



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

CAMPOS MICIN, SEBASTIÁN; MUNITA MARAMBIO, RENZO; PEREIRA FREDES, ESTEBAN

Fundamentación normativa de los deberes derivados de la buena fe contractual. Entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado*

Revista de Derecho Privado, núm. 43, 2022, Julio-Diciembre, pp. 187-217

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.08>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417572654008>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Fundamentación normativa de los deberes derivados de la buena fe contractual. Entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado*

» SEBASTIÁN CAMPOS MICIN**
» RENZO MUNITA MARAMBIO***
» ESTEBAN PEREIRA FREDES****

RESUMEN. Teniendo a la vista el estado actual del derecho de contratos, el presente artículo indaga sobre la justificación normativa de diversos deberes de conducta derivados de la buena fe. Se procura demostrar que algunos deberes encuentran su justificación normativa en un modelo de individualismo desinteresado –que, en términos generales, impone la necesidad de no lesionar los legítimos intereses del otro–, mientras que otros la encuentran en un modelo de altruismo moderado –que, en determinadas hipótesis, impone un deber de sacrificar o poner en riesgo la satisfacción

* Fecha de recepción: 8 de febrero de 2021. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.
Para citar el artículo: CAMPOS MICIN, S., MUNITA MARAMBIO, R. y PEREIRA FREDES, E., “Fundamentación normativa de los deberes derivados de la buena fe contractual. Entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 187-217. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.08>.

** Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesor instructor. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, España. Contacto: scampos@derecho.uchile.cl. Orcid: 0000-0002-3236-8630.

*** Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, Chile; profesor investigador. Doctor en Derecho, Universidad Grenoble Alpes, Grenoble, Francia. Magíster en Derecho Privado, Universidad de Grenoble Alpes, Grenoble, Francia. Contacto: renzomunita@udd.cl. Orcid: 0000-0003-2156-1416.

**** Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, Chile; profesor de Teoría del Derecho y Derecho Privado. Doctor en Derecho, Universidad de Girona, Girona, España. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile. Contacto: esteban.pereira@uai.cl. Orcid: 0000-0002-1471-6590.

de los intereses propios-. Se concluye que, aunque buena parte de los deberes derivados de la buena fe encuentran su justificación normativa en un modelo de altruismo moderado, la buena fe reposa sobre una fundamentación normativa dual en el estado actual del derecho de contratos.

PALABRAS CLAVE: buena fe, deberes de conducta, justificación normativa.

Normative Foundation of Duties Derived from Contractual Good Faith. Between Desinterested Individualism and Moderate Altruism

ABSTRACT. This article, bearing in mind the current state of contract law, inquires about the normative justification of various duties of conduct derived from good faith. It seeks to demonstrate that some duties find their normative justification in a model of disinterested individualism –which, in general terms, imposes the duty of not to harm the legitimate interests of the other– while others find it in a model of moderate altruism –which, in certain hypotheses, it imposes a duty to sacrifice or jeopardize the satisfaction of one's own interests–. It is concluded that, although a good part of the duties derived from good faith find their normative justification in a model of moderate altruism, good faith continues to find a dual normative foundation in the current state of contract law.

KEYWORDS: good faith, duties of conduct, normative justification.

SUMARIO: Introducción. I. Buena fe y modelos de justificación normativa. II. Fundamentación normativa de deberes asociados a la etapa precontractual. III. Fundamentación normativa de deberes asociados a la etapa de ejecución del contrato. Conclusiones. Referencias

Introducción

La buena fe objetiva¹, sin duda, es uno de los principios informadores del moderno derecho de contratos.

1 En este estudio solamente haremos alusión a la buena fe en su dimensión prescriptiva, es decir, la buena fe como regla de conducta exigible a las personas según un modelo abstracto de apreciación (el de una persona media razonable que actúa leal y rectamente). HESSELINK, M., “The concept of good faith”, en HARTKAMP A., HESSELINK M., HONDIUS E., MAK C. y DU PERRON E. (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 619 y 620; BIANCA, M., *Il contratto*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2000, 500; CORRAL, H., *Curso de derecho civil. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, 32. Hacemos la prevención de que entendemos que la buena fe objetiva tiene una entidad propia y diversa a la de la buena fe subjetiva. En este sentido, puede verse: HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 619 y 620; BIANCA, M. *Il contratto*, cit., 500; GALLO, P., *Il contratto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017, 627. Desde una aproximación diversa, Peñai-

Si se realiza un balance comparativo de los sistemas más modernos del derecho continental, puede afirmarse que la buena fe objetiva –en adelante, simplemente *buena fe*– desempeña fundamentalmente tres funciones institucionales en el derecho de contratos: (a) concretización/interpretación del contenido de un contrato (*adiuvare*); (b) creación de deberes de conducta adicionales (*supplere*); y (c) corrección o limitación de derechos o del contenido del contrato (*corriger*)².

Por cierto, la práctica de tales funciones involucra riesgos significativos contra la seguridad jurídica y la autonomía privada. En particular, un estándar normativo indeterminado como la buena fe, que evoca las genéricas máximas de lealtad y corrección en el comportamiento, podría servir de base para desnaturalizar el sentido del acuerdo alcanzado en un contrato (*adiuvare*), justificar la exigibilidad de variados y antojadizos deberes de conducta (*supplere*), y limitar excesivamente el ejercicio de derechos subjetivos (*corriger*)³. Además, en lo que concierne específicamente a la función suplementaria, habría un déficit de legitimidad institucional, pues la sentencia judicial, que operaría como la fuente formal de las reglas de conducta que *derivan* de la buena fe, no es una fuente formal precedida de un ejercicio democrático del poder político⁴.

No obstante, las funciones institucionales que diversos sistemas jurídicos atribuyen a la buena fe, junto con judicaturas maduras y conectadas con la realidad social, han facilitado la adaptación del derecho de contratos a los requerimientos comerciales y éticos del tráfico jurídico contemporáneo⁵. En lo que atañe especialmente a la función suplementaria, que es la que más nos interesa, la buena fe ha servido de base para

lillo sostiene que la fe es una unidad y que la denominada fe objetiva no es sino un método para evaluar la fe de un sujeto; el autor estima que una auténtica buena fe no solo implica un comportamiento conforme a la norma, sino también una convicción (PEÑAILILLO, D., “La apreciación de la buena fe”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. II, n.º 1, 1993, 69-71; PEÑAILILLO, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, 52 y 53).

- 2 HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 627; STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1, 2003, 4. En sentido similar, WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 24. El origen de esta tesis, aunque con matices diversos a los aquí consignados, suele atribuirse a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Santiago, Ediciones Olejnik, traducción de Luis Díez-Picazo, 2019, 36.
- 3 Como sugiere Gallo, la buena fe puede operar como suerte de caja de pandora de la cual puedan devolverse las más disparatadas soluciones (GALLO, P., *Il contratto*, cit., 627). Un esfuerzo para dotar de un contenido sustantivo propio a la buena fe y, a la vez, identificar ciertos criterios que permiten su concreción en los diversos tipos de relaciones contractuales, puede encontrarse en SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, 2018, 109-121.
- 4 Se trata, en todo caso, de un déficit aparente, pues en varios sistemas es el propio ordenamiento jurídico el que atribuye una función suplementaria a la buena fe, dotando al juez de facultades para concretar sus exigencias (HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 636, 645 y 646. También SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, cit., 142).
- 5 SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, cit., 129, 141 y 142.

el reconocimiento de numerosos y variados deberes de conducta que forman parte importante del derecho de contratos⁶. En el cometido de esta función, los jueces, en general, han observado los límites del derecho positivo y el razonamiento jurídico, sin que pueda constatarse una real intromisión en las esferas de otros poderes del Estado⁷.

En lo que concierne a la función suplementaria, la cuestión de cómo la buena fe puede fundar deberes de naturaleza tan diversa, dice relación con la justificación normativa que subyace a esta. Por justificación normativa de la buena fe no nos referimos aquí al engarzamiento de esta en normas de derecho positivo, sino a su vinculación con determinados fundamentos morales o filosóficos⁸. Y es que la buena fe, como todo otro instituto jurídico, responde a consideraciones valorativas que la sustentan y explican su operatividad en los sistemas jurídicos privados.

En este orden, en el presente trabajo, centrándonos fundamentalmente en los modernos instrumentos de armonización, procuraremos identificar el modelo de justificación normativa que subyace a algunos de los más destacados deberes de conducta derivados de la buena fe contractual⁹. Nuestra motivación por acometer el objetivo evocado es doble. Por un lado, consideramos que la presentación de deberes de conducta expresamente reconocidos expresamente por los sindicados instrumentos podría servir como guía a la judicatura para una práctica ponderada de la función suplementaria atribuida a la buena fe. Por el otro, la identificación del modelo de justificación normativa que subyace a tales deberes permite atisbar cuál es el peso relativo de cada modelo en el actual estadio del derecho de contratos.

Con tales propósitos, en primer lugar, indagaremos acerca de la justificación normativa de la buena fe (I); en segundo lugar, respecto de la etapa precontractual, examinaremos la justificación normativa de los deberes de negociar correcta y lealmente, de información, de confidencialidad, de transparencia y de utilizar cláusulas no negociadas con un contenido normativo equilibrado (II); en tercer lugar, en lo que concierne a la ejecución del contrato, nos referiremos a la justificación normativa del deber de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales, del deber de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida y del deber de comunicación asociado a la existencia de un impedimento temporal (III); finalmente, presentaremos nuestras conclusiones.

6 LARENZ, K., *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, traducción de Luis Díez Picazo, 1985, 96; STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, cit., 6; LÓPEZ, J y ELORRIAGA, F., *Los contratos. Parte general*, 6.^a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017, 438 y 439.

7 En similar sentido, AUER, M., “Good Faith: A Semiotic Approach”, cit., 201.

8 La fundamentación normativa de las instituciones representativas de una parcela del derecho hace alusión a la justificación *moral* que las informa, indagando los compromisos valorativos a los cuales responde y que guían su funcionamiento. Por cierto, es posible que un determinado instituto esté sustentado en valores sustantivos diversos y cuyas exigencias apunten en direcciones contrarias.

9 Previamente, analizando diversos deberes de conducta derivados de la buena fe, CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.^o 37, 2021, 115-146.

Antes de comenzar el análisis, vale la pena advertir que algunos deberes negativos o prohibiciones a los que nos referiremos, si bien pueden incardinarse en la función suplementaria atribuida a la buena fe, también podrían encontrar asidero en su función delimitadora. Así ocurre, especialmente, con el deber de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado y con el deber no abusar de prerrogativas y remedios contractuales. El punto, con todo, no parece sustantivo, pues, como sostiene Storme, existe una clara correlación entre ambas funciones¹⁰.

I. Buena fe y modelos de justificación normativa

La justificación normativa de la buena fe, como uno de nosotros ha sostenido en otro trabajo, es dual o bifronte¹¹; esto es, se sustenta conjuntamente en los pilares del altruismo moderado y del individualismo desinteresado. Ambos modelos de fundamentación normativa ofrecen razones acerca de cómo debemos relacionarnos inter-subjetivamente. De acuerdo con el primer esquema, a pesar de la diferencia que media entre intereses propios y ajenos y la primacía del interés personal sobre el de los demás, ello no legitima lesionar o dañar los intereses ajenos. Desde el segundo enfoque, en tanto, no es necesariamente efectivo el predominio del interés propio del agente y, por ende, es pertinente que en ocasiones este deba actuar positivamente a favor del interés de otra persona. A veces, no basta con el respeto por el interés de los otros que se traduce en abstenerse de lesionarlo, sino que es menester actuar derechamente a su favor para lograr beneficiarlo.

Lo expuesto resulta importante, pues, en términos generales, la buena fe contractual es usualmente concebida como un estándar de conducta que exige la consideración de los legítimos intereses y expectativas del otro¹². Dicho estándar, así concebido, resulta neutral y no está necesariamente comprometido con el predominio de los intereses propios ni de los ajenos¹³. No obstante, a la luz de los postulados del individualismo desinteresado, la noción recién dada de *buena fe* simplemente

10 STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, cit., 5.

11 PEREIRA, E., “La buena fe y sus fundamentos normativos”, en *Latin American Legal Studies*, vol. 7, 2020, 111-134.

12 Al respecto, STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, cit., 3; HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 621. El artículo 1.1:103 (i) del DCFR señala que “[T]he expression ‘good faith and fair dealing’ refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question”. En similares términos, véase SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, cit., 113-117.

En una aproximación diversa, Betti distingue entre *correttezza* y *buona fede*. Según el jurista italiano, la *correttezza* solo operaría en sentido negativo, imponiendo fundamentalmente el deber de no lesionar el interés ajeno; la *buona fede*, en cambio, podría operar también en sentido positivo, imponiendo deberes de actuación dirigidos a salvaguardar el interés del otro, cooperando así a su satisfacción (BETTI, E., *Teoria generale delle obligazioni*, Milano, Giuffrè, 1953, 63).

13 No obstante, ello no ha impedido que la buena fe sea usualmente asociada a una moral social eminentemente altruista (BIANCA, M., *Il contratto*, cit., 501; STORME, M., “Good Faith and the Contents

reconocería en los derechos e intereses ajenos un límite para alcanzar los propios, dando cuenta de un modelo normativo que, si bien centrado en el predominio del interés propio, impone respeto por el ajeno, resguardando así la autonomía de las personas como un valor fundamental en la ética social¹⁴. De esta guisa, la buena fe impondría al contratante, fundamentalmente, el deber general de no lesionar los legítimos intereses del otro, el que, a su turno, se traduciría en deberes más concretos, normalmente negativos, a lo largo de todo el iter contractual.

Con todo, la buena fe también impone ciertos deberes cuyo cumplimiento implica sacrificar o poner en riesgo la satisfacción de alguna medida del propio interés del contratante, al desafiar la preferencia normativa de este sobre el de las demás personas. Estos deberes en favor del interés ajeno ponen de relieve la importante medida de altruismo moderado que subyace a las exigencias de la buena fe, pues desmienten que el predominio del interés propio esté siempre y en todos los casos justificado normativamente¹⁵. Tales deberes –que, por regla general, son positivos–, en línea con la generalidad de los deberes jurídicos, solo exigen una adecuación conductual, siendo indiferente si existen o no reales motivaciones altruistas en quienes los cumplen¹⁶.

La justificación normativa dual o bifronte de la buena fe, además de revelar que el derecho de contratos no está exclusivamente comprometido con una ética individualista, dota de consistencia dogmática a deberes de conducta muy variados entre sí, que pueden responder a un modelo de individualismo desinteresado o a uno de altruismo moderado. En este sentido, la buena fe reproduce un rasgo decisivo del derecho de contratos; a saber, que la estructura normativa del derecho de contratos

of Contracts in European Private Law”, cit., 2; AUER, M., “Good Faith: A Semiotic Approach”, cit., 192 y 193).

- 14 Acerca de las maneras de entender el individualismo y su conexión con el derecho de contratos, PEREIRA, E., “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, en PAPAYANNIS, D. y GARCÍA, J. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 219-227; PEREIRA, E., “Altruismo y derecho contractual”, en PAPAYANNIS, D. y PEREIRA, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2018, 143-147. En lo que concierne a la vinculación entre individualismo y autonomía, véase también KENNEDY, D., “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, en GARCÍA, M. (ed.), *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, 166 y 167; AUER, M. “Good Faith: A Semiotic Approach”, cit., 192. En lo que atañe a la relación entre autonomía y buena fe, véase SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, cit., 119.
- 15 En relación con los diferentes modos de entender el altruismo, PEREIRA, E., “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, cit., 227-232; PEREIRA, E., “Altruismo y derecho contractual”, cit., 140-142. En términos generales, el altruismo moderado, como modelo de justificación normativa, descansa en tres postulados: (1) de la diferencia entre los intereses de una parte y los de la otra no se sigue que para cada una siempre deban predominar sus propios intereses; (2) es una exigencia permanente para cada parte atender y preocuparse por los intereses de la otra; y, por último, (3) resulta necesario que, en ciertas circunstancias excepcionales, una parte actúe positivamente a favor del interés de la otra. Evidentemente, solo los postulados 1 y 3 permiten distinguir al altruismo moderado del individualismo desinteresado, toda vez que el postulado 2 es común a ambos modelos de justificación normativa.
- 16 PEREIRA, E., “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, cit., 232-234; PEREIRA E., “Altruismo y derecho contractual”, cit., 156.

no es, como podría creerse, uniforme. Es posible hallar, al menos, dos fundamentos normativos que transitan por direcciones contrarias en torno al predominio del interés personal del contratante. Mientras que el individualismo desinteresado apuesta por el privilegio del propio interés, el altruismo moderado desafía tal prevalencia y, en ciertas situaciones, justifica la imposición de deberes que favorecen directamente el interés de la otra parte del contrato. Esta coexistencia de modelos de justificación valorativa de los deberes derivados de la buena fe echa luz sobre la complejidad normativa en que se asienta el derecho contractual, en la medida en que ni aun la versión desinteresada del individualismo puede proveer de un sustento moral exhaustivo para las diversas exigencias allí vigentes. De ahí que sea indispensable acudir al altruismo moderado para fundar ciertas demandas de la buena fe –que también es posible hallar en otros institutos de esta área del derecho– y que instan a actuar a favor de la otra parte del contrato¹⁷.

La determinación de cuál es exactamente el modelo en el cual está fundado un determinado deber no es tarea sencilla, siendo posible que los límites entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado parezcan un tanto difusos cuando, por ejemplo, el resguardo del interés ajeno sea reforzado a partir de la proscripción de lesionarlo. Del mismo modo, es posible que un determinado deber de buena fe posea una dimensión que se ajusta con el individualismo desinteresado y, además, otra que perfectamente encaje con el modelo de justificación esgrimido por el altruismo moderado. Por ello, nuestro examen revisará cada uno de estos deberes según la manera en que *normalmente* se presentan en las prácticas contractuales y, a partir de ese esquema, procuraremos transparentar el fundamento que sirve de asiento normativo para cada exigencia. Cuando sea el caso en que el deber presente ciertas variantes introduciremos los respectivos matices en el análisis.

II. Fundamentación normativa de deberes asociados a la etapa precontractual

A. Deber de negociar correcta y lealmente

Varios sistemas de derecho continental reconocen un deber de actuar de buena fe durante las tratativas preliminares¹⁸. Una consagración completa y explícita de este deber se encuentra, por ejemplo, en el artículo II – 3:301 (2) del DCFR, que dispone: “[A] person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance

17 Respecto de la complejidad normativa de la buena fe, véase PEREIRA, E., “La buena fe y sus fundamentos normativos”, cit., 124-134.

18 Artículos 1337 del *Codice Civilé*, 227 del Código Civil portugués, 197 del Código Civil griego, 1104 y 1112 del *Code Civil* y § 311.2 (1) del BGB. Al respecto, BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3.^a ed., Oxford, Hart Publishing, 2019, 423-427.

with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract".

Pese a que el deber de negociar de buena fe proteja la confianza que el estado avanzado de una negociación podría legítimamente suscitar en una de las partes en cuanto a que se celebrará el contrato¹⁹, ello no implica exista un deber de concluirlo (artículos 2.1.15 [1] de los PICC, 2:301 [1] de los PECL, 2:103 [1] de los ACQP, II – 3:301 [1] del DCFR y 10 de los PLCD)²⁰. Sin embargo, en caso de negociación o ruptura contraria a las exigencias de la buena fe, la parte infractora será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte (artículos 2.1.15 [2] de los PICC, 2:301 [2] de los PECL, 2:103 [2] de los ACQP, II – 3:301 [3] del DCFR y 11 [1] de los PLCD)²¹.

En principio, entre las diversas conductas que pueden reputarse contrarias al deber de negociar de buena fe, destacan: (a) negociar sin intención de concluir un contrato; (b) sostener negociaciones paralelas aparentando exclusividad; (c) retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada; (d) inducir consciente o negligentemente a otro, sin advertencia alguna, a la celebración de un contrato nulo; y, por último, (e) revelar a terceros información confidencial²². No obstante, en una aproximación restrictiva, el deber de negociar de buena fe se concreta en el deber de no retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada²³. Por cierto, el punto en que la infracción de tal concreto deber genera responsabilidad, depende de las circunstancias y, en especial, de

-
- 19 Al respecto, INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Madrid, La Ley, 2012, 71; DE LA MAZA, I. y VIDAL, Á., *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 22-25; BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2.^a ed. actualizada, tomos I y II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020, 1119-1124.
- 20 BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 431; DE LA MAZA, I. "El retiro unilateral de las negociaciones en los PLCD", en VIDAL, Á. y SEVERIN, G. (eds. y coord.), *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 128 y 129; DOMÍNGUEZ, R., *Teoría general del negocio jurídico*, 3.^a ed., Santiago, Prolibros Ediciones, 88.
- 21 En la mayoría de los sistemas de derecho continental, los daños resarcibles son los de confianza, consistentes, fundamentalmente, en los gastos en que incurrió la parte agravada durante las negociaciones y la eventual pérdida de oportunidad de celebrar el mismo contrato con un tercero (BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 464; DE LA MAZA, I. y VIDAL, A., *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, cit., 26 y 27; BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 1117, 1118 y 1120). Una disposición particularmente clara es el artículo 11 (3) de los PLCD, que dispone: "En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado" (DE LA MAZA, I. "El retiro unilateral de las negociaciones en los PLCD", cit., 137).
- 22 Para una revisión de derecho comparado, doctrina y jurisprudencia, BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 427-479. En una aproximación similar, señalando que el deber de negociar correcta y legalmente es un deber general que se concreta en diversos deberes precontractuales, NASARRE, S. "Sección 3. Deberes de negociación y confidencialidad", en VAQUER, A., BOSCH, E. y SÁNCHEZ, M. (coord.), *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*, Barcelona, Atelier, 2012, 252 y 253.
- 23 Al respecto, KÖTZ, H., *European contract law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 32-39.

la medida en la cual la víctima, con base en la conducta previa del infractor, tuviera razones para confiar en la conclusión del contrato²⁴.

De esta guisa, la infracción del deber de negociar de buena fe presupone dos condiciones: (a) que el estado de la negociación y la conducta previa de quien se retira o interrumpe las tratativas hayan provocado en la otra parte una confianza razonable en la conclusión del contrato; (b) que el retiro o interrupción carezca de una justificación razonable²⁵.

Con todo, la sola recepción de una mejor oferta podría servir como una justificación razonable en un sistema de libre competencia, por muy avanzadas que estén las negociaciones²⁶.

En relación con los fines de nuestro trabajo, resulta claro que el deber de no retirarse o interrumpir injustificada o intempestivamente una negociación ya avanzada encuentra una adecuada justificación normativa en el individualismo desinteresado, pues, en definitiva, el referido deber no es sino una concreción del genérico deber de no lesionar los legítimos intereses ajenos²⁷.

B. Deberes de información

Desde la segunda mitad del siglo XX, con base en las exigencias de la buena fe, comenzó a estimarse que la concurrencia de asimetrías informativas justifica la imposición de deberes precontractuales de información adicionales a los reconocidos en los códigos decimonónicos²⁸. Contemporáneamente, algunos instrumentos de

-
- 24 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., 71; BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 463-466.
- 25 BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 463 y 464; BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 1122 y 1123; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 119.
- 26 BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 465.
- 27 En sentido similar, rechazando una justificación altruista o, en sus palabras, “filantrópica”, DE LA MAZA, I. y VIDAL, A., *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, cit., 21; DE LA MAZA, I. “El retiro unilateral de las negociaciones en los PLCD”, cit., 131-134.
- 28 SCHULZE, R. y ZOLL, F. *European contract law*, Baden-Baden, Nomos, 2018, 106 y 107; HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 628; DE LA MAZA, I. “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, 2010, 93; BOETSCH, C., *La buena fe contractual*, Santiago, Ediciones UC, 2015, 116-118; MUNITA, R., “Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico”, en CÉSPEDES, C. (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 200-202; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 120-126. En relación con los deberes de información atípicos, un completo análisis en DE LA MAZA, I., *Los límites del deber precontractual de información [en línea]*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral, 2009, 307-393, disponible en <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/2302>

armonización incluso consagran un deber genérico de información. Así, por ejemplo, el artículo 2:201 de los ACQP, fundado materialmente en la buena fe²⁹, dispone que “[b]efore the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonably expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances”. En el mismo sentido se manifiesta el artículo II.-3:101 (1) del DCFR³⁰. Encuentre o no justificación normativa y económica la consagración de un deber genérico³¹, es claro que los deberes de información están orientados, predominantemente, a reforzar la libertad de conclusión³². En este orden, el establecimiento de deberes de información no escapa a una ética social profundamente comprometida con la autonomía y, por ende, con el individualismo filosófico. En concreto, al menos en lo que respecta a los contratos entre empresarios de distintas fuerzas y a los contratos de consumo, los referidos deberes se imponen para hacer frente a asimetrías informativas y, de ese modo, resguardar un

3_maza_i%c3%b1igo_de_la.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consultado el 19 de agosto de 2021]. Para una mirada más panorámica al principio de protección al más débil como principio que justifica la imposición de deberes, limitaciones y correcciones, MUNITA, R., “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8, 2021, 174-190.

- 29 En el comentario 3 al artículo 2:101 de los ACQP, titulado “In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith”, se afirma que “[t]he duty to act in good faith encompasses the duty of a business to act with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers”.
- 30 “Article II.-3:101: Duty to disclose information about goods, other assets and services.
(1) Before the conclusion of a contract for the supply of goods, other assets or services by a business to another person, the business has a duty to disclose to the other person such information concerning the goods, other assets or services to be supplied as the other person can [...].” Al respecto, SCHULZE, R y ZOLL, F. *European contract law*, cit., 124. Por cierto, la progresiva positivización jurídica de deberes de información, sea en el marco del derecho del consumo, sea en el del derecho general de contratos, no implica que su sustento dogmático deje de estar en la buena fe, aunque sí ha de reconocerse que, de darse tal positivización, la exigibilidad formal del deber de informar derivará de la propia ley.
- 31 En contra de la imposición de un deber de información tan amplio, De la Maza sostiene que los ACQP y el DCFR han extrapolado injustificadamente principios propios del derecho del consumo al derecho civil, DE LA MAZA, I. *Los límites del deber precontractual de información*, cit., 367-369. En una línea similar, manifestándose en contra de un deber genérico de información, BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 1128-1130.
- 32 SCHULZE, R y ZOLL, F. *European contract law*, cit., 106; DE LA MAZA, I. *Los límites del deber precontractual de información*, cit., 62 y 174; MUNITA, R., “Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico”, cit., 198 y 199. En lo que respecta a las relaciones de consumo, GARCÍA, J., “Art. 60”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 822; DE LA MAZA, I., “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, n.^o 2, 2010, 39; BARRIENTOS, M., “Artículo 3º b”), en DE LA MAZA, I. y PIZARRO, C. (dirs.) y BARRIENTOS, F. (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2013, 98.

ejercicio más propio de la libertad económica³³. Se trata, en síntesis, de hacer posible la autodeterminación de ciertos agentes del mercado³⁴.

Excepcionalmente, algunos deberes de información se orientan prevalentemente a la protección de la salud, seguridad y bienes de determinadas personas, como acontece, por ejemplo, con el deber de suministrar información en el etiquetado de ciertos productos, con el deber de suministrar instrucciones para el uso de productos naturalmente peligrosos y con el deber del vendedor de informar que la cosa entregada pertenece a un tercero o que padece de un vicio redhibitorio que conoce o debe conocer³⁵. Con todo, resulta claro que tales deberes, al igual que los que refuerzan la autonomía privada, encuentran su justificación en el genérico deber de no lesionar el interés ajeno y, por tanto, en un modelo de individualismo desinteresado.

No obstante, la imposición del deber de suministrar determinada información podría eventualmente suponer la ejecución de una conducta positiva que pone en riesgo o sacrifica parte del interés propio. Así, por ejemplo, si se impusiera a un comprador experto el deber de suministrar información relativa a los resultados de su investigación acerca de las propiedades naturales de determinadas tierras en las que tiene interés (v. gr., yacimientos mineros o de petróleo hasta entonces desconocidos por sus dueños), ello no solo implicaría una obligada externalización del valor económico asociado a la información obtenida (por la cual el comprador experto probablemente haya invertido sumas cuantiosas de dinero), sino que además daría pie para que el vendedor pida un precio muy superior al que pediría sin tal información³⁶. En todo caso, nos parece discutible que la buena fe justifique tal extremo, pues en la práctica puede desincentivar excesivamente el ejercicio de la iniciativa privada³⁷.

Como sea, para efectos de este estudio es importante reparar en la existencia de deberes de información cuya única finalidad es que el destinario conozca ciertos

33 El individualismo, como modelo de organización social, está íntimamente vinculado con la libertad económica. LUKES, S., *El individualismo*, Barcelona, Península, 1975, 111. Ciertamente, la economía de libre mercado también justifica ciertos límites a la imposición legal de deberes de información, toda vez que, conforme con tal modelo, la regla general es que cada quien debe competir con sus propias fuerzas, resultando legítimo que aquel que dispone de mejor información obtenga provecho de ello aun a costa de una inadecuada representación de la realidad de su contraparte (ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract*, 4.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, 181).

34 Esta aproximación ha sido intensamente criticada. Según estudios de economía conductual, los consumidores y las micro y pequeñas empresas tienen una racionalidad limitada que les impide llevar a cabo el falaz ideal del *Homo economicus*. Al respecto, SIMON, H., "A behavioral model of rational choice", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.^o 1, 1955, 99-118; SUNSTEIN, C. y THALER, R., "Libertarian paternalism is not an oxymoron", *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n.^o 4, 2003, 1159-1202 y LOEWENSTEIN, G. y O'DONOGHUE, T. "We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law", *The University of Chicago Law Review*, n.^o 73, 2006, 183-206; SCHULZE, R. y ZOLL, F. *European contract law*, cit., 111; MUNITA, R., "Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico", cit., 216-217.

35 DE LA MAZA, I. *Los límites del deber precontractual de información*, cit., 174, 175, 196, 243 y 244.

36 Ibíd., 364.

37 Al respecto, ibíd., 360-364.

derechos que podrá ejercer una vez ya perfeccionado el contrato, como ocurre, destacadamente, con la información relativa al derecho de desistimiento³⁸. Sin duda que tal información, al menos en lo que atañe a la relación privada, pone sustantivamente en riesgo los intereses de quien la entrega.

En suma, el deber de información, por regla general, encontrará adecuadamente su justificación normativa en un modelo de individualismo desinteresado. Solo excepcionalmente –como en el caso de la información relativa al derecho de desistimiento– lo hará en uno de altruismo moderado. El deber, según puede observarse, presenta diferentes dimensiones de análisis en su fundamentación.

C. Deber de confidencialidad

Si la información revelada por una parte en el marco de una negociación no se encuentra protegida por un derecho de exclusiva (patente, modelo de utilidad, derecho de autor, etc.), ni existe un acuerdo expreso o tácito de que la información entregada es confidencial, la buena fe puede justificar la imposición de un deber de no revelar a terceros la información recibida ni utilizarla para fines propios, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no³⁹.

No existe una regla que establezca un deber general de confidencialidad respecto de la información recibida. En principio, la presunción más razonable es que la información intercambiada puede revelarse a terceros o incluso utilizarse para fines propios, se concluya o no el contrato⁴⁰. Por excepción, surge un deber de confidencialidad cuando, en atención a la naturaleza de la información recibida o las calidades de las partes, la revelación a terceros o la utilización en provecho propio después de interrumpir las negociaciones sea susceptible de lesionar el interés de quien ha entregado dicha información⁴¹.

La infracción de un eventual deber de confidencialidad no solo permite a la víctima solicitar indemnización de perjuicios, sino también, en su caso, ejercer pretensiones restitutorias por enriquecimiento injustificado⁴².

38 SCHULZE, R. y ZOLL, F. *European contract law*, cit., 108.

39 BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, cit., 478; BOETSCH, C., *La buena fe contractual*, cit., 118; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 126.

40 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., 72.

41 Ibíd., 73. Refiriendo diversos ejemplos de información potencialmente confidencial, CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 127.

42 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., 73.

Conviene destacar que el deber de confidencialidad no solo opera en las tratativas preliminares, sino también, en caso de concluirse el contrato, durante su ejecución y en la etapa poscontractual⁴³.

El deber de confidencialidad se encuentra reconocido en los artículos 2.1.16^[44] de los PICC, 2:302^[45] de los PECL, II. – 3:302^[46] del DCFR y 12^[47] de los PLCD. En una senda similar, el artículo 1112-2 del *Code Civil* establece que “[c]elui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun”.

Para los fines de nuestro trabajo, resulta claro que el deber en análisis no persigue directamente beneficiar al otro contratante sino evitar que la revelación o mal uso de la información pueda provocar daños a sus intereses legítimos. Por tanto, el deber de confidencialidad puede perfectamente ser engarzado con los parámetros del individualismo desinteresado.

D. Deber de transparencia

En el marco de la contratación por adhesión, quien se sirve de cláusulas no negociadas tiene un deber precontractual de transparencia enderezado a cautelar una adecuada

43 LÓPEZ, J. y ELORRIAGA, F., *Los contratos. Parte general*, cit., 460; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 127.

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

45 Artículo 2:302: Quiebra de la confidencialidad. Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte.

46 “Article II. – 3:302. Breach of confidentiality.

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

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

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

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

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

formación del consentimiento y, con ello, un verdadero ejercicio de la libertad de elección por parte de los potenciales adherentes⁴⁸.

El deber de transparencia, que típicamente se sustenta en la buena fe contractual⁴⁹, se concreta en una serie de deberes más específicos: el deber de dar al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las cláusulas no negociadas individualmente de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato; el deber de redactar las cláusulas de manera clara, comprensible, precisa y concreta; el deber de destacar las cláusulas que desempeñen un rol importante en la determinación de los alcances económicos y jurídicos del contrato; y el deber de no alterar subrepticiamente la relación entre el precio o retribución y el respectivo bien o servicio⁵⁰.

En el marco de los instrumentos de derecho uniforme, el deber de transparencia, en un sentido amplio, se encuentra reconocido en los artículos 2:104^[51] de los PECL, 6:201^[52], 6:302^[53], 6:303 (2)⁵⁴ de los ACQP y II-9:103^[55], II-9:402^[56] y II-9:406 (2)⁵⁷ del DCFR.

48 PERTÍNEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Aranzadi, 2004, 28 y 29; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 129.

49 Ibíd., 27 y 28.

50 HERNÁNDEZ, G. y CAMPOS, S., “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 39, 2020, 146; PERTÍNEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, cit., 32; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 129.

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

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

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

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

55 II-9:103: “Terms not individually negotiated. (1) Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party’s attention to them, before or when the contract was concluded. (2) If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other

Técnicamente, el cumplimiento del deber precontractual de transparencia supone la observancia de una serie de deberes –*rectius*, cargas– tendientes a asegurar la incorporación de las cláusulas no negociadas a los contratos celebrados entre el empresario que se sirve de ellas y los adherentes⁵⁸. La finalidad que hay detrás del referido deber es que los potenciales adherentes, antes de la conclusión del contrato y observando un cuidado medio, puedan ponderar, con una adecuada información de los alcances económicos y jurídicos del negocio ofrecido, la conveniencia o inconveniencia de celebrarlo. Por ello, si bien la finalidad última del deber de transparencia es resguardar la autonomía del adherente, su cumplimiento supone para el empresario la ejecución de ciertas conductas positivas orientadas a favorecer los intereses de aquél, especialmente cuando se torna exigible un deber de advertencia⁵⁹. Además, un estándar de exigencia alto en relación con el nivel de transparencia que ha de observar el empresario, entraña para este, cuanto menos, el riesgo de sacrificar parte de su interés, pues, al advertir a sus potenciales clientes sobre los riesgos o peligros que asumirían de contratar, el empresario podría verse expuesto a celebrar menos contratos que aquellos que celebraría observando una conducta menos transparente. De ahí entonces que el deber de transparencia no encuentre una justificación normativa de todos sus extremos en el individualismo desinteresado, observándose una conquista del altruismo moderado⁶⁰.

party only if they are made available to the other party in textual form. (3) For the purposes of this Article (a) ‘not individually negotiated’ has the meaning given by II. – 1:110 (Terms ‘not individually negotiated’); and (b) terms are not sufficiently brought to the other party’s attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document.”

- 56 “Article II.-9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair.”
- 57 “Article II.-9:406.2: For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.”
- 58 Somos conscientes de que los instrumentos de armonización precitados, siguiendo el modelo de la Directiva 93/13/CEE, fraccionan el deber de transparencia, evaluando la claridad y comprensibilidad en la redacción, así como su comunicación, con ocasión del control de abusividad. Para una crítica a esta aproximación, CAMPOS, S., *Control de contenido y régimen de ineeficacia de las cláusulas abusivas*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 90-100.
- 59 Sobre el deber de advertencia, PERTÍNEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, n.º 3, 2013, 4 y 18; LÓPEZ, P., “¿Es la obligación/deber de advertencia una categoría exclusiva de la ley n.º 19.496? Hacia una justificación dogmática y propuesta de construcción en el Código Civil chileno”, en GÓMEZ DE LA TORRE, M., HERNÁNDEZ, G., LATHROP, F. y TAPIA, M. (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 937-943.
- 60 Conviene tener presente que el altruismo moderado no es realmente insensible al ideal de autonomía privada. Al respecto, KENNEDY, D., “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, cit., 169.

E. Deber de utilizar cláusulas no negociadas con un contenido equilibrado

La observancia del deber de transparencia no obsta a que las cláusulas sean sometidas a un control subsecuente, el de contenido, que ya no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato⁶¹.

El control de contenido usualmente se estructura sobre la base de una lista negra y una cláusula abierta⁶². A la luz de la cláusula abierta, una cláusula es abusiva cuando se desvía en tal medida del derecho dispositivo que pone en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente⁶³.

En el marco de los instrumentos de armonización, el control de contenido, aplicable a todo contrato por adhesión –cualquiera sea la calidad del adherente–, encuentra reconocimiento en los artículos 4:110^[64] de los PECL, 6:301^[65] de los ACQP y

- 61 Entre otros, ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas, 1991, 254; PERTÍNEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, cit., 40-42; BLANDINO, M., “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER, A., BOSCH, E. y SÁNCHEZ, M. (coords.), *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*, Barcelona, Atelier, 2012, 678; GONZÁLEZ, I. “Art. 82”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1143; BIANCA M., *Il contratto*, cit., 369 y 370; RIZZO, V., “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici” en BELLELLI, A., MEZZASOMA, L. y RIZZO, F. (dirs.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva cee 93/13*, Napoli, Edizione Scientifica Italiane, 2013, 56. Para una distinción entre el control de sorpresividad y el de contenido, CAMPOS, S., “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley n.^o 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g. Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”, *Revista Chilena de Derecho*, n.^o 3, 2020, 758-808.
- 62 Así ocurre, en general, en todos los sistemas modernos. Para una visión panorámica de diversos sistemas de tradición continental, CAMPOS, S., *Control de contenido y régimen de ineeficacia de las cláusulas abusivas*, cit., 107-181; MORALES, M., MENDOZA, P. y MUNITA, R., “Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de Derecho Comparado”, *Vniversitas*, vol. 69, n.^o 141, 2020, disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30226> [consultado el 19 de agosto de 2021].
- 63 Al respecto, CAMPOS, S., *Control de contenido y régimen de ineeficacia de las cláusulas abusivas*, cit., 37-46.
- 64 Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.
- 65 “Article 6:301: Unfairness of terms
(1) A contract term which has not been individually negotiated is considered unfair if it disadvantages the other party, contrary to the requirement of good faith, by creating a significant imbalance in the rights and obligations of the parties under the contract. Without prejudice to provisions on collective proceedings, when assessing the unfairness of a contractual term, regard is to be given to the nature of the goods or services to be provided under the contract, to all circumstances prevailing

II-9:403^[66], II-9:404^[67] y II-9:405^[68] del DCFR. Llama la atención que los PLCD guarden silencio sobre este punto⁶⁹.

En rigor, la función que se atribuye a la buena fe en esta modalidad de contratación se concreta en el control de cómo y en qué medida la estructura jurídica predispuesta satisface los intereses del adherente⁷⁰. El empresario tiene un deber de servirse de un contenido predispuesto equilibrado, que no entorpezca la satisfacción de las expectativas que, según la naturaleza del contrato, el adherente alberga en la ejecución. Luego, la mera constatación de un desequilibrio normativo importante en el contenido de una cláusula no negociada revela *per se* una contravención a la buena fe⁷¹.

Dado que son varias las legítimas ventajas asociadas a la utilización de cláusulas no negociadas⁷², el deber que ha de observar el empresario debiese formularse

during the conclusion of the contract, to all other terms of the contract, and to all terms of any other contract on which the contract depends.

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

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

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

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

69 Para una crítica a este silencio, CAMPOS, S., “Hacia el control de contenido de las cláusulas no-negociadas en los PLCD”, [en línea], *Blog de la red chilena de derecho comparado*, 2020, disponible en <https://www.redchilenaderechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-plcd-una-propuesta-desde-el-der> [consultado el 6 de febrero de 2021]. Según se ha consignado, la tendencia en los demás instrumentos referidos ha sido ampliar el ámbito de aplicación del control a todos los contratos por adhesión, con independencia de si el adherente tiene o no la calidad de consumidor. No obstante, cuando el adherente ostenta la calidad de consumidor, la tutela suele ser reforzada (como ocurre en el marco del DCFR).

70 ALBANESE, A., “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, en *Europa e Diritto privato*, n.º 3, 2013, 702.

71 GONZÁLEZ, I. “Art. 82”, cit., 1113. En sentido similar, DE LA MAZA, I., “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, *Revista chilena de Derecho privado*, n.º 1, 2004, 18 y 19; MOMBERG, R. y PIZARRO, C., “Artículo 16 g”, en DE LA MAZA, I. y PIZARRO, C. (dirs.) y BARRIENTOS, F. (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2013, 343-347.

72 En general, la estandarización de las condiciones generales de contratación y de los módulos o formularios ofrecidos al público permite una reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos, una mayor y más eficaz división de tareas al interior de la empresa, una mayor coordinación en el seno de esta y la posibilidad de calcular anticipadamente los costos asociados a la actividad económica (ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, 28-32; PAGADOR, J., *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*.

en términos negativos: no utilizar un contenido predisuelto que ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente. Con todo, el cumplimiento de tal deber de abstención, si bien no implicará una actuación positiva, puede llevar a que el empresario sacrifique en alguna medida sus propios intereses.

En efecto, conviene enfatizar que el control de contenido, que es justamente aquel que comprueba el cumplimiento del deber en análisis, no tiene por finalidad resguardar una adecuada formación del consentimiento, sino, como se dijo, una medida mínima de equilibrio normativo en el contenido de las cláusulas no negociadas. En otras palabras, no es tanto la autonomía el valor en juego, sino la justicia contractual, lo que devela una justificación normativa basada en un modelo de altruismo moderado.

El deber en análisis implica una sustantiva delimitación de la libertad del empresario, quien, de no existir el control, estaría en situación de imponer al adherente la renuncia a determinados derechos derivados de la naturaleza del contrato y/o la asunción de riesgos que aquel podría soportar a un menor costo⁷³. De ahí que, por implicar un claro sacrificio de parte de los intereses del empresario, nos inclinemos por estimar que la justificación normativa de este deber nuevamente encuentra una mejor respuesta en un modelo de altruismo moderado⁷⁴.

III. Fundamentación normativa de deberes asociados a la etapa de ejecución del contrato

A. Deber de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales

Es usual que en contratos de larga o indefinida duración se pacten cláusulas que habiliten a una de las partes para poner término o modificar unilateralmente los términos del contrato. Si tales cláusulas superan el control de contenido, la exigencia derivada consistirá en que el ejercicio de la prerrogativa contractual no sea abusivo (*ex artículos 1:201 de los PECL y 7 [1] de los PLCD*)⁷⁵.

Tratándose de una prerrogativa de terminación unilateral, la buena fe impone la necesidad de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra parte y el otorgamiento de un plazo razonable para que la relación contractual

La ley de condiciones generales de contratación, Barcelona, Marcial Pons, 1999, 31-35). Además, el empleo de cláusulas generales predisueltas contribuye, en la práctica, a la seguridad jurídica en la medida en que permiten una reglamentación más acabada y clara de las relaciones contractuales (ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, cit., 32 y 33).

73 ALBANESE, A., “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, cit., 670 y 671.

74 Al respecto, avalando lo aquí dicho, véase AUER, M., “Good Faith: A Semiotic Approach”, cit., 194-196, quien afirma que la justicia contractual, la protección del más débil y la protección de las expectativas razonables encuentran mejor acomodo en una ética altruista.

75 CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 139.

pueda ser adecuadamente finiquitada, causando el menor perjuicio posible a los intereses implicados⁷⁶. En caso de que la cláusula que reconoce la prerrogativa sea una de terminación *ad nutum*, será suficiente el cumplimiento de los requisitos recién referidos, sin necesidad de fundar la terminación en razones determinadas, toda vez que tal cláusula reconoce un derecho potestativo a una de las partes⁷⁷.

A su turno, en lo que atañe a prerrogativas de modificación unilateral, la buena fe impone el deber de que la modificación pretendida sea anunciada con antelación razonable y por un medio que asegure el conocimiento de la otra; que se especifiquen las opciones concedidas (normalmente se concederá la opción de poner término al contrato); y que, en caso de que el contrato sea de consumo, la notificación de la modificación no atribuya al silencio el valor de manifestación de voluntad⁷⁸. El objetivo de estas exigencias es que la otra parte pueda conocer y comprender la modificación pretendida, disponiendo de tiempo suficiente para ponderar las opciones que se le confieren.

Como se ve, el deber de no abusar de prerrogativas contractuales, aunque se concrete en ciertos deberes positivos de conducta (como el deber de comunicación o anuncio del ejercicio de la prerrogativa), está más bien orientado a no lesionar los intereses legítimos de la otra parte. Ello queda patente en la circunstancia de que la comunicación y el otorgamiento de un plazo son impuestos para que la otra parte pueda determinar el modo en que mejor podrá atender sus propios intereses, sin que ello implique un sacrificio o riesgo de insatisfacción de los intereses del titular de la prerrogativa.

En lo que respecta a los remedios contractuales, la buena fe ha operado como criterio delimitador de las condiciones de procedencia de los medios de tutela reconocidos al acreedor ante el incumplimiento⁷⁹. En esta senda, la buena fe ha justificado reservar la procedencia de *exceptio non adimpleti contractus* y de la resolución a hipótesis de incumplimiento grave⁸⁰. De similar manera, la buena fe ha justificado

76 CAPRILE, B., “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en FIGUEROA, G., BARROS, E. y TAPIA, M. (coords.), *Estudios de Derecho Civil vi*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2011, 288-294. Se ha estimado que, en el caso de las cláusulas de terminación *ad nutum*, la exigencia de una comunicación mediante un medio que asegure el conocimiento de la otra parte deriva de la propia naturaleza de la cláusula, pues esta confiere un derecho potestativo que se ejerce mediante un acto jurídico unilateral receptivo (SEVERIN, G., “Cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil xv*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 714 y 715).

77 CAPRILE, B., “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos, cit., 292 y 293; SEVERIN, G., “Cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, cit., 723 y 724.

78 En similar sentido, en lo que atañe a contratos de consumo, TAPIA, M., “Silencio y aceptación del consumidor”, en BARRIENTOS, F. (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 51-57.

79 HESSELINK, M., “The concept of good faith”, cit., 633 y 634; AEDO, C., “Límites de la responsabilidad contractual. Contornos a la luz de sus requisitos”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil xv*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 876-879.

80 STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, cit., 10; CAPRILE, B. “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su

la denegación del cumplimiento específico en ciertas hipótesis en que este resulta desproporcionado de cara a los intereses de las partes⁸¹.

En la esfera de los instrumentos de derecho uniforme, el deber no de abusar de remedios contractuales está reconocido en los artículos 7:102 de los ACQP y III.-1:103 (1) del DCFR. El primero dispone que “[t]he creditor must exercise its rights to performance and remedies for non-performance in accordance with good faith”. Por su parte, el segundo señala que “[a] person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship”.

En lo que atañe a los objetivos de nuestro trabajo, parece claro que el deber de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales se sustenta en el deber de no lesionar los legítimos intereses del otro. Aunque pueda resultar exigible alguna conducta positiva, no existe realmente un sacrificio o riesgo de insatisfacción por parte de quien ejerce las prerrogativas o remedios contractuales. De esta guisa, este deber encuentra una adecuada justificación normativa en un modelo de individualismo desinteresado.

B. Deber de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida

Sabido es que, en países como Francia y Bélgica, se sostuvo por largo tiempo que el deber de ejecutar los contratos de buena fe no presupone que, ante un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias que torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes, el acreedor no esté facultado para hacer efectivo su crédito en los términos pactados⁸². Sin embargo, a la luz del referido deber, en algunas ocasiones la jurisprudencia de esos países estimó que la

invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2012, 58 y 59, y CÁRDENAS, H. y REVECO, R., *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, 519 y 520; AEDO, C., “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, 2019, 83; LÓPEZ, J. y ELORRIAGA, F., *Los contratos. Parte general*, cit., 450; BOETSCH, C., *La buena fe contractual*, cit., 126-129.

- 81 En Alemania, el § 275 (2) del BGB establece que el deudor puede denegar la prestación en la medida que esta requiera un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, resulta desproporcionado en relación con el interés del acreedor (al respecto, ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 2008, 48). Con la reforma de febrero de 2016, el artículo 1221 del *Code Civil* también reconoce esta exclusión. Véase también, entre otros instrumentos de armonización, el artículo 94 (2) de los PLCD; en la presentación de tales principios se hace una expresa alusión a la buena fe como fundamento de la regla (DE LA MAZA, I. y VIDAL, Á., “El contenido: una primera aproximación”, en DE LA MAZA, I., et al. (coords. y eds.), *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017, 66).
- 82 CABRILLAC, R., *Droit européen compare des contrats*, 2.^a edición, Issy-les Moulineaux, LGDJ Lextenso Editions, 2016, 117.

alteración sobrevenida e imprevisible de circunstancias impone a las partes un deber de renegociación, cuya inobservancia da lugar a indemnización de perjuicios⁸³. Mucho después, en Francia, con la entrada en vigor de la ordenanza de 10 de febrero de 2016, el artículo 1195 del *Code Civil* reconoce expresamente el deber de renegociación.

En Italia, aunque la regulación sobre excesiva onerosidad sobrevenida contemplada en el *Codice Civile* no impone expresamente un deber de renegociación (artículos 1467 a 1469), prestigiosa doctrina ha estimado que tal deber resulta exigible y que encuentra su fundamento en la función integradora de la equidad (*ex* artículo 1374) y en el deber de ejecutar el contrato conforme la buena fe (*ex* artículo 1375). La inobservancia de tal deber daría derecho a indemnización y permitiría incluso que la parte afectada oponga la excepción de contrato no cumplido⁸⁴.

En la esfera de los instrumentos de armonización, el artículo 6:111 de los PECL dispone que las partes tienen el deber de negociar una adaptación de los términos del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento resulta excesivamente gravoso debido a un cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias. Si, transcurrido un plazo razonable, las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, se puede pedir al juez que ponga fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados o que lo adapte, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes del cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa. Sea que se ponga fin al contrato, sea que haga una adaptación, el juez podrá ordenar que la parte que se negó a renegociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o ruptura⁸⁵. Aunque con algunos matices, adoptan una solución similar los artículos III.-1:110 del DCFR, 6.2.3 de los PICC y 84 de los PLCD⁸⁶. A su turno, el actual artículo 1195 del *Code Civil* sigue muy de cerca la línea recién referida⁸⁷.

El deber de renegociación se concreta, a su turno, en las siguientes exigencias:

(a) el deber de la parte afectada con la excesiva onerosidad sobrevenida de requerir la

83 Ibíd., 118 y 129; MOMBERG, R., “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, 2010, 51.

84 GALLO, P., *Il contratto*, cit., 1038-1042.

85 Al respecto, GARCÍA, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, Dykinson, 2014, 404-408.

86 DE LA MAZA, I., “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de circunstancias”, en FIGUEROA, G., et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil vi. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010*, Santiago, Legal Publishing, 2011, 315 y 316; MOMBERG, R., “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida”, cit., 54-56. La versión de 2015 de los PLCD solo establecía un derecho a renegociar, sin dejar claro si su ejercicio constitúa o no una carga para solicitar una eventual adaptación o resolución judicial. La versión de 2017, en cambio, perfecciona el tenor de la disposición. Al respecto, SAN MIGUEL, L., “De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLCD: Una mirada desde el derecho comparado”, en VIDAL, Á. y SEVERIN, G. (eds. y coords.), *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 404, 410 y 411.

87 CABRILLAC, R., *Droit européen compare des contrats*, Issy-les Moulineaux, cit., 120-122.

renegociación en el más breve plazo y sin dilación injustificada; (b) el deber de fundar la necesidad de una renegociación en circunstancias concretas que den cuenta de un cambio sobrevenido e imprevisible que genera una excesiva onerosidad; (c) el deber de que las propuestas y contrapropuestas que se formulen en el marco de la renegociación sean serias, sin omitir información que sea útil para arribar a una solución adecuada; (d) el deber de cada parte de considerar los intereses de la otra a la hora de formular propuestas, y, finalmente, (e) el deber de que la renegociación se realice sin dilaciones injustificadas y sin que existan retiros intempestivos o injustificados⁸⁸.

En lo que concierne a nuestra investigación, resulta evidente que la imposición, con base en la buena fe, de un deber de renegociación a aquella parte del contrato que no ha sido afectada por la alteración sobrevenida de circunstancias implica una invitación a sacrificar parte de su interés contractual. Después de todo, en caso de que, habiendo renegociado de buena fe, la parte no afectada no acepte la propuesta que se le ha formulado, la parte afectada tendrá abierta la posibilidad de solicitar al juez competente la revisión (si acaso es posible la restauración del equilibrio económico del contrato) o la resolución (si no fuese posible)⁸⁹. De ahí que la imposición de este deber encuentre una mejor justificación normativa en un modelo de altruismo moderado⁹⁰.

C. Deber de comunicación de impedimento temporal

La liberación de responsabilidad por un evento que escapa a la esfera de control del deudor, para que sea plena, presupone que el deudor comunique sin dilación irrazonable la configuración del impedimento temporal⁹¹.

88 MOMBERG, R., “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida”, cit., 57 y 58, MOMBERG, R., “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en DE LA MAZA, I. (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, 88 y 89; CAMPOS, S., *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*, Santiago, DER Ediciones, 2020, 141. En similar sentido, DE LA MAZA, I., “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de circunstancias”, cit., 316 y 317.

89 MOMBERG, R., “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobrevenida”, cit., 59-61. Conviene hacer presente que la excesiva onerosidad sobrevenida no configura una hipótesis análoga a la denominada imposibilidad práctica, esto es, a la hipótesis en que el cumplimiento específico resultado desproporcionado de cara a los intereses de las partes (§ 275 [2] del BGB). La imposibilidad práctica presupone que el coste de ejecución de la prestación sea desproporcionado en relación con el valor del interés del acreedor (ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, cit., 48). En el caso de la excesiva onerosidad sobrevenida, el coste desproporcionado de la prestación no tiene como marco de referencia el valor del interés del acreedor, sino el equilibrio presente al momento de la contratación. A mayor abundamiento, en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, el acreedor recibe una prestación equivalente al mayor coste de ejecución, mientras que en una hipótesis de imposibilidad práctica el valor de la prestación se mantiene incólume desde la perspectiva del acreedor (GARCÍA, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, cit., 249).

90 PEREIRA, E., “Altruismo y derecho contractual”, cit., 150-152.

91 SAN MARTÍN, L., “El ‘deber de aviso’ ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Thomson

El referido deber de comunicación o aviso constituye un deber secundario de conducta derivado del deber de ejecutar los contratos de buena fe. Este deber de aviso en enmarca en el deber secundario más general de comunicar a la otra parte las circunstancias de las cuales se haya tenido conocimiento en caso de que ellas sean relevantes para la ejecución del contrato⁹².

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

Con todo, ante la falta de aviso, el deudor responderá solamente de los perjuicios que de ello deriven, y no de los perjuicios resultantes del incumplimiento, el que está excusado por el impedimento temporal⁹³. Ello, además de ser coherente con la circunstancia de no existir una relación causal entre la falta de aviso y todos los perjuicios derivados de la imposibilidad actual de cumplimiento⁹⁴, demuestra que el deber de aviso que corre por cuenta del deudor tiene por única finalidad resguardar los intereses del acreedor. De esta guisa, el referido deber encuentra una mejor justificación normativa en un modelo de altruismo moderado.

Conclusiones

Buena parte de los deberes derivados de la buena fe responde a un modelo de altruismo moderado. Así ocurre con los deberes de transparencia, de no utilizar cláusulas no negociadas de contenido desequilibrado, de renegociación por excesiva onerosidad sobrevenida y de comunicación ante un impedimento temporal. Ello explica que la buena fe, en el estadio actual del derecho de contratos, sea con frecuencia asociada a una moral eminentemente altruista, apelando a tomar fuertemente en consideración el interés de la otra parte y, en ocasiones, a observar deberes que favorecen directamente su interés e instan a actuar a su favor, poniendo en entredicho el aparente predominio del interés propio del contratante sobre el ajeno.

Reuters, 2012, 549 y 550; CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, cit., 144.

92 BIANCA, M., *Il contratto*, cit., 509.

93 SAN MARTÍN, L., “El ‘deber de aviso’ ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, cit., 559.

94 En rigor, el caso fortuito excluye la imputabilidad e indirectamente la relación causal, frustrándose la concurrencia de tales requisitos de la indemnización de perjuicios. BRANTT, M., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Legal, 2010, 212-217; CAMPOS, S., *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*, cit., 30 y 31.

Con todo, no debe menospreciarse el papel desempeñado por aquellos deberes que responden a un modelo de individualismo desinteresado, como ocurre, destacadamente, con los deberes de negociar correcta y legalmente, de información, de confidencialidad, y de no abusar de prerrogativas y remedios contractuales. Estos deberes, sustentados en el genérico deber de no lesionar los legítimos intereses del otro, son muy valiosos para el estadio actual del derecho de contratos y no requieren realmente de un modelo altruista para su justificación normativa, encontrando un cómodo encaje en las demandas del individualismo desinteresado, el cual, a pesar de abonar la prevalencia del interés personal del contratante sobre el de la otra parte, exige respeto por los intereses de esta última, debiendo abstenerse de dañarlos.

En suma, la justificación normativa de la buena fe contractual y de los deberes de ella derivados es compleja, caracterizándose por su falta de uniformidad y la existencia, al menos, de una dualidad de fundamentos. Ello, no obstante, no debiese significar un motivo de preocupación para la doctrina. La dualidad de fundamentos no priva a la buena fe de consistencia dogmática, confiriéndole más bien la flexibilidad necesaria para la imposición de deberes de conducta que sean funcionales a las necesidades comerciales y éticas del tráfico jurídico. Del mismo modo, captura un rasgo relevante del derecho de contratos, esto es, la ausencia de un fundamento normativo unitario.

Referencias

- AEDO, C., “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, 2019, 73-96.
- AEDO, C., “Límites de la responsabilidad contractual. Contornos a la luz de sus requisitos”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil xv*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 869-884.
- ALBANESE, A., “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, en *Europa e Diritto privato*, n.º 3, 2013, 669-728.
- ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas, 1991.
- ATIYAH, P., *An Introduction to the Law of Contract*, 4.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1989.
- BARRIENTOS, M., “Artículo 3º b)”, en DE LA MAZA, I. y PIZARRO, C. (dirs.) y BARRIENTOS, F. (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2013, 94-103.

- BARROS, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2.^a edición actualizada, tomos I y II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020.
- BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J. y VOGENAUER, S. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3.^a ed., Oxford, Hart Publishing, 2019.
- BETTI, E., *Teoria generale delle obligazioni*, Milano, Giuffrè, 1953.
- BIANCA, M., *Il contratto*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2000.
- BLANDINO, M., “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER, A., BOSCH, E. y SÁNCHEZ, M. (coords.), *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia*, Barcelona, Atelier, 2012, 573-694.
- BOETSCH, C., *La buena fe contractual*, Santiago, Ediciones UC, 2015.
- BRANTT, M., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Legal Publishing, 2010.
- CABRILLAC, R., *Droit européen compare des contrats*, 2.^a ed., Issy-les Moulineaux, LGDJ Lextenso Éditions, 2016.
- CAMPOS, S., *Control de contenido y régimen de ineeficacia de las cláusulas abusivas*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.
- CAMPOS, S., *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*, Santiago, DER Ediciones, 2020.
- CAMPOS, S., “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley n.^o 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”, *Revista Chilena de Derecho*, n.^o 3, 2020, 785-808.
- CAMPOS, S., “Hacia el control de contenido de las cláusulas no-negociadas en los PLCD”, [en línea], *Blog de la red chilena de derecho comparado*, 2020, disponible en <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-plcd-una-propuesta-desde-el-der> [consultado el 6 de febrero de 2021].
- CAPRILE, B., “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”, en FIGUEROA, G., BARROS, E. y TAPIA, M. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2011, 271-296.

CAMPOS, S., “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno Derecho de contratos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 37, 2021, 105-159.

CAPRILE, B., “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 39, 2012, 53-93.

CÁRDENAS, H. y REVECO, R., *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.

CORRAL, H., *Curso de derecho civil. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.

DE LA MAZA, I., “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, *Revista chilena de Derecho privado*, n.º 1, 2004, 1-25.

DE LA MAZA, I. *Los límites del deber precontractual de información*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, tesis doctoral, 2009, 367-369, disponible en https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%cc3%b1igo_de_la.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consultado el 19 de agosto de 2021].

DE LA MAZA, I. “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 34, 2010, 75-99.

DE LA MAZA, I., “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho*, n.º 2, Universidad Católica del Norte, 2010, 21-52.

DE LA MAZA, I., “Las consecuencias de la alteración sobrevenida de circunstancias”, en FIGUEROA, G., et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil vi. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué 2010*, Santiago, Legal Publishing, 2011, 297-320.

DE LA MAZA, I. “El retiro unilateral de las negociaciones en los PLCD”, en VIDAL, Á. y SEVERIN, G. (eds. y coord.), *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 123-139.

DE LA MAZA, I., y VIDAL, Á., “El contenido: una primera aproximación”, en DE LA MAZA, I., et al. (coords. y eds.), *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2017, 27-75.

DE LA MAZA, I. y VIDAL, Á., *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters.

DOMÍNGUEZ, R., *Teoría general del negocio jurídico*, 3.^a ed., Santiago, Prolibros.

GALLO, P., *Il contratto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

GARCÍA, J., “Art. 60”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 822-842.

GARCÍA, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, Dykinson, 2014.

GONZÁLEZ, I. “Art. 82”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2.^a ed., Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1103-1145.

HERNÁNDEZ, G. y CAMPOS S., “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, n.^o 39, 2020, 143-173.

HESSELINK, M., “The concept of good faith”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., MAK, C. y DU PERRON, E. (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 619-649.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Madrid, La Ley, 2012.

KENNEDY, D., “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, en GARCÍA, M. (ed.), *Sociología jurídica, teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, 163-187.

KÖTZ, H., *European contract law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press.

LARENZ, K., *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, traducción de Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1985.

LOEWENSTEIN, G. y O'DONOUGHUE, T. “We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law”, en *The University of Chicago Law Review*, n.^o 73, 2006, 183-206.

LÓPEZ, J. y ELORRIAGA, F., *Los contratos. Parte general*, 6.^a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017.

LÓPEZ, P., “¿Es la obligación/deber de advertencia una categoría exclusiva de la ley n.^o 19.496? Hacia una justificación dogmática y propuesta de construcción en el Código Civil chileno”, en GÓMEZ DE LA TORRE, M., HERNÁNDEZ, G., LATHROP, F. y TAPIA, M. (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 929-958.

LUKES, S., *El individualismo*, Barcelona, Península, 1975.

MOMBERG, R., “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.^o 1, 2010, 43-72.

MOMBERG, R., “El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias”, en DE LA MAZA, I. (coord.), *Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, Incumplimiento contractual y nuevas perspectivas*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, 83-105.

MOMBERG, R. y PIZARRO, C., “Artículo 16 g”, en DE LA MAZA, I. y PIZARRO, C. (dirs.) y BARRIENTOS, F. (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2013, 340-351.

MORALES, M., MENDOZA, P. y MUNITA, R., “Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de Derecho Comparado”, *Vniversitas*, vol. 69, n.^o 141, 2020, disponible en <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30226> [consultado el 19 de agosto de 2021].

MUNITA, R., “Reflexiones en torno al deber precontractual de informar y su formalismo típico”, en CÉSPEDES, C. (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, 197-220.

MUNITA, R., “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8, 2021, 174-190.

PAGADOR, J., *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La ley de condiciones generales de contratación*, Barcelona, Marcial Pons, 1999.

PEÑAILILLO, D., “La apreciación de la buena fe”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, vol. II, n.^o 1, 1993, 69-78.

PEÑAILILLO, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PEREIRA, E., “Altruismo y derecho contractual”, en PAPAYANNIS, D. y PEREIRA, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2018, 139-168.

PEREIRA, E., “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado”, en PAPAYANNIS, D. y GARCÍA, J. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*, Lima, Palestra, 2020, 217-299.

PEREIRA, E., “La buena fe y sus fundamentos normativos”, en *Latin American Legal Studies*, vol. 7, 2020, 111-142.

PERTÍNEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.

PERTÍNEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, n.º 3, 2013, 1-28.

RIZZO, V., “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici”, en BELLELLI, A., MEZZASOMA, L. y Rizzo, F. (dirs.), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva cee 93/13*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2013, 39-58.

SAN MARTÍN, L., “El ‘deber de aviso’ ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil vii*, Santiago, Thomson Reuters, 2012, 547-560.

SAN MIGUEL, L., “De la imprevisión al cambio de circunstancias en los PLCD: Una mirada desde el derecho comparado”, en VIDAL, Á. y SEVERIN, G. (eds. y coords.), *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 389-416.

SEVERIN, G., “Cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, en ELORRIAGA, F. (coord.), *Estudios de Derecho Civil xv*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 709-729.

SCHOPF, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, 2018, 109-153.

SCHULZE, R. y ZOLL, F. *European contract law*, Baden-Baden, Nomos, 2018.

SUNSTEIN, C. y THALER, R., “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n.º 4, 2003, 1159-1202.

SIMON, H., “A behavioral model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n.º 1, 1955, 99-118.

STORME, M., “Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.1, 2003, 1-13.

TAPIA, M., “Silencio y aceptación del consumidor”, en BARRIENTOS, F. (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 49-68.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducción de Luis Díez-Picazo, Santiago, Ediciones Olejnik, 2019.

WHITTAKER, S. y ZIMMERMANN, R., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S. (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 7-62.

ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 2008.

Normas citadas

Acquis principles - ACQP

Bürgerliches Gesetzbuch - BGB (Alemania)

Code civil (Francia)

Codice Civile (Italia)

Código Civil chileno - CC

Código Civil español

Código Civil griego

Código Civil portugués

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, del 21 de abril de 1993

Draft Common Frame of Reference - DCFR

Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos - PLCD

Principles of European Contract Law - PECL

Unidroit Principles of International Commercial Contracts - PICC

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG