deberes específicos de lealtad. No obstante, esta confianza es el punto de partida, el mínimo. La sola confianza en el ordenamiento jurídico no permite fundamentar la decisión de por qué contratar con otro en particular, respecto de quien en los hechos es deseable y necesario se genere una confianza personal si el contrato es de tipo relacional. Para ello se requiere además de dos fundamentos y presupuestos a saber: la racionalidad de la elección y la competencia.

Tratándose de la racionalidad como presupuesto de la confianza, resulta útil lo señalado por Kimel a propósito de la confianza trivial (que no es distinta de la que aquí se ha denominado confianza jurídicamente garantizada), pues el autor señala que todos los contratos suponen al menos la racionalidad básica de los contratantes y que para ello es suficiente creer razonablemente que el otro cumplirá (KIMEL, 2018: 131). En este sentido, las personas identifican una razón y la sopesan, y así cuando las personas deben tomar una decisión no requieren algo distinto de la aplicación lógica «medio fines», o cuando deben efectuar una elección despliegan un orden de prioridades (KIMEL, 2018: 130)⁴¹⁰.

Lo anterior es relevante en tanto la decisión de contratar requiere creer racionalmente que el otro cumplirá y, para ello, aunque no confíe personalmente en él, debo al menos no desconfiar. Desconfiar de alguien y contratar con este sería una decisión irracional. Esto ha sido claramente expuesto por Shapiro, quien, en su concepción del derecho como planes, señala que el derecho puede ser una herramienta de gestión de la confianza o la falta de ella, pero hasta un cierto límite, ya que si existe desconfianza o esta es muy profunda el

⁴¹⁰ Un ejemplo de ello puede advertirse en el origen del principio de confianza en el derecho alemán, en palabras de Reyes: «el principio de confianza nació fruto de la jurisprudencia alemana para casos de tráfico rodado: quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario. De modo que la esperanza de la conducta correcta de los que concurren en el tráfico se convierte en la base de la conducta correcta de cada individuo...» (REYES, 2019: 20).

plan (que sería el equivalente al acuerdo contractual) no puede prosperar (SHAPIRO, 2014: 407)⁴¹¹.

Por lo demás y como correctamente observa Hardin, la desconfianza no es en sí un disvalor, pues, desconfiar de otro «no solo es una valoración racional, sino que es algo positivo, en el sentido de que protege contra daños en lugar de causarlos» (HARDIN, 2010: 128). En este sentido, decidir no contratar con alguien en quien no confío en lo absoluto es una decisión racional y permite evitar daños futuros.

Ahora, no debe confundirse la falta de confianza con la desconfianza. No son términos equivalentes⁴¹². Ya hemos visto cómo es posible contratar con extraños y aún disponer de la confianza jurídicamente garantizada⁴¹³ y que luego mediante el cumplimiento en el tiempo de los deberes de conducta, se genere la confianza personal. Confiar en que un extraño en quien no confío personalmente cumplirá porque dispongo de las herramientas que el derecho provee para exigir el cumplimiento de deberes contractuales no es irracional. Lo irracional es creer que alguien en quien desconfío personalmente porque me ha traicionado, cumplirá sus deberes contractuales, aunque para estos existan los mecanismos de ejecución y de responsabilidad civil. Volveré sobre este punto en la segunda parte del capítulo final de este trabajo.

⁴¹¹ Por lo demás y a propósito del gobierno corporativo, las reglas de *due diligence* establecen que, para la prevención de ilícitos, se exige a las empresas realizar sus mejores esfuerzos para no incluir en sus empleados a individuos de los que se tenga conocimiento (habiendo empleado la diligencia debida) hayan participado en actividades ilícitas (VÉLIZ y BITRÁN, 2019: 60).

⁴¹² V.gr. HARDIN, 2010: 129 y ss.

⁴¹³ Kimel, para justificar la confianza entre extraños en la versión trivial de la misma, expone algo muy similar a la confianza que aquí se ha denominado como jurídicamente garantizada. Así, señala: «los contratos a diferencia de las promesas, generalmente se celebran fuera del marco de las relaciones personales preexistentes. El marco contractual, sin embargo, hace que sea manifiestamente improbable (o menos probable) que una persona se beneficie del hecho de dañar ilegítimamente a su contraparte mediante el incumplimiento. Y como razón para abstenerse de dicha conducta, la exigibilidad, al igual que la típica amenaza, no se basa tanto en la buena fe, honradez o carácter moral en general. Torna el cumplimiento del contrato (o, en cualquier caso, la abstención de una conducta que implica dañar ilegítimamente a la otra parte) en gran medida en una cuestión de racionalidad básica y, por tanto, hace que la creencia en la racionalidad básica de la otra parte sea una base suficiente para confiar en que cumplirá el contrato (o en cualquier caso, la abstención de una conducta que implica dañar ilegítimamente a la otra parte) ...» (KIMEL, 2018: 121).

b. Competencias del destinatario de la confianza y las motivaciones para confiar

Para Hardin, la confiabilidad «es la capacidad para juzgar los intereses de uno como dependientes de hacer lo que se confía que uno haga» (HARDIN, 2010: 51). «Confiabilidad es una motivación o un conjunto de motivaciones para actuar» (HARDIN, 2010: 55). Luego Vázquez señala que la confiabilidad «tiene un aspecto cognitivo y un aspecto motivacional. El primero de ellos se traduce en una valoración de la competencia del destinatario de la confianza; mientras que el segundo está constituido por una evaluación de los motivos de la confianza (VÁZQUEZ, 2015: 233).

Me referiré, primero, al aspecto cognitivo de la confiabilidad y, para ello, es útil lo ya expuesto por Hardin a propósito de los elementos de la confianza⁴¹⁴. Me refiero principalmente a la relación tripartita y la competencia.

Para Hardin, la relación tripartita implica que la confianza hacia otro no se expresa en términos generales, sino siempre en relación con otro para realizar una determinada acción (HARDIN, 2010: 28). De esta forma, Kotax (K) no confía en general en Tanu (T), sino que confía en T para realizar X. Lo anterior se complementa con el presupuesto de la competencia, ya que la persona en quien se confía para una determinada acción debe cumplir con la competencia o idoneidad necesaria para realizar esa acción y para ello son determinantes las aptitudes personales y habilidades (HARDIN, 2010: 27). Así, por mucho que disponga de la confianza que me proporciona el ordenamiento jurídico para creer que el otro cumplirá, ese otro, en particular, debe ser competente para cumplir con la acción que de él se requiere. Por ejemplo, si K necesita de un traductor que traduzca sus notas desde el español al inglés, debe elegir a T siempre que T sea idóneo para cumplir lo que K requiere y que, en este caso, estaría dado en la competencia de T comprender perfectamente ambos idiomas. La decisión racional de contratar en los casos en los que las aptitudes o cualidades de las partes son relevantes, como ocurre tratándose de contratos relacionales, lleva

⁴¹⁴ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (iii) b.

implicada en su presupuesto la capacidad del otro para cumplir la acción que se requiere, esto es, el aspecto cognitivo de la confiabilidad⁴¹⁵.

En este sentido, el aspecto cognitivo de la confiabilidad implica que racionalmente elijo contratar con otro determinado que considero idóneo en sus capacidades para realizar una determinada conducta, cifrándose las expectativas de cumplimiento que vienen dadas por la confianza jurídicamente garantizada, en las conductas de ese otro en particular⁴¹⁶.

Tratándose ahora del segundo aspecto de la confiabilidad, se encuentra el aspecto motivacional o, si se quiere, los fundamentos para la confianza. Esto es, lo que motiva a una de las partes a confiar en otro que cumple con el presupuesto de la confiabilidad cognitiva.

Las motivaciones de la confiabilidad pueden ser de distinto tipo. Así, pueden estar dadas por las cualidades morales personales de los contratantes, en el entendido de Kimel⁴¹⁷, en cuyo caso las cualidades personales más que funcionar como un tipo de confianza son fundamento de confiabilidad (KIMEL, 2018: 130). Es racional para mí contratar con quien creo posee ciertas cualidades morales, pues creo que actuará por las razones correctas. También, pueden darse en el encapsulamiento de intereses expuesto por Hardin⁴¹⁸, donde es racional para mí contratar con quien creo que ha encapsulado mis intereses, pues creo que actuará como espero que lo haga, porque mis intereses se han encapsulado como suyos (HARDIN, 2010: 15 y ss). En ambos casos, tengo razones para creer que quien cognitivamente considero confiable cumplirá.

Es posible también identificar estas motivaciones para la confiabilidad en ciertas restricciones impuestas socialmente, para los casos en los que el costo de incumplir vaya de la mano con sanciones de tipo social, dadas por convenciones sociales o de grupo estables,

⁴¹⁵ Hardin acertadamente advierte que la traición es una falla de confiabilidad y no de confianza (HARDIN, 2010: 51).

⁴¹⁶ Lo expuesto en *supra* capítulo IV primera parte (i) sobre la confianza en las cualidades personales es el aspecto cognitivo de la confiabilidad.

⁴¹⁷ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (ii) b.

⁴¹⁸ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (iii).

principalmente tratándose de interacciones entre grupos o círculos relativamente pequeños o cercanos (HARDIN, 2010: 68). Para explicar ello, pensemos simplemente en el caso en el cual dos académicos o compañeros de clase intercambian sus libros. Si uno de ellos no cumple y no devuelve el libro que le ha sido prestado, no solo es probable que su compañero o colega no le preste nuevamente un libro, sino además que el resto, conociendo la conducta del incumplidor, no se encuentre predispuesto a compartir sus libros con él.

Sin perjuicio de lo anterior, puede también ocurrir que estas motivaciones en particular no estén presentes inicialmente, principalmente tratándose de interacciones entre extraños. Para tales casos aún tengo como motivación la confianza jurídicamente garantizada que permite justificar deberes específicos de lealtad, y luego a partir del cumplimiento de ellos en el tiempo generar la confianza que el contrato requiere. En este punto y de acuerdo con Hardin, las coacciones legales o institucionales pueden dar incentivos para ser confiables (HARDIN, 2010: 27). «Si confío en usted para que actúe a mi favor, me expongo a la posibilidad de una decepción e incluso de graves pérdidas. Para evitar esta posibilidad puede tratar de encontrar un respaldo institucional que lo obligue a usted a hacer aquello que yo confío que haga» (HARDIN, 2010: 73).

Es más, aún para las situaciones en las que las motivaciones sean de carácter personal motivadas en las cualidades morales, o se sustenten en el encapsulamiento de intereses o en restricciones impuestas socialmente, la confianza jurídicamente garantizada permite reforzar la confiabilidad: «la cooperación será más productiva. Si la confianza se puede reforzar también mediante recursos como la ley de contratos para regular las relaciones y hacer que las partes contratantes sean más confiables. En términos generales, el desarrollo de normas con sanciones y el uso de recursos para el control social tienden a reforzar la cooperación y reducen los riesgos que implica el hecho de confiar en otras personas» (HARDIN, 2010: 74).

Ahora, no debemos olvidar que las normas y, en particular, los deberes no se reconocen como tales por su posibilidad de ejecución⁴¹⁹. Los deberes contractuales generalmente van

⁴¹⁹ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) a.

a acompañados de mecanismos de ejecución de la prestación, no porque la coacción defina el deber de conducta, sino porque de las obligaciones contractuales emanan derechos subjetivos como pretensión, que permiten a su titular el ejercicio de acciones judiciales para obtener el cumplimiento de los deberes que son parte del contenido del contrato⁴²⁰. Un ordenamiento jurídico en el cual el derecho se reconoce por la práctica social supone que los individuos internalizan las normas que provienen de fuentes socialmente válidas y reconocen los deberes jurídicos como guía de su comportamiento⁴²¹. Son entonces los deberes contractuales que establecen una guía o modelo de comportamiento, acompañado generalmente de derechos subjetivos como pretensión, los que operan directamente sobre las motivaciones de las personas para comportarse de una determinada manera⁴²². En este sentido, son las normas y sus mecanismos para ser exigibles, las que permiten superar la ausencia de confianza personal, así como también reforzarla, permitiendo obtener o fortalecer las motivaciones para la cooperación que es necesaria para el éxito de las interacciones en curso. Esto ocurre, más aún, en el caso de los contratos relacionales, en los cuales la cooperación requerida es más fuerte que en los contratos discretos, y en los que la interacción constante entre las partes en el tiempo es lo que permite la satisfacción de sus intereses que por sí solas no pueden obtener.

(iv) El valor intrínseco del contrato en los contratos relacionales

Finalmente, quisiera exponer las razones por las cuales en la Primera Parte de este capítulo expuse que la teoría de Kimel, a propósito del valor intrínseco de los contratos, es del todo compatible con los contratos relacionales que requieren de confianza para su éxito⁴²³. Si bien sabemos que los contratos no tienen como valor intrínseco promover relaciones personales⁴²⁴, pues de acuerdo con su valor intrínseco es el distanciamiento personal⁴²⁵, en

⁴²⁰ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i). d.

⁴²¹ Ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (i) b. V.gr. HART, 1963.

⁴²² V.gr. HARDIN, 2010: 77.

⁴²³ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (ii) b.

⁴²⁴ «Ya que he sostenido que mientras las dos prácticas comparten una función instrumental similar, solo la promesa posee el valor adicional que radica en su potencial contribución a las relaciones personales. Además, la ineptitud del contrato como medio para realzar las relaciones personales fue explicada, en un sentido, como el precio que se paga por el modo en que opera la práctica en el cumplimiento de su función instrumental: el sistema jurídico a través de las especiales fuentes de certeza que brinda, alivia la carga de la confianza personal que las promesas normalmente requieren a los (...) de cumplir su función instrumental, ampliando

los casos en los que se produce y es deseable y necesario un acercamiento personal entre los contratantes⁴²⁶, como ocurre tratándose de contratos relacionales, es donde puede apreciarse con mayor nitidez el valor intrínseco del contrato identificado por Kimel (KIMEL, 2018: 152).

Pensemos en un contrato de ejecución instantánea, en el cual los derechos y obligaciones nacen y se extinguen de forma simultánea con su celebración. Si el contrato ha sido celebrado entre extraños, no existe oportunidad, al menos en el marco de esa relación, para que entre los contratantes se genere una relación de confianza en los hechos. Si no es posible o más bien no existe la posibilidad de generar una confianza como cuestión de hecho, el valor intrínseco del contrato es más bien inadvertido.

Ejemplo: si Kotaix (K) vende botellas de agua y Tanu (T) compra una botella de agua a K, entre ambos se celebra un contrato consensual de compraventa de una cosa corporal mueble por el cual K tiene la obligación de entregar la cosa y T la obligación de pagar. Ambas obligaciones nacen y se extinguen de manera prácticamente simultánea con la celebración del contrato. No hay espacio u oportunidad para que entre K y T se genere confianza personal.

Pensemos ahora en un contrato de ejecución diferida, en el cual la exigibilidad de una de las obligaciones queda sujeta al cumplimiento de un plazo⁴²⁷. Mientras el plazo se encuentra pendiente no hay necesidad de interacción entre los contratantes. Es más, jurídicamente la obligación sujeta a plazo es inexigible⁴²⁸. Si no existen interacciones entre las partes y tampoco nada entre ellas que pueda originar una relación de confianza en los

así el rango de circunstancias en las que los contratos pueden cumplir una función similar; pero al mismo tiempo, es justamente la introducción de esas fuentes especiales de certeza lo que explica la pérdida de la capacidad de fortalecer las relaciones personales de la forma que las promesas tienden a hacerlo» (KIMEL, 2018: 152).

⁴²⁵ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte (ii) b.

⁴²⁶ «El distanciamiento es valioso como opción, no es un predicamento...» (KIMEL, 2018: 153).

⁴²⁷ En los contratos de ejecución diferida «las obligaciones se cumplen en épocas prefijadas o por parcialidades, como ocurre comúnmente en la propia compraventa, con la de pagar el precio, así puede estipularse que el precio se pague en 10 cuotas mensuales consecutivas iguales, o la cosa genérica vendida se entregue también por parcialidades» (ABELIUK, 2010: 101).

⁴²⁸ «Si el plazo es suspensivo, mientras transcurre, el derecho del acreedor existe, pero no puede ser exigida la prestación correlativa; está postergado el ejercicio del derecho» (PEÑAILILLO, 2016: 482).

hechos, entonces nos encontramos en la misma situación que en el caso anterior. No existe oportunidad para que las partes se acerquen personalmente y demuestren en los hechos ser confiables. Luego, el valor intrínseco del contrato de mantener el distanciamiento personal pareciera nuevamente pasar inadvertido.

Supongamos ahora un contrato de tracto sucesivo en el cual las obligaciones y derechos de las partes se cumplen en el transcurso del tiempo⁴²⁹. Por ejemplo, en el caso de un contrato de arrendamiento de un inmueble para uso habitacional. En este caso, efectivamente se produce una interacción entre las partes en el tiempo, que permite a estas generar en los hechos una relación de confianza. Imaginemos que los contratantes cumplen con sus obligaciones y ello se mantiene constante en el tiempo, es razonable suponer que entre ellos comiencen a confiar personalmente en el otro. Acá el valor intrínseco del contrato adquiere relevancia, pues permite a los contratantes, más allá de la confianza personal generada, mantener la distancia o separación personal que les permite mantener su relación contractual. No obstante, no es el caso en el que puede observarse el mayor rendimiento del valor del distanciamiento.

Situémonos ahora en el supuesto de un contrato en el que además de ejecutarse sus obligaciones en el tiempo, se requiere interacción constantemente y cooperación recíproca para que sea exitoso, que como ya hemos visto es lo requerido por un contrato relacional⁴³⁰, en los que además son exigibles y justificados los deberes específicos de lealtad. En este tipo de contratos, las oportunidades para que las partes se acerquen personalmente son muchas, pues el mismo contrato implica que solo la interacción y constante cooperación entre ellas permite obtener la satisfacción de sus expectativas. Si a lo anterior le sumamos el hecho de que cada parte cumple sistemáticamente con los deberes requeridos por la lealtad, las oportunidades de que se genere entre las partes una relación de confianza en los hechos aumentan, y si ello es así, las posibilidades que entre los contratantes se confunda lo

⁴²⁹ Es a tracto sucesivo la obligación que «desenvolviéndose su cumplimiento en el tiempo, se ejecuta a intervalos mediante actos sucesivos (por ej., la del arrendatario de pagar la renta cuando no se ha dispuesto el pago de una sola vez por todo el lapso del arriendo...)» (PEÑAILILLO, 2016: 345). «Es por su parte continua la que se ejecuta desenvolviéndose en el tiempo ininterrumpidamente (por ej., la del arrendador de mantener al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada; la de suministrar energía eléctrica)» (PEÑAILILLO, 2016: 345).

⁴³⁰ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

personal con lo contractual son también mayores. Es en estas situaciones donde se advierte con completa nitidez el valor intrínseco del contrato de mantener la distancia personal, pues, no obstante, la confianza personal generada, y que es por lo demás deseable y necesaria, el contrato es el que permite mantener «las aguas separadas» y evitar que la dependencia y las consideraciones personales hacia el otro, entorpezcan la relación contractual, y que las relaciones personales y contractuales entre las partes se confundan. Así como también, en caso de desacuerdo entre las partes, o frente a la pérdida de la confianza –que claro, puede ocurrir– puedan los contratantes siempre recurrir a lo que el contrato establece⁴³¹, así como también a los mecanismos de ejecución de obligaciones y de responsabilidad civil que el ordenamiento jurídico les provee.

⁴³¹ V.gr. KIMEL, 2018: 154 y ss.

Conclusiones

1. La confianza sustentada en las aptitudes de los contratantes que tradicionalmente ha sido asociada como aquella requerida en los contratos de confianza, como lo son los contratos *intuitio personae*, no permite justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes de conducta requeridos por el deber de lealtad contractual. Tampoco para contratos fiduciarios, ni para los contratos relacionales. Lo anterior debido a que este tipo de confianza no permite justificar la exigencia inicial de este tipo de deberes en relaciones contractuales celebradas entre extraños, así como no permite explicar la forma en que los deberes requeridos por la lealtad pueden mantenerse en su justificación en los casos en los que las personas físicas de los contratantes han sido sustituidas por otras, o alguna de ellas ha perdido las aptitudes que sustentan este tipo de confianza.

2. El principio de las promesas fundamenta que quien promete debe cumplir con ello. La práctica de prometer pide y otorga la confianza que es la expectativa que cada parte tiene de que el otro cumplirá con lo prometido. No obstante, la confianza como expectativa de cumplimiento que otorga la práctica de prometer no permite justificar la exigencia de un deber específico de lealtad, sino fundamentar que este una vez incorporado como parte del contenido implícito del contrato a través de la buena fe como criterio de interpretación e interpretación se tiene una expectativa razonable de cumplimiento.

3. La confianza personal –entendida por Kimel como aquella que se sustenta en las cualidades morales de la persona en quien se confía– adolece de los mismos problemas para justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad que la noción de confianza sustentada en las aptitudes o capacidades de los contratantes. La confianza personal no permite justificar la exigencia de deberes específicos de lealtad entre extraños, entre quienes no existe una confianza personal, o incluso puede nunca existir.

4. La teoría de la confianza sustentada en el encapsulamiento de intereses expuesta por Hardin, presenta dos problemas fundamentales para permitir la justificación de exigencia inicial y permanencia de deberes requeridos por la lealtad contractual. El primero de ellos deriva de la imposibilidad que esta teoría manifiesta para explicar la confianza entre

extraños. En este sentido, al igual que las nociones de confianza personal sustentadas en las capacidades o cualidades morales del sujeto, la teoría de Hardin sobre la confianza es también un estado mental o una cuestión de hecho. El segundo problema deriva de la propia comprensión de intereses encapsulados como aquellos que constituyen una relación de confianza, pues, si los intereses ya no se encuentran alineados, porque a las partes ya no les resulta conveniente a sus intereses encapsular los del otro, entonces la justificación del deber requerido por la lealtad desaparece.

5. Las falencias de las teorías sobre la confianza examinadas en este capítulo para justificar la exigencia inicial y permanencia de deberes requeridos por el deber de lealtad vienen dadas principalmente por el carácter fáctico de ellas. Esto es, implican que los contratos requieren que entre las partes (independiente de sus motivaciones) en los hechos exista una relación de confianza. Estas nociones de confianza presentan como común denominador la imposibilidad de explicar cómo contratos en los que se requiere de confianza pueden ser celebrados entre extraños y aun así justificarse deberes requeridos por la lealtad.

6. La confianza que permite explicar cómo partes extrañas y entre quienes en los hechos no existe necesariamente una relación de confianza, deciden racionalmente contratar, celebrar acuerdos, dotarlos de contenido y cumplirlos, viene dada por el propio ordenamiento jurídico como elemento exógeno que permite a los contratantes racionalmente soslayar la falta de confianza personal, y confiar en que el otro cumplirá, que no se aprovechará o que no lo traicionará. El ordenamiento jurídico a través de las normas, mecanismos de ejecución de deberes contractuales y acciones de responsabilidad civil, protege a las partes frente al riesgo inminente de la contratación. Los contratantes, una vez asegurados jurídicamente, pueden participar mutuamente mediante interacciones recíprocas que los beneficien. En este sentido la exigencia de un deber específico de lealtad se justifica en la confianza jurídicamente garantizada, aunque este es solo el punto de partida.

7. Tratándose de contratos relacionales, la confianza jurídicamente garantizada permite a los contratantes negociar, celebrar contratos y comenzar su ejecución, pero además, en tanto esa confianza justifica la exigencia de deberes específicos de lealtad, permite

mediante el cumplimiento reiterado y permanente de ellos generar la confianza que en los hechos estos tipos de contratos requieren para ser exitosos. Es la continuidad de la interacción y el cumplimiento sistemático de los deberes de conducta específicos de lealtad lo que permite a los contratantes ante el otro hacerse confiable.

8. La confianza que requieren los contratos de tipo relacional implican dos presupuestos y fundamentos. La racionalidad y la competencia. La racionalidad se vincula con el hecho de que quien contrata racionalmente con otro puede contratar con quien en los hechos no confía pero que cree que cumplirá pues cuenta con los mecanismos de ejecución y de responsabilidad civil que el ordenamiento jurídico le provee para exigir o sancionar el incumplimiento de deberes contractuales. Más no es racional contratar o mantener la contratación respecto de alguien es quien se desconfía, pese a la existencia de mecanismos exógenos de cumplimiento.

9. El segundo presupuesto de la confianza es la confiabilidad, relacionada con la justificación o con los motivos para decidir contratar con otro individuo en particular y que implica la creencia de que hay razones para creer que el otro cumplirá. La confiabilidad como presupuesto de la confianza se compone de dos elementos: el cognitivo, dado por la idoneidad y capacidad del destinatario de la confianza para cumplir con la acción que de él se requiere; y de las motivaciones para la confiabilidad. Estas motivaciones pueden ser personales, sustentadas en las cualidades morales del destinatario de la confianza o en la creencia de que los intereses del depositario de la confianza se han encapsulado en el destinatario, así como pueden también encontrarse en ciertas restricciones impuestas socialmente como convenciones estables. En cualquier caso, ya sea frente a la falta de estas motivaciones o para reafirmarlas, existe como motivación la confianza jurídicamente garantizada, dada por las normas y sus mecanismos de ejecución que imponen a los contratantes un modelo de conducta a seguir en su interacción con el otro, y que motivan la creencia en que este se comportará de una determinada manera.

10. En los casos en que los contratos requieren para su éxito de confianza, son aquellos en los que además puede observarse con mayor nitidez el valor intrínseco de los contratos desarrollado por Kimel. El distanciamiento personal es necesario precisamente si los

contratantes estrechan sus relaciones personales, que es precisamente lo que ocurre para que el contrato relaciona sea exitoso.

CAPÍTULO V

IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL DEBER LEALTAD CONTRACTUAL

Introducción

En el Capítulo III expuse que los deberes de lealtad no son exclusivos de las relaciones fiduciarias. Así, hay relaciones contractuales no fiduciarias en las que se exigen deberes de lealtad⁴³². Argumenté además que los deberes de lealtad contractuales son aquellos que se encuentran orientados en su cumplimiento hacia una especial protección y/ o beneficio del interés ajeno y que se justifican en la dependencia y vulnerabilidad implicadas en los contratos en los cuales la confianza es condición para el éxito de estos, como son los contratos de tipo relacional.

De la misma manera, en dicho capítulo expuse y concluí⁴³³ que los deberes de lealtad no se agotan en la exigencia de una conducta orientada a proteger el interés ajeno o beneficiarlo. Ello no es más que lo exigido, en términos generales y amplios, por el deber de lealtad. Para determinar lo que en concreto exige este deber, se requiere analizar cada relación contractual y precisar el deber de conducta específico requerido por el deber general de lealtad. Y para ello, la herramienta a utilizar por el juez es la buena fe como criterio de interpretación e integración de deberes contractuales. En este sentido, la relación entre buena fe y lealtad es que la buena fe es la fuente de la incorporación de deberes específicos implícitos requeridos por el deber de lealtad⁴³⁴.

En el Capítulo IV analicé distintos aspectos de la confianza⁴³⁵. Argumenté que para la justificación de exigencia inicial y permanencia de deberes específicos de lealtad es suficiente la confianza jurídicamente garantizada. Luego expuse que esta confianza permite a los contratantes negociar, contratar y comenzar con la ejecución del contrato, y que son los deberes contractuales y en particular los deberes específicos de lealtad los que permiten

⁴³² Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

⁴³³ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte.

⁴³⁴ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte.

⁴³⁵ Ver *supra* Capítulo IV, Primera Parte.

con su cumplimiento en el tiempo generar la confianza personal que el contrato de tipo relacional requiere para ser exitoso⁴³⁶.

Habiéndose recorrido el camino antes señalado, corresponde ahora tratar la importancia del deber de lealtad en el derecho de contratos, así como también sus efectos.

En la Primera Parte de este capítulo, expondré y mostraré, a través del análisis de determinados deberes de conducta, que en los casos en que un deber específico es parte del contenido de un contrato en el que se requiere de confianza para su éxito y se justifica que ese deber específico sea un deber requerido por la lealtad, la intensidad de la exigencia de ese deber de conducta es mayor con relación a lo requerido para ese mismo deber si este es parte del contenido de un contrato en el que la confianza no es condición de su éxito.

A partir de lo anterior y demostrada la mayor exigencia del deber si éste es requerido por la lealtad, expondré las implicancias que de ello se derivan para la interpretación e integración contractual. Me referiré, en particular, a la determinación de lo exigido por un deber específico de lealtad, a la identificación de su cumplimiento o incumplimiento, a la delimitación en su aplicación y al rol activo que se requiere de parte del juez cuando la confianza, cooperación recíproca e interacción entre los contratantes es determinante para que el contrato funcione.

En la Segunda Parte, me referiré a los efectos que surgen de la infracción de los deberes específicos requeridos por el deber de lealtad. Para ello, analizaré cuándo se entiende incumplido un deber específico de lealtad, y los matices que se advierten en los presupuestos para la aplicación de mecanismos de ejecución que a estos deberes de conducta resultan aplicables. Particularmente, trataré la acción de cumplimiento específico, la acción resolutoria y la acción responsabilidad contractual.

Para lo que se expondrá y desarrollará en este capítulo es útil y aplicable en su totalidad lo expuesto en los capítulos I y II a propósito de la buena fe. Esto es, la buena fe como criterio

⁴³⁶ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

de interpretación e integración de deberes contractuales, la buena fe como deber de conducta y la relación entre esta y los deberes específicos que son integrados al contrato por aplicación de ella, así como la medida de lo que es en general exigido por la buena fe para la generalidad de los contratos y que consiste en un deber de cooperación con el otro en el cumplimiento de la prestación (buena fe en sentido débil), y lo requerido por la buena fe en su acepción de buena fe en sentido fuerte que exige una conducta orientada en especial beneficio del interés ajeno.

Primera Parte

Importancia del deber de lealtad contractual

(i) Deber general de buena fe y lealtad

Según lo expuesto⁴³⁷, la buena fe como criterio de interpretación e integración de deberes de conducta es la que permite al juez precisar los casos en que la propia naturaleza del contrato requiere, para satisfacer las expectativas e intereses de los contratantes, la incorporación de deberes de conducta implícitos tanto para la generalidad de los contratos como para aquellos en los que por su propia naturaleza el deber de comportamiento que deben seguir los contratantes se encuentra orientado hacia una especial consideración al interés ajeno.

Lo que se integra al contrato en razón de la buena fe son deberes de conducta específicos. Y si estos son requeridos por la lealtad en un contrato en el que la confianza sea necesaria para su éxito, el deber de conducta que se integra se encuentra orientado en su cumplimiento hacia el beneficio y/o protección del interés ajeno.

Por su parte, en el Capítulo III de este trabajo, expuse que para los casos contractuales en que se integra un deber de conducta específico requerido por el deber de lealtad, dicho deber tiene un nivel de exigencia mayor⁴³⁸ con relación a lo exigido en una relación contractual en la que la confianza no sea condición para el éxito del contrato.

Requerido el deber específico de lealtad por la propia naturaleza del contrato, la buena fe es lo que permite revelarlos. Ante estos particulares deberes de conducta que son parte del contenido del contrato, y más exigentes en cuanto a la conducta exigida, la buena fe funciona de acuerdo con la nomenclatura acuñada por De La Maza como buena fe «en su sentido fuerte» o buena fe lealtad, esto es, aquella inspirada e informada por el interés de la otra parte y que se diferencia de la buena fe en su sentido débil que exige no defraudar las expectativas de la otra parte (DE LA MAZA, 2008: 52)⁴³⁹.

⁴³⁷ Ver *supra* Capítulo I, Primera y Segunda Parte; Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

⁴³⁸ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

⁴³⁹ V.gr. BETTI, 2019: 73 y 80. Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) d.

Luego, si lo que se integra al contrato es un deber específico de conducta requerido por la lealtad⁴⁴⁰, el estándar de comportamiento que deben seguir los contratantes en el cumplimiento de esos deberes viene dado por lo exigido por la buena fe en su sentido fuerte. Esto se traduce en una conducta orientada hacia el beneficio y/o protección del interés ajeno. Así, de la misma forma en que la buena fe es un deber general de conducta exigible a los contratantes que impone un estándar de comportamiento, el deber de lealtad contractual –comprendido en su acepción fuerte de buena fe– determina el modelo o estándar de conducta a seguir por las partes en el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad. Buena fe y lealtad como deber de conducta tienen entonces la misma estructura, para interpretar e integrar deberes específicos de conducta, solo que el estándar de conducta que es exigido en un caso y en otro es distinto. Mientras el deber de lealtad (versión fuerte de la buena fe) exige una conducta orientada en su cumplimiento al beneficio o protección del interés ajeno, la buena fe en general exige una conducta que impone cooperar con el otro en el cumplimiento de la prestación, mas no exige una especial consideración hacia sus intereses.

A continuación, examinaré algunos ejemplos⁴⁴¹ que permiten mostrar que, tratándose de un mismo deber de conducta requerido por ley y justificado por la buena fe en un contrato en el que no se requiere de confianza para ser exitoso⁴⁴², su intensidad de exigencia es menor respecto de los casos en los que, integrándose el mismo deber de conducta, este es requerido por el deber de lealtad contractual y que es parte del contenido de un contrato que necesita de confianza para ser exitoso⁴⁴³. El criterio para determinar si lo exigido por el deber de conducta es mayor o menor en un caso u otro será si dicho deber se encuentra orientado hacia la protección del beneficio individual o del especial beneficio y/o protección del interés ajeno⁴⁴⁴. En la primera situación, la intensidad de exigencia del deber

⁴⁴⁰ Ver *supra*, Capítulo II, Primera Parte (ii) a y b.

⁴⁴¹ Este mismo ejercicio puede realizarse respecto de otros deberes de conducta y otros tipos contractuales. Lo que se expondrá obedece únicamente a la finalidad de mostrar el funcionamiento diferenciado de un mismo deber de conducta en contratos en los cuales la confianza es requerida para que el contrato sea exitoso, y en contratos que no requieren de confianza para satisfacer los intereses de los contratantes.

⁴⁴² Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (v).

⁴⁴³ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.1.

⁴⁴⁴ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte, (i) a.

de conducta será menor, precisamente porque lo exigido por el deber requerido por ley se justifica en la buena fe que, en general y como estándar de conducta, implica un deber de colaboración con el otro hacia la satisfacción de la prestación, mas no una especial consideración hacia sus intereses⁴⁴⁵. En la segunda situación, la intensidad de exigencia del deber de conducta será mayor, porque lo exigido es por el deber requerido por el deber de lealtad que, además de ser necesario para que las expectativas de los contratantes puedan satisfacerse, impone un comportamiento orientado hacia la protección o beneficio del interés ajeno.

Luego, demostrada la mayor intensidad de la exigencia de los deberes específicos de conducta para los casos en que son requeridos por el deber de lealtad, examinaré las implicancias de ello en la interpretación e integración contractual.

(ii) La mayor intensidad en la exigencia del deber de lealtad contractual

a. Contratos de intercambio

Analizaré, a continuación, el funcionamiento del deber de información en dos tipos contratos de intercambio: la compraventa y la transferencia de tecnologías. El propósito es evidenciar que, tratándose de un mismo deber de conducta y para contratos cuya finalidad económica y características son similares, el deber de conducta exigido es mayor en su intensidad si este es requerido por el deber de lealtad en relación con si el mismo deber de conducta es requerido por la buena fe en general en un contrato que no requiere de confianza para funcionar. En la primera situación, se encuentra el deber que es parte del contenido del contrato de transferencia de tecnologías y, en el segundo, el deber que es parte del contenido del contrato de compraventa.

⁴⁴⁵ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte, (i) c y d.

a.1 Lo exigido por el deber de información en un contrato de transferencia de tecnologías

Como fue examinado en el Capítulo III⁴⁴⁶, el contrato de transferencia de tecnología es no regulado, de intercambio, y su objeto es la transferencia permanente o temporal de avances o conocimientos tecnológicos para que otro los dé a conocer y explote comercialmente, a cambio de un precio único o renta periódica. Uno de sus fines es mejorar los procesos de producción o generar nuevas formas de producción de recursos, así como mejorar la calidad de vida de todas las personas quienes se vean beneficiadas por el nuevo conocimiento⁴⁴⁷. Para lo casos en los que la transferencia no se realiza en un solo acto, e implica una relación continua en el tiempo, se da lugar a un contrato de colaboración empresarial en el cual la confianza es condición para su éxito⁴⁴⁸.

En un contrato de transferencia de tecnologías, el cedente o inventor debe informar al receptor de todo aquello que sea necesario para que este pueda explotar la innovación, incluyéndose: las materias o insumos con los que deben fabricarse los nuevos productos que se producirán con la innovación que se adquiere; informarle o contribuir en la selección del personal idóneo para la producción y desarrollo de la innovación; e incluso supervigilar el proceso de producción de los bienes en los que se aplica la nueva tecnología⁴⁴⁹.

Este deber de información que tiene el cedente con el receptor se justifica tanto en que es necesario para la satisfacción de las expectativas de los contratantes, como en vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza, que es condición para que el contrato sea exitoso, de lo cual se deriva su mayor intensidad de exigencia. En efecto, sin la información que el cedente debe proporcionar al receptor, este último no podrá desarrollar la innovación tecnológica que adquiere. Pero, además, el receptor es vulnerable y

⁴⁴⁶ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) c.

⁴⁴⁷ V.gr. JUPPET, 2017: 255-258. «En las legislaciones de propiedad industrial sobre invenciones se pretende llegar a un equilibrio o armonía entre los legítimos intereses del inventor o creador, de obtener un lucro por su invento, y los de la humanidad toda, también interesada en poder contar con adelantos tecnológicos. Por ello en materia de inventos y creaciones, la propiedad es temporal. Pasado un tiempo reservado al inventor o a sus causahabientes, las invenciones pasan al patrimonio de la humanidad toda, para el uso de todos los hombres. Adicionalmente a lo expuesto, ello se justifica si se considera que en las invenciones no todo el mérito y conocimiento en que ellas se sustentan provienen del inventor. La invención generalmente representa un avance que se fundamenta en conocimientos científicos y tecnológicos anteriores, que son patrimonio de la humanidad» (PUELMA, 2002: 115 y 116).

⁴⁴⁸ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) c.

⁴⁴⁹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) c.

dependiente ante las conductas del cedente, pues, no puede sino mediante una constante cooperación e interacción con este último producir o implementar la innovación tecnológica⁴⁵⁰. Así, aunque el cedente le haya entregado toda la información y características de la innovación, no podrá implementarla si no cuenta con el conocimiento especializado del inventor durante toda la fase de producción y desarrollo de la tecnología.

En este sentido, el deber de información permite hacer frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que el contrato requiere, e impone al cedente un estándar de comportamiento orientado en todo momento en beneficio del interés del receptor. Ello implica que es requerido por el deber de lealtad. El deber de información no se agota en un solo acto y comprende mucho más que la entrega de la información específica de la cosa que se adquiere. Este deber no solo opera si el otro «a través del uso de una diligencia razonable no pudo resolver por sí mismo el problema en la satisfacción de su propio interés» (DE LA MAZA, 2008: 52), sino que es un deber que siempre es requerido por el deber de lealtad, más allá del cuidado o diligencia del receptor, porque la propia naturaleza del contrato así lo impone para satisfacer las expectativas e intereses de los contratantes. De ahí que se encuentra orientado en beneficio de los intereses del receptor⁴⁵¹.

a.2 Lo exigido por el deber de información en un contrato de compraventa

Como expuse en el Capítulo I⁴⁵², la compraventa regulada en el Código Civil es un contrato de intercambio, libremente discutido, bilateral, oneroso, por regla general consensual, de ejecución instantánea o diferida, y se define como aquel «en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero»⁴⁵³. De ahí que sus obligaciones principales sean la de dar la cosa y la de pagar el precio. En cuanto a la obligación de dar, esta se

⁴⁵⁰ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii) c.

⁴⁵¹ Este sería precisamente uno de los casos en los que De La Maza advierte la buena fe en su sentido fuerte (DE LA MAZA, 2008: 52).

⁴⁵² Ver *supra* Capítulo II, Tercera Parte (v).

⁴⁵³ Artículo 1793 del Código Civil.

traduce en la obligación del vendedor de efectuar la tradición de la cosa, asegurándole al comprador su posesión pacífica y tranquila⁴⁵⁴.

En un contrato de compraventa, el vendedor no solo se obliga a proporcionar al comprador la posesión tranquila y pacífica de la cosa, sino además una posesión útil, ello pues, si una persona compra una cosa es para que le preste alguna utilidad, sea material intelectual o moral, cuestión que desaparece si la cosa objeto de la venta adolece de un vicio oculto (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 406). De ahí que el vendedor esté obligado a informar al comprador sobre cualquier vicio que pueda afectar el uso propio de la cosa⁴⁵⁵, tanto así que –de existir vicios ocultos– el legislador le otorga al comprador (en general) el derecho a solicitar alternativamente la resolución del contrato o la disminución del precio de la venta⁴⁵⁶.

La obligación que la ley impone sobre el vendedor de comunicarle al comprador los vicios que puedan afectar la utilidad de la cosa, contribuye al cumplimiento de la prestación y la satisfacción de la pretensión del comprador. Ello, en tanto, la parte compradora no solo tiene la expectativa de que el vendedor la deje en la posesión pacífica de la cosa, sino que además espera que este le informe los vicios que la cosa pueda tener, pues solo con ello satisface su expectativa con la celebración del contrato de compraventa. De ahí que el deber de informar requerido por ley se justifica en la cooperación que en general la buena fe exige para que la prestación pueda satisfacerse⁴⁵⁷.

Debe advertirse, en todo caso, que la expectativa del comprador respecto del deber de informar por parte del vendedor los vicios ocultos de la cosa tiene ciertos límites, pues, lo

⁴⁵⁴ Ello se desprende del artículo 1824 del Código Civil: «Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos; la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida...». V.gr. ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 406; MEZA, 2002: 125.

⁴⁵⁵ Esta obligación se desprende del artículo 1858 del Código Civil.

⁴⁵⁶ Artículo 1860 del Código Civil. La Corte Suprema en fallo del 23 de mayo de 2015, a propósito de la compraventa de una motocicleta que no pudo ser inscrita en el registro de vehículos motorizados, resolvió que ello importa un incumplimiento de la obligación del vendedor, pues, no obstante haberse efectuado la entrega material, la imposibilidad de inscripción del vehículo en el mencionado registro impide su circulación por la vía pública y con ello se frustra la finalidad o destino natural de la cosa que se adquiere. *Benítez con Mundaca del Río y Cia. Limitada* (2016).

⁴⁵⁷ Respecto del incumplimiento contractual y vicios rehibitorios v.gr. DE LA MAZA, 2018: 93-125.

que puede aquel esperar es que el vendedor se comporte correcta y honestamente (que no lo engañe o que no defraude su expectativa), pero no puede exigirle que asuma el rol que como comprador le corresponde en la protección de sus propios intereses. Así y de conformidad al artículo 1858 N.º 3 del Código Civil no responderá el vendedor por los vicios que presente la cosa si estos pudieron ser advertidos por el comprador con la debida diligencia o si estos resultaban de fácil advertencia en razón de su profesión u oficio.

De acuerdo con Alessandri, habrá negligencia grave del comprador si ha incurrido en un descuido muy grande: «el comprador no comete negligencia grave por el hecho de no practicar un examen minucioso de la cosa. Basta que la examine más o menos atentamente para que no incurra en esta negligencia, y si así no descubre vicios, estos son ocultos, pues la ley exige de parte del comprador una negligencia grave, un descuido muy enorme (...) la falta de experiencia o conocimientos del comprador para apreciar si la cosa adolece o no de vicios, de modo que no los descubre, a pesar del cuidado que ha puesto en examinarla, tampoco constituye negligencia grave y el vicio es oculto...» (ALESSANDRI, 2015: 204 y 205)⁴⁵⁸.

Lo que acá interesa es que el comprador en ejercicio de su diligencia razonable puede resolver los problemas u obstáculos que le impidan satisfacer su interés⁴⁵⁹, siendo cargo del vendedor responder por los vicios ocultos solo si el comprador, habiendo ejercido este mínimo de diligencia, no pudo advertirlos. En este sentido, el deber de información que es exigible al vendedor se encuentra en función de la satisfacción de la prestación para el comprador, de ahí que se justifica en la buena fe, pero no está orientado a beneficiar o amparar al comprador en la protección de sus propios intereses. Ello es de su cargo, en tanto el propio legislador expresamente ha señalado como límite al deber de información

⁴⁵⁸ Esta misma situación se encuentra en el contrato de permuta. Este es un contrato de intercambio, libremente discutido, unilateral, gratuito y generalmente consensual, regulado en el Título XXIV del Código Civil, al que por expresa disposición del artículo 1900 de ese mismo cuerpo legal le resultan aplicables todas las normas contenidas en el contrato de compraventa, con tal que no se opongan a la naturaleza del contrato de permuta, considerándose para estos efectos a cada permutante como vendedor de la cosa que da. Como consecuencia de lo anterior, al contrato de permuta también resultan aplicables las normas que se refieren a la obligación que tiene el vendedor de responder por los vicios ocultos que afecten a la cosa. Luego, cada permutante debe informar a su contraparte de los vicios ocultos de la cosa que entrega a cambio de la que recibe. V.gr. ALESSANDRI, 1940: 146.

⁴⁵⁹ V.gr. DE LA MAZA, 2008: 52.

del vendedor la negligencia grave del comprador frente a la protección de sus intereses. En otras palabras, el deudor no responde por los vicios ocultos si la parte a quién beneficia el deber secundario de conducta ha incumplido con su propio deber de cuidado y, como consecuencia de ello, no ha advertido la existencia del vicio. No se observa, por lo tanto, en este caso, que el deber secundario de conducta que es parte del contenido del contrato exija velar por el interés de la contraparte⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ En similar situación, aunque no idéntica, se encuentra el contrato de arrendamiento de cosas, que es bilateral, oneroso, consensual, libremente discutido y de tracto sucesivo (v.gr. ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 448 y 449; MEZA, 2002: 192), regulado en el Título XXVI del Código Civil (CORNEJO, 2012: 6). En efecto, el artículo 1933 impone al arrendador el deber de informar al arrendatario los vicios que afecten el uso habitual de la cosa, debiendo el arrendador en caso de omitir esta información indemnizar al arrendatario los perjuicios sufridos a consecuencia de los vicios que afectan la cosa arrendada (CORNEJO, 2012: 186-190). Si bien el arrendador debe informar al arrendatario de los vicios ocultos, la infracción de dicho deber no permite al arrendatario demandar la resolución del contrato o la rebaja de la renta, sino solo la indemnización de perjuicios. Salvo esta diferencia y las propias que cada contrato tiene en cuanto a sus finalidades (compraventa y arrendamiento), el deber del arrendador de informar al arrendatario sobre los vicios que afectan la cosa se encuentra, análogamente como sucede en la compraventa, al servicio de la satisfacción de la expectativa de este último. Pues, si se ha arrendado una cosa, es para gozar de ella conforme a su uso o destino natural (CORNEJO, 2012: 186). Por lo tanto, de nada le servirá al arrendatario que el arrendador le entregue una cosa con vicios que afecten su natural uso. Nuevamente el deber requerido o exigido por ley puede justificarse en la buena fe, pues es necesario para satisfacer las expectativas que tiene el arrendatario con la celebración del contrato de arrendamiento. Al igual que en el caso de la compraventa, el legislador –si bien ampara al arrendatario con la acción de indemnización de perjuicios, en los casos en que existan vicios que afecten el uso de la cosa arrendada– no lo protege si este ha sido negligente. Así, aun cuando exista un vicio sobre la cosa, el arrendatario no tendrá acción de indemnización de perjuicios si el vicio era de tal envergadura que no pudo ignorarlo sin grave negligencia de su parte (artículo 1934 del Código Civil). *Velasco con Moya (2018)*. Es decir, del deber de informar que tiene el arrendador respecto del arrendatario encuentra su límite en la culpa grave del segundo, quien deberá entonces velar por sus propios intereses (CORNEJO, 2012: 190).

El deber de informar sobre los vicios de la cosa también se contempla para el caso del contrato de confección de una obra material, que en Chile es un tipo de contrato de arrendamiento (artículo 1915 del Código Civil) (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 479). En efecto, si los materiales han sido proporcionados por quien encargó la obra, y la cosa que se ordena confeccionar parece a causa de vicio de los materiales, el artífice podrá reclamar de igual forma al dueño la retribución acordada, a menos que el vicio de los materiales sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolos no haya dado aviso oportuno al dueño (artículo 2000 del Código Civil) (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 482). Así, el deber del dueño de la obra de informar sobre los vicios de los materiales se encuentra en función y tributa al cumplimiento del deber del artífice de ejecutar el encargo que le ha sido conferido (se justifica en el principio general de buena fe). Luego, si el artífice no puede cumplir esta obligación debido a vicios no informados por el dueño, este igualmente tendrá que pagar los servicios contratados. Nótese en todo caso que de la misma forma como ocurre en el contrato de compraventa y en el arrendamiento de cosas, este deber tiene como límite la negligencia (o el dolo). Pues si el artífice debía conocer por su profesión u oficio el vicio que afecta a los materiales o si conoció de ellos y no dio cuenta al dueño, no tendrá derecho a recibir retribución alguna por los servicios prestados, pese a la pérdida de la cosa a causa del mal estado de los materiales. V.gr. MEZA, 2002: 278. Nuevamente, es el artífice quien debe velar por sus propios intereses, no siendo endosable este deber al dueño de la obra.

Esto por lo demás es de suma lógica, pues un contrato de compraventa no requiere de confianza para su éxito, en los términos que en este trabajo se ha expuesto⁴⁶¹. Si en este contrato la confianza no es relevante, entonces no se derivan las implicancias de vulnerabilidad y dependencia. Y, en consecuencia, difícilmente podría justificarse la exigencia de deberes orientados hacia la protección al interés ajeno o a beneficiarlo. Luego, la intensidad de exigencia del deber de información en el contrato de compraventa es menor que el deber de información que es exigible en el contrato de transferencia de tecnologías. Tratándose de la compraventa, el deber de informar se encuentra orientado hacia la satisfacción de la pretensión del acreedor y, por ello, se justifica su exigencia, mas no es exigible proteger el interés ajeno. En cambio, el deber de información en el contrato de transferencia de tecnologías, además de ser necesario para que el contrato sea exitoso y con ello puedan satisfacerse las expectativas de los contratantes, tiene una clara orientación hacia la protección de los intereses de receptor. Es un deber requerido por el deber de lealtad. No podría ser de otra manera, dada la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición para que el contrato sea exitoso y que justifica la exigencia del deber.

b. Contratos de ejecución continua

Analizaré a continuación el funcionamiento del deber de cooperación⁴⁶², de conservación y uso de la cosa conforme a su destino natural en dos tipos de contratos de ejecución continua: el arrendamiento y el contrato de licencia. La finalidad de esto es evidenciar que, tratándose de un mismo deber de conducta, y para contratos con características similares⁴⁶³, el deber de conducta exigido es mayor en su intensidad si este es requerido por el deber de lealtad en contratos que necesitan de confianza para ser exitosos, que si el mismo deber de conducta es requerido por la buena fe en general y se justifica en la colaboración que es necesaria para que la prestación pueda ser satisfecha. En la primera situación, se encuentra

⁴⁶¹ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

⁴⁶² Como expone Prado el deber de cooperación es un deber secundario de conducta y no una mera carga (PRADO, 2015a: 105 y ss.).

⁴⁶³ «Son de ejecución continua los contratos que se desenvuelven en el tiempo ininterrumpidamente (por ej., la del arrendador de mantener al arrendatario en el uso y disfrute de la cosa arrendada; la de suministrar energía eléctrica)» (PEÑAILILLO, 2016: 345). Puelma considera que el contrato de licencia tiene la naturaleza jurídica de arrendamiento de cosa incorporal (PUELMA, 2002: 121).

el deber que es parte del contenido del contrato de licencia y, en la segunda, el deber que es parte del contenido del contrato de arrendamiento.

b.1 Lo exigido por el deber de cooperación, de conservar y usar la cosa de acuerdo con su destino natural en el contrato de licencia

En Chile, el contrato de licencia es de aquellos que no posee una regulación por el legislador. No obstante, es un contrato que se desarrolla en el ámbito nacional y representa, por lo tanto, parte del tráfico jurídico. Su ámbito de aplicación se extiende respecto de «las innovaciones protegidas por la garantía constitucional que consagra la protección del derecho de protección industrial⁴⁶⁴, dado que a través de las patentes industriales se asegura al titular de la innovación protegida la exclusividad en su explotación» (JUPPET, 2017: 273).

Conceptualmente y de acuerdo con lo señalado por la doctrina, este contrato puede definirse como un acuerdo entre dos o más empresas, por medio del cual una de ellas, llamada empresa licenciante, concede a la otra, llamada licenciataria, el derecho a usar una patente, una marca comercial, un proceso productivo, un secreto comercial u otro activo intangible a cambio de un pago fijo inicial o de un pago periódico denominado *royalty* (SANDOVAL, 2015: 333)⁴⁶⁵.

En cuanto a sus características, la licencia es un contrato bilateral, generalmente oneroso, solemne, de ejecución continua y de colaboración entre empresas (SANDOVAL, 2015: 335). Esto último define en gran medida la utilidad que representa este tipo de contrato, pues, como señala Sandoval, «para la empresa licenciataria este contrato representa un medio de acceder a una tecnología, o a una marca o a otro activo intangible del cual carece y que le costaría mucho dinero, tiempo y esfuerzo desarrollar internamente» (SANDOVAL, 2015:

⁴⁶⁴ El inciso tercero del artículo 19 N° 25 de la Constitución señala: «Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley».

⁴⁶⁵ Puelma señala: «En nuestro medio, se entiende por contrato de licencia, llamado también *royalty*, cuando el titular o dueño de un privilegio industrial otorga a otra persona el uso y/o además el goce temporal de ella por una prestación en dinero u otros bienes. Esta remuneración también se acostumbra a denominarla *royalty* o regalía» (PUELMA, 2002: 120). V. gr. JUPPET, 2017: 275 y 276.

333)⁴⁶⁶; y para el licenciante «el contrato de licencia es una posibilidad válida de sustituir a la exportación, cuando los costos del transporte encarecen demasiado el producto en el país de destino, o cuando en ese país las barreras a la importación o las restricciones de divisas son tan altas que impiden la importación de dicho producto» (SANDOVAL, 2015: 333 y 334).

El contrato de licencia como contrato de colaboración empresarial requiere una constante y recíproca cooperación entre los contratantes, una constante interacción de confianza para su éxito⁴⁶⁷.

Para el licenciante, la principal obligación que emana de la celebración del contrato de licencia consiste en permitir la explotación del derecho por parte del licenciataria⁴⁶⁸, obligación que va acompañada de una serie de obligaciones secundarias tendientes precisamente a la satisfacción de la expectativa del licenciataria, que es la explotación del derecho respecto del cual se le concede la licencia, y que derivan del deber de cooperación. Dentro de estos deberes secundarios del licenciante, se encuentra el de entregar toda la información que sea necesaria para la explotación del derecho, el de mantener el pago de la patente y demás permisos al día, el de evitar la extinción del derecho y el de garantizar el desarrollo y goce pacífico del derecho del licenciataria⁴⁶⁹. Es usual también la incorporación de cláusulas sobre el mejoramiento del invento como un deber para el licenciante. Así, este debe efectuar las mejoras a la invención cuyo derecho de explotación

⁴⁶⁶ «Para el licenciante esta forma contractual le permite extender sus operaciones más allá del territorio que podría cubrir por sí mismo (sustituye los costos de instalación en un lugar distinto al de la sede). En el caso que sea internacional permite también evitar los costos de transporte, superar barreras de importación, evitar riesgos de inversión extranjera» (JUPPET, 2017: 281).

⁴⁶⁷ V. gr. MESSINEO, 2018: 64.

⁴⁶⁸ A esto se le denomina garantía de la explotación, y comprende dos aspectos: la posibilidad técnica de la explotación de la licencia, esto es, el licenciante debe asegurar al licenciataria las condiciones técnicas que sean necesarias para que la innovación pueda ser utilizada adecuadamente; y la posibilidad económica de la explotación, que se traduce en que el objeto de la licencia debe ser factible de explotación económica, debe generar un valor agregado o atractivo para el consumidor, además de poder comercializarse válidamente en el territorio en que el licenciataria ejercerá su actividad (JUPPET, 2017: 284).

⁴⁶⁹ V. gr. SANDOVAL, 2005: 340 y ss. «De acuerdo con la clase del derecho que el contrato otorga al licenciista, pueden distinguirse aquellos que confieren un derecho real de usufructo y/o mero derecho personal de uso, de aquellos que solo conceden crédito que habilita para exigir el uso y/o goce de quien se ha obligado a hacerlo. Lo anterior tiene importancia en cuanto a la obligación de respetar estos pactos por quien haya adquirido la propiedad industrial del licenciador, sin perjuicio de la responsabilidad contractual de este» (PUELMA, 2002: 120).

cede y debe comunicarlas al licenciario. Por su parte y como contrapartida, el licenciario debe mantener reserva o confidencialidad respecto de la información e innovaciones que se le revelan (PUELMA, 2002: 121).

Todos estos deberes adicionales se orientan hacia la protección del interés del licenciario para que pueda gozar del derecho objeto del contrato de licencia, y son manifestaciones de la naturaleza colaborativa del contrato de licencia, pues, por la finalidad económica de la misma y por su carácter de ejecución continua, el licenciante debe velar constantemente y durante toda la vigencia del contrato, por el derecho del licenciario a gozar del derecho objeto del contrato (SANDOVAL, 2005: 340), esto es, un deber de cooperación permanente derivado de la confianza que es requerida para que el contrato produzca los resultados deseados por las partes. Así, mientras esté vigente el contrato, el licenciario espera razonablemente que el comportamiento del licenciante vaya más allá de la mera tolerancia en el ejercicio del derecho cuya explotación se autoriza, requiriendo y esperando actos positivos del licenciante que le permitan una continua, pacífica y eficaz explotación del derecho⁴⁷⁰.

Por lo demás, estos deberes son requeridos por el deber de lealtad contractual, tanto porque son necesarios para que las expectativas de los contratantes puedan satisfacerse como porque se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es requerida como condición para el éxito del contrato.

Lo anterior, en tanto el licenciario depende directamente del licenciante para poder satisfacer sus intereses y es vulnerable ante las conductas del licenciante. Así, por ejemplo, el licenciario depende de que el licenciante le informe de las innovaciones que ha efectuado al intangible para que este pueda explotarlo de forma tal que puedan satisfacerse sus intereses, como también es dependiente y vulnerable ante el licenciante para poder

⁴⁷⁰ Así, por ejemplo, debe el licenciante permitir al licenciario ejercer sus derechos sin entorpecer sus actuaciones comerciales, permitiéndole fabricar, utilizar productos objeto de la licencia, vender, importar e incluso autorizar sublicencias si es que la finalidad del contrato así lo requiere (JUPPET, 2017: 283). Como también debe el licenciante garantizar al licenciario que este obra con poderes suficientes para suscribir con terceros todos los acuerdos que sean necesarios para permitir la explotación del intangible, sin necesidad de contar para ello con previa autorización del licenciante (JUPPET, 2017: 284); y proporcionarle acceso a las mejoras del intangible o nuevas técnicas que descubra el licenciante (PUELMA, 2002: 121).

explotar el derecho objeto de la licencia, pues si el licenciante no renueva la invención o no paga los costos derivados de ello, el licenciario no podrá continuar con la explotación del derecho.

En este sentido, el cumplimiento de estos deberes de cooperación exigibles al licenciante hace frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza e importan para este una conducta que excede la entrega de la cosa y asegurar su goce pacífico. Al imponer al licenciante un rol activo de cooperación, estos deberes se encuentran claramente orientados hacia la protección y beneficio del interés del licenciario. Los deberes de cooperación son, en consecuencia, deberes específicos de conducta requeridos por la lealtad.

El deber que tiene el licenciario de conservar la invención que es objeto del contrato de licencia comprende tanto la conservación como la explotación de la invención. El licenciario debe mantener o conservar la innovación, dándole a ella el uso o destino usual o habitual (JUPPET, 2017: 286); debe explotarla, pues su no uso podría derivar en la caducidad del derecho de propiedad industrial del licenciante (SANDOVAL, 2015: 346); así como también debe incrementar la explotación (JUPPET, 2017: 285), ya que la ganancia del licenciante normalmente será fijada en base al volumen de venta o de producción efectuada por el licenciario (PUELMA, 2002: 133 y 134).

El deber de conservar la invención y usarla de acuerdo con su destino natural se encuentra en función del cumplimiento de otra obligación presente en el contrato de licencia, que es la de restituir al licenciante los planos, documentos técnicos o cualquier otro derivado de la entrega de información que efectuó al licenciario durante la ejecución del contrato (PUELMA, 2002: 135). En este sentido, el cumplimiento del deber de conservación permite satisfacer la pretensión del licenciante luego de terminado el contrato de licencia, consistente en la restitución de información y documentos relacionados con la innovación. Pero también se encuentra orientado en su cumplimiento al beneficio de los intereses del licenciante, pues, si durante el tiempo de ejecución del contrato de licencia el licenciario efectuó mejoras a la invención, independiente de su naturaleza, ellas son siempre para el

licenciante, no teniendo el licenciatarlo derecho a restitución o pago alguno por las mejoras que este ha efectuado (JUPPET, 2017: 297).

De esta forma, el deber de conservar la cosa en el contrato de licencia, usarla de acuerdo con su destino natural y la extensión de lo que debe restituirse hacia las mejoras introducidas en la invención, tiene una clara orientación en beneficio del interés del licenciante. La justificación de este deber se encuentra, además, en la confianza que es requerida en el contrato de licencia, pues, el licenciante es vulnerable frente al uso de la invención por parte del licenciatarlo, y al uso que este pueda darle a las innovaciones o mejoras que introduce en la invención. El licenciante debe contar con garantías suficientes para hacer frente a las implicancias de la confianza que es requerida, y estas garantías vienen dadas por el deber que tiene el licenciatarlo de conservar la cosa, usarla conforme al destino que le es propio y de restituir al término del contrato tanto la información o documentos relacionados con la invención que es objeto de licencia, como cualquier mejora introducida en la invención por el licenciatarlo. En consecuencia, el deber se encuentra orientado en el interés del licenciante y constituye un deber específico requerido por la lealtad.

Tratándose del deber de explotar la invención, puede también advertirse la exigencia de una conducta orientada hacia el beneficio o protección del interés ajeno. En efecto, en los casos en los que el contrato de licencia tiene por objeto una patente comercial, su no uso puede implicar la caducidad del derecho para su titular⁴⁷¹. Así, la sola explotación de la invención cuando esta es una patente comercial se encuentra no solo orientada a la satisfacción de las expectativas de los contratantes (explotado el derecho ambos obtienen el beneficio económico que se persigue con el contrato de licencia), sino además a la protección al interés del licenciante, pues de no explotar la patente, perderá el intangible que es parte de su patrimonio y que constituye para él una herramienta para la obtención de ganancias⁴⁷².

⁴⁷¹ V.gr SANDOVAL, 2015: 346 y ss. Ello supone en todo caso que el licenciatarlo tenga la explotación exclusiva de la invención.

⁴⁷² V.gr SANDOVAL, 2015: 333 y ss.

Dicho lo anterior, tratándose el contrato de licencia de un contrato en el que la confianza es requerida, la vulnerabilidad implicada en ella se traduce en la exposición del licenciante hacia un daño significativo frente a la conducta del licenciataro. El licenciante es vulnerable y se ve expuesto a la pérdida de su derecho si el licenciataro no lo explota. La garantía frente a esta vulnerabilidad es la exigencia para el licenciataro del deber de explotar la invención el que se encuentra orientado en protección del interés del licenciante. El deber de explotación entonces es un deber de conducta requerido por el deber de lealtad.

Finalmente, y respecto del deber del licenciataro de aumentar la explotación de la invención o sus volúmenes de producción, puede también advertirse la exigencia de un deber de conducta cuya intensidad de exigencia es mayor, en tanto se encuentra orientado hacia el beneficio del interés ajeno y se justifica en las implicancias de la confianza requerida para el éxito del contrato. Lo anterior en tanto, en el contrato de licencia, y como expuse recientemente en este mismo apartado, lo usual es que el valor por la explotación del derecho se efectúe mediante un pago periódico o *royalty*, que se calcula con relación al volumen de producción o explotación de la invención. Si bien en principio el cumplimiento de este deber se encuentra en función de la satisfacción de las expectativas de ambos contratantes, su cumplimiento se encuentra orientado hacia el interés del licenciante, pues, puede ocurrir que en este tipo de contratos el licenciataro se obligue a pagar al licenciante un porcentaje de lo que obtenga con la explotación del derecho (JUPPET, 2017: 285). Luego, si el licenciataro no explota el derecho o no obtiene un volumen de ventas que permita cumplir con las expectativas del licenciante, será este quien se verá afectado en sus intereses, pues, se verá sin la posibilidad de explotar el intangible⁴⁷³, ni podrá autorizar otras licencias⁴⁷⁴. Así las cosas, el licenciante es dependiente de las conductas del licenciataro.

⁴⁷³ Ello para el caso en que se pacte el uso exclusivo de la invención para el licenciataro (SANDOVAL, 2015: 345).

⁴⁷⁴ Dentro de las cláusulas usuales del contrato de licencia se considera la de exclusividad de uso. En palabras de Juppet: «Al plantear el tema de la exclusividad de uso, el contrato debe expresar claramente el beneficio que se otorga al licenciante para utilizar y gozar de los cobros que realice a terceros por la aplicación innovativa del desarrollo del objeto del contrato de licencia. De esta manera el contrato limita directamente la posibilidad del licenciataro de otorgar el mismo derecho a terceros externos del contrato que se conviertan en competencia del licenciante» (JUPPET, 2017: 293).

Lo que permite contrarrestar esta dependencia (implicada en la confianza que es requerida para que el contrato sea exitoso) es precisamente el deber del licenciatario de explotar la invención y aumentar el volumen de producción con ello. Dicho deber se encuentra claramente orientado a beneficiar los intereses del licenciante, esto es, es un deber requerido por la lealtad.

b.2 Lo exigido por el deber de cooperación en el contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento de cosas se define como aquel en que «una de las partes, denominada arrendador, proporciona a otra, denominada arrendatario, el goce de una cosa, quien paga por ella un precio determinado» (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 452).

La principal obligación del arrendador es la de entregar la tenencia de la cosa objeto del contrato de arrendamiento. De acuerdo con la doctrina, dicha obligación se descompone en otras: la obligación del arrendador de proporcionar al arrendatario el goce pacífico de la cosa arrendada; la obligación de mantener la cosa arrendada en tal forma que le sirva al arrendatario para el objeto para el que la arrendó; la obligación de evitarle al arrendatario molestias que pueda sufrir con la cosa arrendada (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 452; MEZA, 2002: 198 y ss.).

Respecto de la obligación del arrendador de mantener la cosa en estado de servir al arrendatario para el objeto para el que la arrendó, señala Cornejo que «la finalidad misma de esta obligación está destinada precisamente a evitar que los deterioros que sufra la cosa con el transcurso del tiempo terminen por negar su aptitud para satisfacer la necesidad que motivó al arrendatario a celebrar el contrato. En este sentido, podemos decir que la obligación de mantener la cosa tiene por finalidad resguardar las condiciones que permiten la existencia del contrato de arrendamiento, conservando el estado en que se encuentra la cosa cuyo goce fue cedido» (CORNEJO, 2012: 180).

La forma por la cual el arrendador cumple esta obligación es mediante la realización de las reparaciones necesarias que efectúa a la cosa. Esto es «aquellas indispensables para

mantener la cosa en el estado de servir para el objeto que se arrendó» (MEZA, 2002: 203)⁴⁷⁵. Siempre que estas no se hayan hecho necesarias por un hecho o culpa del arrendatario (MEZA, 2002: 204)⁴⁷⁶.

Esta obligación del arrendador de realizar las mejoras necesarias puede justificarse en el deber de cooperación que la buena fe en general exige para cualquier contrato⁴⁷⁷. En efecto, es mediante este deber del arrendador que el arrendatario puede mantener las aptitudes de la cosa y con ello asegurar al arrendatario que su expectativa respecto del uso y goce de la misma pueda verse satisfecha⁴⁷⁸. Al igual que lo expuesto respecto del contrato de licencia⁴⁷⁹, en el caso del contrato de arrendamiento, el arrendatario debe al arrendador mantener la cosa en el estado de servir para el objeto que se arrendó y, para ello, le es exigible la realización de las mejoras necesarias para mantener el estado de la cosa. La diferencia está en que este deber en el caso del contrato de arrendamiento no se encuentra orientado hacia el beneficio del interés del arrendatario ni en protección de sus intereses, sino únicamente en la satisfacción de las expectativas que aquel persigue con la celebración del contrato de arrendamiento.

Esta postura la reafirma la propia naturaleza de lo que es debido por concepto de mejoras necesarias: solo deben realizarse por el arrendador en la medida que ellas sean imperiosas para mantener el estado de conservación de la cosa y con ello el arrendatario pueda satisfacer su expectativa con la celebración del contrato de arrendamiento, respecto del uso y goce de la cosa. El arrendador no está obligado a realizar otro tipo de mejoras, como serían aquellas que aumentan el valor de la cosa dada en arriendo⁴⁸⁰, a lo que sí se encuentra obligado el licenciante en el contrato de licencia respecto del licenciario, pues, como vimos, debe efectuar y comunicar todas las mejoras que realice respecto de la

⁴⁷⁵ V. gr. MEZA, 1942: 456.

⁴⁷⁶ Artículo 1935 del Código Civil.

⁴⁷⁷ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (i) c.

⁴⁷⁸ V.gr. CORNEJO, 2012: 209.

⁴⁷⁹ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

⁴⁸⁰ Estas reciben el nombre de mejoras útiles y son aquellas que aumentan el valor venal de la cosa (MEZA, 2002: 204).

invención que es objeto del contrato de licencia, así como las nuevas técnicas que haya desarrollado en torno a ella⁴⁸¹.

En este sentido, la conducta que es exigida al arrendador en el cumplimiento del deber de efectuar las reparaciones necesarias no le impone una conducta en beneficio o protección del interés ajeno, sino orientada a permitir la satisfacción de la prestación que el arrendador debe al arrendatario, consistente en mantener la cosa en estado de servir para el objeto que fue arrendada. Esto, por lo demás, no podría ser de otra manera, dado que el contrato de arrendamiento, aunque de ejecución continua, no es de aquellos contratos que requiera de confianza para su éxito. Luego, un deber de conducta orientado hacia la protección o beneficio del interés ajeno no podría verse justificado en este tipo de contratos.

Por su parte, tratándose ahora del deber del arrendatario de conservar la cosa y darle un uso conforme a su destino natural, de la misma manera en que en el contrato de licencia exige al licenciatarario conservar la cosa y usarla de acuerdo con su destino natural⁴⁸², el arrendatario debe conservar la cosa cuyo goce se otorga (ALESSANDRI y SOMARRIVA, 1942: 462) y debe usarla de acuerdo con su uso ordinario⁴⁸³. Más aún, al igual que en el contrato de licencia⁴⁸⁴, la obligación de conservar la cosa y usarla conforme a su destino ordinario se encuentra al servicio del cumplimiento de la obligación de restituir la cosa al término del contrato de arrendamiento⁴⁸⁵. De ahí que sean deberes secundarios de conducta y se justifiquen en lo requerido por el deber general de buena fe. Solo que, tratándose del

⁴⁸¹ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

⁴⁸² Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

⁴⁸³ Artículos 1938 y 2177 del Código Civil. «El ejercicio del derecho de goce que obtiene el arrendatario en virtud del contrato no puede ser arbitrario o ilimitado, debiendo necesariamente enmarcarse dentro del contenido de la relación y de los fines por esta perseguida, que limitan el ejercicio del derecho, sea que se expresen a través de aquellas cláusulas que las partes han incorporado con la finalidad de regular la relación que los vinculará, estableciendo las conductas que serán toleradas en virtud del contrato; o que resulten del contenido de la relación misma, complementando las cláusulas dispuestas o supliendo su vacío, definido por el espíritu del contrato, el cual debe ser determinado según los usos a los que la cosa es naturalmente destinada, que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país» (CORNEJO, 2012: 203).

⁴⁸⁴ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

⁴⁸⁵ «El contrato de arrendamiento confiere al arrendatario un goce necesariamente temporal, estando la obligación de poner la cosa arrendada a disposición de este estrictamente enmarcada dentro del cumplimiento del contrato. Conforme con ello, terminada la relación contractual, cesará la obligación de ceder el goce de la cosa y carecerá de justificación jurídica la detentación que de ella haga el arrendatario, siendo una consecuencia lógica el que deba restituirla» (CORNEJO, 2012: 214). La obligación de restituir que recae sobre el arrendatario en el contrato de arrendamiento se encuentra contenida en el artículo 1947 del Código Civil.

contrato de arrendamiento, el cumplimiento de estos deberes de parte del arrendatario no se encuentra orientado hacia el beneficio del interés del otro o su protección.

En el contrato de arrendamiento, el arrendatario puede verse en la obligación de efectuar mejoras necesarias a la cosa arrendada⁴⁸⁶, como parte de su deber de conservación⁴⁸⁷, si no pudo dar aviso oportuno al arrendador de la necesidad de estas o si este no las efectuó (MEZA, 2002: 204). A diferencia de lo que se señaló para el contrato de licencia⁴⁸⁸, el arrendatario tiene derecho a ser restituido o compensado en todo lo que haya gastado o pagado en razón de esas mejoras (MEZA, 2002: 204). Las mejoras no quedan o no pasan de pleno derecho al arrendador. Si el arrendatario las efectuó como parte de su deber de conservación, este no se orienta en beneficio del interés del arrendador, sino solo vienen a contribuir al cumplimiento de su deber de conservar la cosa y permitir, luego de terminado el contrato de arrendamiento, restituir la cosa arrendada sin ulterior responsabilidad⁴⁸⁹.

Por su parte, en el contrato de arrendamiento no es exigible al arrendatario en cumplimiento de su deber de conservar la cosa y de usarla de acuerdo con su destino natural, que efectivamente la use o que aumente su valor. El arrendatario no está obligado a usar la cosa que arrienda y tampoco a gozar de ella, entendiéndose por esto último como el beneficiarse de los frutos y productos de la cosa (PEÑAILILLO, 2011: 132). Este deber sí es exigido en el contrato de licencia y, como expuse, se encuentra orientado en beneficio de la protección del interés del licenciante⁴⁹⁰.

En definitiva, el deber de conservar la cosa y usarla conforme a su uso ordinario solo impone aquello que se requiere para la satisfacción de la pretensión del acreedor de la obligación de restituir, pero nada más, no existe en la ejecución del deber algo distinto de lo que se exige por aplicación de la buena fe en sentido débil. Esto significa que cada parte

⁴⁸⁶ Así lo permite expresamente el artículo 1935 del Código Civil.

⁴⁸⁷ El arrendatario responde ante el arrendador por la conservación de la cosa de acuerdo con el estándar de la diligencia mediana u ordinaria, esto es, responde de la culpa leve (artículo 1939 del Código Civil).

⁴⁸⁸ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

⁴⁸⁹ Si las mejoras fueren necesarias por un hecho del arrendatario o si este no hubiese dado aviso oportuno al arrendador de lo indispensable de ellas, el arrendatario no tendrá derecho a reembolso alguno (MEZA, 2002: 204). Mas aún, podría ser responsable por los deterioros de la cosa si ellos se deben a su falta de diligencia en el cuidado debido (CORNEJO, 2012: 206-209).

⁴⁹⁰ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

cumpla sus deberes orientados hacia la colaboración que es necesaria, para que las expectativas de los contratantes puedan satisfacerse, sin que en ello se encuentre implicada la exigencia de una conducta orientada en beneficio o protección al interés del otro. Este deber de conducta en el contrato de arriendo es menos exigente que lo requerido para el mismo deber en el contrato de licencia, pues, como vimos⁴⁹¹, claramente en ese caso el deber de conservar la cosa y usarla conforme a su destino natural se encuentra en beneficio del interés ajeno o de su protección.

Por lo demás, y al no ser el contrato de arrendamiento uno en que la confianza sea requerida para el éxito de este, no podría justificarse la exigencia de deberes de conducta orientados en consideración especial al interés ajeno (deberes requeridos por la lealtad). Ello difiere de lo que ocurre con los deberes de conservar la cosa y usarla de acuerdo con su uso ordinario en el contrato de licencia, en el cual dichos deberes se justifican en las implicancias de confianza que es necesaria para que el contrato sea más exitoso. El hecho de que esos deberes se justifiquen en la vulnerabilidad y dependencia propias de la confianza que el contrato necesita para ser exitoso y que sean requeridos por el deber de lealtad que se exige por la propia naturaleza del contrato, es lo que explica la mayor intensidad en la exigencia del deber de conducta en el caso del contrato de licencia.

A modo de conclusión de este apartado, de la sola observación de la incorporación de un mismo deber de conducta para distintos tipos contractuales, puedo señalar que tratándose de un deber de conducta justificado por la buena fe en general y que es parte del contenido de contratos en los que la confianza no es necesaria para que funcionen, su intensidad de exigencia es menor que en los casos en los que se integra el mismo deber de conducta, pero justificado en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición para que el contrato sea exitoso. Si el deber se justifica en la buena fe lo que este exige se encuentra orientado hacia la satisfacción de la prestación, pero no a una especial consideración hacia el interés ajeno, es decir, no exige una conducta que promueva el beneficio del interés ajeno o tienda a protegerlo. En cambio, si el deber se justifica para contrarrestar las implicancias de la confianza, entonces no solo tiene por finalidad

⁴⁹¹ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii) b.1.

contribuir a que los contratantes satisfagan sus expectativas, sino además ese deber es más exigente, pues impone una conducta orientada en protección y/o beneficio del interés de otro⁴⁹². Es un deber específico de lealtad.

(iii) Implicancias de lo exigido por un deber de lealtad en la integración e interpretación contractual

a. Determinación de lo exigido por un deber requerido por la lealtad

En el Capítulo I de este trabajo, expuse que por interpretación contractual se entiende aquella cuya función es atribuir significado a las disposiciones contractuales, con la finalidad de precisar aquello a que se obligaron los contratantes y la forma de cumplir con la prestación⁴⁹³. De este modo, la buena fe como criterio objetivo de interpretación contractual permite al juez inclinarse en su decisión por la interpretación de las disposiciones contractuales que de mejor manera se ajusten con aquella, y con ello precisar el contenido de la obligación y la forma de cumplirla⁴⁹⁴.

En el Capítulo I, me referí a lo expuesto por De La Maza respecto del rol de la buena fe para precisar el contenido de la obligación y la forma de cumplirla. Este autor dispone que la buena fe permite identificar el propósito práctico del contrato y, con ello, dar al intérprete las herramientas para identificar las conductas más allá de lo exigible por la literalidad del texto contractual (DE LA MAZA, 2014: 15 y ss.)⁴⁹⁵. En similar sentido mencioné lo señalado por Larenz, para quien la buena fe permite identificar el modo de cumplir las obligaciones, teniendo el intérprete como parámetro el espíritu de la relación obligatoria y la idea fundamental del contrato, que delimita lo que las partes pueden esperar razonablemente de él (LARENZ, 1958: 148)⁴⁹⁶. Esto no podría ser de otra manera, dado que como expone Eisenberg «debido a que el objetivo del derecho contractual es promover los intereses de los contratantes, las normas del derecho de contratos a menudo deben formularse de modo que su aplicación se relacione con las circunstancias particulares de cada interacción

⁴⁹² Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (i) c y d.

⁴⁹³ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (i).

⁴⁹⁴ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (iii) a. WIEACKER, 2019: 37-41; BOETSCH, 2015: 109; DE LOS MOZOS, 1971: 46.

⁴⁹⁵ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (iii) a.

⁴⁹⁶ V.gr. DE LOS MOZOS, 1971: 179; BARROS, 1983.

contractual y, en ciertos casos, con las intenciones subjetivas de las partes» (EISENBERG, 2000: 809 y 810)⁴⁹⁷.

La buena fe como criterio permite al juez atribuir significado a las disposiciones contractuales, teniendo como parámetro el espíritu de la relación obligatoria y el fin práctico del contrato. Así, en los casos en que se deba atribuir significado a las disposiciones del contrato (contenidas explícita o implícitamente en aquellos contratos que requieren de confianza para su éxito, una fuerte cooperación recíproca y continua interacción entre los contratantes para que puedan satisfacer sus expectativas) el intérprete deberá hacer prevalecer aquella interpretación que se ajuste mejor con el modelo de negocio celebrado. Además, deberá seguir lo exigido por el estándar de conducta que es requerido para este tipo de contratos, que es el modelo de comportamiento dado por el deber de lealtad, que impone a los contratantes – en el cumplimiento de los deberes contractuales requeridos por este deber – una conducta orientada hacia el beneficio o protección del interés ajeno.

Veamos un ejemplo. Si Kotaix (K) y Tanu (T) celebran un contrato de licencia y distribución de productos deportivos, en el cual ambos pactan recíprocamente un deber de información, en términos amplios, con relación a todo lo que sea necesario para que las partes puedan llevar a cabo y ejecutar el contrato celebrado. K no está seguro si su deber de informar a T comprende comunicarle únicamente lo relacionado con la marca comercial, los productos a distribuir o si también implica informarle que, en el pasado, ciertos productos presentaron algunos desperfectos de fabricación y que, aunque es poco probable, algunos de ellos pueden aún encontrarse en los contenedores que T ha recibido para distribuir en su país. Luego el deber información admite dos posibles interpretaciones: (O) que implica que el deber de informar consiste únicamente en entregar información de los productos a distribuir y (O') que implica que el deber de informar comprende además comunicarle que en el pasado alguno de sus productos presentaron desperfectos.

⁴⁹⁷ Traducción propia (EISENBERG, 2000: 809 y 810).

Para saber el alcance del deber de información es necesario atribuir significado al término «información». Y para ello ya hemos dicho que la buena fe es útil. Solo que, en este caso, y por tratarse de un tipo de contrato en el que la confianza es necesaria para su éxito, la interpretación del término «información» debe efectuarse a la luz de lo requerido por el propio contrato de licencia y suministro. Como el contrato celebrado requiere de confianza, el deber de conducta información se encuentra justificado en las implicancias de ella. Entonces el deber de informar debe ser suficiente para contrarrestar la dependencia y vulnerabilidad implicada en la confianza de T hacia K, esto es, interpretarse de forma tal que la conducta exigida a K sea orientada a proteger los intereses de T o beneficiarlos. En otros términos, el deber de informar se interpreta conforme a lo exigido por el deber de lealtad.

Si se interpreta el deber información únicamente como (O), T sigue siendo vulnerable ante las conductas de K, pues cabe la posibilidad de que en los productos recibidos para la distribución aún se incluyan aquellos que tienen desperfectos de fabricación. Si T no lo sabe, no podrá tomar las medidas adecuadas para evitar pérdidas, por ejemplo, revisando que cada producto cumpla con el estándar de calidad que le es propio. Luego, interpretar el deber de información como (O) no permite contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia de T hacia K.

Por su parte, si se interpreta el deber de informar como (O') T podrá saber de la posibilidad de que en los productos que le han sido entregados para su distribución pueden encontrarse algunos que presenten problemas de fabricación y, con ello, tomar medidas adecuadas para evitar pérdidas. La interpretación del deber informar como (O') permite a T hacer frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza requerida para el éxito del contrato. Para que el juez elija esta interpretación por sobre aquella que implica para cumplir con el deber de informar solo es necesario (O,) el criterio a utilizar es la buena fe, solo que en este caso y dada la naturaleza del contrato y lo requerido por este para que sea exitoso, lo exigido por la buena fe implica como estándar o modelo de comportamiento lo requerido por su acepción en sentido fuerte o lealtad. Esto es una conducta más exigente orientada a la protección y/o beneficio del interés ajeno.

b. Determinación de cumplimiento e incumplimiento del deber requerido por la lealtad

Estrechamente vinculado con lo anterior, se encuentra la determinación por parte del juez del cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues, si al contrato se integran deberes de conducta requeridos por el deber de lealtad, el cumplimiento de esos deberes se verá satisfecho solo en la medida que haya estado orientado hacia la protección y/o beneficio del interés ajeno. En otras palabras, los deberes requeridos por el deber de lealtad deben ser cumplidos conforme lo exige la lealtad como modelo de comportamiento⁴⁹⁸.

En el Capítulo I de este trabajo, expuse que la buena fe como criterio de interpretación del contenido del contrato permite al intérprete determinar el cumplimiento e incumplimiento de obligaciones contractuales⁴⁹⁹. Así, Betti señala que la buena fe sirve para valorar si ha sido o no satisfecho el interés de la otra parte en los casos en que exista duda respecto de si la prestación se ha o no cumplido (BETTI, 2019: 80)⁵⁰⁰.

Para los casos en los que el contrato por su propia naturaleza requiere de confianza para su éxito, en el que son exigibles y justificados deberes específicos de lealtad, necesarios para que el contrato pueda satisfacer las expectativas de los contratantes⁵⁰¹, el intérprete –al aplicar la buena fe que permite determinar si el interés de los contratantes ha sido o no satisfecho– debe valorar si el deber de conducta se encuentra cumplido en función de la especial consideración hacia el interés ajeno que implica la exigencia del deber de lealtad. Este es el estándar de comportamiento exigido a los contratantes en el cumplimiento de los deberes específicos de conducta que son requeridos por aquel.

Retomemos el ejemplo recientemente señalado por el cual K y T celebran un contrato de licencia y suministro en el que ambas partes acuerdan un deber de información recíproco. Para saber si K ha cumplido con el deber de información respecto de T, el intérprete debe examinar la naturaleza y fin práctico de la relación contractual. Una vez determinado por el

⁴⁹⁸ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (i).

⁴⁹⁹ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (iii) a.

⁵⁰⁰ V.gr. FUEYO, 2015: 178.

⁵⁰¹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

juez que se trata de una relación contractual que requiere de confianza para su éxito y en la que, además, se requiere una constante interacción y cooperación recíproca de las partes, para identificar si K ha cumplido con el deber de informar debe valorar si la conducta desplegada por K se encuentra en función del beneficio o protección del interés de T. Como ya sabemos, aplicada la buena fe para precisar lo exigido por el deber de informar, la interpretación relevante es que lo exigido es (O'). Si K solo cumple con (O) no habrá cumplido con el deber de conducta requerido por el deber de informar, no solo porque para cumplir con este deber como señalé es necesario (O'), sino porque con (O) no se satisface el interés de T, pues, para que ello ocurra la conducta de K debe estar orientada hacia la protección de los intereses de T, y como hemos visto para ello (O) no es suficiente.

En síntesis, para que el interés de la parte que es acreedora del deber específico requerido por el deber de lealtad pueda ser satisfecho, el cumplimiento de ese deber debe estar orientado hacia la protección y/o beneficio del otro. Esto no es ajeno a lo que el propio derecho de contratos establece como criterio para el cumplimiento de deberes contractuales. En el Capítulo I de este trabajo⁵⁰², señalé que la noción de incumplimiento asumida en esta investigación es amplia y objetiva, cuyo énfasis se encuentra en la satisfacción del interés del acreedor y su protección (MEJÍAS, 2020: 9; PRADO, 2015a: 21; VIDAL, 2014a: 229 y ss.).

c. Delimitación de lo exigido en contratos en los que son requeridos deberes específicos de lealtad

Ahora, no todos los deberes de conducta que sean exigibles en un contrato en el que la confianza sea condición para su éxito necesariamente son deberes específicos de lealtad. Para la generalidad de los deberes no se exige una conducta orientada hacia la protección del interés ajeno o en su beneficio⁵⁰³.

⁵⁰² Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) b, a propósito de la discreción y prudencia del juez en la correcta aplicación del derecho.

⁵⁰³ «Cuando me dicen que un actor racional preferiría una regla predeterminada en particular para llenar un vacío en un contrato escrito o que el franquiciador no maltrataría a sus franquiciados porque iría en contra de sus intereses a largo plazo, empiezo a tararear ‘no necesariamente es así’». Traducción propia (MACAULAY, 2000: 782).

Esto llama a ser discretos y prudentes al momento de determinar lo exigido por cada deber de conducta⁵⁰⁴. Un deber de conducta que es exigido en un contrato en que la confianza es necesaria, como en un contrato relacional, solo deberá ser interpretado en función del deber de lealtad –esto es, orientado a la protección o beneficio del interés ajeno– si el deber de conducta en particular se encuentra justificado en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza. Ya he señalado que, en los casos en los que se exige el deber de lealtad, los deberes de conducta específicos que por este son requeridos imponen una conducta más exigente⁵⁰⁵. También he señalado que esa mayor exigencia en la conducta exigida se fundamenta en tanto el deber que se integra debe ser suficiente para contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza requerida⁵⁰⁶. Imponer a los contratantes un nivel de exigencia mayor en el cumplimiento de sus deberes en un contrato en que no se requiera de fuerte cooperación e interacción constante entre las partes y confianza, no solo implica que ese deber carecería de justificación, sino además impondría a los contratantes un sacrificio adicional cercano a la perfección moral, que es contrario a lo requerido a cada persona en el cumplimiento de sus deberes en un sistema liberal⁵⁰⁷.

En palabras de Macaulay –refiriéndose a los contratos relacionales–, «estas relaciones también pueden involucrar poder y explotación donde la parte dominada continúa en la relación porque es lo mejor dentro de un conjunto de malas opciones. Pero una cosa está clara: si estamos preocupados de las expectativas reales, es decir, de la confianza razonable y la buena fe, entonces no podemos estar satisfechos con solo documentos formales escritos» (MACAULAY, 2000: 801)⁵⁰⁸.

Puede ocurrir, también, que los propios contratantes en ejercicio de la autonomía de su voluntad acuerden que, para el cumplimiento de determinados deberes de conducta no justificados en las implicancias de la confianza, se exija un modelo de comportamiento orientado hacia la protección del interés ajeno o en su beneficio. Podría suponerse esta

⁵⁰⁴ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (ii).

⁵⁰⁵ Ver *supra* Capítulo V, Primera Parte (ii).

⁵⁰⁶ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.1.

⁵⁰⁷ Ver *supra* Capítulo II, Segunda Parte (iii) b.

⁵⁰⁸ Traducción propia (MACAULAY, 2000: 801).

situación en los casos de contratos negociados y celebrados entre partes asimétricas en cuanto a su poder negociador.

En tales casos, será función del juez al momento de interpretar las disposiciones contractuales morigerar la intensidad de exigencia de deberes contractuales no justificados en las implicancias de la confianza y, para ello, el criterio o la herramienta a utilizar es la buena fe. Como expuse en el Capítulo I de este trabajo⁵⁰⁹, la buena fe como criterio de interpretación contractual cumple también una función de corrección de la voluntad manifestada por las partes en el contrato (BOETSCH, 2015: 97; BETTI, 2019: 71 y 73).

d. Implicancias con relación al rol del juez

De acuerdo con lo señalado en el Capítulo III⁵¹⁰, en los contratos relacionales —como tipos contractuales en los que la confianza es condición para su éxito y en los que se requiere de una interacción constante entre las partes a través del tiempo y de fuerte cooperación recíproca, para que estas puedan satisfacer sus intereses— siempre e independientemente de su mayor o menor regulación se presentará algún grado de indeterminación en su contenido, dado los cambios en las circunstancias propias de la extensión en el tiempo de la relación contractual (SPEIDEL, 2000: 828 y 829; ELORRIAGA y LÓPEZ, 2017; MOMBERG Y PINO, 2018: 172).

Frente a ello, y como también expuse⁵¹¹, la doctrina nacional y extranjera han señalado que para estos tipos de contratos resulta conveniente la estipulación de cláusulas con términos abiertos, que permitan al juez ajustar sus términos conforme a las nuevas circunstancias que en ellos se presenten y superar con ello las deficiencias naturales del contrato (MOMBERG Y PINO, 2018: 172; SPEIDEL, 2000: 828 y 829).

La herramienta que dispone el juez para hacer frente a los cambios de circunstancias inherentes en los contratos relacionales es la buena fe. Esta, como principio general del

⁵⁰⁹ Ver *supra* Capítulo I, Primera Parte (iii) a.

⁵¹⁰ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.2.

⁵¹¹ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte (iii).

derecho, permite al intérprete mediante el ejercicio hermenéutico interpretar las disposiciones contractuales de forma tal que se ajusten de mejor manera a la naturaleza y finalidad de cada contrato⁵¹², otorgándole a las disposiciones contractuales la plasticidad que ellas necesitan para producir efectos incluso años después que fueron pactadas⁵¹³.

En cuanto a la utilización de la buena fe como herramienta para ajustar los términos del contrato frente a causas sobrevinientes, ello supone, al menos para el caso chileno, la existencia de una cláusula que faculte al juez para revisar los términos del contrato. En Chile no existe norma expresa que permita la revisión de contratos frente a causas sobrevinientes o teoría de la imprevisión (CAMPOS, 2020: 122 y ss.). Sin perjuicio de ello, Momberg sostiene que la buena fe permitiría integrar al contrato el deber de renegociación frente a la excesiva onerosidad sobreviniente (MOMBERG, 2010: 43-72). Para el caso de los contratos relacionales, una cláusula que contuviera el deber de renegociar o si esta pudiera ser integrada por aplicación de la buena fe, requerirá una comprensión en general para cualquier causa sobreviniente que afectara la continuidad del contrato, y no solo una excesiva onerosidad, dado que las nuevas circunstancias que pueden afectar este tipo de contratos no solo son aquellas relacionadas.

Por su parte, cuando de lo que se trata es de la interpretación de contratos relacionales, la mirada del intérprete –al momento de precisar la voluntad contractual– debe centrarse en el curso de ejecución del contrato y en la evolución de la relación contractual, más que en el instante de su formación. En este sentido, es la interpretación auténtica aquella que resulta de mayor relevancia en este tipo de contratos⁵¹⁴.

En efecto, los contratos en los que las obligaciones entre las partes se suceden en el tiempo, pero no existe entre ellas interacción, confianza ni cooperación constante, puede, en la mayoría de los casos, ser suficiente para la precisión de la voluntad contractual el texto del

⁵¹² Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte; Capítulo V, Primera Parte (iii) a.

⁵¹³ Respecto de la buena fe como criterio que permite al juez ajustar los términos de los contratos relacionales a las nuevas circunstancias que se presentan, v.gr. SPEIDEL, 2000: 840 y 841.

⁵¹⁴ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) a.

contrato fijado al momento en que este se celebró⁵¹⁵. Pero en los contratos relacionales, las partes traen el futuro al presente y registran las contingencias que en ese momento pueden prever, las cuales no necesariamente serán todas las contingencias que deberán enfrentar⁵¹⁶. De ahí que el examen del texto expreso fijado al momento de la formación del consentimiento puede no ser suficiente⁵¹⁷. La forma particular en la que los contratantes han cumplido sus obligaciones es fundamental a la hora de interpretar contratos de tipo relacional.

⁵¹⁵ Ver *supra* Capítulo I, Segunda Parte (ii) a.

⁵¹⁶ V.gr. MACAULAY, 2000: 778 y 779.

⁵¹⁷ Macaulay señala: «He escuchado a Macneil ofrecer dos analogías. El derecho contractual clásico supone un interruptor de luz. Una luz está encendida o apagada; las partes han acordado un contrato o no lo han hecho. A menudo, sin embargo, en una relación continua a largo plazo, la situación se asemeja a un reóstato. A medida que se envía más y más energía a la ampollita, obtenemos más y más luz. Es difícil decir cuándo se ha encendido la luz. Encendido y apagado no son términos útiles». Traducción propia (MACAULAY, 2000: 778).

Segunda Parte

Efectos de los deberes específicos de lealtad

(i) Los efectos emanan de la infracción del deber específico requerido por el deber de lealtad

Según lo ya expuesto en el Capítulo II de este trabajo⁵¹⁸, la buena fe es deber de conducta, esto es, el modelo de comportamiento que debe construir el intérprete utilizando criterios normativos. A partir de la aplicación de dichos criterios, el juez determina el estándar de comportamiento que es exigible a los contratantes conforme a la naturaleza de este; precisa y también revela los deberes de conducta específicos que son necesarios para que la prestación pueda cumplirse y/o el contrato sea exitoso, y puedan así satisfacerse los intereses de los contratantes. Es respecto de los deberes de conducta específicos que son integrados al contrato por aplicación de buena fe como criterio hermenéutico, que los contratantes tienen derechos subjetivos como pretensión para exigir su cumplimiento o ejercer las demás acciones que les provea el ordenamiento jurídico.

Si el contrato por su naturaleza requiere integrar deberes específicos de lealtad, es respecto de estos que las partes podrán ejercer las acciones o remedios que el ordenamiento jurídico dispone ante su infracción.

Me referiré, a continuación, a la exposición y alcance de las acciones o remedios contractuales aplicables frente al incumplimiento de deberes específicos de lealtad.

(ii) Efectos de la infracción al deber específico de lealtad

a. Determinación del incumplimiento de un deber específico de lealtad

Previo al examen de la forma en que proceden las acciones de cumplimiento específico, resolutoria y de responsabilidad contractual frente al incumplimiento de un deber de conducta requerido por el deber de lealtad, lo primero es precisar cuándo hay incumplimiento significativo de este tipo de deberes.

⁵¹⁸ Ver *supra* Capítulo II, Primera y Segunda Parte.

Tratándose del incumplimiento de deberes específicos de lealtad, y si de lo que se trata es de poner término al contrato, el incumplimiento del deber no solo se advierte por el hecho objetivo de la insatisfacción de los intereses de los contratantes⁵¹⁹. El incumplimiento debe ser además importante y significativo⁵²⁰. Más aún si de lo que se trata es de un contrato de tipo relacional.

La razón de ello se advierte en lo expresado por Speidel. De acuerdo con este autor, no es prudente que el tribunal ponga término a un contrato altamente relacional frente a cualquier evento perturbador que alegue uno de los contratantes. La preservación del contrato protege las inversiones específicas de la transacción, preserva las expectativas, evita la ruptura de las relaciones que se han desarrollado durante un periodo prolongado de tiempo y ofrece incentivos a las partes para que los contratantes cumplidores continúen sus negociaciones hacia lograr nuevos acuerdos o ajustes al contrato (SPEIDEL, 2000: 839).

En efecto, un contrato de tipo relacional que requiere de constante interacción y recíproca cooperación y en el que pueden requerirse años para generar entre los contratantes la confianza personal que el propio contrato necesita para ser exitoso, en el que además los costos involucrados en la ejecución del negocio en el tiempo pueden ser altísimos, no basta para tenerse por incumplido y ponerle término la no ejecución o el incumplimiento de un deber cualquiera, lo que se requiere es del incumplimiento de un deber específico de lealtad y es respecto de este deber que debe valorarse su importancia y significado.

Ahora, ello no quiere decir que el incumplimiento de un contrato relacional o altamente relacional en el que sean requeridos deberes de lealtad no pueda acarrear la resolución de este. En efecto, para valorar la infracción de un deber específico de lealtad, deben considerarse las circunstancias que son propias de la relación contractual. Esto permitirá determinar la magnitud e importancia de la infracción al deber requerido por la lealtad en la relación contractual en su totalidad y no solo atendiendo a hechos aislados.

⁵¹⁹ De acuerdo con la noción unitaria de incumplimiento este es considerado un hecho objetivo y amplio que causa la insatisfacción al interés del acreedor. (VIDAL, 2011: 260). V.gr. MORALES, 2016: 90- 96.

⁵²⁰ V.gr. VIDAL, 2014b: 264 y ss

A este respecto, Macneil, refiriéndose a la teoría esencial del contrato que es la constituye el vehículo eficaz para satisfacer las proposiciones centrales de la teoría del contrato relacional, señala que «la teoría esencial del contrato también postula que cuando las normas comunes del contrato no se cumplen adecuadamente, las relaciones de intercambio de cualquier tipo pueden terminar. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la teoría del contrato esencial no postula que las relaciones de intercambio nunca deben terminar. Si lo hacen o no, depende de si el comportamiento o las normas comunes continúan con suficiente fuerza, no si deben continuar o no por alguna razón u otra» (MACNEIL, 2000: 881 y 893)⁵²¹.

En este sentido, la precisión de la importancia y significancia en el incumplimiento del deber específico de lealtad y su impacto en la relación misma es determinante para resolver si su infracción es suficiente para constituir el incumplimiento contractual. La infracción al deber específico de lealtad debe ser de tal magnitud que la relación entre las partes ya no tenga la fuerza suficiente para continuar. Y ello ocurre cuando lo que se pierde con la infracción del deber es la confianza personal.

En efecto, de acuerdo con Kimel, tratándose de confianza personal o confiabilidad «confiar en un promitente puede significar, en términos prácticos, creer que (si se mantienen las otras circunstancias iguales) el promitente mantendrá su promesa; pero es la creencia que refleja y surge de cierta percepción favorable de la personalidad del promitente en general o, al menos, de los atributos pertenecientes a su personalidad, y que como tal tiene que ver no solo con la probabilidad de que el promitente actúe de cierta manera, sino también con las razones por las que se cree que lo hará –razones que, en un sentido o en otro, deben ser percibidas como las correctas» (KIMEL, 2018: 82).

Si el destinatario de la confianza incumple con un deber específico de lealtad, y este es significativo, ya no se mantienen las motivaciones para ser confiable, esto es, las circunstancias ya no se mantienen iguales. Si ello es así, entonces, quien deposita la

⁵²¹ Traducción propia (MACNEIL, 2000: 893).

confianza ya no tiene razones para confiar en el otro ⁵²², incluso permaneciendo la confianza jurídicamente garantizada. Si la confianza personal se encuentra quebrantada, la confianza en los mecanismos exógenos de cumplimiento o de responsabilidad civil no es suficiente para mantener a las partes unidas, pues, las partes desconfían del otro en el cumplimiento de sus deberes contractuales. Y, si hay desconfianza, es irracional mantener la relación contractual. Como expuse en la segunda parte del capítulo IV, es posible contratar e iniciar la ejecución de un contrato con quien no confió, pero no puedo racionalmente contratar ni mantener un contrato con quien desconfío. Más aún si la razón de la desconfianza se encuentra en el incumplimiento significativo de un deber específico de lealtad.

Un deber específico de lealtad no es un deber más dentro de la relación jurídica contractual es un deber determinante para satisfacer los intereses de los contratantes, para hacer frente a las implicancias de la confianza y también para generarla. El incumplimiento significativo de un deber específico de lealtad se traduce en la traición más sustantiva a la confianza, y es probablemente la forma más agresiva de incumplir un contrato, dada la magnitud del daño que puede causarse para quien ha sido traicionado. Si pensamos por ejemplo en la infracción a un deber de confidencialidad en un contrato de tipo relacional, su incumplimiento no solo acarrea la frustración del contrato y la insatisfacción de los intereses de los contratantes. Para quien ha sido traicionado en su confianza implica probablemente la pérdida del activo que le permite generar negocios, ingresos y ser parte del tráfico jurídico.

Tratándose de situaciones en las que se incumple significativamente un deber específico de lealtad, la confianza jurídicamente garantizada no es suficiente para mantener la relación contractual. La confianza como garantía de cumplimiento permite justificar la exigencia inicial y permanencia de exigencia de los deberes específicos de lealtad ⁵²³, pero no permiten forzosamente la mantención de una relación contractual entre partes que creen

⁵²² Para Vidal, la pérdida de la confianza que se genera entre las partes por ocasión del cumplimiento, que hace creer a la otra que el deudor no cumplirá, justifica el incumplimiento requerido para el ejercicio de la acción resolutoria (VIDAL, 2014b: 283). Incluso, podrían verificarse los presupuestos para la resolución unilateral del contrato. V.gr. (PIZARRO, 2013: 11-28).

⁵²³ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte.

que el otro no cumplirá, esto es, entre partes en las que hay desconfianza. Ello va en contra del presupuesto racional de la confianza⁵²⁴. Como expone Hardin, la verdadera traición a la confianza es la traición a la confiabilidad (HARDIN, 2010: 51).

En este sentido, Keller afirma que «es probable que su acto desleal provoque desconfianza por parte de su víctima y, por lo tanto, socavará una relación valiosa en la que ambos están de pie, o en la que lo hicieron o deberían estar de pie. Y es probable que su acto desleal amenace las estructuras de cooperación y entendimiento compartido que permiten que el sistema operativo de expectativas, y los bienes a los que puede dar lugar, emerjan y sobrevivan...» (KELLER, 2019)⁵²⁵.

Ahora, nótese, en todo caso, que la pérdida de la confianza supone la pérdida de las motivaciones personales para creer que el otro cumplirá⁵²⁶. Por lo tanto, la infracción del deber específico de lealtad debe poder tener un real impacto en la pérdida de la confianza personal, de ahí el requisito que este sea significativo. Como correctamente expone en este punto Kimel, para ello no existe un manual para ser confiable, que denomina «guía completa de la amistad», que nos permita identificar qué situación en cada caso implicará la pérdida de confianza (KIMEL, 2018: 142). Lo que sí sabemos es que, si la motivación de la confianza es personal, ya sea que se sustente en las cualidades morales o en el autointerés⁵²⁷, un simple descuido o incluso el incumplimiento de un deber no bastará para traicionar la confianza, pues lo que debe examinarse es la relación en su conjunto, esto es, la pérdida de la fuerza de la relación que existe entre las partes para continuar.

Kimel es claro en este sentido al referirse a la confianza personal, pues, para el autor, lo relevante y que hace a una relación especial o valiosa, no son tanto las actitudes que se manifiestan en el cumplimiento de las responsabilidades especiales (deberes), sino el hecho

⁵²⁴ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

⁵²⁵ Debo prevenir, en todo caso, que la noción de lealtad que Keller utiliza es aquella que se basa en la especialidad de la relación: «un individuo que es leal a X debe tener un motivo cuya naturaleza depende de una relación especial que ese mismo individuo comparte con X. Cuando eres leal a X, lo que se presenta dentro de tu motivación, por así decirlo, no solo es X, sino X como algo a lo que estás conectado de una manera especial» (KELLER, 2019).

⁵²⁶ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

⁵²⁷ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

de que las partes tengan ciertas actitudes y que se materializan en actos realizados en el contexto de una relación especial (KIMEL, 2018: 143). En otras palabras, la pérdida de la confianza personal se produce si las conductas de las partes dejan de manifestarse en actos que den cuenta de una relación especial, más que en el hecho del incumplimiento de deberes particulares dentro de la relación.

Luego, y dicho lo anterior, existiría incumplimiento de un deber específico de lealtad que permita su resolución si además del hecho objetivo (afectación a la satisfacción del interés de una de las partes), ese incumplimiento tiene un impacto real en la pérdida de la relación de confianza que existe entre los contratantes y que se advierte luego del examen de la relación contractual en su conjunto, a través de los comportamientos de las partes que se realizan en el marco de su relación especial y que dan cuenta que la relación ya no tiene la fuerza suficiente para continuar.

b. Acción de cumplimiento específico

Por cumplimiento específico se entiende «el cumplimiento de aquello que se ha convenido, en lo posible, por medio de la actividad voluntaria de las propias partes» (BAHAMONDES, 2019: 11)⁵²⁸. Por su parte, y para los casos de cumplimiento forzado, el mecanismo procesal para ejercer una acción cuya finalidad sea el cumplimiento en especie habiendo título ejecutivo, será una acción ejecutiva. Para el caso contrario, se requerirá previamente de un juicio de lato conocimiento declarativo para determinar la existencia de la obligación y luego exigir incidentalmente –o en juicio ejecutivo ulterior– el cumplimiento de esta (ALESSANDRI et al, 2011: 234-237).

En términos generales, la doctrina mayoritariamente aceptada en Chile señala que la acción de cumplimiento específico es aquella que circunscribe sus requisitos de procedencia a la

⁵²⁸ Para Fueyo, el cumplimiento constituye la finalidad de la obligación y su momento esencial y culminante: «más todavía, el cumplimiento constituye justamente la finalidad de la obligación, pues, a través de él se alcanza el objeto perseguido por la obligación y se pone término a la relación jurídica pendiente entre acreedor y deudor. Por último, es el momento esencial y culminante que ocurre en plena vida de la obligación. Si a consecuencia de dicho incumplimiento se produce otro efecto más, el de la extinción, ello, siendo importante, es una consecuencia que deriva del cumplimiento; la extinción es efecto de este, no propiamente la obligación» (FUEYO, 2015: 50).

prueba de la existencia de la obligación y el incumplimiento⁵²⁹, no correspondiendo por lo tanto ningún tipo de valoración respecto de la conducta del contratante incumplidor (dolo o culpa)⁵³⁰. Lo anterior se deriva de la tradicional distinción entre la obligación y la responsabilidad. Así, para Barros «en un sentido amplio la idea de obligación expresa el deber realizar la prestación (deuda) (...) la responsabilidad civil en sentido estricto supone un juicio de valor respecto de la conducta del deudor, porque solo tiene lugar la obligación indemnizatoria si el incumplimiento resulta atribuible a un hecho del cual el derecho lo hace responsable. El criterio general de atribución de responsabilidad es que el deudor haya actuado con culpa o dolo» (BARROS, 2020).

En general, todo deber de conducta que sea parte del contenido del contrato es susceptible de ejecutarse en especie, a menos que la propia naturaleza del deber de conducta exigido no sea compatible con ello, o que aun pudiéndose no se satisfaga con ello los intereses de la parte acreedora. Así, es el propio Código Civil el que en sus artículos 1553⁵³¹, a propósito de las obligaciones de hacer, permite al acreedor exigir a su propia conveniencia el ejercicio directo de una acción de indemnización de perjuicios que sustituye el cumplimiento en especie, en lugar de una acción de cumplimiento específico⁵³². Por su parte, tratándose de obligaciones de no hacer la regla contenida en el artículo 1555 del

⁵²⁹ V.gr. ALESSANDRI et al, 2011: 234-237, 2011: 237 y ss.; FUEYO, 2015: 282 y ss.; ABELIUK, 2010: 797 y ss.

⁵³⁰ «Aunque el derecho chileno reconoce tanto una acción para hacer valer en naturaleza la obligación contractual o legal, como acciones de responsabilidad civil que tienen por objeto la indemnización de los perjuicios que se siguen del incumplimiento de la obligación de primer grado, las sujeta a requisitos diferentes: mientras la pretensión de hacer valer coactivamente la obligación solo puede ser enervada alegando la extinción o, genéricamente, la imposibilidad de cumplirla, la pretensión indemnizatoria está sujeta a condiciones adicionales de procedencia, pues, generalmente supone que el incumplimiento sea un acto ilícito. En esto coinciden la responsabilidad patrimonial que resulta del incumplimiento contractual y la responsabilidad extracontractual, pues en ambos casos la acción tiene generalmente por antecedente la ilicitud del hecho del responsable» (BARROS, 2020). Una opinión crítica a la postura tradicional puede verse en BAHAMONDES, 2019: 150 y ss.

⁵³¹ «Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato».

⁵³² V. gr. ALESSANDRI et al, 2011: 244-247. «De cualquier forma, es preciso tener presente que lo señalado no representa óbice para exigir, desde un comienzo y directamente, la indemnización total de daños según lo prescrito por el artículo 1553 N°3 del Código Civil. Como ya se aclaró, este es uno de los caminos que la legislación común entrega al acreedor, cuya acción puede ejercer con libertad, en la medida que sienta satisfechos sus intereses. Pero ciertamente, por tratarse de una deuda indeterminada, deberá iniciarse un juicio ordinario de indemnización de perjuicios, para luego ejecutar dicha sentencia judicial» (BAHAMONDES, 2019: 87).

Código Civil⁵³³, permite al acreedor ejercer directamente la acción de indemnización de perjuicios para los casos en los que habiéndose contravenido una infracción de no hacer no pueda deshacerse lo hecho, o aun pudiendo deshacerse, ello no se conforme con la naturaleza de lo pactado por los contratantes y el deudor no pueda ofrecer algún medio alternativo para ello⁵³⁴.

La pregunta que surge entonces es si frente al incumplimiento de los deberes específicos de lealtad que se incorporan como parte del contenido del contrato, el acreedor puede ejercer una acción de cumplimiento en especie.

En el Capítulo I⁵³⁵, señalé que los deberes que se integran al contrato por aplicación de la buena fe son deberes secundarios de conducta, en tanto ellos se encuentran en función del cumplimiento de la obligación principal del contrato o de la satisfacción de los intereses de los contratantes. En este sentido, los deberes de conducta que son integrados por aplicación de la buena fe se encuentran indisolublemente vinculados con la pretensión principal del contrato.

Para Peñailillo, ante la infracción de deberes secundarios de conducta, el acreedor no podría de forma autónoma ejercer una acción de cumplimiento: «en la práctica, al parecer ha sido entendido (tácitamente) del mismo modo; en las controversias habitualmente se mencionan solo como elementos intensificadores del incumplimiento de una prestación y no como pretendidas obligaciones incumplidas, que sean suficientes para pedir resolución o incumplimiento» (PEÑAILILLO, 2016: 187)⁵³⁶.

⁵³³ «Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo. El acreedor quedará de todos modos indemne».

⁵³⁴ V. gr. FUEYO, 2015: 289-292. A diferencia de la regla del artículo 1553 para las obligaciones de hacer, Bahamondes advierte en el artículo 1555 una clara preferencia por parte del legislador hacia el cumplimiento en naturaleza (BAHAMONDES, 2019: 88).

⁵³⁵ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (iv).

⁵³⁶ Esta postura debe ser descartada pues, como se ha visto de la jurisprudencia citada en el Capítulo II de este trabajo (ver *supra* Capítulo II, Primera Parte (ii) c.1) frente a la integración de deberes de conducta por

Una postura contraria ha sido argumentada por Prado (PRADO, 2015a: 105 y ss.), quien, a propósito del deber de colaboración del acreedor, que para la autora es un deber de conducta secundario, señala que «la inobservancia de la colaboración del acreedor vulnera los intereses del deudor, configurando un incumplimiento contractual. Como el sustrato de análisis es el contrato bilateral, el acreedor que debe colaborar, también ha contraído obligaciones primordiales y funcionales, acordes al contenido contractual de que se trate (...) La inobservancia al deber de colaboración por parte del acreedor, constituye un cumplimiento imperfecto atendido lo dispuesto en el artículo 1556, ya citado (...) Este supuesto de cumplimiento imperfecto a que da lugar la inobservancia del deber de colaboración por parte del acreedor contractual, le permite a la contraparte ejercer determinadas acciones o remedios contractuales, de acuerdo con las reglas generales» (PRADO, 2015a: 229-237).

La infracción de los deberes secundarios de conducta que en este trabajo interesan (que son aquellos que se integran al contrato, en tanto resultan necesarios para el cumplimiento de la prestación y/o asegurar el éxito del contrato y con ello obtener la satisfacción de las expectativas de los contratantes)⁵³⁷ no puede ser inocua para el ordenamiento jurídico. Por el contrario, se trata del incumplimiento de un deber sin el cual la prestación no puede cumplirse o el contrato se frustra. Un deber secundario de conducta, como lo son los deberes específicos requeridos por el deber de lealtad, es determinante para que el contrato cumpla los fines para lo cual fue celebrado y para satisfacer las expectativas e intereses de los contratantes⁵³⁸. Luego, frente al incumplimiento de estos deberes proceden las acciones que el derecho común le otorga a las partes frente al incumplimiento contractual.

No obstante, es difícil desconocer que tratándose del incumplimiento de un deber específico de conducta requerido por el deber de lealtad, orientado a la protección y/o beneficio del interés ajeno, la posibilidad de ejecución en especie es más bien limitada.

aplicación de la buena fe, los tribunales de justicia han resuelto el cumplimiento en especie de los deberes que son integrados al contrato.

⁵³⁷ Ver *supra* Capítulo I, Tercera Parte (iv).

⁵³⁸ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) y (ii).

Sostengo lo anterior, en tanto que para que un deber de lealtad específico pueda ser ejecutable en especie supone necesariamente un deber que consista en una obligación de dar o entregar una cosa, o un deber de restituir. Si de lo que se trata es de un deber de conducta que consiste en un hacer o un no hacer, dadas las propias características de estos deberes, difícilmente podrían cumplirse en especie.

Esto no solo es un problema para la ejecución en especie de deberes específicos de lealtad, sino para la ejecución específica de cualquier deber de conducta que consista en un hacer o un no hacer. En efecto, aunque el legislador permita la ejecución forzada de las obligaciones de hacer a través de medios compulsivos como el apremio o el arresto al deudor⁵³⁹ o a través de la ejecución del hecho por un tercero (ALESSANDRI et al, 2011: 245), lo cierto es que ello no siempre será suficiente para satisfacer el interés del acreedor. Por ejemplo, si Kotaix (K) contrata a Tanu (T) para que cante el día de su matrimonio, por más apremios o arrestos que se efectúen a T, nada asegura que cumpla con su deber de la forma en que K lo espera. Es más, nuestra predisposición hacia el cumplimiento de nuestras obligaciones no siempre es la mejor si ya hemos recibido algún tipo apremio coactivo. Por lo demás, puede también ocurrir que el hecho que se debe solo pueda cumplirse por una persona en particular, no pudiendo realizarse u ordenarse ejecutar por un tercero⁵⁴⁰.

Tratándose de la infracción de las obligaciones de no hacer, la situación es aún más compleja, pues, contravenido el hecho y no pudiendo este deshacerse, no queda más camino o remedio que la acción de indemnización de perjuicios (FUEYO, 2015: 290).

⁵³⁹ «El artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, dentro del Título *Del procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer y de no hacer*, se encarga de complementar y reglar el señalado apremio al deudor para la ejecución del hecho convenido. Con arreglo a tal procedimiento, podrá el tribunal imponer al deudor su arresto hasta por quince días o multa proporcional y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, no es propiamente la ejecución; ni tampoco el cumplimiento *manu militari*. Es simplemente una presión fuerte, excepcionalísima, típicamente del campo de la violencia física, con pérdida temporal de libertad personal, uno de los dones más preciados de la persona humana. De cualquier modo, destinada a obtener el cumplimiento (...) de cualquier manera, la evolución de los tiempos aconseja eliminar este procedimiento ciertamente arcaico. La privación de la libertad personal es algo delicadísimo, con mayor razón por una causa patrimonial...» (FUEYO, 2015: 247).

⁵⁴⁰ La procedencia de esta forma de ejecución forzada de una obligación de hacer presupone que la prestación es posible de cumplirse por un tercero (ALESSANDRI et al, 2011: 247).

Lo ya señalado es suficiente para advertir la complejidad de ejecutar en especie un deber específico de lealtad, si consiste en un hecho que debe hacerse o una conducta de la cual deba abstenerse. No obstante, y para precisar de mejor manera la dificultad para ejecutar en especie estos deberes, pensemos por ejemplo en un deber de cooperar, de informar o de respetar el prestigio ajeno⁵⁴¹. Estos deberes no son por su naturaleza ejecutables en especie de manera forzosa. A lo sumo, podrían aplicarse en contra del deudor mecanismos de apremio como arresto o multa para compeler a este en el cumplimiento de la obligación. Aun así, y por la misma razón que para las obligaciones de hacer en general, existe una alta probabilidad que la prestación no satisfaga completamente el interés del acreedor. Y por ello, el camino que resultará más acorde a los intereses del acreedor será aquel que permita la obtención de la indemnización de perjuicios como cumplimiento por equivalencia de acuerdo con la regla tercera del artículo 1553⁵⁴².

Lo mismo puede decirse respecto de un deber de confidencialidad, de no representar intereses incompatibles o de no competir⁵⁴³, como deberes de no hacer requeridos por la lealtad. Infringidos estos deberes no puede echarse el tiempo atrás y, por lo tanto, no es posible deshacer lo hecho y solicitar el cumplimiento en especie del deber, quedando nada más que frente a su incumplimiento el ejercicio por parte del acreedor de una acción de responsabilidad civil que permita sustituir el objeto de la prestación según lo dispone el artículo 1555 del Código Civil⁵⁴⁴.

c. Acción resolutoria

De acuerdo con el ordenamiento jurídico chileno, la acción resolutoria es un elemento de la naturaleza que se incorpora a todo contrato bilateral, contemplada en el artículo 1489 del Código Civil, por la cual, para los casos de incumplimiento de obligaciones contractuales, el contratante cumplidor podrá exigir el término o resolución del contrato más la correspondiente indemnización de perjuicios (ABELIUK, 2010: 508).

⁵⁴¹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii).

⁵⁴² V.gr. ABELIUK, 2010: 805.

⁵⁴³ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (ii).

⁵⁴⁴ V.gr. ABELIUK, 2010: 807.

En general, los requisitos de procedencia de esta acción son: que exista una obligación cuyo cumplimiento se encuentre pendiente o que sea de aquellas que se susciten y cumplan a lo largo del tiempo; que esta obligación se haya incumplido; y que el contratante afectado con el incumplimiento haya por su parte cumplido o encontrarse llano a cumplir con sus propias obligaciones correlativas (ALESSANDRI et al, 2011: 269-274).

No existe diferencia en cuanto a si la obligación que ha sido incumplida es una obligación principal o un deber secundario de conducta que se ha integrado al contrato. Así lo ha señalado Vidal (VIDAL, 2014b: 264-267)⁵⁴⁵. El único límite para el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento de deberes contractuales es la buena fe (FUEYO, 2015: 193 y 194), esto es, el incumplimiento que se alega debe ser importante y significativo para justificar la resolución o terminación del contrato, lo que también la doctrina ha denominado incumplimiento esencial (VIDAL, 2014b: 264 y ss.).

Lo anterior aplicado a los deberes específicos de conducta requeridos por el deber de lealtad, implica que frente a su infracción, siendo además esa infracción importante y significativa de acuerdo con lo ya expuesto⁵⁴⁶, podrá ejercerse por la parte cumplidora la acción resolutoria, cuyo principal efecto es dar término al contrato (ABELIUK, 2010: 513) y, en caso que así lo hayan solicitado los contratantes y se cumpla con los presupuestos de la responsabilidad civil⁵⁴⁷, obtener el resarcimiento de los perjuicios originados con ocasión del incumplimiento (ALESSANDRI et al, 2011: 268).

Ahora bien, podría aún discutirse si respecto de deberes específicos de conducta que han sido integrados al contrato por aplicación de la buena fe, como ocurre con los requeridos por el deber de lealtad, es procedente el ejercicio de una acción resolutoria. La doctrina contemporánea se ha visto llana a aceptar la procedencia de este tipo de acciones frente al incumplimiento de deberes implícitos (CONTARDO, 2015: 75 y ss.)⁵⁴⁸. No obstante, debo nuevamente enfatizar que los deberes requeridos por el deber de lealtad no son deberes de

⁵⁴⁵ V.gr. PRADO, 2015a: 229 y ss.

⁵⁴⁶ Ver *supra* Capítulo V, Segunda Parte (ii) a.

⁵⁴⁷ Ver *supra* Capítulo V, Segunda Parte (ii) d.

⁵⁴⁸ V.gr. PRADO, 2015a: 229 y ss.

conducta ordinarios, sino que exigen una conducta orientada hacia el interés ajeno que es determinante para satisfacer las expectativas de los contratantes⁵⁴⁹, y para generar la confianza que el contrato de tipo relacional necesita para ser exitoso⁵⁵⁰. Una correcta aplicación del derecho importa ofrecer solución a los contratantes ante sus desavenencias. Si la transgresión al deber de conducta es significativa y ello trae por consecuencia la pérdida de la confianza personal⁵⁵¹, entonces no hay razón para impedir y forzar a que las partes permanezcan unidas en una relación contractual en las que no confían en que el otro cumplirá. Como acertadamente expone Eisenberg, refiriéndose a los contratos relacionales, «la solución a los problemas presentados por dichos contratos no es mantener la relación unida, sino permitir que cualquiera de las partes ponga término fácilmente a la relación en términos justos, incluso si el derecho a desahuciar no está escrito en el contrato» (EISENBERG, 2000: 819)⁵⁵².

Relacionado con este punto, desde el derecho nacional, Vidal ha señalado, a propósito del incumplimiento que permite el ejercicio de la acción resolutoria, y que es por lo demás aplicable en general para el incumplimiento contractual, que «la infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial: i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; y iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente» (VIDAL, 2014b: 283)⁵⁵³.

Dicho lo anterior, frente a la infracción de un deber requerido por el deber de lealtad, en los términos que en esta parte del trabajo se han indicado, ello no solo es conveniente o pertinente, sino además es coherente con lo señalado por la propia doctrina nacional, que considera dentro de los presupuestos del incumplimiento contractual tanto la infracción objetiva del deber como la pérdida de confianza existente entre los contratantes. La única

⁵⁴⁹ Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b.

⁵⁵⁰ Ver *supra* Capítulo IV, Segunda Parte.

⁵⁵¹ Ver *supra* Capítulo V, Segunda Parte.

⁵⁵² Traducción propia (EISENBERG, 2000: 819).

⁵⁵³ En este mismo sentido, MEJÍAS, 2020: 59 y ss.

diferencia es que, tratándose del incumplimiento de deberes específicos de lealtad, el incumplimiento objetivo y la pérdida de la confianza no son presupuestos alternativos sino copulativos.

d. Acción de responsabilidad civil por incumplimiento

La acción de responsabilidad contractual es aquella que tiene por finalidad reparar los daños que ha causado el deudor al acreedor con el incumplimiento, cumplimiento imperfecto o cumplimiento tardío de la obligación y se traduce en el pago de una cantidad de dinero (FUEYO, 2015: 343-346).

La acción de responsabilidad civil, en ciertos casos, acompaña el ejercicio de la acción resolutoria o la acción de cumplimiento en especie. Ello ocurre cuando lo que se ejerce por parte del acreedor es el derecho alternativo de cumplimiento de la obligación o de resolución del contrato, en ambos casos, más la indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 1489 del Código Civil (FUEYO, 2015: 351).

También puede ocurrir que el ejercicio de esta acción sea interpuesto para las situaciones en las que la prestación se ha hecho imposible por un hecho o culpa del deudor⁵⁵⁴, o para los casos en los que el propio ordenamiento jurídico confiere al acreedor el derecho alternativo de exigir el cumplimiento en especie o el cumplimiento por equivalencia⁵⁵⁵. En estas situaciones, el cumplimiento por equivalencia se traduce en el pago de una cantidad de dinero equivalente al objeto de la prestación y viene a sustituirla. Junto a ella, el acreedor podrá pedir también los perjuicios derivados de la mora en el cumplimiento de la obligación conforme a las reglas generales.

⁵⁵⁴ Uno de estos casos es aquel por el cual el deudor de una obligación de dar y entregar una cosa especie o cuerpo cierto la pierde, estando pendiente el cumplimiento de esta obligación, por un hecho imputable a su dolo o culpa, o si esta se pierde la especie o cuerpo cierto por caso fortuito estando en mora en el cumplimiento de la obligación de dar y entregar. Artículo 1550 del Código Civil. V.gr. CLARO: 1936: 232 y ss.

⁵⁵⁵ Ello tratándose del incumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer. Ver *supra* Capítulo V, Segunda Parte (ii) b.

En cualquiera de los casos, y tratándose del ejercicio de una acción cuya finalidad sea resarcir los perjuicios que surgen con ocasión del incumplimiento contractual, los presupuestos de procedencia de esta acción son: la existencia de una obligación, el incumplimiento de esta, la existencia de perjuicios, una relación de causalidad entre los perjuicios sufridos y el incumplimiento de la obligación, mora, más culpa o dolo (ALESSANDRI et al, 2011: 264 y ss.). Me detendré particularmente en el último de los presupuestos mencionados, esto es, en la culpa que es requerida para que sea procedente una acción de responsabilidad civil, cuando el deber de conducta que se infringe es un deber específico de lealtad.

En principio, y tratándose de contratos bilaterales, y salvo pacto expreso, el grado de culpa del que responden los contratantes es de culpa leve⁵⁵⁶. De acuerdo con el artículo 44 inciso segundo del Código Civil «la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios». La ley así lo requiere y es, por lo tanto, imperativo cumplir. La diligencia que es debida corresponde así a lo que se espera de un hombre razonable o buen padre de familia⁵⁵⁷.

Lo anterior no obsta a que en ciertos tipos de contratos el propio legislador haya dispuesto niveles de intensidad dentro de un mismo grado de diligencia (culpa leve). Así, por ejemplo, tratándose del mandato remunerado, el artículo 2129 del Código Civil señala expresamente que «el mandatario responde hasta la culpa leve en el cumplimiento de su encargo Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado». Por su parte, si el mandatario ha manifestado «su repugnancia al encargo y se ha visto forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre el recaiga» (artículo 2129 inciso tercero).

No es claro en la doctrina cuál es el fundamento de esta mayor exigencia de diligencia para el mandatario remunerado, y la menor exigencia de diligencia para el mandatario que se ve forzado a aceptar el encargo. La literatura nacional se limita a señalar que la mayor o menor

⁵⁵⁶ Artículo 44 del Código Civil en relación con el artículo 1547 del mismo cuerpo legal.

⁵⁵⁷ Artículo 44 del Código Civil.

exigencia debe valorarse dentro del estándar de la culpa leve y que corresponderá al juez determinar los alcances de esa conducta más o menos exigente (STITCHKIN, 2008: 361; MEZA, 2002: 371).

Sin perjuicio de ello, sostengo que es posible identificar una justificación para que, en los casos del mandato remunerado⁵⁵⁸, dentro de la culpa leve le sea exigible al mandatario un nivel de diligencia mayor. Y ella se encuentra en la propia naturaleza fiduciaria de la relación entre mandante y mandatario.

El mandato, como tipo contractual, es de aquellos negocios de confianza (STITCHKIN, 2008: 163) y constituye en general uno de los casos contractuales en los que además existe una relación fiduciaria. Lo anterior, si consideramos que –conforme a lo expuesto en el Capítulo III⁵⁵⁹– una relación fiduciaria es aquella que implica un poder de sustituir al otro en sus capacidades, que se ejerce discrecionalmente, y cuyo ejercicio importa para quien es sustituido en su capacidad una situación de desigualdad, dependencia y vulnerabilidad frente a quien ejerce el poder de autoridad. En efecto, en el contrato de mandato ciertas capacidades del mandante (de acuerdo con lo que sea objeto del contrato) serán sustituidas por el mandatario y el mandante es vulnerable, dependiente y desigual ante el mandatario en el ejercicio del poder que este tiene para ejercer las capacidades del mandante. Prueba de ello son los deberes específicos de lealtad que tiene el mandatario para con el mandante, especialmente aquellos que le imponen al mandatario anteponer siempre los intereses del mandante aún contra los suyos propios⁵⁶⁰ y que se justifican en la naturaleza fiduciaria de la relación⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ La remuneración del mandatario es un elemento de la naturaleza en el contrato de mandato, por lo tanto, frente a la ausencia de una voluntad contraria, se entiende el mandato como remunerado (STITCHKIN, 2008: 52).

⁵⁵⁹ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.2.

⁵⁶⁰ Ejemplo de ello son las siguientes normas contenidas en el Código Civil a propósito del mandato: el artículo 2144 del Código Civil establece la prohibición para el mandatario de comprar para sí lo que se le ha ordenado vender, o vender lo suyo en cumplimiento de lo que se le ha encargado comprar. «No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar, si no fuere con expresa autorización del mandante». Por su parte, el artículo 2145 del Código Civil prohíbe al mandatario tomar prestado el dinero del mandante, aunque sea a interés, y para prestar dinero al mandante por un interés superior al interés corriente. «Encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo

Luego, si el mandante es vulnerable, dependiente y desigual frente al mandatario, no es tan extraño que para el mandato remunerado (que es la regla general), el legislador haya impuesto al mandante un nivel de exigencia mayor de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de conducta. Esta mayor exigencia de diligencia permite contrarrestar en cierta forma la vulnerabilidad, dependencia y desigualdad implicadas en la relación fiduciaria.

Este mismo razonamiento puede ser aplicable también tratándose de la exigencia de diligencia en el cumplimiento de los deberes específicos requeridos por el deber de lealtad, pues estos, como hemos visto, se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición para que el contrato sea exitoso⁵⁶². Luego, si hay vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que justifica el deber específico de lealtad, la mayor exigencia de diligencia es también una forma de hacer frente a la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza requerida.

En este sentido, aún dentro de lo exigido de acuerdo con el estándar de diligencia del hombre razonable o buen padre de familia, los deberes específicos requeridos por la lealtad y justificados en las implicancias de la confianza deben cumplirse con un mayor nivel de cuidado por los contratantes. Y este mayor nivel de cuidado viene dado precisamente porque lo que se encuentra en juego en el cumplimiento del deber requerido por el deber de lealtad es precisamente la protección o beneficio del interés ajeno, como consecuencia de la vulnerabilidad y dependencia implicada en la confianza requerida, así como también el éxito del contrato. Un deber específico de lealtad no es un deber de conducta cualquiera, sino que es un deber fundamental para hacer frente a las implicancias de la confianza y, con ello, permitir que el contrato sea exitoso y satisfacer así las expectativas de los contratantes. Por lo demás, como hemos visto en este capítulo, su incumplimiento puede traer por consecuencia la pérdida de la confianza y, con ello, la fuerza para continuar con la relación

prestado para sí sin aprobación del mandante». Lo que se encuentra detrás de estas normas, es el desincentivo que existe para el mandatario de inclinarse en la toma de sus decisiones por aquella opción que puede implicar su propio beneficio desplazando al del mandante. En consecuencia, el mandatario siempre debe tomar la decisión que se conforme al interés del mandante aun si ello le significa sacrificar sus propios intereses.

⁵⁶¹ Ver *supra* Capítulo III, Primera Parte (i) b.2.

⁵⁶² Ver *supra* Capítulo III, Segunda Parte (i) b; Capítulo IV, Segunda Parte (i).

contractual⁵⁶³. El estándar de diligencia en su cumplimiento debe, por tanto, ser mayor, muy cercano a «la esmerada diligencia que un hombre razonable emplea en la administración de sus negocios importantes»⁵⁶⁴, aunque, claro está, dentro del estándar diligencia dispuesto por lo esperable para el hombre razonable o buen padre de familia.

⁵⁶³ Ver *supra* Capítulo V, Segunda Parte (ii) a.

⁵⁶⁴ Artículo 44 del Código Civil.

Conclusiones

1. En los casos en los que la naturaleza del contrato requiera de confianza para su éxito y se exija una cooperación fuerte entre los contratantes, además de una constante interacción, el deber de lealtad (que en general exige una conducta orientada hacia la protección o beneficio del interés ajeno) determina –al ser una versión fuerte de la buena fe– el modelo o estándar de conducta a seguir por los contratantes en el cumplimiento de los deberes específicos que son requeridos por la lealtad.

2. Los deberes de conducta específicos que son parte del contenido del contrato, requeridos por el deber de lealtad, tienen un nivel de exigencia mayor, en comparación a lo exigido por esos mismos deberes de conducta si es que ellos como parte del contenido de los contratos se justifican en la buena fe en general en contratos en los que la confianza no es necesaria para el éxito del negocio.

3. El modelo o estándar de conducta a seguir por los contratantes dado por el deber de lealtad permite al juez como criterio de interpretación precisar lo exigido por el deber de conducta específico que se integra al contrato y que es requerido por el deber de lealtad. Así, también determina el cumplimiento e incumplimiento del deber específico de lealtad.

4. En cuanto al rol del juez en la interpretación e integración de deberes de conducta que son requeridos por el deber de lealtad en contratos relacionales, este, al momento de interpretar las disposiciones contractuales, debe considerar no solo lo señalado por el texto expreso del contrato, sino particularmente todo aquello que se relacione con la forma en que los contratantes han llevado a cabo en los hechos su relación contractual. Además, y permitiéndole por medio de cláusulas expresas la revisión de los contratos de tipo relacional, debe adecuar el contenido del contrato a las nuevas circunstancias que se presenten, de modo tal que se les permita a los contratantes continuar con la relación.

5. Tratándose de los efectos que se producen frente al incumplimiento de los deberes específicos que son requeridos por el deber de lealtad, no existen inconvenientes para hacerles aplicables los distintos mecanismos, acciones o remedios, que el ordenamiento

jurídico provee en general a los contratantes. No obstante, tratándose del incumplimiento de deberes específicos de lealtad, deben realizarse algunas precisiones.

6. La primera de ellas está dada por lo que se considera como incumplimiento de un deber específico de lealtad para la procedencia de la acción resolutoria. Para que este se entienda incumplido, es necesario tanto el incumplimiento del deber en términos objetivos (insatisfacción del interés de una de las partes), así como también la pérdida de la confianza. Una vez perdidas las motivaciones personales para creer que alguien cumplirá, la confianza jurídicamente garantizada no es suficiente para mantener a las partes unidas en una relación contractual que ha perdido fuerza. Esto es, se pasa desde la confianza hacia la desconfianza.

7. La segunda de estas precisiones está relacionada con la posibilidad de cumplimiento específico de un deber requerido por la lealtad. En principio, no existe inconveniente para que respecto de estos deberes pueda exigirse su cumplimiento en naturaleza. No obstante, las propias características de los deberes específicos de lealtad (que, en su mayoría, son obligaciones de hacer y no hacer) impiden un cumplimiento forzado, tanto porque con ello no se asegura que puedan satisfacerse los intereses de los contratantes (si lo que se debe es un hecho) como porque el cumplimiento en especie no es posible (si lo que se debe es una abstención).

8. En tercer lugar y respecto de la acción resolutoria, esta funciona tratándose del incumplimiento de los deberes específicos de lealtad de la misma forma que para la generalidad de los casos en los que se incumplen obligaciones que son parte de cualquier contrato bilateral. La salvedad es que el incumplimiento que permite el ejercicio de esta acción debe ser significativo, esto es, aquel que además de importar la frustración del interés de una de las partes, implique la pérdida de la confianza que es necesaria en todo tipo de contrato relacional.

9. Finalmente, tratándose de la acción de indemnización de perjuicios que procede frente al daño que se cause ante el incumplimiento de un deber específico requerido por el deber de

lealtad, en ella se advierte una característica particular en cuanto a la culpa que es presupuesto para el ejercicio de esta acción. Ello, pues, si bien el grado de diligencia que le es exigible a quienes deben un deber específico requerido por la lealtad está dado por el modelo del hombre razonable o buen padre de familia, el nivel de cuidado exigible dentro de este mismo estándar de diligencia es mayor. Lo anterior, en tanto, lo que está en juego en el cumplimiento del deber requerido por la lealtad es la protección al interés ajeno como consecuencia de la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza que es condición de éxito del negocio. Más aún, un deber específico de lealtad es un deber fundamental para que el contrato logre la finalidad perseguida por las partes con su celebración y satisfaga las expectativas de los contratantes. Frente a ello, las partes deben ser más cuidadosas, considerándose que el incumplimiento del deber no solo puede traducirse en la insatisfacción del interés de una de las partes, sino además en la pérdida de la confianza personal que el contrato necesita para ser exitoso y, con ello, en la imposibilidad de continuar adelante con la relación.

CONCLUSIONES

1. Fuera del ámbito de las relaciones fiduciarias es posible identificar la exigencia de deberes de lealtad para los contratos con estructuras complejas, en los cuales la confianza es condición de su éxito, que exigen a las partes una fuerte y recíproca cooperación, y constante interacción, para satisfacer sus expectativas e intereses. Estos deberes contractuales son aquellos: que exigen a los contratantes una especial consideración al interés ajeno, lo que significa una conducta orientada a proteger y/o beneficiar al otro que es parte de la relación contractual; y que se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicadas en confianza que se requiere generar para que el contrato se lleve a término exitosamente.

2. Los contratos en los que se advierte la exigencia de deberes de lealtad son los que reciben el nombre de contratos relacionales. Sus principales características son la exigencia de una fuerte cooperación, la interacción constante entre las partes, su ejecución continua en el tiempo y la confianza. De la confianza requerida en este tipo de contratos se derivan dos implicancias: vulnerabilidad y dependencia. Tratándose de la vulnerabilidad, ella siempre se encuentra implícita en todo tipo de confianza y consiste en que quien confía es vulnerable ante el daño que puedan causar las conductas del depositario de la confianza. Por su parte, la dependencia involucra que, en este tipo de contratos, las partes dependen una de la otra recíprocamente para la satisfacción de sus intereses, lo que se refleja en el hecho de que el éxito o fracaso de una de ellas deriva en el éxito o fracaso de la otra.

3. La vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza justifican la exigencia de deberes específicos de lealtad en contratos relacionales. Estos deberes, orientados en su cumplimiento a la protección y/o beneficio del interés ajeno, permiten contrarrestar sus implicancias. Con ello, otorgan para quien confía un reaseguro o garantía que le permite cumplir con sus obligaciones sabiendo que al destinatario de la confianza le es exigible un deber de conducta que se orienta en beneficio del interés de la parte que confía. Lo anterior no solo le permite a quien confía cumplir, sino además que las expectativas de los contratantes puedan cumplirse y que el negocio para ambos sea exitoso, dado que en todo contrato de tipo relacional es la cooperación recíproca y la constante interacción aquello

que permite que las expectativas e intereses de los contratantes puedan satisfacerse. En este sentido, para hacer frente a las implicancias de la confianza, lo requerido es un deber de conducta más exigente, orientado hacia la protección o beneficio del interés ajeno. Así, solo un deber específico de lealtad y no cualquier otro tipo de deber es aquel que resulta capaz y suficiente para contrarrestar la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza.

4. Los contratos relacionales son por regla general –al menos en Chile– no regulados. Por lo demás, la interacción constante en el tiempo y el hecho de que sean de ejecución continua trae por consecuencia que sean en gran medida indeterminados en su contenido. La falta de regulación especial para este tipo de contratos, así como la imposibilidad de los contratantes de regular en el ejercicio de su autonomía de la voluntad todas las posibles situaciones que pueden presentarse en el futuro frente al cambio de circunstancias explican su indeterminación. En este sentido, para este tipo de contratos, la integración del contenido, así como la interpretación de sus cláusulas es siempre necesaria.

5. Si el contrato es indeterminado y en este puede predicarse una laguna contractual, la herramienta que desde el derecho de contratos permite integrar deberes de conducta específicos es la buena fe. La buena fe como criterio de interpretación e integración contractual atribuye significado a las disposiciones contractuales, así como también revela deberes de conducta implícitos que son necesarios para cumplir la prestación y/o asegurar el éxito del contrato y con ello obtener la satisfacción de los intereses y expectativas que son perseguidos por los contratantes con su celebración y ejecución.

6. La buena fe como criterio de interpretación e integración contractual es el dispositivo para integrar deberes específicos de lealtad, que forman parte del contenido implícito del contrato de tipo relacional, siempre que esos deberes de conducta sean necesarios para la satisfacción de los intereses de los contratantes o les permitan asegurar el éxito del negocio. En este sentido, la buena fe es la herramienta que permite al intérprete revelar e integrar como parte del contenido del contrato deberes específicos de lealtad.

7. Para que la buena fe pueda cumplir su función de interpretar e integrar deberes de conducta y, en particular, deberes específicos de lealtad, es necesaria su comprensión como un deber jurídico, esto es, una guía o estándar de comportamiento exigible a los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos. El carácter de deber jurídico de la buena fe viene dado por las fuentes sociales que son reconocidas como válidas por el ordenamiento jurídico. En el caso de la buena fe, la fuente de su reconocimiento como deber jurídico se encuentra en la ley, debido a que por disposición expresa del artículo 1546 del Código Civil el legislador impone a los contratantes el cumplimiento y ejecución de los deberes y obligaciones contractuales, respectivamente, conforme los requerimientos de la buena fe. Es la ley, entonces, aquella que permite al intérprete utilizar a la buena fe como criterio y herramienta para interpretar e integrar al contrato deberes de conducta implícitos. Por su parte, los deberes de conducta específicos que son revelados e integrados al contrato por aplicación de la buena fe –sean deberes generales o deberes específicos de lealtad– son aquellos que en particular pasan a formar parte del contenido del contrato. Es respecto de estos deberes específicos –mas no de la buena fe como deber– que las partes disponen de derechos subjetivos como pretensión para ejercer las acciones o remedios contractuales que provee el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de deberes contractuales.

8. El juez, al momento de interpretar e integrar deberes específicos de conducta utilizando para ello la buena fe, debe recurrir a ciertos criterios que le permitirán –en cada caso– determinar lo que es exigible según la buena fe a los contratantes. El punto de partida para precisar la conducta que es requerida a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones son las prácticas contractuales, más ellas, en la mayoría de las oportunidades, no son suficientes para identificar lo que en cada caso la buena fe exige. La correcta aplicación del derecho en su interpretación e integración exige al juez valerse de criterios morales o normativos. Para ello, el juez debe ejercer su función como intérprete con discreción, prudencia y valiéndose de la experiencia.

9. Para los casos en los que sean integrados o parte del contenido del contrato deberes específicos de lealtad, el juez como intérprete, valiéndose de su discreción, prudencia y

experiencia, deberá identificar el estándar de conducta que la buena fe exige. De esta manera, podrá precisar la forma en que deben cumplirse los deberes específicos de lealtad, así como también determinar su cumplimiento e incumplimiento. El estándar de conducta que el juez debe considerar para estos casos viene dado por lo requerido por la buena fe en su versión fuerte. Esto es una conducta orientada hacia el beneficio y/o protección del interés ajeno.

10. Los deberes específicos de lealtad que se integran como parte del contenido del contrato pueden ser de diversos tipos. Así, en este trabajo, he identificado que son deberes específicos de lealtad: el deber de cooperación, el deber de confidencialidad, el deber de respeto por el honor o prestigio del otro que es parte de la relación contractual, el deber de no competir o no representar intereses incompatibles, el deber de información, el deber de conservar la cosa y usarla de acuerdo con los fines para los cuales ha sido creada o destinada. Estos son solo ejemplos de deberes específicos de lealtad, mas no son los únicos que pueden identificarse y que pueden resultar necesarios integrar a un contrato de tipo relacional para que puedan satisfacerse los intereses de los contratantes. Es labor del juez como intérprete determinar la necesidad de integrar al contrato un deber específico de lealtad, así como también precisar cuál deber en particular es necesario integrar.

11. Los deberes específicos de conducta requeridos por la lealtad tienen un mayor nivel de intensidad en su exigencia si se comparan con la exigencia de esos mismos deberes de conducta integrados en contratos en los que la confianza no es condición para el éxito de este. El fundamento de ello está en que un deber de conducta en particular, cuando es requerido por la lealtad, además de ser necesario para la satisfacción de la prestación y/o del interés de los contratantes, implica siempre una conducta orientada hacia el interés del otro que es parte de la relación contractual, ya sea protegiendo o beneficiando sus intereses. En cambio, si ese mismo deber se integra en general a cualquier contrato en el que la confianza no es requerida como condición de su éxito, lo que exige ese deber conforme a la buena fe en general no es sino el deber general de contribuir con el otro en el cumplimiento de la prestación, mas no una conducta en beneficio o protección del interés ajeno.

12. Los deberes específicos de conducta requeridos por la lealtad si bien siempre se encuentran orientados en su cumplimiento hacia la protección o beneficio del interés ajeno, no son deberes altruistas. Un deber altruista es aquel que implica un sacrificio desinteresado en beneficio del interés ajeno. Los deberes de lealtad no implican un sacrificio y tampoco son desinteresados. Lo primero, pues, los deberes de lealtad –aunque más exigentes– se justifican en la vulnerabilidad y dependencia implicancias en la confianza y en la propia naturaleza del contrato que necesita del cumplimiento del deber para satisfacer las expectativas de los contratantes. Un deber de lealtad no exige ni más ni menos que lo que debe exigir para permitir que el contrato sea exitoso y satisfaga los intereses de las partes. Lo segundo, en tanto tras el cumplimiento de un deber de lealtad orientado hacia la protección y/o beneficio del interés ajeno se encuentra siempre la motivación de la satisfacción del propio interés, dado que, en un contrato relacional en el que se integran deberes específicos de lealtad, el éxito o fracaso de una de las partes lleva al éxito o fracaso de la otra. Si una de ellas incumple sus deberes específicos de lealtad, no solo se frustra la satisfacción del interés, sino, además, ello puede llevar al quiebre de la relación y a la pérdida de las motivaciones para la confianza que es condición para que el contrato pueda continuar su ejecución de forma exitosa.

13. La confianza personal, pese a que es necesaria que exista para el éxito de un contrato relacional, no es capaz de justificar la exigencia inicial y permanencia de un deber específico de lealtad. Lo primero, pues, la confianza personal no permite justificar la exigencia inicial de deberes específicos de lealtad entre extraños que contratan y entre quienes no existe en los hechos una relación de confianza. Lo segundo, porque la confianza personal no puede justificar la permanencia de un deber específico de lealtad, pues, la pérdida de la confianza personal implicaría la pérdida de la justificación del deber específico de lealtad. Y un deber de conducta, de la relevancia de un deber específico de lealtad que permite a las partes satisfacer sus expectativas y mantener en el tiempo con éxito su relación, no puede quedar en su justificación condicionado a la mantención y permanencia en los hechos de una relación de confianza.

14. La confianza que justifica la exigencia inicial y la permanencia de un deber específico de lealtad viene dada por las herramientas que el propio ordenamiento jurídico provee a los contratantes y que les permiten generar la confianza mínima para decidir contratar, celebrar el contrato y comenzar su ejecución e incluso ejecutarlo con éxito. La confianza que justifica la exigencia y permanencia iniciales de deberes específicos de lealtad es aquella jurídicamente garantizada. No obstante, este es el mínimo de confianza necesaria para negociar, celebrar el contrato y comenzar su ejecución. Los contratos de tipo relacional requieren de algo más que la confianza jurídicamente garantizada para ser exitosos, lo que requieren es de confianza personal, y, son los deberes específicos de lealtad los cuales luego de su cumplimiento en el tiempo permitirán a los contratantes generar la confianza que el contrato requiere para ser exitoso. En efecto, la constante interacción y la fuerte cooperación que les es exigida a las partes en los contratos de tipo relacional genera una serie de oportunidades e instancias para que, cumpliendo sus deberes continuamente en el tiempo, demuestren en los hechos ser confiables y se genere entre ellas una relación de confianza personal.

15. La confianza personal es deseable y necesaria en un contrato de tipo relacional. Es deseable la confianza personal en los contratos de tipo relacional en tanto favorece la cooperación, la negociación y la resolución de problemas que puedan presentarse durante la ejecución del contrato. Siendo cierto que los contratos de tipo relacional llevan siempre implicados algún grado de indeterminación, la confianza personal que favorece la negociación permite a los contratantes resolver sus problemas y ajustar los términos del contrato según lo requieran las nuevas circunstancias que se presenten. Siempre es preferible que sean los propios contratantes quienes, a través de acuerdos, logren hacer frente a los cambios de circunstancias que se presentan por la naturaleza propia del contrato de tipo relacional.

16. La confianza requiere de dos presupuestos y fundamentos: la racionalidad, competencia y motivaciones. Todo contratante debe ser racional al momento de elegir con quién contratar. Esto implica que, aunque puede decidir contratar con un extraño, con quien no tiene una relación de confianza en los hechos, no puede o no debe racionalmente contratar

con alguien en quien desconfía. La competencia supone la capacidad o idoneidad del depositario de la confianza para realizar la acción que de él se requiere. Esto es el aspecto cognitivo de la confianza. Las motivaciones se refieren a las razones para creer que otro en particular en quien se confía cumplirá. Las motivaciones pueden estar dadas ya sea por las propias cualidades personales de los contratantes, el encapsulamiento de intereses o por ciertas restricciones impuestas socialmente y que vienen dadas por prácticas sociales o de grupo estables. Aun existiendo estas motivaciones, la confianza jurídicamente garantizada permite reforzarlas.

17. Tratándose de contratos relacionales y dada su extensión prolongada en el tiempo, que favorece los problemas de indeterminación contractual o lagunas, es recomendable para las partes estipular en ellos cláusulas abiertas que les permitan renegociar el contenido del contrato, o a falta de acuerdo entre ellas, faculten al juez a ajustar los términos del contrato según las nuevas circunstancias que se presenten. En este sentido y tratándose de contratos de tipo relacional, se advierte la necesidad de un rol activo del juez. Claro está que limitado a lo que cada ordenamiento jurídico establece como aquello que puede o no hacerse por el juez dentro de su competencia, principalmente para ajustar los términos del contrato. Para el caso del derecho chileno, no existe consagrada legalmente la teoría de la imprevisión que le permita al juez ajustar los términos del contrato frente a causas sobrevinientes. A lo sumo, un sector de la doctrina ha considerado que, por aplicación de la buena fe, podría integrarse en contratos que así lo requieran un deber general de renegociar.

18. La importancia de determinar un concepto de lealtad para el derecho de contratos es que permite comprender el funcionamiento diferenciado, con mayor o menor exigencia, de un mismo deber de conducta, según sea lo requerido por la propia naturaleza del contrato al cual el deber se integra. Ello es relevante tanto para la interpretación e integración contractual.

19. Un deber específico de lealtad no es un deber más dentro de la estructura del contrato de tipo relacional. Se trata de un deber de conducta sin el cual los intereses de los contratantes no podrán satisfacerse, pero, además, su incumplimiento debilita la relación

contractual. Le hace perder la fuerza necesaria que requiere para continuar, en tanto, la traición o infracción a la conducta debida por la lealtad si esta es significativa, repercute necesariamente, en la pérdida de la confianza personal. Esto es, la infracción a un deber específico de lealtad tiene incidencia directa en la pérdida de las motivaciones personales para creer que el otro cumplirá. Si la relación contractual pierde fuerza, se debilita, la confianza jurídicamente garantizada no es capaz de mantener a las partes unidas. Quebrada la relación, ya no hay fundamentos para querer continuar, pues se cree que el otro no cumplirá. Se pasa de la confianza a la desconfianza. Para el contratante racional no es razonable continuar con una relación contractual con alguien de quien no se espera nada más que su incumplimiento.

20. La importancia del deber específico de lealtad en la estructura de un contrato relacional se refleja en la determinación de su incumplimiento que permite la resolución del contrato, así como también en ciertos matices con los que deben ejercerse los mecanismos o acciones contractuales frente a la infracción del deber. Un contrato de tipo relacional debe en principio conservarse y, por lo tanto, la infracción del deber que dé lugar al incumplimiento contractual y que posibilite ponerle término debe ser importante y significativa, y debe valorarse en su impacto para la relación en su conjunto y no como un mero hecho aislado. La importancia y significancia del incumplimiento del deber específico de lealtad, que posibilitará a las partes ejercer su derecho al término del contrato, está dada precisamente por el hecho de que la infracción al deber específico de lealtad debe tener el impacto suficiente para quebrar y debilitar la relación contractual, esto es, para que se pierda la confianza personal. Así, el incumplimiento de un deber específico de lealtad que es presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria supone tanto el incumplimiento objetivo del deber (frustración de los intereses de una o de ambas partes), como la pérdida de la confianza personal.

21. Verificado el incumplimiento contractual, las partes podrán ejercer las distintas acciones o remedios que provee el ordenamiento jurídico. No existe límite alguno para el ejercicio de la acción de cumplimiento en especie, la acción resolutoria o la acción de indemnización de perjuicios, más que aquellos que en general aplican para el ejercicio de

una acción de cumplimiento específico, si el deber que se infringe consiste en un hacer o un no hacer. Y lo ya señalado respecto de lo significativo del incumplimiento del deber específico de lealtad para el ejercicio de la acción resolutoria.

22. Finalmente, la acción de responsabilidad contractual –cuyo propósito principal es el resarcimiento de los daños que surgen como consecuencia de la infracción de un deber contractual– presenta ciertas particularidades respecto del nivel de diligencia debido en los casos en que tenga por presupuesto la infracción a un deber específico requerido por el deber de lealtad. Lo anterior, pues, si bien para los contratos relacionales como contratos bilaterales lo exigido a los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones es que se comporten de acuerdo con el estándar de diligencia dado por lo esperable de un buen padre de familia u hombre razonable, las partes en el cumplimiento de los deberes específicos de lealtad deben cumplir con un nivel de diligencia mayor, aunque enmarcado dentro del estándar de diligencia impuesto por dicho estándar de conducta. Así, lo que está en juego en el cumplimiento del deber requerido por la lealtad es la protección del interés ajeno como consecuencia de la vulnerabilidad y dependencia implicadas en la confianza, que es condición de éxito del negocio, así como también la continuidad de la relación. En consecuencia, la infracción al deber específico de lealtad no solo tiene por efecto la frustración del interés de la parte respecto de quien se ha incumplido el deber, sino que tiene un impacto para la continuidad de la relación y la satisfacción de las expectativas de los contratantes, incluso las de aquel que ha incumplido el deber específico de lealtad. Ante ello, las partes deben ser más cuidadosas y comportarse de una forma muy cercana a lo que se esperaría de un hombre juicioso y diligente en el manejo de sus negocios importantes.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía citada

- ABELIUK, R., 2010: Las obligaciones. T. I. y II, 5ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- ALCALDE, E., 2013: La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, Santiago: Ediciones UC.
- ALCALDE, J., 2007: «Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos», en: Estudios de derecho civil II, Santiago: Lexis Nexis. Cita Online: CL/DOC/657/2011.
- ALESSANDRI, A., 1940: De los contratos. Versiones taquigrafiadas de la cátedra de Derecho Civil del señor Arturo Alessandri Rodríguez, 2ª ed., Santiago: Zaromaro y Caperan.
- ALESSANDRI, A. 2010: De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Santiago: Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A., 2015: De la compraventa y de la promesa de venta. T. II Vol 1, Santiago: Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A. et al, 1998: Tratado de derecho civil parte preliminar y general. T. II, Santiago: Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A. et al, 2009: Tratado de derecho civil. T. II, 7ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A. et al, 2011: Tratado de las obligaciones Vol. I y II, 2ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, A. y SOMARRIVA, M., 1942: «Curso de derecho Civil» T. IV., en A. Vodanovic, A. (red.): Tratado de Derecho Civil, Santiago: Nascimento.
- ÁLVAREZ, J., 2016: «La administración de la sociedad», en J. Álvarez (coord.): Derecho de Sociedades, 2ª ed., España: Dykinson.
- AMATO, C., 2017: Confianza y responsabilidad, C. Moreno (trad.), Buenos Aires: Astrea.
- APARISI, A., 2019: «Conferencia inaugural: el principio de confidencialidad en la práctica profesional del abogado: aproximación al marco chileno y español», en S. Contreras

- (ed.): Ética y derecho. Jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018), Valencia: Tirant lo blanch: 133-150.
- BAHAMONDES, C., 2019: El cumplimiento específico de los contratos. Santiago: Ediciones DER.
- BAIER, A., 1991: Trust. The Tanner Lectures on Human Values, delivered at Princeton University March 6-8, 1991.
- BANFI, C., 2020: «Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas», en R. Barría, A. Ferrante y L. San Martín (eds.): Presente y futuro del derecho contractual. Santiago: Thomson Reuters: 205-219.
- BASCUÑÁN, A., 2019: «Catorce preguntas sobre el deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», en S. Contreras (ed.): Ética y derecho. Jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018), Valencia: Tirant lo blanch: 83-98.
- BARCIA, R., 1998: «Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho», *Ius et praxis*, 2 (Vol 4): 149-175.
- BARROS, E., 1983: «Derecho y moral. Consideraciones a propósito de la teoría de los delitos económicos», *Estudios Públicos*, 10: 1-34
- BARROS, E., 1999: «Límites de los derechos subjetivos privados: introducción a la doctrina del abuso del derecho», *Revista de Derecho y Humanidades*, 7: 11-37.
- BARROS, E., 2008: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Jurídica de Chile.
- BARROS, E., 2018: «Voluntad individual y reciprocidad de la relación contractual, reflexiones a propósito del error», en A. Vidal (director), G. Severin (ed.): Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno, Santiago: Thomson Reuters: 109-150.
- BARROS, E., 2019: «Deberes fiduciarios y de lealtad del abogado» en S. Contreras (ed.): Ética y derecho. Jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018), Valencia: Tirant lo blanch: 225-236.
- BARROS, E., 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Jurídica de Chile.

- BELLO, A., 1887: Obras completas. T. XI, Santiago: Pedro G. Ramírez.
- BERNET, M., 2007: «El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés», *Revista Chilena de Derecho Privado*, 8: 107-153.
- BETTI, E., 2000: Teoría general del negocio jurídico, M. Pérez (trad.), Granada: Comares.
- BETTI, E., 2019: Teoría general de las obligaciones, Santiago: Olejnik.
- BOETSCH, C., 2015: La buena fe contractual, Santiago: Ediciones UC.
- BORDA, A., 2000: La Teoría de los Actos Propios, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BUSTOS, M., 2019: «Confianza y lealtad. Dos conceptos relacionados», en E. Pereira (ed.): Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno, Santiago: Rubicón: 189-211.
- BUSTOS, M., 2020: «La lealtad como deber de conducta en el derecho de contratos», en J. García y D. Papayannis (eds.): Dañar, incumplir y reparar, Lima: Palestra Editores.
- CAMPOS, S., 2020: Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos, Santiago: Ediciones DER.
- CARRASCO, A. y GONZÁLEZ, C., 2013: Introducción al derecho y fundamentos de derecho privado, Madrid: Tecnos.
- CARRIÓ, G., 1985: Notas sobre derecho y lenguaje, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CARVAJAL, P., 2009: «El artículo 706 del Código Civil chileno: crítica como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe», en C. Pizarro (ed.): Estudios de derecho civil IV, Santiago: Legal Publishing: 31-45.
- CARVAJAL, L., 2014: «La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 36: 345-364.
- CAUMONT, A., 2014: Doctrina general del contrato, proposiciones teóricas de innovación, Montevideo: La Ley.
- CHULIÁ, V. y BELTRÁN, A., 1995: Aspectos jurídicos de los contratos atípicos II, Barcelona: Bosch.
- CLARO, L., 1936: «Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», en: T. X De las Obligaciones I, Santiago: Nascimento.

- CLARO, L., 1937: «Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», en T. XI De las Obligaciones II, Santiago: Nascimento.
- CLARO, L., 1939: «Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado», en T. XII De las Obligaciones III, Santiago: Nascimento.
- COLEMAN, J., 2010: Riesgos y Daños, D. Papayannis (trad.), Barcelona: Marcial Pons.
- COLOMA, R., 2016: «Interpretación de contratos: entre literalidad e intención», *Revista chilena de derecho privado*, 26: 9-47
- CONAGLEN, M., 2005: «The nature and function of fiduciary loyalty», *Law Quarterly Review L.Q.R.*, 121(Jul): 452-480
- CONTARDO, 2015: «Buena fe y resolución por incumplimiento», en S. Retalames y V. Guevara (coords); L. San Martín (ed): La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias, Santiago: Thomson Reuters: 75-90
- CONTRERAS, S. (ED), 2019: Ética y Derecho. Jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018), Valencia: Tirant lo blanch.
- CORNEJO P., 2012: El contrato de arrendamiento de bienes raíces urbanos, Santiago: Legal publishing.
- CORRAL, H., 2006: «La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno», en I. De La Maza (ed.), Temas de contratos. Cuadernos de análisis jurídicos, colección de derecho privado, Santiago: Universidad Diego Portales: 187-2026.
- CORRAL, H. y M. RODRÍGUEZ (coords.): Estudios de derecho civil II, Santiago: Lexis Nexis: 89-112.
- COSTA, J., 1905: Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil español, Madrid: Librería general de Victoriano Suárez.
- DANZ, E., 2017: La interpretación de los negocios jurídicos, Argentina. Olejnik.
- DE LA MAZA, I., 2006: «El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual», en I. De La Maza (ed.), Temas de contratos. cuadernos de análisis jurídico III, Santiago: Universidad Diego Portales: 131-158.

- DE LA MAZA, I., 2008: «La 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.
- DE LA MAZA, I., 2011: «La buena fe como dispositivo de ponderación», en F. Carbonel, R. Letelier y R. Coloma (coords.): *Principios jurídicos análisis y crítica*, Santiago: Thomson Reuters: 247-274.
- DE LA MAZA, I., 2014: «Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor», *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N.º 1: 15-38.
- DE LA MAZA, I., 2018: «Aliud pro alio, Incumplimiento contractual y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 93-125.
- DE LOS MOZOS, J., 1965: *El principio de la buena fe. Aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona: Bosch.
- DE LOS MOZOS, J., 1977: «Derecho civil español I, parte general», en: Vol. 1, *Introducción al derecho civil*, Salamanca: Kadmos.
- DE MOTT, D., 1988: «Beyond metaphor: An analysis of fiduciary obligation», *Duke Law Journal*: 879-924.
- DÍEZ-PICAZO, L., 1963: *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L., 2019: «Prólogo», en F. Wieacker: *El principio general de la buena fe*, Santiago: Olejnik: 11-18.
- DOMÍNGUEZ, R., 2012: *Código Civil. Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- D'ORS, A., 2008: *Derecho privado romano*, 10ª ed., Navarra: EUNSA.
- DUCCI, C., 2007: *Derecho Civil Parte General*, 4ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- DWORKIN, R., 2010: *Los derechos en serio*, M. Gustavino (trad.), España: Ariel.

- ECHAIZ, D., 2008: «El contrato de *outsourcing*», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLI N.º 122, 763-793.
- EISENBERG, M. A., 2000: «Why there is no law of relational contracts», *Northwestern University Law Review*, 94 (3): 805-822.
- EISENBERG, M. A., 2018: «Foundational Principles of Contract Law». *Oxford, OUP*, Chapter 54, pp. 733-738.
- ELORRIAGA, F. y LÓPEZ, J., 2017: *Los Contratos. Parte General*, 6ª ed., Santiago: Thomson Reuters.
- ENGISCH, K., 2014: *Introducción al pensamiento jurídico*, E. Garzón (trad.), México D.F.: Coyoacán.
- ESSER, J., 1961: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, E. Valentí (trad.), Barcelona: Bosch.
- FACCO, H., 2017: *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FEIJOO, B., 2006: *Imputación objetiva en el derecho penal*, Lima: Grijley.
- FERMANDOIS, A., 2006: *Derecho Constitucional Económico T.I*, 2ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FINN, P. 1977: *Fiduciary obligations*, Sidney: Law Book Company.
- FRIED, C., 1996: *La obligación contractual, el contrato como promesa*, P. Ruiz-Tagle (trad.), Santiago: Jurídica de Chile.
- FRIEDMAN, L., 2011: *Contract Law in America. A social and Economic case Study*, New Orleans Luisiana: Quid Pro Books.
- FUEYO, F., 1990: *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- FUEYO, F., 2010: «Algunos aspectos del negocio fiduciario», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (Vol. 1) en <<http://www.westlaw.cl>> (última consulta realizada: 4 septiembre 2016), Cita online: CL/DOC/611/2010.

- FUEYO, F., 2015: Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, 3ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- FULLER, L. y PERDUE, W., 1957: La indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza, J. Puig (trad.), Barcelona: Bosch.
- FULLER, L., 1967: La moral del derecho, F. Navarro (trad.), México D.F.: F. Trillas S.A.
- FULLER, 1969: Anatomía del Derecho, L. Castro (trad.), Venezuela: Monte Ávila Editores C.A.
- GALGANO, F., 1992: El negocio jurídico, F. Blasco y L. Prats (trad.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- GILMORE, G., 2017: La muerte del contrato, F. Blasco (trad.), España: Thomson Reuters.
- GOLD A., 2014: The Loyalties of Fiduciary Law, in A. Gold y P. Miller (eds.): Philosophical Foundations of Fiduciary Law, UK: Oxford University Press: 176-196.
- GOLD, A., 2016: Accommodating Loyalty, an A. GOLD y P. MILLER (eds.): Contract, status, and Fiduciary Law, UK, Oxford University Press: 185-212
- GOLD, A. y MILLER, P. (eds.), 2014: Philosophical Foundations of Fiduciary Law, UK: Oxford University Press.
- GOLD, A. y MILLER, P. (eds.), 2016: Contract, status, and Fiduciary law, UK: Oxford University Press.
- GUASTINI, R., 2016: La sintaxis del derecho, Á. Núñez (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- GUERRERO, R. y ZEGERS, M., 2014: Manual sobre Derecho de Sociedades, Santiago: Ediciones UC.
- GUZMÁN, A., 1996: Derecho privado romano, T. II, Santiago: Jurídica de Chile.
- GUZMÁN, A., 2002: «La buena fe en el Código Civil de Chile», *Revista Chilena de Derecho*, 1 (Vol. 29): 11-23.
- GUZMÁN, A., 2013: Derecho privado romano, T. II, 2ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.

- HARDIN, R., 2010: *Confianza y confiabilidad*, A. Pozas y F. Robolledo (trad.), México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- HART, H., 1963: *El concepto de derecho*, G. Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H., 1994: «Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño», en P. Casanovas y J. Moreso (eds.): *Ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona: Grijalbo-Mondadori: 327-350.
- HART, H., 1997: «Post Scriptum», *Revista de estudios públicos*, 65: 225-263.
- HART, H., 1998: «Entrevista a H.L.A. Hart», *Doxa*, 5: 339-361.
- HART, H., 2013: «Discretion», *Harvard Law Review*, 127: 652-665.
- HEVIA, M. 2013: «¿Cómo deben completarse los contratos incompletos?: Un desafío a la tesis de Coleman», en D. Papayannis (ed.): *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid: Marcial Pons: 153-166.
- HOHFELD, W., 1991: *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A.
- JARAMILLO, C., 2018: *Interpretación, calificación e integración del contrato. Aproximación tridimensional al proceso interpretativo en el derecho privado contemporáneo*, Argentina: Olejnik.
- JUPPET, M., 2017: *Estudios sobre operaciones mercantiles atípicas como herramienta para la gestión*, Santiago: Thomson Reuters.
- KELLER, S. 2019: *Los límites de la lealtad*, M. Ginés (trad.), Madrid: Ediciones Rialp S.A.
- KELSEN, H., 2015: *Teoría pura del derecho*, 3ª ed., M. Nilve (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- KIMEL, D., 2018: *De la promesa al contrato. Hacia una teoría liberal del contrato*, M. Parga (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- LAGOS, J. y BUSTOS, A., 2019: *Lecciones acerca de la Sociedad Anónima*, Santiago: Rubicón.
- LARENZ, K., 1956: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, C. Fernández (trad.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

- LARENZ, K., 1958: Derecho de obligaciones, T. I, J. Santos (trad.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid.
- LÓPEZ, P., 2014: «La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente ¿un cambio de paradigma?», *Revista chilena de derecho privado*, 23: 139-207.
- LÓPEZ, J., 2019: «Deberes del abogado con su cliente», en S. Contreras (ed.): *Ética y derecho. Jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018)*, Valencia: Tirant lo blanch: 107-116.
- LÓPEZ y LÓPEZ, A., 2017: *La interpretación de los contratos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LUHMANN, N., 2005: *Confianza*, Barcelona: Anthopos, A. Flores (trad.) desde la versión inglesa, cotejada y corregida desde la versión en alemán D. Rodríguez.
- LYON, A., 2007: «La voluntad virtual derivada de la naturaleza del contrato determinada por su causa», en: *Estudios de derecho civil II*, Santiago: Lexis Nexis.
- LYON, A., 2017: *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos*, Santiago: Ediciones UC.
- MACAULAY, S., 2000: «Relational contracts floating on sea of custom -- thoughts about the ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein», *Northwestern University Law Review*, 94(3): 775-804.
- MACCORMICK, N., 2011: *Instituciones de derecho*, F. Atria y S. Tschorne (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- MACNEIL, I., 1974: «The Many futures of contracts», *Southwestern California Law Review*, (vol. 47): 691-816.
- MACNEIL, I., 2000: «Relational contract theory: Challenges and queries», *Northwestern University Law Review*, 94(3): 877-908.
- MEDICUS, D., 1995: *Tratado de las obligaciones*, Vol. I, A. Martínez (trad.), Barcelona: Bosh.

- MEJÍAS, C., 2014: «La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 21 - N.º 1: 111-156.
- MEJÍAS, C. 2020: Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos, Santiago: Ediciones DER.
- MESSINEO, F., 2018: Doctrina general del contrato, Santiago: Olejnik.
- MEZA, R., 2002: Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones, T II y II, 9ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- MILLER, P., 2014: «The Fiduciary Relationship», in A. Gold y P. Miller (eds.): *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, UK: Oxford University Press: 63-90.
- MILLER, P., 2016: «The Idea of Status in Fiduciary Law», in A. Gold y P. Miller (eds.): *Contract, status, and Fiduciary law*, UK: Oxford University Press: 25-50.
- MOMBERG, R., 2010: «La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37 N.º 1: 43-72.
- MOMBERG, R. y PINO, A., 2018: «Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales», *Revista chilena de derecho privado*, 30: 163-191.
- MONTESQUIEU, 1988: El espíritu de las leyes, Santiago: Ercilla.
- MORAGA, C., 2008: Contratación Administrativa, Santiago: Jurídica de Chile
- MORALES, A., 2012: «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, T. LXV, Fasc. I: 1-24.
- MORALES, A., 2016: Claves de la modernización del derecho de contratos, Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- NINO, C., 2003: La Constitución de la democracia deliberativa, Barcelona: Gedisa editorial.
- NINO, C., 2014a: Derecho, moral y política. Una revisión general del Derecho, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- NINO, C., 2014b: Introducción al análisis del derecho, Barcelona: Ariel.
- ORDOQUI, G., 2011: Buena fe en los contratos, Madrid: Reus.
- PAPAYANNIS, D., 2014: Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual, Madrid: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, D., 2016: El derecho privado como cuestión pública, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PAPAYANNIS, D., 2020: «Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia», *Réplica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*: 9-38.
- PAPAYANNIS, D. y PEREIRA, E., 2018: «Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel», en D. Kimel: De la promesa al contrato. hacia una teoría liberal del contrato, Madrid: Marcial Pons: 13-50.
- PARDOW, D., 2006: «Potestades de administración y deberes fiduciarios. Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno», en H. Corral y M. Rodríguez (coord.): Estudios de derecho civil II, Santiago: Lexis Nexis: 89-112.
- PARDOW, D., 2007: «La parábola del administrador infiel. Un estudio sobre los conflictos de intereses y el deber de lealtad», en A. Guzmán (ed.): Estudios de derecho civil III, Santiago: Thomson Reuters: 567-582.
- PASTOR, N. y COCA, I., 2016: El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código Penal, Barcelona: Atelier.
- PEÑAILILLO, D., 2011: Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales, Santiago: Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO, D., 2016: Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento, Santiago: Jurídica de Chile.
- PEREIRA, E., 2016: ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual, Santiago: Thomson Reuters.
- PEREIRA, E., 2018: «Altruismo y derecho contractual», en D. Papayannis y E. Pereira (eds.), Filosofía del derecho privado, Madrid: Marcial Pons.

- PIZARRO, C., 2012: «¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?», *Revista Ius et Praxis*, N.º 1: 11-28.
- PRADO, P., 2015a: La colaboración del acreedor en los contratos civiles, Santiago: Thomson Reuters.
- PRADO, P., 2015b: «La colaboración del acreedor: una aplicación concreta de la buena fe», en S. Retamales y V. Guevara (coord.), L. San Martín (ed.): La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y Análisis de sentencias: 125-144.
- PUELMA, A., 1992: Contratación comercial moderna, Santiago: Jurídica de Chile.
- PUELMA, A., 2011: Sociedades, T. II Sociedad Anónima, 3ª ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- PUIG, J., 1952: La jurisprudencia como fuente del derecho, Barcelona: Bosch.
- QUINTANA, F., 2001: Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho, Santiago: Jurídica de Chile.
- QUINTERO, D., 2015: «Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de junio de 2013, rol N.º 4178-2013», en S. Retamales y V. Guevara (coord.), L. San Martín (ed.): La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias: 23-36.
- RAMOS, R., 2008: De las obligaciones, 3ª ed., Santiago: Legal Publishing.
- RAZ, J., 2013: Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica, H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- REYES J., 2019: El principio de confianza, Santiago: Editorial Metropolitana.
- RIPERT, G., 2016: la regla moral en las obligaciones civiles, C. Valencia (trad.), Argentina: Olejnik.
- RODRÍGUEZ, P., 1992: La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile), Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- RODRÍGUEZ, P., 1999: El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Santiago: Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ, P., 2001: Estructura funcional del Derecho, Santiago: Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo.

- ROSS, A., 2005: Sobre el derecho y la justicia, Argentina: Eudeba.
- SANDOVAL, R., 2015: Derecho Comercial, T. III Vol. 1 y 2, Santiago: Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN, L. (ed.), 2015: La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias, Santiago: Thomson Reuters.
- SAN MARTÍN, L., 2019: «Tres conceptos para un estándar de conducta: a propósito de la confianza razonable y la protección de la apariencia», en Barría et al (eds. y coords.): Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo, Santiago: Thomson Reuters: 595-622.
- SCHOPF, A., 2018: «La buena fe contractual como norma jurídica», en *Revista chilena de derecho privado*, 31: 109-153.
- SHAPIRO, S., 2014: Legalidad, D. Papayannis y L. Ramírez (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- SPEIDEL, R. E., 2000: «The characteristics and challenges of relational contracts», *Northwestern University Law Review*, 94(3), 823-846.
- STITCHKIN, D., 2008: El mandato civil, 5ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.
- TAPIA, M., 2005: Código Civil. Evolución y perspectivas, Santiago: Jurídica de Chile.
- TAPIA, M., 2015: «La buena fe como mecanismo de integración eficiente», en: Estudios de Derecho Civil X, Santiago: Thomson Reuters.
- TORRES, O., 2018: Derecho de Sociedades, 6ª ed., Santiago: Thomson Reuters.
- TUR FAÚNDEZ, M., 2011: La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal, Navarra: Thomson Reuters.
- VÁZQUEZ, C., 2015: De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid: Marcial Pons.
- VÉLIZ, P y BITRAN, Y., 2019: Compliance ¿Por qué? ¿para qué? Claves para su gestión, 2ª ed.: Thomson Reuters.
- VIAL, V., 2007: Código Civil. Teoría general del acto jurídico, 5ª ed., Santiago: Jurídica de Chile.

- VIDAL, A., 2000: «La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 21: 209-227.
- VIDAL, A., 2011: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho*, 16: 243-302.
- VIDAL, A., 2014a: «La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil», en De la Maza et al (eds.): *Estudios de Derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters: 229-248.
- VIDAL, A. 2014b: «La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil», en De la Maza et al (eds.): *Estudios de Derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Thomson Reuters: 249-290.
- VON TUHR A, 1925: «La buena fe en el derecho romano y en el derecho actual», W. Roces (trad.), *Revista de Derecho Privado*, 146: 337-342.
- VON TUHR, A., 2006: *Parte general del Derecho Civil*, W. Roces (trad.), Granada: Comares.
- WEINRIB, E., 2017: *La idea de derecho privado*, Madrid: Marcial Pons.
- WIEACKER, F., 2019: *El principio general de buena fe*, L. Díez-Picazo (trad.), Santiago: Olejnik.
- ZIMMERMANN. R. y WHITTAKER, S., 2000: *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, England: University Press.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., 2012: *Introducción al derecho comparado*, A. Vázquez (trad.), México D.F.: Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

Avilés con Sercotex Limitada (2004). Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de junio de 2004, Rol N° 3883-2002. Confirmada por la Corte Suprema Rol N° 2772-2004⁵⁶⁵.

Banco de Chile con I.J.E.V (2011). Corte Suprema, 21 de julio de 2011, Rol N° 527-2010.

Benítez con Mundaca del Río y Cía. Limitada (2016). Corte Suprema, 23 de mayo de 2016, Rol N° 18409-2015.

Construcciones Industriales y Civiles Limitada con Barrón Viera Internacional Limitada (2015). Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2015, Rol N° 2078-2015.

Empresa constructora Chillán Viejo con Universidad del Bío-Bío (2002). Corte Suprema, 29 de enero de 2002, Rol N° 4804-2000.

Guzmán con Inversiones Cepic Limitada (2013). Corte Suprema, 16 de enero de 2013, Rol N° 5665-2012.

M.L & L. Limitada con Banco Itaú Chile (2014). Corte Suprema, 2 de septiembre de 2014, Rol N° 14243-2013.

Moreno con Banco Santander (2014). Corte Suprema, 26 de agosto de 2015, Rol N° 26847-2014.

Radio Nuevos FM Limitada con Ingeniería y Construcción Limitada (2017). Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de abril de 2017, Rol N° 3436⁵⁶⁶.

Trasandina de Comercio S.A. con Du Pont Chile S.A. (2011). Corte Suprema, 22 de agosto de 2011, Rol N° 8573-2009.

Valdivia Lucero con Same Madrid y Madrid y Compañía Limitada (2013). Corte Suprema, 16 de abril de 2013, Rol N° 6840-2012.

Velasco con Moya (2018). Corte Suprema, 20 de agosto de 2018, Rol N° 141-2018.

⁵⁶⁵ La jurisprudencia citada puede obtenerse directamente de la página del poder judicial: www.pjud.cl, mediante el rol de ingreso que en cada caso se menciona.

⁵⁶⁶ Recurso de Apelación declarado desierto. Queda firme la sentencia dictada por el 28° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 9394-2017.

Zúñiga Castro con Instituto de Educación Superior Santo Tomás (2016). Corte Suprema,
21 de julio de 2016, Rol N° 9480-2016.



María Magdalena Bustos Díaz



Código: 1622505969544
verificar validez en
<https://www.esigner.cl/EsignerValidar/verificar.jsp>