

Eyzaguirre Baeza, Cristóbal; Rodríguez Diez, Javier

EXPANSIÓN Y LÍMITES DE LA BUENA FE OBJETIVA – A PROPÓSITO DEL “PROYECTO DE PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS”

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 21, diciembre, 2013, pp. 137-215

Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370833940005>

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado,
ISSN (Versión impresa): 0718-0233
claudia.bahamondes@udp.cl
Universidad Diego Portales
Chile

EXPANSIÓN Y LÍMITES DE LA BUENA FE OBJETIVA – A PROPÓSITO DEL “PROYECTO DE PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS”*

EXPANSION AND LIMITS OF OBJECTIVE GOOD FAITH – WITH REGARD TO THE “PROYECTO DE PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS”

EXPANSION ET LIMITES DE LA BONNE FOI OBJECTIVE - À PROPOS DU “PROJET DE PRINCIPES LATINO-AMÉRICAUX DU DROIT DES CONTRATS”

*Cristóbal Eyzaguirre Baeza**
Javier Rodríguez Diez****

137

RESUMEN

La buena fe es un concepto jurídico en progresiva expansión, como se aprecia en el texto del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Sin embargo, los difusos contornos de este principio

* El presente trabajo constituye una reelaboración de la ponencia titulada “La buena fe contractual y el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, presentada en la Fundación Fernando Fueyo Laneri en el marco del congreso “Hacia unos principios generales del derecho de los contratos”, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales el 28 de noviembre de 2012. Agradezco a los profesores Carlos Pizarro Wilson e Iñigo de la Maza Gazmuri por su invitación a participar en tan enriquecedora instancia.

** Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección Postal: Av. Apoquindo 3721, piso 14, Santiago, Chile. Artículo recibido el 26 de junio de 2013 y aceptado para su publicación el 8 de agosto de 2013. Correo electrónico: ceyzagui@uc.cl.

*** Estudiante de doctorado en la Facultad de Derecho de la Erasmus Universiteit Rotterdam. Dirección Postal: Burgemeester Oudlaan 50, oficina L5-089, 3062PA Rotterdam, Países Bajos. Correo electrónico: rodriguezdiez@law.eur.nl.

exigen proceder con cautela al aplicarlo. El presente trabajo describe las principales funciones que cumple la buena fe en los ordenamientos jurídicos modernos a la luz de su evolución histórica reciente, y propone los límites que deben observarse al consagrirla legalmente y aplicarla en la práctica, a fin de evitar su utilización abusiva.

Palabras claves: buena fe objetiva, principio general de la buena fe, cláusulas generales.

ABSTRACT

Good faith is a legal concept in ongoing expansion, as the text of the *Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* indicates. However, the vague limits of this notion demand caution when applying it. This article describes the main functions fulfilled by good faith in modern legal systems by considering their recent historic evolution, and suggests the limits which should be observed when laying it down in the law and applying it in legal practice, in order to avoid its abuse.

138

Keywords: objective good faith, general principle of good faith, general clauses.

RÉSUMÉ

La bonne foi est un concept juridique qui ne cesse de gagner du terrain, comme le démontre le texte du *Projet de Principes latino-américains du Droit des contrats*. Toutefois, le caractère flou des limites de ce concept exige de procéder avec prudence au moment de son application. Cet article décrit les principales fonctions de la bonne foi dans les systèmes juridiques modernes, à la lumière de son évolution historique récente, et propose que des limites soient respectées dans sa consécration juridique et dans sa mise en œuvre pratique afin d'éviter un recours abusif à cette notion.

Mots clés: bonne foi objective; principe général de la bonne foi; clauses générales.

I. INTRODUCCIÓN

La Fundación Fernando Fueyo Laneri junto con la Fondation pour le Droit Continental han promovido en los últimos años un interesante debate en

el marco del Derecho Contractual en el ámbito latinoamericano, el cual se ha cristalizado en el aún inédito PPLDC. En dicho proyecto la buena fe contractual ocupa un papel protagónico, destacando entre los Principios Generales en materia de contratación, en los cuales se establece:

“Buena fe. (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico. (2) Las limitaciones convencionales a este deber no producirán efecto alguno”.

El proyecto no se conforma con esta referencia genérica, y establece adicionalmente numerosas remisiones a la buena fe objetiva en las más diversas materias: responsabilidad precontractual¹, revocación de la oferta², caducidad de la oferta³, la oportunidad de la aceptación⁴, error⁵, dolo⁶, excesiva desproporción⁷ y los remedios por incumplimiento⁸. Semejante entusiasmo se condice con el auge que ha tenido este principio en las últimas décadas en el ámbito latinoamericano, del cual nuestro país no ha estado exento⁹.

¹ El proyecto aborda las “Negociaciones contrarias a la buena fe”, estableciendo que “Las partes deben negociar de buena fe los términos del contrato”, y a continuación la regulación del daño en este caso y los casos prototípicos de negociación contraria a ella.

² Según el PPLDC la oferta será irrevocable “3. Si el destinatario ha podido confiar conforme a la buena fe que la oferta era irrevocable y se ha comportado de acuerdo de dicho carácter”.

³ En el PPLDC la oferta caduca “3. Si no es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, a falta de dicho plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe”.

⁴ “La aceptación, cualquiera sea su forma, producirá efectos si llega al oferente dentro del plazo fijado. A falta de éste, dentro de aquel que resulte conforme a la buena fe atendidas las circunstancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente”.

⁵ “La parte que ha padecido error puede anular el contrato concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias: [...] 2. Que la otra parte contratante haya conocido o debido conocer el error e infringiera las exigencias de la buena fe no informándose a aquella que lo padeció”.

⁶ “El dolo consiste en la inducción fraudulenta a la celebración de un contrato. La inducción puede consistir en palabras o maquinaciones, o bien en el ocultamiento de información que, en conformidad con las exigencias de la buena fe, debió revelarse”.

⁷ “Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe”. El proyecto presenta a continuación los elementos para determinar el carácter excesivo de la ventaja y los efectos de la excesiva desproporción, en los cuales se invoca nuevamente la buena fe.

⁸ “Cuando las mismas circunstancias configuren el supuesto de hecho de los remedios considerados en las secciones precedentes y de aquellos propios del incumplimiento contractual, su titular podrá optar entre unas y otras en conformidad a las exigencias de la buena fe”.

⁹ Sobre la buena fe en materia civil destacan en el ámbito nacional las obras especializadas de FUEYO (1990), pp. 139-237; PEÑAILILLO (1993), pp. 69-78; SAAVEDRA (1996), pp. 357-373; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 389-407; GUZMÁN (2002), pp.

Ante el éxito que ha experimentado la buena fe contractual en los últimos años, resulta fundamental preguntarse, ¿hasta qué punto es conveniente echar mano de esta noción en cuanto técnica normativa? y ¿cuáles son los límites que se deben considerar en la práctica jurídica? Estas inquietudes surgen debido a la significativa indefinición del concepto y a las amplias facultades que otorga al juez, las cuales, si bien confieren una considerable flexibilidad al derecho vigente, se erigen al mismo tiempo como una importante amenaza a la certeza en las relaciones jurídicas. Con esta inquietud exploraremos:

- II. El contenido de la buena fe objetiva,
- III Su evolución durante el siglo xx,
- IV El vínculo entre la expansión de la buena fe y el proceso de creación normativa por parte del juez,
- V La forma en que se consagra la buena fe en el derecho positivo,
- VI Para, finalmente, proponer ciertos límites a la aplicación de la buena fe.

Con estos elementos de análisis someteremos a revisión la redacción propuesta en el PPLDC, comparándolo con los instrumentos de unificación normativa que se han desarrollado en los últimos años.

II. CONTENIDO DE LA BUENA FE OBJETIVA

La buena fe ha ocupado un papel estelar en la evolución del Derecho durante el siglo xx, siendo un semillero del cual han surgido innumerables doctrinas que han cambiado la faz de los distintos ordenamientos jurídicos. No es de extrañar, por ende, la existencia de un volumen de literatura prácticamente inabarcable en torno a este prodigo normativo. Ante un concepto jurídico con un potencial creativo tan vasto, la primera pregunta que surge es, ¿qué se entiende por buena fe?, lo que nos conduce a un lugar común en el tratamiento de este principio: su intrínseca indefinición. Buena parte de los esfuerzos de la doctrina al tratarla se han destinado a esbozar una definición del concepto o, al menos, sus características fundamentales. Los distintos intentos de definición están marcados por el recurso a otras nociones igualmente generales y abstractas, tales como: la equidad, lealtad, confianza, honradez, veracidad, rectitud, corrección, racionalidad, entre otros, lo que dificulta una delimitación conceptual

11-23; JOHOW (2005), pp. 213-233; WERNER y NEHME (2005), pp. 647-662; CORRAL (2007), pp. 143-177; SEPÚLVEDA (2007), pp. 111-123; CARVAJAL (2009), pp. 31-45; SEGURA (2010), pp. 499-510; BOETSCH (2011).

clara¹⁰. Por lo demás, la frecuente relación de la buena fe con estándares éticos¹¹ contribuye a hacer más polémico el concepto.

Tal indefinición se aprecia en su devenir histórico. El origen de su regulación en los códigos modernos se encuentra en la paulatina supresión de la diferencia entre contratos *stricti iuris* y *bonae fidei* en el *ius commune*, entendiéndose que todo contrato debía ejecutarse según la buena fe y no sólo atendiendo a lo literalmente estipulado¹². La exigencia de cumplir los contratos de acuerdo con la buena fe se consagraría por primera vez en el art. 1134 inc. 3 del *CC fr*, que estableció de modo muy general: “Ellas [sc. las convenciones] deben ser ejecutadas de buena fe”¹³. A continuación el art. art. 1135 establece:

“Las convenciones obligan no sólo a aquello que se expresa, sino también a todas las cosas que la equidad, la costumbre o la ley otorgan a la obligación según su naturaleza”¹⁴,

debatiéndose ampliamente en torno a la relación con la norma precedente¹⁵.

La enorme influencia del *CC fr* llevaría a que los diversos códigos modernos consagraran, asimismo, la buena fe en disposiciones generales. En algunos países como Bélgica el *CC fr* fue adoptado en su totalidad, por lo que la norma se mantuvo sin variaciones. En Bolivia el *CC* de 1830 tradujo literalmente en sus arts. 725 y 726 la normativa del *CC fr*, y lo propio hizo el *BW* de 1838 en sus arts. 1374 inc. 3 y 1375. En otros ordenamientos la exigencia de ejecutar el contrato según la buena fe se relacionó íntimamente con la integración del contrato, como sucedió en el *CC chileno* en el art. 1546 al establecer:

141

¹⁰ Véase, por ejemplo, PEÑAILLILLO (1993), pp. 69-78; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 391 y 395; FUEYO (1990), p. 153; SAAVEDRA (1996), p. 357; JOHOW (2005), p. 219; BOETSCH (2011), p. 52.

¹¹ HESSELINK (1999), pp. 30-33 y 43; JALUZOT (2001), pp. 38-39 y 61-66; SEGURA (2010), pp. 499-510.

¹² Esto no significa sin más que los contratos modernos equivalen a los *bonae fidei contracta* romanos, ya que éstos sólo tienen pleno sentido en la estructura formularia del proceso romano, lo que hace que una analogía con el Derecho moderno resulte inadecuada. Por lo demás, la buena fe del Derecho actual también es tributaria de la *exceptio doli generalis*. Sobre el punto véase RANIERI (1998), pp. 1058-1064 y 1081-1089; SCHERMAIER (2000), pp. 86-87; HARTKAMP und SIEBURGH (2010), p. 332.

¹³ CCfr art. 1134 alínea 3: “Elles [sc. les conventions] doivent être exécutées de bonne foi”.

¹⁴ CCfr art. 1135: “Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”.

¹⁵ Véase ALPA (2003) pp. 162-164; CARDILLI (2003) p. 353; GUZMÁN (2002) p. 12 n. 6 y p. 14, n. 17.

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

El decisivo influjo de la redacción escogida por Bello en los sistemas jurídicos latinoamericanos llevó a que la redacción del precepto sea casi idéntica en el *CC* ecuatoriano (art. 1562), en el *CC* colombiano (art. 1603), en el *CC* salvadoreño (art. 1417) y en el *CC* hondureño (art. 1546), e influiría en otros códigos latinoamericanos, como el *CC* uruguayo (art. 1291 inc. 2)¹⁶. En la actualidad siguen de cerca esta redacción el *CC* venezolano (art. 1160), el *CC* panameño (art. 1109), el *CC* puertorriqueño (art. 1210) y el *CC* boliviano (art. 520), y su función integradora cumple un papel importante en el *CC* paraguayo (art. 715). La integración del contrato aparece así como el punto central de la regulación de la buena fe en Latinoamérica. La estrecha relación entre ésta y la integración del contrato se aprecia en el *CC* italiano de 1865 (art. 1124), en el *CC* español (art. 1258) y en el nuevo *BW* (art. 2:248 inc. 1), aunque en estos dos últimos casos la buena fe aparece en sí misma como uno de los elementos a considerar para integrar el contrato, en lugar de ser la causa misma de la integración¹⁷.

142

Otras codificaciones fueron más lacónicas, y establecieron simplemente un deber general de buena fe sin atribuirle una consecuencia jurídica determinada, como el *BGB* § 242 y el *ZGB* art. 2 inc. 1, y ésta será la tendencia en las codificaciones europeas del siglo XX¹⁸. De este modo, aparece disociada de la integración del contrato en el *CC* italiano, que, por una parte, establece en los arts. 1175 y 1375 un deber general de comportamiento y, separadamente, la posibilidad de integrar el contrato en el art. 1374 atendiendo a la ley, los usos o la equidad¹⁹. En Latinoamérica el *CC* argentino (art. 1198 inc. 1), el *CC* peruano (art. 1362) y el *CC* brasiler (art. 422) regulan de forma amplia la buena fe²⁰, sin limitarla expresamente a una función integradora.

Como se puede apreciar, los códigos modernos no ofrecen una verdadera definición de la buena fe. En aquellos códigos en los que no se

¹⁶ Véase CARDILLI (2003), pp. 355-356.

¹⁷ Sobre las distintas fuentes de integración del contrato véase HESSELINK (1999), pp. 178-182.

¹⁸ En este sentido encontramos el *CC* griego art. 288, el *CC* portugués art. 762 inc. 2 y el *CC* español art. 7.1 (introducido en 1974).

¹⁹ En virtud de esta redacción la jurisprudencia italiana sólo a partir de la década de 1970 y de forma limitada acepta la integración del contrato sobre la base de la buena fe. Véase ALPA (2003), pp. 155-172.

²⁰ CARDILLI (2003), pp. 365-367.

consagra un efecto específico a su respecto y sólo establecen un deber general de comportamiento, el contenido de la norma es totalmente indefinido. Por otra parte, en aquellos códigos que, como el nuestro, establecen una función integradora, este concepto sólo se define por su efecto, que es obligar a las partes a más de lo expresado, pero no se establece qué consecuencia jurídica específica apareja²¹. En este sentido, Alejandro Guzmán ha señalado que la referencia a las “*suites*” o “cosas” a que se refieren las disposiciones en la materia no se refiere necesariamente a obligaciones en el sentido técnico, y podrían abarcar los más diversos efectos jurídicos²². Igual apertura ofrecen los criterios a los cuales puede recurrir el juez para determinar las exigencias de la buena fe. El legislador francés realizó una referencia a la ley y la costumbre, las cuales por la certeza de su contenido parecen acotar la discrecionalidad del juez al aplicarla, pero al mismo tiempo consagra la equidad, ampliando su ámbito de discrecionalidad²³. Esto contrasta con el Derecho Romano, donde, si bien la *bona fides* se relacionaba con la *aequitas* tenía un contenido más restringido que ésta²⁴. En el Derecho chileno la referencia a la equidad se reemplazó por las “cosas que emanen de la naturaleza de la obligación”. Esta expresión según Alejandro Guzmán es

²¹ GUZMÁN (2002), p. 13: “[...] la *bona fides* del derecho clásico vinculaba a las partes de un contrato no solo a las obligaciones expresadas en él por aquellas, sino a más, precisamente a lo exigido por la buena fe. Con ello captamos el efecto de la buena fe, aunque nada digamos sobre la consistencia de la buena fe en sí misma, como paradigma de contenido, merced al cual un juez juzga la conducta de los contratantes, en modo de decidir si lo han infringido o no, y así determinar la extensión real de las obligaciones más allá de lo expresado en el contrato en función de pronunciar las correspondientes condenas”, y expresa en la nota correspondiente (n. 12) “El artículo 1546, pues, no define la buena fe por su consistencia, sino por su efecto: dejar obligadas las partes a más de lo expresado. Este efecto esconde al contenido de la buena fe como paradigma con contenido”.

²² GUZMÁN (2002), p. 20: “[...] conviene aclarar que las ‘cosas’ a que se refiere el artículo 1546 CC Ch, lo mismo que las ‘suites’ del artículo 1135 CC fr, no son necesariamente obligaciones en el sentido técnica de esta palabra, aunque, por cierto, pueden serlo. Estas cosas suelen ser, pues, efectos, nulidades, inoponibilidades, extinciones y también obligaciones. [...] Esto vale para el derecho moderno y conviene tenerlo presente para no limitar el campo de acción al que se refieren las ‘cosas’ que obligan según la buena fe en el artículo 1546 CCCH”. Véase, asimismo, p. 12 n. 7. De esta forma, la norma parece abierta en cuanto a sus consecuencias jurídicas, como reflejan las opiniones de CORRAL (2007), p. 155 y LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 398. ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 669-673 exponen las diferentes consecuencias jurídicas que se desprenden de la buena fe en los sistemas europeos.

²³ GUZMÁN (2002), p. 16.

²⁴ GUZMÁN (2002), pp. 15-16. Esta amplísima remisión a la equidad lleva a Alejandro Guzmán a considerar que todo juez en materia obligacional se transforma en un juez de equidad, señalando (p. 16, n. 26) “En efecto, que las partes queden vinculadas a las ‘suites’ que la equidad atribuye a la obligación expresada, implica transformar a todo juez en juez de equidad en materia obligacional”. Sobre el punto véase a TALLON (1994), pp. 11-12.

“un giro de lenguaje, que perfectamente pudo ser sustituido por otro, empleado para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción expresada de que se trata”²⁵.

Éste es el elemento de la fórmula que otorga mayor discrecionalidad al juez nacional, el cual deberá examinar la obligación concreta para determinar si de ella se desprende una consecuencia específica no establecida por las partes²⁶. Según Alejandro Guzmán, posiblemente habría sido el “temor de dejar en manos del juez un instrumento de revisión de los contratos en sentido extensivo demasiado peligroso”²⁷ lo que llevó a Andrés Bello a no incluir el concepto de ‘equidad’ en nuestro art. 1546, reemplazándolo por esta expresión.

Según lo visto, la apertura de las normas sobre buena fe otorga una amplia libertad al juez y, si bien del tenor de las disposiciones comentadas podrían señalarse ciertos límites a su campo de aplicación, como que están llamadas a aplicarse sólo en materia contractual, o que sólo están llamadas a integrar el contenido del contrato, el desarrollo que la doctrina hace de estas normas prescinde a menudo de estas consideraciones.

144

La indefinición en cuanto al contenido de la buena fe tal como se presenta en la mayor parte de las legislaciones modernas llevó a la doctrina a proponer innumerables definiciones y directrices para contener esta noción. Tal vez una de las fórmulas más exitosas sea afirmar que ella consiste en que cada parte debe tomar en cuenta el legítimo interés de la contraparte²⁸. Si bien reconocemos el mérito de esta concepción, creemos que se pueden distinguir de forma muy general dos nociones de este principio. En primer lugar, suele abordarse la buena fe desde la perspectiva negativa de la mala fe y, en este sentido, su función sería proscribir conductas deshonestas, oportunistas o abusivas²⁹. La buena fe establecería de esta forma, un límite, representando un deber negativo

²⁵ GUZMÁN (2002). p. 17.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Op. cit.*, p. 16.

²⁸ JOHOW (2005), pp. 220-221; BOETSCH (2011), p. 112; STORME (2003), p. 19; HESSELINK (1999), p. 44; HARTKAMP und SIEBURGH (2010), p. 331; TEUBNER (1998), p. 30; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 31; GHESTIN (2006), p. 169. Esta fórmula se consagra en recientes instrumentos de unificación europea, como los PECL art. 1:201(D) (“due regard for the interests of the other part”) y el DCFR art. I-1:103 (1) (“consideration of the interests of the other part”).

²⁹ Tal vez la teoría más célebre en este sentido sea el “excluder analysis” de SUMMERS (2000), pp. 125-129, que consiste en definir la buena fe por oposición a aquellas formas heterogéneas de mala fe.

de abstenerse de incurrir en conductas perjudiciales en el ejercicio de un derecho, y su función resulta hasta cierto punto análoga a la *exceptio doli*. Sin embargo, no es posible afirmar que ella esté llamada exclusivamente a sancionar la mala fe, ya que además encontramos una dimensión positiva que implica promover los intereses de la contraparte y cumplir con sus expectativas bajo un clima de colaboración y lealtad recíproca, abarcando un espectro mucho más amplio de conductas que el simple el deber de abstenerse de perjudicar a la contraparte³⁰.

La distinción entre deberes negativos y positivos que emanan de la buena fe es enunciada de forma menos drástica por algunos autores. En este sentido Jacques Ghestin plantea que en el juego entre la contraposición de intereses antagónicos de las partes y la exigencia de comportarse de buena fe se pueden distinguir diversos grados de intensidad de la misma, que van desde las exigencias mínimas de cumplir con lo acordado y abstenerse de conductas manifiestamente fraudulentas, dolosas y desleales hasta deberes más exigentes, como cumplir con ciertos deberes de información a fin de remediar asimetrías o satisfacer un cierto nivel de cooperación atendiendo a los intereses legítimos de la contraparte, lo que podría llevar incluso a exigir la postergación de intereses propios³¹. El grado de intensidad dependerá del cúmulo de circunstancias del caso concreto. En el mismo sentido, Ewan McKendrick vislumbra un espectro de significados de la buena fe con dos extremos: un contenido mínimo lo representa la noción de honestidad, mientras que el otro extremo exige dar prioridad a los intereses de la contraparte por sobre los propios. Entre estos extremos la pregunta vital es en qué medida se compatibiliza la prosecución del interés propio con el respeto a los intereses de la contraparte, y si la buena fe impone sólo un deber negativo de abstenerse de conductas deshonestas o si exige deberes positivos, lo que se determinará según las circunstancias del caso concreto³².

Si bien no existe total claridad en cuanto al contenido del concepto, ello no ha obstado a su desarrollo explosivo. Esto ha llevado a algunos

³⁰ Una conocida distinción entre deberes negativos y positivos que emanan de la buena fe es propuesta por BETTI (1953), pp. 67-69, quien identifica en el CC italiano art. 1175 sólo un deber negativo de *correttezza*, mientras que atribuye al art. 1375 un deber positivo de *buona fede*. Véase, asimismo, KÖTZ (1998), p. 245; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 690-694; BEALE (2006), pp. 213-215; DCFR I 1:103 comentario A. En la doctrina nacional siguen este enfoque SAAVEDRA (1996), p. 358 y BOETSCH (2011), pp. 62 y 118-119. En materia procesal esta distinción es desarrollada en extenso por HUNTER (2008), pp. 151-182.

³¹ GHESTIN (2006) pp. 169-170. Parte de la doctrina francesa distingue un mayor grado de intensidad de la buena fe en situaciones de especial confianza mediante la noción de ‘lealtad’. Véase MEKKI y KLOEPFER-PELÈSE (2008), p. 346.

³² MCKENDRICK (2007), pp. 692-698.

autores a afirmar que la fórmula específica que se elija para describir la buena fe no es una cuestión prioritaria para sostener su aplicación³³. Ello tiene un fiel reflejo en la realidad legislativa, señalándose que las palabras que elija el legislador para conceptualizarla no tienen mayor importancia, por cuanto la experiencia histórica demostraría que para consagrarse este concepto basta hacer una referencia genérica³⁴. Por lo mismo, no es de extrañar que la mayoría de los cuerpos normativos modernos no la definan.

El PPLDC ha señalado en sus Principios Generales: “las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. La referencia a “los usos del tráfico” más que una definición parece hacer referencia a un cierto parámetro de determinación de la buena fe, tal como sería “las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación”. La relación entre “buena fe” y “usos del tráfico” no es pacífica en la doctrina³⁵, y en el *UCC* estadounidense la idea de “usage of trade” tiene un contenido propio³⁶ que se diferencia de la obligación de actuar de buena fe³⁷. No obstante, esta relación entre buena fe y usos del tráfico no es del todo ajena a la doctrina nacional³⁸, y la idea de “usos del tráfico” aparece asociada a ella en el *BGB* § 242. Sea cual sea la relación entre ambos términos, se debe tener presente que la idea de los “usos del tráfico” no supone una definición de la buena fe, representando simplemente uno de los muchos criterios orientativos para determinar su contenido en un caso concreto³⁹.

Además del problema de conceptualizar en forma adecuada este principio, debemos señalar que ni siquiera existe consenso en torno a su

³³ BOETSCH (2011), p. 50; HESSELINK (1999), pp. 36-37; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 30.

³⁴ HESSELINK (2011), p. 648: “The wording would not matter much; experience shows that any phrase containing the words ‘good faith’ will suffice”.

³⁵ WIEACKER (1956), p. 15 n. 29 y p. 20 n. 39. Véase, asimismo, SCHMIDT (1995), N° 152-157; ROTH (2007)m N° 12-13.

³⁶ El *UCC* § 1-303 (2) define “usage of trade” como: “toda práctica o método de contratar que tiene tal regularidad de observancia en un lugar, actividad o comercio como para justificar una expectativa de que será observado en una operación en particular” (A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question).

³⁷ *UCC* § 1-201(19): “‘Good faith’, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing”. Sobre esta definición, véase FARNSWORTH (1995), p. 52.

³⁸ Jorge López Santa María, citando a Jaime Santos Briz, describe que la determinación de la buena fe en cuanto módulo de carácter objetivo “se llevará a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de la cultura de la sociedad”. LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 396.

³⁹ MACKAAY (2012), pp. 158-159: “Do these formulas clarify the concept? Perhaps not all that much: they appear mostly to translate one general term into other general terms”.

naturaleza jurídica. Los autores discuten si estamos frente a un principio general del Derecho, una máxima jurídica, un parámetro de conducta, un concepto válvula, una norma abierta o una cláusula general⁴⁰. Incluso, como veremos más adelante, hay quienes afirman que la buena fe ni siquiera es una norma jurídica propiamente tal.

El problema de la naturaleza jurídica de este principio no es tan apremiante como a primera vista podría parecer, ya que las distintas nociones al respecto evocan principalmente dos perspectivas. En primer lugar, la buena fe representa una norma de carácter amplio cuyo contenido no puede establecerse a priori, sino sólo por su materialización en casos concretos. En este sentido, puede calificarse como un parámetro de conducta, un concepto válvula, un concepto jurídico indeterminado, una norma abierta o una cláusula general. En el presente trabajo privilegiaremos la noción de “cláusula general” por su mayor precisión técnica, junto con la de “norma abierta”. Dejando de lado las discusiones conceptuales que rodean a estos conceptos⁴¹, podemos afirmar que, a grandes rasgos, una norma abierta se caracteriza por la particular generalidad e indefinición que emplea el legislador en su formulación, ante la imposibilidad que enfrenta para enunciar la norma de manera más concreta. Una norma es más o menos amplia según el número de situaciones que puedan subsumirse en ella, siendo especialmente amplias nociones como la buena fe, las buenas costumbres, el orden público, el buen padre de familia, entre otras. El importante grado de indefinición de las cláusulas generales conlleva a que el contenido de las mismas se determine, en definitiva, por la aplicación que de ellas se haga, otorgando un mayor margen de discrecionalidad al juez. La conceptualización de la buena fe como norma abierta permite entender por qué su operatividad no pasa por fijar una noción abstracta de la misma, sino por su materialización en casos particulares atendiendo a circunstancias específicas⁴².

Por otra parte, también suele considerársele como una norma que está en la base del ordenamiento jurídico e informa sus distintas instituciones, y que, por lo mismo, puede aplicarse de manera amplia aun a falta de norma legal expresa. Siguiendo esta idea se le suele calificar como una máxima legal, una fuente de derecho no escrito o un principio general del Derecho, pero en el presente trabajo recurriremos a este último concepto para expresar esta dimensión de la buena fe.

Para cerrar esta sección, cabe indicar que su polifuncionalidad se aprecia, también, en la legislación positiva, donde esta noción se manifiesta

⁴⁰ HESSELINK (1999), p. 36; JALUZOT (2001), pp. 69-79; MACKAAY (2012), p. 157.

⁴¹ Véase MENGONI (1987), pp. 8-11; HESSELINK (1999), pp. 37-41 y 406-407; MIQUEL (1997), p. 304.

⁴² FUEYO (1990), p. 184; SAAVEDRA (1996), p. 360; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 31.

principalmente de tres formas. En primer lugar, suele estar consagrada en disposiciones de carácter general, como el art. 1546 del *CC*. Además de esta referencia general, pueden encontrarse remisiones en normas específicas, en las cuales está llamada a resolver un problema acotado. Por último, encontramos disposiciones que, si bien no la mencionan, son identificadas por la doctrina o jurisprudencia como una derivación de la misma. Desarrollaremos estos aspectos más adelante (sección V).

III. EVOLUCIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL EN EL SIGLO XX

A pesar de la consagración de la buena fe en materia contractual en diversos códigos modernos, su aplicación fue bastante reducida durante el siglo XIX y parte del siglo XX. Los ideales de la codificación, entre los cuales se encuentra el apego del juez a la letra de la ley, parecen haber inhibido la aplicación por parte de los jueces de una norma tan abierta. El juez estaba llamado a aplicar estrictamente la legislación vigente, lo que sumado al respeto irrestricto a la intangibilidad de los contratos y a la autonomía privada coartaba la discrecionalidad judicial al determinar los efectos de los contratos sobre la base de la buena fe y la equidad⁴³.

La inevitable existencia de lagunas legales llevaría a un primer reconocimiento significativo de la capacidad del juez para crear derecho en el *ZGB*, el cual permitió la creación del Derecho por parte del juez en los casos en que ni la ley ni la costumbre otorgaran una solución (art. 1 inc. 2), dejando, asimismo, numerosas normas deliberadamente abiertas y estableciendo múltiples remisiones a cláusulas generales⁴⁴. Se desechaba así el ideal de plenitud de la regulación, estableciendo una vía de escape a la estrechez que suponía el positivismo de los códigos modernos.

En Alemania, la falta de una norma general que permitiera la creación normativa por parte del juez, sumado a las vicisitudes que traería el siglo XX, llevaría a la doctrina y jurisprudencia a recurrir a la buena fe objetiva como un instrumento de flexibilidad normativa a fin de adaptar el Derecho Civil a las nuevas exigencias económico-sociales⁴⁵. El *BGB*, siguiendo la tendencia de los códigos modernos, consagró en el § 242 la obligación del deudor de efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a

⁴³ CORRADINI (1970), pp. 24-106; BOETSCH (2011), pp. 43-44; MOMBERG (2013), pp. 10-11.

⁴⁴ VON OVERBECK (1976-1977), p. 686; ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 173-176.

⁴⁵ Véase especialmente SCHMIDT (1995), N° 51 y ss.; CORRADINI (1970), pp. 195-199; RANIERI (1998), pp. 1064-1072; MIQUEL (1997), pp. 300-302; ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 152-153; ZIMMERMANN y WHITTAKER (2000), pp. 18-32.

los usos del tráfico⁴⁶. Ella ocupaba un papel modesto en el plan del legislador⁴⁷, teniendo una función insignificante antes de la codificación⁴⁸. Sin embargo, a diferencia de otras experiencias europeas, los jueces alemanes dieron desde el comienzo una interpretación amplia y creativa al § 242, introduciendo nuevas soluciones equitativas mediante dicha disposición⁴⁹. Este desarrollo se agudizó en la década de 1920, cuando producto de la depreciación monetaria el *Reichsgericht* determinó que de acuerdo con la buena fe correspondía aplicar en materia de obligaciones monetarias la revalorización de las obligaciones en lugar del nominalismo, contradiciendo directamente la letra de la ley, amenazando con desobedecer el mandato del gobierno, que pretendía compelir al tribunal a aplicar el nominalismo. El razonamiento del tribunal era que este principio estaba por sobre toda ley, y que el legislador no podía frustrar sus exigencias. Luego de esta sentencia, la buena fe recibiría una aplicación progresiva, ocupando un papel importante en la flexibilización de las relaciones contractuales, especialmente ante las situaciones de excepción que se presentaron durante y después de la guerra. Así, ella aparecía súbitamente como un instrumento que velaba por la justicia en las relaciones jurídicas, incluso, a pesar del texto legal, constituyendo el fundamento textual para el otorgamiento de soluciones equitativas. Este desarrollo estuvo respaldado por el aporte filosófico previo de Rudolf Stammler, que buscaba escapar de las consecuencias adversas de la excesiva limitación que suponía la normativa positiva de los nuevos códigos mediante el recurso a principios generales⁵⁰, así como de la Escuela del Derecho Libre, la cual realizaría la importancia de las cláusulas generales en la creación jurisprudencial, y en forma muy especial la buena fe⁵¹.

En 1954 el célebre romanista alemán Franz Wieacker, criticando la forma caótica en la cual la jurisprudencia alemana aplicaba esta norma⁵², realizó una esquematización de la buena fe y, recogiendo la idea de Gustav Boehmer, afirmó que la aplicación del art. 242 podía resumirse en las funciones del pretor romano según se describen en un célebre texto de Papiniano: ella estaría llamada a ayudar al Derecho, suplirla o corregirla⁵³.

⁴⁶ BGB § 242: (Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht Verkehrssitte es erfordern.

⁴⁷ WIEACKER (1956), p. 42; LUIG (2003), p. 418; SCHLECHTRIEM (2006), p. 43; LANDO (2007) p. 844.

⁴⁸ CORRADINI (1970), pp. 177-195; LUIG (2003), p. 419.

⁴⁹ LUIG (2003), pp. 419-424.

⁵⁰ CORRADINI (1970), pp. 200-222; WINKEL (2008), pp. 681-682.

⁵¹ JALUZOT (2001), pp. 41-44.

⁵² WIEACKER (1956), p. 5.

⁵³ D. 1, 1, 7: Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigenda iuris civilis gratia propter utilitatem publicam... (El Derecho pretorio es aquél que introdujeron los pretores en razón de la utilidad pública para ayudar, suplir o

Posteriormente, la doctrina ofrecería distintas sistematizaciones de la buena fe y de las funciones que de ella se desprenden, que guardan en mayor o menor medida correspondencia con la tripartición de Franz Wieacker⁵⁴. A estas funciones se debe sumar la de interpretación, consagrada de forma independiente en el § 157.

La actividad más característica de la doctrina alemana fue organizar las decisiones jurisprudenciales en “grupos de casos” (*Fallgruppen*), agrupando las soluciones que presentaran presupuestos y características similares. De esta forma se podría lograr más claridad en cuanto a la aplicación del artículo, evitando la incertidumbre jurídica que se derivaba de esta norma abierta, formando así un “sistema interno” que representaría el contenido de la cláusula general del § 242⁵⁵. La sistematización de este principio llevó a que muchas de las soluciones fundadas en el § 242 dieran lugar a doctrinas con contornos muy claros, y que se clasificaron posteriormente como “subteorías”, tanto doctrinas desarrolladas históricamente de forma independiente a la buena fe tales como: la doctrina de los actos propios, la cláusula *rebus sic stantibus*, el abuso de derecho o la *culpa in contrahendo*, así como nuevas doctrinas, como la existencia de obligaciones implícitas en la ejecución del contrato (*Leistungstreuepflicht*, *Schutzpflicht*, *Mitwirkungspflicht*, etc.), la imposibilidad de exigir la resolución del contrato por incumplimientos menores, el retraso desleal (*Verwinkung*), la excepción de contrato no cumplido, la interdicción de cláusulas abusivas en materia de protección al consumidor, por nombrar sólo algunas. Esta gigantesca sistematización bajo el § 242 del *BGB* llevó a que este parágrafo adquiriera una importancia inusitada dentro del ordenamiento jurídico alemán, pasando a convertirse, prácticamente, en una normativa paralela al *BGB*, ocupando los comentarios al § 242 miles de páginas⁵⁶.

La experiencia jurídica alemana supone el caso más notable de desarrollo de la buena fe, pero esta noción tuvo un desarrollo propio en los distintos ordenamientos europeos. El desarrollo comparado ofrece

corregir el derecho civil...). WIEACKER (1956), pp. 20-22. A continuación, Franz Wieacker indica que las funciones del juez al aplicar la buena fe son tres: actuar en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico según su *officium iudicis*; exigir a las partes que se comporten de manera justa, actuando en este punto *praeter legem* (según Franz Wieacker éste sería el terreno ocupado desde una perspectiva histórico-dogmática por la *exceptio doli*); y finalmente el juez podría actuar *contra legem*.

⁵⁴ SCHMIDT (1995), N° 113 y ss.

⁵⁵ SCHMIDT (1995), N° 87, pp. 192-196; HESSELINK (1999), pp. 47-48 y 54-58.

⁵⁶ Uno de los ejemplos más notables a este respecto es el comentario de Wilhelm Weber al *BGB* § 212 en la 11^a edición del *Staudingers Kommentar* (1961), con mil quinientas cincuenta y tres páginas dedicadas íntegramente a este artículo. Sobre la utilización de las cláusulas generales en Alemania para la creación judicial del Derecho, véase ZWEIGERT & KÖTZ (1998), pp. 152-153.

diferencias tan grandes en cuanto al alcance que se otorgó a los artículos de los distintos códigos, así como la sistematización de sus funciones, que resulta casi imposible ofrecer un panorama esquemático para comparar los progresos en los distintos países. El nivel de diversidad es tal que es posible apreciar diferencias sustanciales entre países que contaban con una misma regulación sobre la materia, como sucedió en Francia, Bélgica y Holanda.

En Francia⁵⁷ los arts. 1134 inc. 3 y 1135 motivaron escaso interés durante la mayor parte del siglo XX. Sólo a partir de la década de 1970 adquiriría la buena fe una aplicación más extendida, considerándose como fuente de deberes específicos y, principalmente, un deber de lealtad (*devoir de loyauté*), pero, además, se desprende de ella deberes de cooperación (*devoir de coopération*) de seguridad (*obligation de sécurité*), de información (*obligation de renseignement*), entre otros. El desarrollo francés se presenta así como una experiencia tímida en el concierto comparado, aunque debe destacarse que algunas de las consecuencias que se alcanzan por medio de la buena fe en otros ordenamientos jurídicos se realizan en Francia bajo otras estructuras dogmáticas, como la doctrina del abuso de derecho, la interpretación mediante la equidad o recurriendo a ficciones jurídicas.

En Bélgica⁵⁸ la institución se ha desarrollado de forma mucho más amplia, atribuyéndosele una función interpretativa (*fonction interprétative*), una función supletoria o integradora (*fonction complétiive*) y una función restrictiva (*fonction restrictive*). Si bien esta tripartición resulta similar a la sistematización alemana, debe destacarse que sus alcances no son tan extensos, y así, por ejemplo, no se acepta en Bélgica la modificación del contrato sobre la base de la buena fe, sino únicamente la limitación de sus efectos.

Prácticamente, Holanda constituye uno de los ordenamientos jurídicos que mayor uso hace de la buena fe, y en el cual sus efectos son particularmente amplios⁵⁹. Si bien el antiguo *BW* de 1838 traducía en forma literal los arts. 1134 y 1135 del *CC fr* en sus arts. 1374 inc. 3 y 1375, ya en los años de la década de 1920 se comenzó a dar lugar a una interpretación amplia de la buena fe que, incluso, permitía modificar los términos del contrato. Ante el progresivo volumen de decisiones de los tribunales basadas en ella la doctrina sistematizó esta jurisprudencia, dando contornos claros a sus diversas aplicaciones. La discusión en la preparación del *BW* de 1992 implicó un profundo análisis del papel de la buena fe del art. 1374,

⁵⁷ Véase especialmente TALLON (1994) y ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 32-39.

⁵⁸ Véase PÉRILLEUX (1992), pp. 237-250.

⁵⁹ Véase PITLO (1972), pp. 59-81; HESSELINK (1999), pp. 51-52; VALK (2002), pp. 2-7; WINKEL (2008), pp. 679-685; HARTKAMP und SIEBURGH (2010), pp. 319-386.

la cual, en definitiva, se fundió con el concepto de equidad del art. 1375 para formar la endíadis *redelijkheid en billijkheid* (racionalidad y equidad), reservando el concepto de *goede trouw* para el problema de la buena fe subjetiva. La innovación no sólo fue terminológica sino que recogió los avances de la doctrina y jurisprudencia durante el siglo XX y los llevó aún más lejos, consagrando la buena fe, en primer lugar, como una norma amplísima, aplicable de forma general a todo el Derecho Patrimonial, en virtud de la cual se exige a los contratantes comportarse conforme a ella (art. 6:2 inc. 1), lo que permite integrar el contenido del contrato (art. 6:248 inc. 1), pero, además, limitar el efecto de una ley, costumbre o acto jurídico cuando su aplicación en un caso concreto resulte inaceptable de acuerdo con sus exigencias (art. 6:2 inc. 2 y 6:248 inc. 2). Junto con estas funciones generales, el *BW* consagró numerosas remisiones a la buena fe, a propósito de normas específicas. Esta extensa consagración ha llevado a que actualmente la jurisprudencia holandesa resuelva una importante gama de problemas con referencia exclusiva de este principio. Haremos especial referencia a este cuerpo legal, siendo un notable caso de estudio no sólo por cuanto constituye una legislación reciente en la cual se discutió acaloradamente la función de la buena fe, sino, también, por el enorme alcance que se le otorgó⁶⁰.

152

En los ordenamientos latinoamericanos la buena fe presenta una evolución mucho más uniforme que en Derecho europeo. Por cuanto respecta a Chile, históricamente el art. 1546 motivó sólo algunas resoluciones aisladas; sin embargo, en forma reciente, de la mano de autores como Fernando Fueyo y Jorge López Santa María, la doctrina comenzó a proponer una aplicación más amplia del mismo a partir de la experiencia comparada. En este punto la experiencia nacional empalma con la evolución en el ámbito iberoamericano, donde la buena fe se abordó principalmente como un principio general. Esto contrasta con su desarrollo en Alemania, donde se enfocó fundamentalmente como una cláusula general cuyo contenido debía ser precisado, afirmándose su condición de principio sólo a efectos de extender su aplicación a otras ramas del ordenamiento jurídico y para echar mano a doctrinas relacionadas con la *bona fides romana*⁶¹. La concepción de la buena fe en Iberoamérica como principio general propició su estudio desde una perspectiva sustantiva, tratando de determinar su contenido en abstracto, lo que llevó a la doctrina a acoger las doctrinas desarrolladas en el Derecho Comparado

⁶⁰ Sobre el uso de la buena fe y la discrecionalidad del juez en el nuevo *BW*, véase HARTKAMP (1992), pp. 551-571.

⁶¹ Para un contraste entre el desarrollo de la buena fe en Alemania y España véase ECKL (2003), pp. 41-52.

(principalmente alemán e italiano)⁶² en lugar de agrupar las soluciones judiciales fundadas en la buena fe en “grupos de casos”. De esta forma se incorporó al ordenamiento jurídico una serie de doctrinas que no tenían una consagración jurídica independiente, entendiéndose como derivadas de este principio general.

A pesar del escaso grado de originalidad de la doctrina y jurisprudencia iberoamericana en el desarrollo de este principio, podemos destacar que en el último tiempo la jurisprudencia se ha visto cada vez más dispuesta a recurrir a él para solucionar nuevos problemas jurídicos. La jurisprudencia nacional en la materia ha sido recientemente sistematizada por Hernán Corral⁶³, evidenciando la variedad de aplicaciones que la recibe por parte de la judicatura y dando muestra de ciertos desarrollos particulares de nuestro ordenamiento jurídico.

La expansión de la buena fe se ha reflejado no sólo en su papel preponderante en materia contractual sino que ha cubierto las más diversas materias jurídicas. Si bien la mayoría de los códigos modernos consagran la buena fe en la regulación de los efectos de los contratos⁶⁴, durante el siglo XX su aplicación se extendió a otras áreas del Derecho Civil: dejando de lado el problema de la buena fe subjetiva⁶⁵, la objetiva se aplicó no sólo a la ejecución del contrato sino, también, a la etapa precontractual, a la celebración misma del contrato y a la responsabilidad poscontractual⁶⁶. El poder creador de este principio no se detendría allí, rebasando posteriormente los márgenes del *CC* y aplicándose no sólo a sectores en los que existe una remisión expresa al principio (en Derecho nacional

⁶² Podemos mencionar que en Derecho nacional se ha invocado la buena fe para afirmar la reajustabilidad de obligaciones monetarias, la responsabilidad precontractual y poscontractual, la doctrina de los actos propios, el abuso de derecho, el fraude a la ley, la exigencia de particulares deberes de conducta, la teoría de la imprevisión (o el deber de renegociación ante la excesiva onerosidad sobreviniente), la imposibilidad de exigir la resolución del contrato ante un incumplimiento parcial de poca monta, la interpretación objetiva del contrato de acuerdo con la buena fe, la carga del acreedor de minimizar los daños del incumplimiento contractual, entre otras. Véase LÓPEZ SANTA MARÍA (1998) vol. I, pp. 306-307 y vol. II, pp. 391-392 y 398-406; FUEYO (1990), pp. 158-160, 162-163, 188-197; ALCALDE (2003), p. 67.

⁶³ Sobre este punto véase especialmente CORRAL (2007), pp. 143-177. Véase, asimismo, un recuento de sentencias sobre buena fe en FUEYO (1990), pp. 197-200.

⁶⁴ El art. 1546 se encuentra en el *CC* chileno en el libro IV, título XII “Del efecto de las obligaciones”.

⁶⁵ La doctrina suele distinguir con claridad las nociones de buena fe subjetiva y objetiva. Si bien ambos conceptos tienen un origen común, cfr. GUZMÁN (2002), pp. 21-23, y en algunos ordenamientos jurídicos la distinción no es tan clara, en este trabajo nos concentraremos exclusivamente en la buena fe objetiva.

⁶⁶ Sobre esta expansión de la buena fe contractual en Chile véase CORRAL (2007), pp. 146-152; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 399-406; BOETSCH (2011), pp. 137-156.

podemos mencionar el Derecho del Consumidor⁶⁷, el Derecho Procesal Laboral⁶⁸, el Derecho de la Libre Competencia⁶⁹ y el Derecho Procesal Civil⁷⁰) sino, también, a aquéllos en los que no hay norma específica (como el Derecho de Seguros⁷¹, Constitucional⁷², Administrativo⁷³, Laboral⁷⁴ y Tributario⁷⁵)⁷⁶. Es por ello que no es de extrañar que en varias codificaciones modernas se consagre la buena fe no en materia contractual, sino en la parte preliminar, como un principio general de Derecho⁷⁷.

La importancia de la buena fe no se ha limitado a los ordenamientos nacionales, y ha adquirido protagonismo en los esfuerzos de unificación normativa en el ámbito internacional. Un ejemplo paradigmático lo constituye la directiva 93/13/CEE art. 3, que consagró en el entorno europeo a la buena fe como uno de los parámetros para determinar cuándo se está frente a una cláusula abusiva en materia de protección al consumidor. Así también, se consagró de manera amplia en la CISG⁷⁸ los Principios UNIDROIT⁷⁹, en los

⁶⁷ Ley N° 19.496, de 1997, art. 16 letra G.

⁶⁸ *Código del Trabajo*, art. 430.

⁶⁹ Ley N° 20.169, de 2007, art. 3.

⁷⁰ Véase ROMERO (2003), pp. 167-172; CARRETTA (2008), pp. 101-127; GORIGOITÍA (2008), pp. 133-159; HUNTER (2008), pp. 151-182. El actual CPC contiene normas aisladas que prescriben la aplicación de la buena fe, como el art. 88 inc. 2 y el art. 724, lo que no impidió a la doctrina y jurisprudencia extender su aplicación a todo el Derecho Procesal. Cabe destacar que esto cambia en el *Proyecto de Código Procesal Civil* (Mensaje N° 432-359), que en su art. 5 dispone el principio de “Buena fe procesal”, que reza: “Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”.

⁷¹ CORRAL (2007), pp. 147-149; RUIZ-TAGLE VIAL (2011).

⁷² RAMÍREZ (2003), pp. 739-756.

⁷³ BOETTIGER (2009), pp. 309-326, aunque debe destacarse que en esta sede la buena fe se aplica principalmente en su vertiente subjetiva, para proteger situaciones jurídicas consolidadas de terceros.

⁷⁴ IRURETA (2011), pp. 133-188.

⁷⁵ GONZÁLEZ (2004), pp. 237-249. Dejamos de lado el problema del art. 26 del *Código Tributario*, el cual hace referencia a un problema de buena fe subjetiva.

⁷⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 391-392; cfr. CORRAL (2007), pp. 165-172; FUEYO (1990), p. 163. Para la experiencia europea, véase HESSELINK (1999), pp. 377-397.

⁷⁷ ZGB suizo art. 2; CC español art. 7.1; CC de Québec arts. 6 y 7.

⁷⁸ CISG art. 7(1): In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁷⁹ Principios UNIDROIT art. 1.7: (Good faith and fair dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

PECL⁸⁰ y en el reciente DCFR⁸¹. En los últimos tres cuerpos normativos la buena fe aparece no sólo como una disposición general sino que se aplica como parámetro normativo para la resolución de hipótesis particulares, recurriendo a otras cláusulas generales (como la “racionalidad”) a lo largo de su articulado. El PPLDC no ha escapado a esta tendencia, y junto con enunciar la buena fe como uno de los principios generales en materia de contratación, ha establecido numerosas remisiones a lo largo de su normativa. Esta regulación presenta, sin embargo, una inconsistencia que debe tenerse presente a efectos de la elaboración de los PPLDC, y es que la diferente significación de la buena fe en los distintos ordenamientos nacionales podría conducir a que una remisión genérica tuviera una aplicación distinta en cada ordenamiento jurídico, conduciendo en definitiva a un desorden normativo⁸². Pese a ello, esta crítica no es definitiva, pues en contra podría afirmarse que dicha remisión permitiría que la normativa se adaptara a las particularidades de las distintas comunidades comprendidas bajo la misma⁸³.

Finalmente, debemos destacar que el desarrollo de la buena fe en países del *Common Law* ha sido variado. En Inglaterra⁸⁴ ha habido una

⁸⁰ PECL art. 1:201: Good Faith and Fair Dealing. (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty.

⁸¹ DCFR I – 1:103: Good faith and fair dealing. (1) The expression ‘good faith and fair dealing’ refers to a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment.

⁸² Cfr. WINKEL (2008), p. 684; TEUBNER (1998), p. 13. El problema es de tal envergadura que una de las razones por las cuales se evitó establecer un deber genérico de buena fe en la CISG fue esta ambigüedad que introduciría en el ámbito internacional el alcance de este término. A pesar de ello, los intérpretes de la CISG intentaron salvar esta objeción a propósito de la referencia del art. 7(1) indicando expresamente que la expresión “buena fe en el comercio internacional” implica que ésta no se debe abordar desde el punto de vista de los ordenamientos locales, debiendo considerarse, más bien, según estándares internacionales. Véase BONELL (1987), pp. 69 y 85-88. La misma línea argumentativa se consagró posteriormente en los Principios UNIDROIT 1.7(3).

⁸³ Véase al respecto VON OVERBECK (1976-1977), p. 685 y ZWEIGERT & KÖTZ (1998), p. 176 sobre la experiencia suiza, donde precisamente la utilización de cláusulas generales permitió adaptar la ley en los diferentes cantones, recomendando a continuación (p. 176) emplear esta técnica en una eventual codificación europea. STORME (2003), pp. 29-30 defiende esta apertura normativa similar al modelo suizo en los PECL. Cabe anotar, que la noción de “good faith and fair dealing” empleada en los PECL y en el DCFR no es totalmente equivalente a ninguna noción de buena fe vigente, por lo que aparece más como un intento de armonización de distintas visiones en torno a ella que como la consagración de una doctrina vigente.

⁸⁴ GOODE (1992); TEUBNER (1998), pp. 11-32; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 39-48.

considerable resistencia e, incluso, hostilidad a su recepción, y la introducción de este concepto en el Derecho isleño se dio sólo a mediados de la década de 1990 al implementar la directiva 93/13/CEE. Por otra parte, el concepto adquirió un papel protagónico en Estados Unidos⁸⁵ luego de la amplia consagración que tuvo en el *UCC* a mediados de siglo, curiosamente por medio del influjo de la doctrina alemana en el pensamiento de Karl Llewellyn, uno de los principales redactores de dicho *Código*. Este principio experimentó un considerable desarrollo, especialmente a partir de la década de 1980, al ser incluida en el *Restatement (2nd) of Contracts*, y eventualmente se expandiría a otros países del *Common Law*. En todo caso debe consignarse que el papel que la buena fe cumple en estos ordenamientos es menor que en los sistemas de Derecho Continental.

156

IV. EXPANSIÓN DE LA BUENA FE COMO CREACIÓN NORMATIVA DEL JUEZ

La función creadora que ha desempeñado la buena fe a partir del siglo XX ha llevado a que el problema de este concepto sea a menudo enfocado desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, afirmando numerosos autores que daría lugar al desarrollo jurisprudencial del Derecho, en cuanto su amplitud permitiría al juez solucionar aquellos problemas que no estén contemplados en la ley. La doctrina se divide en cuanto a la ubicación de la buena fe entre las fuentes del Derecho, señalando algunos autores, a grandes rasgos, que en cuanto principio general sería una fuente del Derecho en sí misma, que el juez se limita a reconocer⁸⁶, mientras que otros señalan que la verdadera fuente del Derecho sería la jurisprudencia⁸⁷. El punto es de carácter eminentemente filosófico y nos resulta imposible profundizar en él, pero debe consignarse que tiene una directa incidencia en la aplicación que se hace de la buena fe. Su concepción como un principio general que, en sí mismo, constituye una fuente del Derecho, ha propiciado una menor fundamentación por parte del juez en la aplicación del mismo, limitándose a aludirlo de forma simplista, sin sentir la necesidad de profundizar en su contenido, el cual estaría perfectamente definido en abstracto. Lo dicho no supone una crítica al empleo de los

⁸⁵ FARNSWORTH (1995), pp. 51-54; SUMMERS (2000), pp. 118-141.

⁸⁶ ALCALDE (2003) p. 139 (refiriéndose a los principios generales del Derecho); BOETSCH (2011), pp. 22-24.

⁸⁷ WIEACKER (1956), pp. 11-16 es especialmente crítico de la aplicación de la buena fe como un ejercicio de subsunción, señalando que se está más bien ante una creación del Derecho. Véase, asimismo, SQUELLA (2011), pp. 380-384 (refiriéndose a los principios generales del Derecho).

principios generales del Derecho, o de la sistematización de la buena fe como principio general, sino al modo descuidado de aplicar este marco teórico en casos concretos.

Uno de los autores que ha hecho mayor hincapié en la función de la buena fe en la creación judicial del Derecho ha sido Martijn Hesselink⁸⁸, cuyos argumentos expondremos brevemente a continuación. Este autor expone que la creación del Derecho por parte del juez adquiriría durante el siglo XX una importancia significativa por medio del recurso a ella, la cual Martijn Hesselink considera una norma “totalmente abierta”, por cuanto las disposiciones sobre buena fe exhiben una completa indefinición tanto respecto de sus premisas como de sus efectos. El hecho de que sea “totalmente abierta” se debería, según el autor, a que la doctrina moderna a partir de Franz Wieacker habría aplicado la tripartición de Papiniano no para describir las funciones del juez, sino para señalar el ámbito de aplicación de la buena fe. Como la doctrina le otorgó, de forma general, una función supletoria, interpretativa y correctiva, el ámbito de su aplicación habría quedado totalmente abierto, no estableciendo una verdadera norma jurídica con un contenido específico. Esto la distinguiría de las otras cláusulas generales, en las cuales, si bien se cubren una generalidad de situaciones, establecen una regla concreta. Esta completa amplitud habría permitido que los jueces recurrieran de forma amplia a las disposiciones sobre buena fe, supliendo, interpretando y corrigiendo la ley vigente, del mismo modo que en el Derecho Romano el *ius honorarium* ayudaba, corregía y suplía el *ius civile*. Y como esta actividad de los jueces es necesaria respecto de todo el ordenamiento jurídico, no es de extrañar que su aplicación se haya extendido fuera de los márgenes del Derecho Contractual. Es por ello que Martijn Hesselink afirma:

“la discusión sobre si la buena fe tiene una función integradora o correctiva ha servido de fachada para la cuestión de si el juez puede integrar o corregir el código (originalmente: el contrato). En otras palabras, la emancipación del juez ha tenido lugar bajo el disfraz de la emancipación de la buena fe. El juez en cuanto creador de nuevas reglas que integran o corrigen la ley ha entrado en escena detrás de la máscara de la buena fe”⁸⁹.

El funcionamiento de la buena fe en cuanto cláusula general presenta, así, caracteres anómalos. Por regla general, la aplicación práctica de una

⁸⁸ HESSELINK (1999). Una versión abreviada y en inglés se encuentra en HESSELINK (2011), pp. 619-649.

⁸⁹ HESSELINK (1999), p. 413.

cláusula general lleva la formación de un subsistema que, en definitiva, determinaría el contenido de la cláusula general. Éste ha sido el sustento teórico de su desarrollo, pues las distintas doctrinas conformarían su “sistema interno”. No obstante, todo lo que parecen tener en común las distintas doctrinas derivadas de la buena fe es que el juez la menciona como su fundamento, a falta de una disposición legal que las consagre expresamente. Como la norma bajo la cual surgen las distintas subteorías no contiene una regla específica, las distintas aplicaciones que vendrían a formar el subsistema de la cláusula general no tendrían, en realidad, nada en común además de su forma de generación, desarrollando una mecánica propia para resolver los casos en los cuales deben aplicarse. Estas doctrinas simplemente entran en el ordenamiento jurídico mediante el recurso a la buena fe, pero no tendrían su fundamentación en una auténtica teoría de ésta, lo que lleva a Martijn Hesselink a afirmar:

“la buena fe entonces no es la norma más elevada del derecho contractual o incluso de todo derecho privado, sino que ni siquiera es una norma. Es simplemente un portavoz a través del cual las nuevas reglas hablan, o una cuna en la cual las nuevas reglas nacen. Lo que el juez realmente hace al aplicar la buena fe es crear nuevas reglas. Estas reglas son integraciones y correcciones (y a veces concreciones) de las reglas y del sistema del código”⁹⁰.

158

Según Martijn Hesselink los jueces recurrieron al parámetro de la buena fe para fundamentar sus decisiones en lugar de declarar directamente que están interpretando, corrigiendo o supliendo la ley porque este recurso permite una creación normativa encubierta por parte de los jueces, conciliable con la visión tradicional del Derecho Continental según la cual, el papel del juez es exclusivamente aplicar la ley. A partir de la Ilustración y la teoría de la división de poderes, parece poco apropiado que el Derecho sea creado por los jueces, por cuanto carecen de legitimidad democrática para ello. Pero al recurrir a la buena fe, el juez no estaría formalmente modificando la ley vigente, sino aplicándola. Asimismo, recurrir a ella permite no atentar directamente contra la intangibilidad del contrato, pues el juez podrá interferir en los términos acordados por las partes aplicándola en cuanto principio de Derecho Contractual, en lugar de afirmar sin más que sería justo establecer en un caso concreto una excepción al *pacta sunt servanda*. Por lo demás, resulta mucho más sencillo para el juez afirmar que su solución se fundamenta en la buena fe en lugar de formular con claridad una nueva regla. Finalmente, su aplicación en

⁹⁰ HESSELINK (1999), p. 410.

cuanto norma suprema y parámetro ético parece encajar con una visión aristotélico-tomista del Derecho Natural.

Fundándose en estas nociones, Martijn Hesselink considera que la ciencia jurídica debería ocuparse en forma primordial, de establecer con claridad las reglas y doctrinas propias de cada una de estas teorías y de sistematizarlas en el lugar respectivo del *Código*, en lugar de intentar elaborar un sistema interno de la buena fe que busque determinar el contenido de la misma y de discutir de qué forma cada subteoría se relaciona con ella. Su total amplitud haría imposible considerarla como una norma propiamente tal, ya que no establece una regla jurídica concreta, siendo una noción tan intuitiva y general como la equidad o la justicia. De manera muy gráfica, el autor afirma que si se discute en el Parlamento una determinada norma se elegirá la opinión más justa, pero si un juez quisiera aplicar la norma a falta de texto legal, tendría que afirmar que ello es una exigencia de la buena fe, en lugar de afirmar sin más que esto es lo que en su opinión es más justo. Es por ello que recurrir a este concepto no entregaría mayor utilidad para efectos de estudiar las diversas doctrinas que nacieron a su respecto, ya que la verdadera pregunta es si es deseable adoptar una nueva regla jurídica o no.

Martijn Hesselink considera que el sistema paralelo al Derecho Positivo que genera la buena fe se hace hasta cierto punto insostenible, y pronostica que eventualmente desaparecerá la necesidad mantener su referencia, al consagrar las doctrinas derivadas de ella en la legislación positiva. De esta forma, concluye que en una eventual codificación europea todas las subteorías de la buena fe debieran tener un lugar independiente, vaciando el contenido de este principio. Adicionalmente, concluye que si se reconoce la capacidad normativa de los jueces, la buena fe sería prescindible.

La exposición de Martijn Hesselink ha sido objeto de múltiples objeciones, en especial por lo radical de sus conclusiones, pero los puntos centrales de su exposición son sumamente sólidos y encuentran un amplio respaldo en la doctrina. En primer lugar, podemos afirmar que la vinculación de la buena fe con la creación judicial del Derecho no es una novedad, existiendo numerosos autores que han tratado el punto tanto antes como después de Martijn Hesselink, lo que incluye a la doctrina nacional⁹¹. Buena parte de ella ha mostrado la importancia de la buena fe al otorgar flexibilidad a la aplicación del Derecho, dando lugar a la creación judicial⁹², y gracias a esta perspectiva funcional, numerosos autores dejan

⁹¹ FUEYO (1990), pp. 160-162; LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 394-395; ROMERO (2003), pp. 168-169; ALCALDE (2003) pp. 112-113; SAAVEDRA (1996) p. 361.

⁹² WIEACKER (1956), p. 15; MIQUEL (1997), pp. 297-326; HARTKAMP (1992), pp. 551 y 569; JALUZOT (2001), p. 391 y ss.; VALK (2002), p. 5; SCHLECHTRIEM (2006), pp. 43-44.

de lado el problema de la falta de contenido específico de la buena fe (o de las cláusulas generales) y la entienden, no como una norma general que sea subsumida en casos particulares, sino como un medio de creación jurídica por parte del juez⁹³.

El abundante recurso de la jurisprudencia a este concepto ha sido la forma natural de la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos de enfrentar el desafío que supone la inexcusabilidad para dictar sentencia sobre la base de una ley positiva necesariamente limitada, sin tener que conformarse con entregar una solución injusta⁹⁴. Esta evolución permite entender por qué la buena fe pasó a ser concebida por la doctrina como un principio general del Derecho capaz de otorgar soluciones en todo el ordenamiento jurídico, concepción que se vería estimulada por la creciente importancia de los principios del Derecho en la ciencia jurídica desde fines del siglo XIX⁹⁵. Asimismo, explica por qué el principio suele ser asociado con nociones éticas. La ya apuntada amplitud en la redacción de las disposiciones sobre este concepto de los *Códigos* modernos, permitió un extenso fenómeno de creación jurisprudencial, y eventualmente llevaría a extender esta normativa a casi todas las áreas del Derecho sin tener en cuenta la literalidad de la norma respectiva, su ubicación dentro de la ley o la intención del legislador.

El papel de la buena fe en la creación normativa por parte del juez permite comprender la distinta extensión que se le otorga en los diversos ordenamientos jurídicos, ya que la necesidad de crear nuevas normas dependerá de innumerables factores independientes en cada sistema, respondiendo a las necesidades y características del sistema jurídico específico⁹⁶,

⁹³ WIEACKER (1956), pp. 13-16 y 43-44; MENGONI (1987), p. 9; SCHMIDT (1995), N° 176; KÖTZ (1998), p. 250; MIQUEL (1997), pp. 305-306 y 318-326; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 31-32, 687-690; STORME (2003), p. 18 y ss.; ROTH (2007), N° 21 y ss. MIQUEL (1997), p. 324 indica: “Las cláusulas generales no son criterios de decisión, sino técnicas de invención de criterios de decisión o índices sistemáticos establecidos para activar procedimientos de tal naturaleza. Las cláusulas generales no son criterios diversos de las reglas, sino normas sobre la producción de reglas”. MENGONI (1987), pp. 9-10, incluso, afirma que esta falta de contenido obliga a distinguir netamente las cláusulas generales de los principios generales, por cuanto éstos tienen un contenido propio, aunque MIQUEL (p. 307) refuta esta idea, por cuanto nada obstaría a que un principio se hallara formulado mediante una cláusula general, como sucede en el caso de la buena fe.

⁹⁴ MIQUEL (1997) p. 314: “no pueden ser compatibles al mismo tiempo: la doctrina de la separación de poderes, la prohibición de la denegación de justicia y la insuficiencia de la ley. Con razón decía Radbruch que uno de estos tres puntos debe ceder”. BOETSCH (2011), pp. 61-62.

⁹⁵ Véase sobre este punto WINKEL (2008), pp. 681-682.

⁹⁶ Véase MIQUEL (1997), pp. 301-303, quien discurre sobre las enormes diferencias en el desarrollo de la buena fe entre Alemania y otros países europeos.

tales como: actitud exegética o creativa de la doctrina y jurisprudencia, el margen de libertad del juez⁹⁷, la estructura de fuentes del Derecho, el respeto a la intangibilidad de los contratos y la posibilidad y forma de integrarlos⁹⁸, la importancia de la función social del Derecho, las características de la organización económica⁹⁹, las contingencias económico-sociales, entre otros factores. Considerando que la buena fe se adaptará a las necesidades de cada ordenamiento jurídico, no resulta extraño que diversas teorías que surgen a partir de ésta en un ordenamiento jurídico, no cumplan ninguna función en otro. La buena fe se aplica para subsanar los puntos débiles de los distintos ordenamientos jurídicos, por lo que su papel dependerá de las características de éstos¹⁰⁰. Tal vez una de las aplicaciones más transversales sea la introducción de nuevas soluciones en aquellos puntos en los que el ordenamiento jurídico no se conformaba con los valores sociales imperantes, cumpliendo, de esta forma, una cierta función social dentro del Derecho al promover la cooperación y solidaridad frente al individualismo. Esta aplicación no significa que la buena fe tenga una función social inherente¹⁰¹, sino que se debe a que los jueces se habrían encargado de dar acogida a doctrinas que mitigaran la rigidez que los principios del liberalismo decimonónico presente en la mayoría de los *Códigos Civiles* modernos, adaptándolos a las exigencias sociales del siglo XX¹⁰².

161

⁹⁷ Algunos autores suelen achacar el tímido desarrollo de la buena fe en países como Francia, Italia o Chile al papel que el juez ocupa en estos sistemas, estando llamado a aplicar de forma más estricta la ley vigente, concentrándose su actividad en la exégesis legal y en el respeto de la letra de la ley y el contrato —LOPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 389; MENGONI (1987), p. 7; TALLON (1994), pp. 3-4; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 689-690—. Lo contrario habría sucedido en Derecho alemán, donde el juez habría sentido mayor libertad para interpretar los preceptos legales —LUIG (2003), p. 419—. Por otra parte, la falta de desarrollo de la buena fe en el Derecho inglés se debería, según HESSELINK (1999), pp. 429-430— a la existencia de la *equity* del *Common Law*, que otorgaba al juez inglés la posibilidad de intervenir en la ley vigente, cubriendo, así, la función que desempeñaba en Derecho Continental. Véase, asimismo, GOODE (1992), p. 7. Para un paralelo entre el *ius honorarium* romano, el *equity* inglés y la buena fe moderna véase SCHERMAIER (2000), pp. 63-66.

⁹⁸ CARDILLI (2003), p. 368.

⁹⁹ TEUBNER (1998), pp. 24-32 señala que los regímenes de producción en Alemania e Inglaterra explicarían las enormes diferencias de aplicación que recibe la buena fe en estos ordenamientos.

¹⁰⁰ HESSELINK (2011), p. 642; TEUBNER (1998), pp. 23-24; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 677-678; SCHLECHTRIEM (2006), p. 44.

¹⁰¹ HESSELINK (2011), p. 643 n. 123 demuestra, por ejemplo, cómo el progresivo carácter social de la legislación europea lleva a que en ciertos casos la buena fe se aplique para reafirmar la autonomía de la voluntad en lugar de proteger al contratante más débil. Véase ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 699 y STORME (2003), pp. 17-18.

¹⁰² CORRADINI (1970), pp. 306-314 y 347-415; LOPEZ SANTA MARIA (1998), vol. I, pp. 22-23; HESSELINK (2011), pp. 642-643; MEKKI & KLOEPFER-PELÈSE (2008), p. 362.

Si bien la buena fe cumple una importante función en la creación judicial del Derecho, debemos señalar que ello no significa que éste sea el medio exclusivo de creación normativa por parte del juez¹⁰³, quien no recurrirá a ésta cuando pueda introducir una nueva regla mediante la simple interpretación del texto legal vigente. La buena fe normalmente se ha aplicado como método de creación normativa cuando la regla que se quiere introducir no puede basarse de forma categórica en una disposición vigente del *Código*¹⁰⁴.

Considerando el amplio respaldo doctrinario de esta posición, podemos afirmar que el papel de la buena fe en la creación judicial del Derecho no es un punto especialmente problemático. Un punto más polémico en la exposición de Martijn Hesselink es considerar que las normas originadas al alero de la buena fe no forman, en realidad, parte de una teoría general que las inspire de manera clara, sino que sencillamente entraron en el ordenamiento jurídico mediante ella. Martijn Hesselink se declara influenciado en este punto por la opinión de Jürgen Schmidt, quien descarta la necesidad de mantener el “sistema interno” de la buena fe al proponer que en el futuro las reglas elaboradas sobre la base del § 242 se abordaran a propósito de su materia respectiva, reduciendo a un mínimo el comentario a este artículo¹⁰⁵. Esta falta de coherencia interna entre las distintas doctrinas emanadas de la buena fe puede encontrarse, asimismo, en la crítica de Allan Farnsworth, quien indica que los abogados de sistemas continentales “demuestran una perturbadora tendencia a usar la doctrina de la buena fe como un manto con el cual envuelven otras doctrinas”¹⁰⁶, o en la opinión de Hein Kötz, quien indica que la precisión con la que se han formulado las normas que emanen de este principio en Alemania permitiría suprimir la referencia al § 242 sin el riesgo de derrumbar el edificio normativo de creación judicial¹⁰⁷. Por lo demás, la extensa obra editada Simon Whittaker y Reinhard Zimmermann descarta una coherencia interna entre las normas que emanen de la buena fe, indicando que el § 242 se necesita como una fase intermedia hasta que una regla esté bien establecida, y una vez que alcance cierto grado de autonomía la regla respectiva “volará del nido”, prescindiendo de una remisión a ella¹⁰⁸. Al

¹⁰³ HESSELINK (2011), p. 643 n. 128 indica que la analogía entre la buena fe y el derecho pretorio tiene su límite a este respecto, por cuanto no toda la creación normativa del juez se genera mediante este principio. Cfr., MIQUEL (1997), pp. 318-319.

¹⁰⁴ HESSELINK (1999), pp. 410-411; SUMMERS (2000), p. 135.

¹⁰⁵ SCHMIDT (1995), N° 236-243.

¹⁰⁶ FARNSWORTH (1995), p. 60: “Civil law lawyers demonstrate an unsettling tendency to use the doctrine of good faith as a cloak with which to envelop other doctrines”.

¹⁰⁷ KÖTZ (1998), p. 250.

¹⁰⁸ ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 31-32, 676, 687.

respecto, señalan de forma ilustrativa que los comentarios del § 242 han disminuido significativamente su extensión, por cuanto las doctrinas generadas a propósito de la buena fe han encontrado un lugar propio dentro de la legislación o en la sistematización doctrinaria del Derecho Privado.

El estudio de Simon Whittaker y Reinhard Zimmermann destaca que las soluciones ante problemas jurídicos vinculados a la buena fe son sorprendentemente similares en los distintos ordenamientos jurídicos, pese a la distinta fundamentación de las mismas¹⁰⁹. Allí donde algunos sistemas jurídicos recurren a la buena fe de forma general, otros cuentan con disposiciones positivas que emanaron históricamente de este principio y, por último, otros sistemas aplican doctrinas específicas desarrolladas con total independencia del mismo. De esta forma parece decisiva, más que la constante referencia genérica a la buena fe, la elaboración misma de soluciones para los distintos problemas jurídicos.

Las nociones que hemos entregado hasta aquí permiten establecer un claro modelo explicativo de la fortuna y sistematización que experimentan las diversas “subteorías” de la buena fe en los distintos ordenamientos jurídicos. En este sentido, es fácilmente comprobable que la mayoría de las doctrinas que tuvieron su origen en ella tienen en común el hecho de, simplemente, no tener un fundamento en la legislación vigente, por lo que la referencia a la buena fe permitió que ingresaran al ordenamiento jurídico¹¹⁰. Esto también explicaría el por qué en aquellos ordenamientos jurídicos donde hay una norma o doctrina específica que solucione problemas tradicionalmente abordados a partir de la buena fe, resulta innecesaria la remisión a este principio¹¹¹. Este es el caso del Derecho inglés, a propósito del cual suele afirmarse que no resulta necesario recurrir a ella debido a la existencia de soluciones individuales que cubren sus ámbitos de aplicación en Derecho Continental, tales como: la doctrina de la *reasonableness, estoppel, implied terms, undue influence and unconscionability, frustration of purpose, duress, consideration, fiduciary obligations, etc*¹¹². La falta de un contenido común entre las distintas normas queemanan de la buena fe y su dependencia de las particularidades del ordenamiento jurídico respectivo explica, asimismo, que muchas de las doctrinas que se le vinculan en un ordenamiento jurídico, encuentran una sistematización distinta en otro, y que muchas legislaciones que cuentan con una norma

¹⁰⁹ ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 653-669.

¹¹⁰ HESSELINK (2011), p. 645 ha señalado que sería impracticable sistematizar las diversas doctrinas emanadas de ella bajo el título “Materializaciones de la buena fe”. La heterogeneidad de las distintas normas que caerían en este título da cuenta de la falta de una verdadera sistemática al interior de la buena fe.

¹¹¹ ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 683-684.

¹¹² Véase GOODE (1992), pp. 9-10; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 45-47 y 676.

general no han aceptado doctrinas que emanan de ésta en otros ordenamientos jurídicos. Así, la consagración de la buena fe en un ordenamiento jurídico no dice nada respecto a las soluciones que el mismo entrega ante problemas específicos¹¹³.

Por otra parte, resulta aún más elocuente el hecho de que muchas doctrinas que nacieron al alero de la buena fe han sido posteriormente codificadas prescindiendo de una referencia a ella¹¹⁴. Esta evolución es especialmente notoria en el Derecho alemán, donde varias doctrinas que se habían considerado en mayor o menor medida como parte del sistema interno de la buena fe se codificaron sin referencia a esta cláusula general, como sucedió con la doctrina de la *culpa in contrahendo* (*BGB* § 311 (2)), los contratos con efectos protectores para terceros (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*) (§ 311 (3)), la teoría de la imprevisión en caso de desaparición del fundamento negocial (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) (§ 313), la terminación del contrato por motivos importantes (§ 314), y el deber de protección (*Schutzpflicht*) (§ 241 (2)), entre otras. Lo mismo sucedió en el *BWHolandés* a propósito de la *exceptio non adimpleti contractus* (*BW* art. 6: 262) y el abuso de derecho (*BW* art. 3: 13). Con respecto a otros sistemas jurídicos, podemos señalar que ciertas legislaciones establecieron normas sobre cláusulas abusivas sin aludir a la buena fe¹¹⁵; además, consagran la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobrevenida sin hacer referencia, el *CC italiano* art. 1467, el *Código de Comercio colombiano* art. 868, el *CC boliviano* art. 581, *CC peruano* art. 1440, el *CC paraguayo* art. 672, el *CC brasileño* art. 478, los Principios UNIDROIT 6.2.2, los PECL art. 6:111 y el DCFR art. III.-1:110 (aunque en estas últimas tres disposiciones se hace una referencia menor a propósito de las negociaciones que entablen las partes) así como en un proyecto de ley pendiente en nuestro país¹¹⁶, mientras que en Argentina el art. 1198 regula la imprevisión a continuación de la buena fe, pero sin recurrir a una cláusula general; la desproporción excesiva se regula a propósito de la lesión y sin hacer referencia a ésta en el *CC argentino* art. 954 y en el *CC brasileño* art. 157; el deber de cooperación aparece enunciado de forma independiente en los Principios UNIDROIT 5.1.3, en el PECL art. 1:202 y en los DCFR art. III.-1:104; además, no se hace referencia alguna al regular el deber de la víctima de mitigar el daño en la CISG art. 77, en los Principios UNIDROIT 7.4.8, en los PECL art. 9:505, DCFR art. III.-3:705, en el *BGB* § 254(2) y en el *CC de Quebec* art. 1479. Así, observamos un

¹¹³ ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 668-669, 687, 699-700.

¹¹⁴ Véase, además, HESSELINK (2011), pp. 645 y 647, n. 146; SCHLECHTRIEM (2006), pp. 44-47; RANIERI (1998), pp. 1091-1092.

¹¹⁵ HESSELINK (1999), pp. 100-102; PIZARRO (2005), p. 399.

¹¹⁶ Boletín N°309-07-1 del 21 de julio de 2001, art. 1.

empobrecimiento del contenido de la buena fe debido a la consagración independiente de las doctrinas que de ellaemanan, tal como en las codificaciones decimonónicas las concreciones de la *bona fides* desarrolladas por los juristas romanos encontraron una consagración positiva expresa¹¹⁷.

La consagración positiva de una referencia a la buena fe evidencia hasta qué punto las normas generadas a su alero son independientes de ella y que, como indica Peter Schlechtriem, un plumazo del legislador vuelve obsoletas las construcciones doctrinarias alrededor de la norma general de buena fe¹¹⁸. Argumentos como los presentados llevan a Martijn Hesselink a afirmar que el verdadero problema es si debe adoptarse una determinada solución o no, y para responder a esta pregunta, la buena fe no sería de ninguna asistencia¹¹⁹.

Finalmente, cabe considerar que la aplicación de este concepto en leyes especiales no implica una referencia a una teoría general del mismo, sino que supone el uso de una cláusula general para regular una materia con mayor flexibilidad, y que su contenido en cada caso se determina fundamentalmente según el ámbito de aplicación respectivo. Este problema se aprecia con claridad en materia de protección al consumidor. En Europa, el art. 3 de la directiva 93/13/CEE estableció una remisión a la buena fe para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en materia de protección al consumidor, realizando ciertas indicaciones sobre su contenido en este contexto, materia en la cual se siguieron de cerca los progresos de la ciencia jurídica alemana. En nuestro país se recogió esta norma¹²⁰, pero sin realizar indicaciones en cuanto al contenido de la buena fe, lo que sumado a su escaso desarrollo doctrinario en materia de protección al consumidor en Chile anterior a la reforma, obligó a recurrir en gran medida a la normativa europea para determinar el contenido de esta remisión. Esta experiencia demuestra que la invocación de una teoría general de la buena fe otorga escasa utilidad a la hora de determinar su contenido de aplicación específica, pues éste se define esencialmente por su ámbito de aplicación. Llegaremos a la misma conclusión si se considera que la incorporación de la directiva 93/13/CEE en Inglaterra mediante las

¹¹⁷ Véase SCHERMAIER (2000), pp. 84-88; GUZMÁN (2002), p. 14.

¹¹⁸ SCHLECHTRIEM (2006), pp. 44-45.

¹¹⁹ HESSELINK (2011), p. 647: “[...] the real question is whether the new rule should be adopted. In resolving this question the general good faith clause is of no assistance”.

¹²⁰ Ley N° 19.496 art. 16 letra G (introducido por la ley N° 19.955): “No producirán efecto alguno en los contratos por adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato [...]”. Véase sobre este tema el artículo de DE LA MAZA GAZMURI (2004), pp. 45-68 y PIZARRO (2005), pp. 391-404.

Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1999 no supuso desarrollar una teoría general para explicar el contenido de esta remisión a la buena fe, sino que se procedió a determinar el alcance de esta cláusula general en el contexto y objetivo de la directiva, lo que lleva a Simon Whittaker a afirmar el significado autónomo de esta remisión¹²¹. La imposibilidad de remontarse a un contenido abstracto de la buena fe a propósito de las cláusulas abusivas queda de manifiesto, finalmente, por la negativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de aclarar el significado de la cláusula general del art. 3 de la directiva, afirmando que esta materia correspondería a los tribunales nacionales, ya que para determinar la extensión de la cláusula general se deben tomar en consideración las particularidades de la legislación nacional¹²².

V. MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE EN LA LEY POSITIVA

Habiendo revisado las bases de la expansión normativa de la buena fe a partir del siglo XX, resulta interesante analizar la función de cada una de sus manifestaciones en la ley, para abordar la técnica normativa del PPLDC. Como hemos adelantado, aparece en el ordenamiento positivo como una disposición general, en remisiones de normas más específicas y, también, como fundamento jurídico de ciertas normas que no la mencionan expresamente.

- a) En primer lugar, suele consagrarse como una NORMA DE CARÁCTER GENERAL, lo que ha permitido en muchos casos erigirla como un principio general del Derecho¹²³. En esta calidad, otorga dinamis-

¹²¹ WHITTAKER (2004), pp. 85-90. En el mismo sentido señala MIQUEL (1997), p. 313: “las cláusulas generales contenidas en leyes especiales deben concretarse en función de la finalidad de la Ley en la que se insertan y esta finalidad puede determinar su sentido y la medida de la relación de la cláusula con los supuestos de hecho previstos por la misma Ley”, y luego aborda las cláusulas generales de buena fe en materia de protección al consumidor y competencia desleal, señalando la distinta extensión de la buena fe en cada caso, para finalmente rematar (p. 314): “Aquí puede comprobarse cómo la cláusula general de la buena fe depende en su concreción de programas de política legislativa determinados en cada ámbito del Ordenamiento y que su significado puede ser distinto”.

¹²² Véase HESSELINK (2006), pp. 366-375. El autor condena enérgicamente este pronunciamiento, el cual considera desastroso para el proceso de armonización del Derecho europeo por cuanto impediría desarrollar un concepto supranacional de buena fe. No podemos dejar de observar lo curiosa que resulta esta crítica, considerando que su autor aboga por un enfoque exclusivamente funcional de la buena fe, descartando una dimensión sustantiva. Siguiendo este enfoque, parecería de toda lógica que la remisión a ella tenga distintas funciones según las características del ordenamiento al cual se aplica.

¹²³ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 391; FUEYO (1990), pp. 153-158; JOHOW (2005), p. 220; CORRAL (2007), p. 145. En Chile, la norma general sobre la cual se suele fundar el

mo y flexibilidad al ordenamiento jurídico, por lo que no es de extrañar que se consagre expresamente como principio general del Derecho en varios cuerpos normativos modernos¹²⁴. A pesar de lo recomendable que resulta esta técnica normativa, debe destacarse que la vocación de la buena fe para la creación de nuevas soluciones suele operar con independencia de la amplitud o posición que el legislador le confiera, por lo que la falta de consagración positiva de un principio general no ha inhibido históricamente su desarrollo¹²⁵. Y, si bien la aplicación amplia de cláusulas generales en la legislación plantea una cierta amenaza al poner en entredicho la división de poderes, otorgando una importante función normativa al juez,

“su importancia confirma que un sistema de fuentes concebido formalmente como garantía de aplicación objetiva del Derecho es ilusorio en una medida muy considerable”¹²⁶.

Todo esto confirma la validez de la técnica empleada por el PPLDC, estableciendo la buena fe de forma general al principio de su normativa.

Mantenerla como un principio general concede al juez cierto margen de discrecionalidad y de creación normativa, contribuyendo a la evolución y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, adaptándolo a la sensibilidad y las expectativas de los actores jurídicos¹²⁷. La aplicación de la buena fe permite, así, un

167

principio de buena fe es el art. 1546 del *CC y CARVAJAL* (2009), pp. 31-45 ha descartado la posibilidad de fundarlo sobre el art. 706.

¹²⁴ *ZGB* suizo art. 2(1); *UCC* § 1-304; *CC* español art. 7.1; *CC* de Québec art. 6. Asimismo, todas las normativas internacionales que hemos presentado tienen normas generales sobre buena fe, según hemos visto, y *LANDO* (2007), pp. 851-853 destaca que tiene aplicación general a lo largo de los PECL, contradiciendo la opinión de *BEALE* (2006), pp. 211-213, según quien este principio se aplicaría en aquellos preceptos que lo mencionan expresamente. *HESSELINK* (2011), p. 648 propone establecer la buena fe en el título preliminar de una futura codificación europea, a modo de permitir la creación judicial del Derecho en caso de no consagrarse de forma autónoma la capacidad normativa del juez.

¹²⁵ *FUEYO* (1990), pp. 144-146, afirma que el principio de la buena fe es parte de cualquier ordenamiento jurídico, aun a falta de consagración positiva, aunque recomienda su adopción explícita. En el mismo sentido *IRURETA* (2011), p. 138 y *BOETSCH* (2011), p. 107.

¹²⁶ *MIQUEL* (1997), pp. 298 y 316.

¹²⁷ *BETTI* (1953), p. 66 considera que el contenido de la buena fe es elaborado por la conciencia social y *PITLO* (1972), pp. 59-81 destaca la vinculación entre ésta y ética, e indica reiteradamente cómo los cambios en la sensibilidad ética de la sociedad hacen que soluciones jurídicas que hasta hace poco eran defendidas con vehemencia sean actualmente inaceptables. Véase *MENGONI* (1987), pp. 13-14 y *SCHERMAIER* (2000), p. 92.

balance entre estabilidad y dinamismo, entre seguridad jurídica y capacidad del ordenamiento jurídico para adaptarse a las nuevas realidades¹²⁸. En esta línea Gunther Teubner asigna una función que denomina “autopoética” a las cláusulas generales y a la buena fe en el contexto de la relación contractual, en cuanto su elevado grado de indeterminación permitiría equilibrar y coordinar los intereses contradictorios de las partes, reproduciendo las influencias externas y las expectativas informales de las partes al interior del contrato¹²⁹. Es por ello que su contenido está en permanente evolución, y no debe reducirse a las aplicaciones que se desprenden de ella, o cristalizarla dentro de parámetros rígidos que trunquen su función creadora¹³⁰.

Como ya hemos destacado, la consagración de una cláusula general de buena fe se relaciona estrechamente con la creación judicial del Derecho, por cuanto los términos generales de la misma permitirán la actividad normativa por parte del juzgador. Esto va de la mano con la progresiva aceptación de la creación del derecho por parte del juez, la cual ya no se considera como una anomalía dentro de las fuentes del Derecho. Esta aplicación permitirá una constante elaboración jurisprudencial más allá de los estrechos márgenes que la legislación positiva pueda ofrecer¹³¹. En todo caso, creemos que una forma de otorgar un mínimo de uniformidad a la actividad del juez será estableciendo con claridad las funciones que cumple la buena fe en relación con la ley y al contrato (suplir, interpretar, modificar). Desarrollaremos este problema en profundidad en la sección VI, pero por ahora creamos importante consignar que resultaría inaceptable establecer este principio en el PPLDC sin determinar de forma clara las facultades que el mismo concede al juez, especialmente por las

¹²⁸ ROTH (2007), N° 37 y ss.

¹²⁹ TEUBNER (1993), pp. 115-122.

¹³⁰ HESSELINK (2011), p. 624; MIQUEL (1997), pp. 310-315; SUMMERS (2000), p. 135; STORME (2003), p. 19; LANDO (2007), pp. 851-853; BOETSCH (2011), pp. 49-50. Los PECL 1:201(B) establecen de forma expresa que el concepto de la buena fe consagrado es más amplio que las aplicaciones prácticas que se hace de ella. El DCFR parece tomar otro rumbo, ya que en el § 72 de su introducción indica que este principio está llamado a ser aplicado sólo ante disposición legal expresa.

¹³¹ Cabe destacar a modo de ejemplo el papel que atribuye a la buena fe DE LA MAZA GAZMURI (2011), pp. 115-135, describiendo ciertos deberes precontractuales de información atípicos, lo que permite al juez considerar las variables del caso concreto y ponderar los intereses de las partes para determinar si existía o no el deber de informar, sin atender necesariamente a los límites que gobiernan a los deberes precontractuales de información típicos.

enormes diferencias de aplicación a las que esto podría conllevar en distintos ordenamientos latinoamericanos.

Por último, debemos consignar que a pesar de la generalidad con la cual se consagra la buena fe en recientes cuerpos normativos, su tradicional papel de otorgar flexibilidad al ordenamiento jurídico parece disputarse actualmente con otras normas de carácter general. Esto se debe, en primer lugar, a la inclusión de nuevas cláusulas generales de gran amplitud tales como la “racionalidad”, la cual ha hecho su entrada desde el *Common Law* en las directivas e instrumentos de unificación en el ámbito europeo e internacional¹³². No existe una delimitación conceptual clara entre buena fe y racionalidad, y en su operatividad parecen ser prácticamente intercambiables¹³³. Además, debe destacarse que en los recientes instrumentos normativos existe la tendencia a consagrarse de forma independiente ciertas obligaciones generales que solían enunciarse a propósito de la buena fe, tales como: el deber de cooperación, de lealtad, de información o de protección. La suma de estas obligaciones prácticamente cubre su campo de acción en algunos ordenamientos jurídicos¹³⁴, y es de esperar que futuras innovaciones jurisprudenciales se produzcan en el marco de estas obligaciones más específicas que a propósito del amplio concepto de buena fe. La consagración de estos elementos de forma independiente otorga un abanico de instrumentos sobre la base de los cuales podrán generarse nuevas reglas, entre las que la buena fe aparece como el más abstracto y esquivo.

¹³² Véase TROIANO (2009), pp. 749-787.

¹³³ En los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR la buena fe y la racionalidad suelen cumplir una función prácticamente idéntica en cuanto cláusula general, y a ratos se confunden. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT 1.7 hacen una referencia a una serie de disposiciones que aplican de forma directa o indirecta la buena fe, la mayoría de las cuales emplea la “racionalidad” como cláusula general. En los PECL resulta curioso notar que los conceptos de buena fe (art. 1:201 D: “...imposes upon each party a duty to observe reasonable standards of fair dealing and to show due regard for the interests of the other party”) y de racionalidad (art. 1:302: “reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable”) hacen referencias mutuas para determinar su contenido. Igualmente en el DCFR, si bien la buena fe y la racionalidad se definen de forma independiente (DCFR I.1:103 y 104) parecen llamadas a cumplir la misma función en cuanto cláusulas generales. Véase ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 698; STORME (2003), p. 18; BEALE (2006), pp. 216-218; MEKKI & KLOEPFER-PELÈSE (2008), pp. 350-352; DCFR 1:104 (comentario).

¹³⁴ Según MEKKI & KLOEPFER-PELÈSE (2008), pp. 364-374, muy influenciados por el Derecho francés, el contenido mismo de la buena fe en el DCFR estaría dado por los deberes generales de lealtad, colaboración y coherencia. Véase, asimismo, DCFR III.-1:103 comentario E y III.-1:104 comentario B y nota 1.

170

- b) Examinamos ahora el papel que representan las REMISIONES ESPECÍFICAS a la buena fe objetiva en la legislación. A pesar de la apertura normativa que presenta en cuanto principio general, establecer remisiones a este concepto es una técnica normativa que ha sido profusamente utilizada desde el siglo pasado, como se observa en los *Códigos Civiles* dictados durante el siglo xx. El mismo fenómeno se aprecia en la remisión a la buena fe de la directiva 93/13/CEE, o en las constantes referencias a esta cláusula general en los Principios UNIDROIT¹³⁵, en los PECL¹³⁶, en el DCFR¹³⁷, así como en el PPLDC. ¿Qué función cumplen estas remisiones?

En este punto debemos distinguir dos problemas:

- por un lado, surge el cuestionamiento de la necesidad de remitirse a cláusulas generales a lo largo de la legislación, la conveniencia de esta técnica a efectos de conciliar flexibilidad y seguridad jurídica, y el impacto que el recurso a cláusulas generales tendría en un cuerpo normativo que abarca varios países. Este tema escapa a los límites del presente artículo, pero es claro que constituye un tema digno de atención considerando el uso sistemático de nociones elásticas en los cuerpos normativos modernos¹³⁸.
- Por otro, se refiere al contenido de estas remisiones a la buena fe. Parece que muchas veces el legislador, al remitir, está aludiendo a una teoría general que da un contenido a la cláusula general. Esta remisión en disposiciones específicas, es un fenómeno relativamente reciente en la ciencia jurídica, y se explica por la

¹³⁵ Principios UNIDROIT art. 2.1.15; 4.8; 5.1.2(c); 5.3.3; 5.3.4. Véase FARNSWORTH (1995) p. 49.

¹³⁶ PECL art. 1:305; 2:301; 4:103; 4:107; 4:109; 4:410; 4:118; 5:102; 6:102; 6:111. LANDO (2007), pp. 852-853 indica expresamente que las numerosas remisiones a la buena fe objetiva se inspiraron en la regulación alemana, holandesa y estadounidense, y que no buscaban limitar el ámbito de aplicación a esas remisiones específicas, refutando así la opinión de BEALE (2006), pp. 211-213, según quien no tendría sentido hacer remisiones específicas si no es para dar una aplicación puntual a la norma general sobre buena fe.

¹³⁷ DCFR art. II.-1:106; II.-3:301; II.-7:201; II.-7:205; II.-7:207; II.-7:215; II.-8:102; II.-9:101; II.-9:403, 404, 405; III.-1:106; III.-1:110; III.-3:203; VI.-5:401.

¹³⁸ Véase TROIANO (2009), pp. 785-787, quien, además, presenta sorprendentes cifras respecto al uso del término ‘racionalidad’ en modernos instrumentos de unificación (pp. 756-758): se emplea cuarenta y siete veces en la CISG, sesenta y cinco veces en las primeras dos partes de los PECL, y quinientas (!) veces en el DCFR. El problema de la conveniencia de regular sobre reglas específicas o cláusulas generales ha dado lugar al ya clásico debate *rules versus standards* en el análisis económico del Derecho. KÖTZ (1998), pp. 246-249 indica que la reticencia inglesa de sumarse a instrumentos de unificación normativa europea se debería al temor de la incertezas que podría conllevar la amplitud con la que se redactan sus normas, en contraste con el sofisticado y preciso método legislativo isleño.

función creadora que ha desempeñado la buena fe durante el siglo XX.

Muchas de las teorías nacidas al alero de este concepto encontraron con posterioridad una consagración positiva que hace expresa referencia a esta cláusula general. De este modo, si bien algunas de las remisiones a la buena fe se explican por la necesidad de consagrar un precepto de forma amplia, en muchos casos su consagración positiva obedece a desarrollos doctrinarios previos que permiten darle un contenido muy claro a cada remisión. En muchos de los *Códigos Civiles* que aparecieron durante el siglo XX la remisión en distintos preceptos no significaba verdaderamente consagrar una norma de contornos imprecisos, sino que se apoyaba en el alcance que la doctrina y jurisprudencia le otorgaba a cada aplicación (especialmente debido a la influencia alemana), y así encontramos referencias a: la buena fe en normas sobre interpretación contractual¹³⁹, responsabilidad precontractual¹⁴⁰, teoría de la imprevisión¹⁴¹, moderación de la cláusula penal¹⁴², condiciones generales de contratación¹⁴³, la excepción de contrato no cumplido¹⁴⁴, cumplimiento de obligaciones condicionales¹⁴⁵, entre otras materias¹⁴⁶. En la mayoría de estos casos, la respectiva subteoría de la buena fe tenía contornos definidos, pero como se estimaba que efectivamente se desprendían de ella se mantuvo la referencia a este concepto, aunque como hemos visto en otros casos se prefirió eliminar totalmente una mención directa.

Las remisiones a la buena fe en disposiciones específicas, según vimos en la sección anterior, son en buena medida prescindibles. Una vez que una subteoría adquiere contornos propios, teniendo sus particulares presupuestos de aplicación y consecuencias jurídicas, la remisión a la buena fe resulta ociosa. En los casos en que la consagración positiva de dichas teorías ha mantenido una referencia se debe, principalmente, a razones históricas, pues el

¹³⁹ CC italiano art. 1366; CC griego art. 200; CC argentino art. 1198; CC peruano art. 168; CC brasileño art. 113; Código de Procedimiento Civil venezolano art. 12; CC paraguayo art. 714 inc. 2.

¹⁴⁰ CC italiano art. 1337; CC griego art. 197; CC portugués art. 227; CC paraguayo art. 689.

¹⁴¹ CC griego art. 388; CC portugués art. 437; BWart. 6: 258.

¹⁴² BWart. 6:94

¹⁴³ BWart. 6:233; CC de Québec art. 1437; BGB § 307.

¹⁴⁴ BGB § 320(2); CC italiano art. 1460 inc. 2.

¹⁴⁵ BGB § 162; CC italiano art. 1358; BWart. 6:23; CC brasileño art. 128.

¹⁴⁶ Véase LANDO (2007), pp. 852-853.

legislador consideró que el contenido de la norma que consagraba se vinculaba íntimamente con el principio. Esta remisión tiene un contenido claro, por cuanto se apoya en el desarrollo previo a la codificación que hace indudable el contenido de la misma a los ojos de los actores jurídicos.

En virtud de esta evolución creemos que el recurso a la buena fe en leyes especiales debe ser especialmente calificado. Por un lado, cuando el contenido de la respectiva subteoría está delimitado, mantener una referencia amplia a la buena fe parece en buena medida innecesario, como demuestra la experiencia comparada. La referencia parece justificable, aunque no imprescindible, en la medida que el contenido de la remisión resulte inequívoco para los actores jurídicos involucrados en virtud de un cierto desarrollo doctrinario y jurisprudencial previo. Por otro lado, proponer remisiones a la buena fe, a propósito de materias que resulten totalmente novedosas a los actores jurídicos, supone otorgar en manos de la judicatura el desarrollo del contenido de esta remisión. En este contexto, recurrir a ella es tan válido como recurrir a cualquier otra cláusula general, lo que plantea el problema general de la conveniencia de recurrir a cláusulas generales como técnica normativa. Se indicó anteriormente que el contenido de la buena fe en remisiones específicas no exige remontarse a una teoría general de la misma y, en este sentido, Peter Schlechtriem ha indicado que estas remisiones no se apoyan en el contenido de la cláusula general, sino que cumplen la función de términos amplios y flexibles y son intercambiables con otros términos amplios¹⁴⁷. Como ya señalamos, el problema general de la conveniencia de legislar de acuerdo con cláusulas generales excede los márgenes del presente trabajo, pero esta perspectiva nos permite apreciar que al recurrir a términos como ‘racionalidad’ o ‘buena fe’ el problema de fondo no es el contenido esencial que en abstracto estas nociones contienen, sino la consagración de una regla jurídica de forma abierta¹⁴⁸.

Debe sopesarse la necesidad de mantener una referencia a la buena fe frente a otras cláusulas generales con un contenido más delimitado o, sencillamente, formular las normas respectivas de forma amplia, de modo que cubran un número importante de

¹⁴⁷ SCHLECHTRIEM (2006), p. 42.

¹⁴⁸ Sobre la difusa delimitación entre la buena fe y la racionabilidad véase BEALE (2006), pp. 216-218; MEKKI & KLOEPFER-PELÈSE (2008), pp. 350-352; TROIANO (2009), pp. 761-767, 773-775.

situaciones. A fin de cuentas toda norma tiene un mayor o menor grado de generalidad y abstracción, por lo que no es imprescindible incluir cláusulas generales en cada norma para evitar su rigidez. En este sentido, encontramos innumerables casos donde una misma norma puede consagrarse sin referencia a la buena fe sin perder su amplitud. A modo de ejemplo, numerosos *Códigos* regulan los casos en los que, pendiente una condición, la parte interesada provoca o impide su cumplimiento, señalando que en tal caso la condición se tendrá por cumplida o fallida respectivamente “si la buena fe lo exige”. Por otra parte, nuestro *CC* art. 1481 inc. 2 regula el mismo problema (a propósito de la condición suspensiva, aunque su aplicación se ha extendido a casos análogos *mutatis mutandis*) de forma satisfactoria, sin tener que recurrir a una referencia general a la buena fe¹⁴⁹.

Adicionalmente, debe considerarse en muchos casos que la referencia expresa al concepto puede resultar innecesaria dada la consagración de un principio general de buena fe. Al respecto, en muchos casos se puede establecer que un determinado derecho debe ejercerse “de acuerdo con las exigencias de la buena fe”, pero resulta difícil afirmar qué novedad contiene dicha disposición, por cuanto la norma general sobre buena fe prescribiría esta necesidad respecto del ejercicio de cualquier derecho.

Las objeciones planteadas no son insuperables, y creemos que el recurso a la buena fe en normas específicas será aceptable en la medida que la remisión a esta cláusula general no sea excesivamente amplia, describiéndose, por ejemplo, ciertos supuestos de hecho o las consecuencias jurídicas que emanarían en un caso concreto. Asimismo, la incertezza para los actores jurídicos puede remediarself en ciertos casos entregando un elenco de circunstancias que se consideren especialmente relevantes para la determinación de la buena fe en un caso concreto¹⁵⁰, otorgando una guía útil a los actores jurídicos y manteniendo, a la vez, una referencia que permitirá una apertura especial para abarcar situaciones que no

¹⁴⁹ *CC* art. 1481 inc. 2: Con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida.

¹⁵⁰ Un ejemplo de esta técnica lo encontramos en la normativa del PPLDC sobre “negociaciones contrarias a la buena fe” (*supra* n. 2), así como sobre “excesiva desproporción” (*supra* n. 8). MIQUEL (1997), p. 313 destaca que pueden coexistir la cláusula general y los supuestos concretos que se establezcan para su aplicación, aunque advierte del peligro que implica dejar de lado la cláusula general y aplicar exclusivamente los supuestos concretos.

estén expresamente descritas. En este sentido, el legislador debe buscar el equilibrio entre la flexibilidad de la norma y la certeza jurídica.

Teniendo en cuenta los reparos formulados, cabe preguntarse si el actual PPLDC no se apoya excesivamente en remisiones específicas a la buena fe, y si acaso no sería preferible fijar un parámetro normativo definido allí donde sea posible hacerlo. La respuesta a este último problema exigiría un análisis detallado de cada una de las remisiones contenidas en el proyecto, lo que excede con mucho el alcance de este artículo. En caso de mantenerse estas remisiones, deberá recordarse que su desarrollo no depende de una teoría general de la buena fe, sino que representan normas abiertas que invitan a la creación judicial del Derecho.

- c) Finalmente, la buena fe suele mencionarse como el FUNDAMENTO JURÍDICO de numerosas normas positivas que no mencionan expresamente este concepto. Algunas de estas normas constituyen una consagración legal de teorías que nacieron a su amparo, mientras que otras, sencillamente, presentan caracteres similares a aquéllos encarnados por este principio.

La utilidad de remitir en estos casos resulta sumamente cuestionable. En el caso de aquellas doctrinas que se independizaron al desarrollar una sistemática propia, la referencia al principio general de buena fe no parece presentar mayor utilidad en la resolución de problemas¹⁵¹. Si su principal función dentro del ordenamiento jurídico es crear nuevas normas para resolver problemas jurídicos, una vez que una doctrina derivada de ella adquiere contornos propios no parece haber una utilidad significativa en mantener una referencia a una noción amplia. Por otra parte, Mathias Storme ha planteado que para interpretar una disposición de forma coherente puede resultar provechoso tener presente el origen de la norma y su relación con la buena fe¹⁵², lo que en nuestra opinión parece sensato a fin de evitar ciertas inconsistencias en la aplicación de dichas doctrinas.

Más discutible resulta la referencia a la buena fe, a propósito de normas que no tienen una vinculación histórica con el concepto,

¹⁵¹ La buena fe suele presentarse como el fundamento jurídico de numerosas disposiciones que emanaron de ella, pero que eventualmente encontraron consagración positiva sin la necesidad de remitirse a ella. En este sentido los Principios UNIDROIT 1.7(1) presentan una serie de normas las cuales se derivarían directa o indirectamente de la buena fe objetiva, aun cuando en las mismas se regula una materia sin recurrir a este principio. Las normas relativas al comportamiento consecuente de las partes (doctrina de los actos propios) 1.8(1) y 2.1.18 son especialmente notables al respecto.

¹⁵² STORME (2003), p. 23.

fundándose en que el contenido de la norma presenta cierta similitud con su contenido sustantivo. Ya hemos indicado que las nociones que caben dentro de la buena fe son extremadamente amplias, por lo que no es de extrañar que innumerables normas del ordenamiento jurídico reflejen cierta semejanza en cuanto se basen en consideraciones de reciprocidad, lealtad, honestidad, etc. Es por ello que parece excesivo pretender que todas estas normas se desprendan de la buena fe objetiva, no sólo en cuanto se pasa por alto la evolución histórica de las distintas instituciones jurídicas sino por cuanto dilata excesivamente su alcance. El tema es problemático en cuanto suele invocarse de forma general la doctrina de la buena fe, a propósito de problemas en los que existe una solución normativa más específica, lo que lleva a que un problema jurídico puntual se resuelva sobre la base de nociones generales y difusas en lugar de aplicar simplemente la norma respectiva¹⁵³.

Lo anterior no significa que debemos excluir el recurso a la buena fe precisamente en aquellas normas que se inspiraron a propósito de esta noción, o que presentan una similitud en su contenido. La buena fe en cuanto principio general resulta aplicable prácticamente a la totalidad del ordenamiento jurídico, y resultaría inconsciente excluirla en estos casos. Lo que consideramos fundamental es evitar su expansión innecesaria.

VI. LÍMITES DE LA BUENA FE OBJETIVA

En las secciones anteriores hemos indicado que la buena fe durante el siglo XX pasó de ser una cláusula general con un contenido acotado a constituirse en un principio general de Derecho que otorga extensas facultades al juez. Si se considera que es una cláusula general que en la práctica permite la creación judicial del Derecho el problema inmediato que surge consiste en fijar parámetros adecuados a la actividad del juez en su aplicación. Este problema se relaciona con la tradicional desconfianza de la cual ha sido objeto la buena fe, especialmente cuando se discute su introducción en un ordenamiento jurídico o en un área específica del Derecho. Una y otra vez la doctrina ha llamado la atención sobre la incertezas jurídica que

¹⁵³ A modo ejemplar indica GORIGOITÍA (2008) p. 139 que el recurso a la buena fe procesal para reforzar o justificar ciertas normas procesales vigentes “es doctrinariamente poco relevante, en atención a que solo nos lleva a la consideración del fundamento de una institución ya existente que, si bien podrá tener alguna utilidad hermenéutica, no propugna un verdadero desarrollo de la noción en estudio”.

podría conllevar la introducción de una cláusula general en este sentido, la cual constituiría en último término una norma en blanco que otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez, eximiéndolo de fundamentar debidamente su sentencia. Se afirma, asimismo, que las extensas facultades que otorga al juzgador ponen en peligro la certeza de las relaciones contractuales y la vigencia de la ley, y que las partes sólo podrían conocer a posteriori los estándares normativos por los cuales deben regirse¹⁵⁴. Por otra parte, ciertos autores han señalado, precisamente, lo contrario, esto es, que la buena fe contribuiría a otorgar mayor certeza jurídica, por cuanto reafirma las expectativas razonables de las partes¹⁵⁵.

El debate también se ha desarrollado en el marco del análisis económico del Derecho¹⁵⁶. En este contexto, parte de la doctrina ha señalado la importancia de la buena fe para inhibir las llamadas “conductas oportunistas” mediante las cuales los actores jurídicos pretendan valerse de la rigidez de la ley y el contrato para obtener una ventaja indebida. En caso de dejar impune el oportunismo, los individuos aumentarán sus precauciones al momento de contratar, lo que disminuiría el volumen del tráfico jurídico. En este contexto, la existencia de un parámetro normativo flexible, capaz de enfrentar la variedad de formas que puede asumir el oportunismo en la realidad comercial, aparece como una norma fundamental de la regulación contractual. Del mismo modo, la exigencia de deberes positivos conforme a la buena fe tendría un carácter eficiente al otorgar confianza a los agentes económicos, conciliando la contraposición de intereses de las partes con la cooperación hacia un objetivo común. De este modo, el principio cubriría de forma eficiente los vacíos de la regulación contractual, permitiendo relaciones comerciales a largo plazo y evitando el vano esfuerzo de cubrir todas las situaciones posibles mediante voluminosos contratos. A pesar de estas consideraciones positivas, hay quienes señalan que la buena fe tiene un impacto negativo en el mercado, por cuanto la incertidumbre de la cláusula general conlleva a la imposibilidad de los actores jurídicos de determinar el estándar normativo al

¹⁵⁴ Sobre las objeciones más comunes a las cláusulas generales, véase WIEACKER (1956), pp. 9-10; HESSELINK (1999), pp. 41-42. ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 690: “[...] at times innovation may be substantively misguided or even corrupting. We should not forget that the German experience of the application of the §242 BGB has not always been a happy one. Legal formalism may seem to be a legal vice, inappropriate in a legal system come of age; but the legal certainty and respect for legal authority which it expresses (even if in an exaggerated form) are rather legal virtues, associated with the rule of law itself”.

¹⁵⁵ SAAVEDRA (1996), p. 361 señala que buena fe y seguridad jurídica son complementarias, adecuando el Derecho a un cierto contenido aceptado por la comunidad social. Véase, asimismo, BOETSCH (2011), pp. 172-173.

¹⁵⁶ GHESTIN (2006) pp. 172-187; MACKAAY (2012) pp. 160-172.

cual deben someterse, lo que los llevaría a tomar el mayor número de resguardos para evitar consecuencias inesperadas de las transacciones efectuadas. Así, el costo de la determinación de la norma recaería sobre los actores jurídicos, los cuales deberán hacer un esfuerzo repetidamente para determinar el contenido de la misma hasta que se fije mediante el precedente jurisprudencial¹⁵⁷.

La desconfianza hacia las cláusulas generales se justifica, en parte, debido a ciertas funestas experiencias en el Derecho Comparado. Especialmente notoria resulta la experiencia del nacionalsocialismo en Alemania¹⁵⁸, donde el legislador promovió el empleo de cláusulas generales que permitieran aplicar el programa del partido tales como la “conciencia jurídica popular”, desconociendo la aplicación de las normas vigentes que se opusieran a este objetivo. Si bien esto implicó una importante limitación a la aplicación de la buena fe, la jurisprudencia en numerosos casos recurrió a esta cláusula general de manera amplia y arbitraria para emitir decisiones carentes de fundamentación y motivadas, en realidad, por consideraciones políticas o étnicas¹⁵⁹. Este abuso de las cláusulas generales ha sido calificado como una “interpretación sin límites” por Bernd Rüthers, y evidencia hasta en qué medida éstas pueden convertirse en una amenaza a la justicia y la seguridad jurídica.

Un fenómeno igualmente ilustrativo se dio en Holanda durante la posguerra, donde el proceso de restitución de la propiedad a quienes habían sido desposeídos por motivos étnicos o políticos conllevó a manifiestos abusos. El tema ha sido estudiado en profundidad por Wouter Veraart¹⁶⁰, quien contrasta los sistemas de restitución de la propiedad después de la Segunda Guerra Mundial en Holanda y Francia, demostrando cómo el establecimiento de parámetros precisos para determinar la procedencia de la restitución en Francia llevó a decisiones eficientes y predecibles, mientras que el modelo holandés se basó en cláusulas generales que remitían a criterios de racionalidad y equidad a fin de cubrir el mayor número de situaciones de la forma más flexible posible, lo que, en definitiva, conllevó a un sistema donde la amplia discrecionalidad del juez inhibió en muchos casos la restitución de los bienes confiscados y produjo un importante grado de inseguridad entre los afectados. Especialmente grave resulta el

177

¹⁵⁷ Un ejemplo elocuente al respecto es la reciente sentencia recaída en el caso SERNAC con CENCOSUD, donde la determinación del contenido de la cláusula general de buena fe del art. 16 letra g) de la ley 19.496 acarrea fuertes repercusiones económicas para los involucrados. Véase el comentario de PINOCHET (2013), pp. 365-377.

¹⁵⁸ Cfr. RÜTERS (2005); CORRADINI (1970), pp. 546-563; MIQUEL (1997), p. 299; WIN-KEL (2008), pp. 684-685.

¹⁵⁹ RÜTERS (2005), pp. 224-236.

¹⁶⁰ VERAART (2005).

hecho que detrás de la negativa de restituir existía una motivación política preeminente, por cuanto la restitución masiva de bienes confiscados afectaba los intereses del estado holandés, cuyas arcas estaban agotadas a consecuencia de la guerra.

Los graves casos que hemos expuesto demuestran cómo el recurso amplio a cláusulas generales da lugar a abusos, permitiendo que casos similares sean resueltos de manera distinta como consecuencia de apreciaciones subjetivas que pueden esconderse detrás de una referencia general a conceptos como el que tratamos. Esta aplicación permitiría que las decisiones judiciales fueran fácilmente influenciadas por circunstancias extrajurídicas tales como la opinión pública o motivaciones ideológicas. Ante esto Peter Schlechtriem advierte:

“el ‘bosque encantado’ de las cláusulas generales, en otras palabras, no es sólo el hogar del hada bondadosa que trae justicia, sino también de las peligrosas bestias del prejuicio y el celo ideológico, que destrozan el equilibrado tejido de la ley y afirman reemplazarlo con un nuevo y mejor orden”¹⁶¹.

Al margen de éstos y otros casos puntuales, la desconfianza que suscita la buena fe ha probado en la mayoría de los casos ser infundada, pues los jueces no suelen recurrir a este principio de manera amplia para fallar de manera caprichosa, y su actividad se ha ceñido a ciertos parámetros fundamentales. En esta sección intentaremos abordar algunos de estos parámetros de forma muy general, proponiendo ciertos límites básicos que se deben observar en la aplicación de la buena fe sin pretender quitar operatividad a este concepto.

1. Delimitación conceptual de la buena fe

En secciones anteriores hemos presentado un enfoque funcionalista de la buena fe, enfatizando el papel creador que cumple en el ordenamiento jurídico y la independencia que cobran las doctrinas que de ella emanen. Si bien esta aproximación resta importancia a los esfuerzos por definirla, creemos que no deben desatenderse las directrices elaboradas en su entorno para que cumpla plenamente su función creativa en el ordena-

¹⁶¹ SCHLECHTRIEM (2006), p. 54: “The ‘enchanted forest’ of general clauses, in other words, is not only home to the good fairy bringing justice, but also to the dangerous beasts of prejudice and zealous ideologies, tearing up the balanced fabric of the law and claiming to replace it with a new and better order”.

miento jurídico¹⁶². Podemos admitir que estas directrices son en extremo generales, pero no estamos de acuerdo con Martijn Hesselink en que sea una noción totalmente indefinida, equivalente sin más a nociones generales como la “equidad” o la “justicia”. En este punto Martijn Hesselink parece influenciado por la experiencia francesa (donde se desprende una íntima relación entre buena fe y equidad considerando los arts. 1134 inc. 3 y 1135 del *CCfr*¹⁶³), pero en especial por la realidad holandesa, donde el acercamiento de las nociones de buena fe (*goede trouw*) y equidad (*billijkheid*) de los arts. 1374 inc. 3 y 1375 culminó en la consagración en el *BW* del concepto amplio de “racionalidad y equidad” (*redelijkheid en billijkheid*)¹⁶⁴. Esta fusión conceptual ha llevado inevitablemente a que la buena fe objetiva holandesa sea una noción mucho más amplia que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, otorgando extensas facultades al juez para integrar o corregir el contrato o la ley en todo el ámbito del Derecho Patrimonial¹⁶⁵. Por otra parte, el vínculo entre *bona fides* y *aequitas* tiene profundas raíces históricas¹⁶⁶, y en ciertos ordenamientos la buena fe tiene una aplicación tan amplia que parece encubrir un juicio de equidad. Pese a ellos estos antecedentes no permiten sin más hacer equivalente buena fe y equidad, y consideramos que en la generalidad de la experiencia comparada ambas nociones son diferenciables¹⁶⁷.

179

¹⁶² ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 699: “[...] good faith is not devoid of meaning, a pious hope or incantation or simply a super-technique waiting to be put to whatever legal end a legal system wishes (though it may act as a super-technique if required)”. STORME (2003), p. 19: “In positive law there still is a substantive dimension in good faith, albeit a very broad one (good faith as a very open norm, but still a norm)...”.

¹⁶³ GUZMÁN (2002), pp. 14-16; TALLON (1994), pp. 10-11.

¹⁶⁴ Las nociones de buena fe y equidad eran prácticamente intercambiables, incluso, bajo el antiguo *Código –PITLO* (1972), pp. 60-61 y 69-70 – y en la actualidad son totalmente equivalentes. Es por ello que la doctrina holandesa hoy no aprecia ninguna diferencia jurídica relevante entre hablar de “racionalidad y equidad” (buena fe) o “racionalidad” y “equidad” de forma separada. Véase VALK (2002), pp. 3-4; HARTKAMP y SIEBURGH (2010), pp. 325 y 336.

¹⁶⁵ Algunos autores han sugerido hacer extensiva la buena fe a todas las áreas del ordenamiento jurídico, pero HARTKAMP und SIEBURGH (2010), p. 339 destacan que ella es sólo una fuente más de derecho no escrito, junto con otras nociones como: la costumbre, el abuso de derecho, las buenas costumbres, los principios del proceso, entre otros, por lo que la buena fe parecería llamada a aplicarse sólo en el ámbito patrimonial. De esta forma, la única limitación a una aplicación absoluta sería la existencia de cláusulas generales más específicas que cubren distintas áreas del ordenamiento jurídico.

¹⁶⁶ CORRADINI (1970), pp. 12-26; SCHERMAIER (2000), pp. 70, 76, 87-89; JALUZOT (2001), pp. 33-37. Para el caso chileno véase BOETSCH (2011), p. 94.

¹⁶⁷ En este sentido WIEACKER (1956), pp. 6-7; MENGONI (1987), pp. 8 y 13; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 677; ECKL (2003), pp. 44-45, n. 14; 46-47, n. 24; LANDO (2007), p. 845; TROIANO (2009), p. 782. En la doctrina nacional hacen esta distinción FUEYO (1990), p. 184; JOHOW (2005), pp. 213, 221-223.

Especialmente en materia contractual, los parámetros que ha elaborado la doctrina moderna otorgan una guía básica para establecer cuáles son las exigencias de la buena fe en un caso concreto, y este acervo doctrinario otorga ciertas directrices sobre qué es jurídicamente deseable que se tenga en consideración a la hora de establecer nuevas consecuencias jurídicas a las relaciones entre agentes negociales. Ya hemos mencionado que una fórmula atractiva es describir que la buena fe implica tomar en consideración los legítimos intereses de la contraparte, aunque la remisión a parámetros tales como: la lealtad recíproca, confianza y rectitud, entre otras, pueden ser igualmente útiles para orientar al juzgador. Estos criterios orientativos permitirán guiar a la jurisprudencia respecto al alcance que pueden atribuirle en sus decisiones. Al mismo tiempo, creemos que existen nociones demasiado amplias sobre el papel de la buena fe en Derecho moderno, como la concepción de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, según quienes este principio obliga al juez a “cautelar el justo equilibrio de los intereses de las partes”¹⁶⁸. Esto demuestra que no es indiferente el concepto básico que se maneje de buena fe a la hora de determinar sus consecuencias jurídicas.

Como ya hemos mencionado, su contenido varía desde una exigencia mínima de no comportarse de mala fe hasta la existencia de deberes positivos que, incluso, comprometan los intereses de quien deba prestarlos. Resulta importante no perder de vista la interdicción de la mala fe, por cuanto contribuye a la protección de un mínimo de confianza entre los agentes negociales, y puede conllevar a consecuencias jurídicas muy energéticas como la limitación del ejercicio de un derecho. Sin embargo, debemos destacar que las principales consecuencias de la mala fe se relacionan con doctrinas que tienen contornos totalmente definidos, como sucede con la doctrina de los actos propios o el abuso del Derecho.

Las nociones generales que hemos presentado resultan aplicables al ámbito contractual, y pueden extenderse sin inconvenientes fuera del *CC* a áreas del Derecho en las cuales existe una relación contractual, como el Derecho de protección al consumidor o el Derecho laboral¹⁶⁹. El contenido de la buena fe en estas aplicaciones estará fundamentalmente determinado por el régimen sectorial respectivo, por lo que suele adquirir características muy particulares, pero mantiene de todas formas las características esenciales de su faz contractual tal como se ha presentado hasta aquí.

Más complejo resulta cubrir con este contenido sustantivo de la buena fe áreas del Derecho en las cuales no existe un contrato (como entre el

¹⁶⁸ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2011), vol. II, p. 516. En el mismo sentido encontramos la opinión de CARDILLI (2003), pp. 368-369. En contra JOHOW (2005), p. 219.

¹⁶⁹ IRURETA (2011), pp. 133-188; CORRADINI (1970), pp. 396-415.

contribuyente y el fisco en materia tributaria, entre coherederos, copropietarios, accionistas, vecinos), o en las cuales las partes presentan una posición directamente antagónica (como los litigantes en un juicio, o dos competidores en materia de libre competencia). Afirmar en estos casos la existencia de deberes positivos derivados del principio, que establezcan por ejemplo deberes de cooperación entre las partes, parece forzar en exceso el ámbito de aplicación de la buena fe objetiva.

Si bien esta expansión fuera del contrato parece diluir su contenido, creamos que lo que caracteriza a estas aplicaciones es la interdicción de la mala fe¹⁷⁰. Esto se aprecia con toda claridad en materia procesal, donde la buena fe procesal busca evitar conductas relacionadas con la mala fe¹⁷¹, tales como la contradicción de actos propios¹⁷², actos con fraude a la ley, la petición dolosa de medidas prejudiciales precautorias, la interposición temeraria de acciones judiciales, etc¹⁷³. Recientemente Iván Hunter ha insistido en que la buena fe procesal sólo implica la prohibición de actuaciones de mala fe, y que no supone la imposición de deberes positivos, ya que ello no se condice con las características del Derecho Procesal y el derecho de defensa¹⁷⁴. La misma tendencia se aprecia en materia de competencia desleal, donde el art. 3 de la ley N° 20.169 define “acto de competencia desleal” como

“toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente de mercado”,

181

enumerando a continuación el art. 4 una serie de conductas no taxativas que caen dentro de esta definición, todas las cuales evidencian una conducta deshonesta y desleal característica de la mala fe.

La expansión de la buena fe fuera del ámbito contractual debe llevarse a cabo de forma meticolosa, debiendo indicarse qué función está llamada a cumplir según las particularidades del respectivo ámbito sectorial. De forma general podrá invocarse únicamente para inhibir conductas de mala fe, y si quieren crearse deberes positivos deberá justificarse esta

¹⁷⁰ WIEACKER (1956), p. 52; BETTI (1953), pp. 68-69.

¹⁷¹ En este sentido señala ROMERO (2003), p. 169 que la buena fe procesal persigue evitar “las posibles inmorralidades de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa. Se trata, en buenas cuentas de restringir la actuación del litigante ‘malicioso’ o de mala fe”.

¹⁷² Véase ROMERO (2003), pp. 167-172; CARRETTA (2008), pp. 121-123; GORIGOITÍA (2008), pp. 139-140.

¹⁷³ Véase ROMERO (2003), p. 170; HUNTER (2008), p. 176; CARRETTA (2008), pp. 119-120.

¹⁷⁴ HUNTER (2008), pp. 151-182. En el mismo sentido GORIGOITÍA (2008), pp. 143-149 y 151-153.

medida¹⁷⁵. Coincidimos en que la vida en sociedad no permite aceptar un estado de guerra entre los individuos, pero afirmar la existencia de deberes positivos de conducta construidos sobre la base de la buena fe parece violentar en muchos casos las características del régimen sectorial respectivo¹⁷⁶. Incluso, en materia contractual durante buena parte del siglo XX se discutió hasta qué punto establecer este tipo de deberes de conducta se condice con los intereses contrapuestos de los contratantes¹⁷⁷, siendo actualmente dominante la posición que reconoce una especial relación de confianza que permite al juez establecer el grado de intensidad con el que opera la buena fe en el caso concreto¹⁷⁸. Siguiendo esta línea, creemos que la exigencia de estos deberes positivos sólo puede darse en aquellas situaciones en las que existe una relación especial entre las partes que dé lugar a una particular vinculación y confianza¹⁷⁹, pudiendo variar la naturaleza del vínculo y, por tanto, el contenido de estos deberes positivos.

Estará por verse si esta expansión de la buena fe en su dimensión positiva se extiende en el futuro a otras áreas del ordenamiento jurídico. Por ahora, constatamos que se aplica fuera del ámbito contractual exclusivamente en su dimensión negativa, proscribiendo la mala fe. Esto responde a la necesidad de reprimir las conductas desleales y oportunistas en todas las áreas del Derecho, en especial para limitar el ejercicio de derechos. Para conseguir esta finalidad no sólo se ha recurrido a la buena fe como tal sino a otras doctrinas que se entienden derivadas de ella como son el abuso del Derecho, la doctrina de los actos propios y el fraude a la ley. La sistematización del tema resulta algo problemática, ya que estas doctrinas tienen contornos dogmáticos propios y su sistematización bajo la buena fe en muchos ordenamientos jurídicos modernos se debe fundamentalmente

¹⁷⁵ Cabe destacar que la doctrina y jurisprudencia han establecido la existencia de deberes positivos no sólo a propósito de la ejecución del contrato, sino en la etapa pre y poscontractual y BETTI (1953), pp. 95, 100 ha identificado en estas instancias la existencia de una confianza recíproca entre las partes que permite atribuir deberes positivos. Otros autores suelen sistematizar la responsabilidad pre y poscontractual en sede extracontractual.

¹⁷⁶ En este sentido HUNTER (2008), p. 170, refiriéndose al Derecho Procesal, considera que “aun cuando pueda descartarse que el proceso se trate de un lugar de lucha o guerra, tampoco es un lugar sacroso de colaboración, ayuda y cooperación recíproca entre los litigantes.” En el mismo sentido GORIGOTÍA (2008), p. 146.

¹⁷⁷ Véase, por ejemplo, KÖTZ (1998), pp. 252-256; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 38, 40, 700.

¹⁷⁸ GHESTIN (2006), pp. 169-170; MCKENDRICK (2007), pp. 692-698. Véase, en el mismo sentido, PÉRILLEUX (1992), pp. 240-242; SCHMIDT (1995), N° 166.

¹⁷⁹ En la doctrina alemana se suele exigir una relación especial (*Sonderverbindung*) –SCHMIDT (1995), N° 159-168– para determinar la aplicación de la buena fe, aunque la excesiva ampliación del concepto llevó a que en definitiva no suponga un verdadero límite a su aplicación –HESSELINK (1999), pp. 422-423; ECKL (2003), pp. 44-45, n. 14–.

a la necesidad de subsumirlas en una norma legal, ante la falta de un texto legal específico que las consagre. En algunos cuerpos normativos estas doctrinas se han consagrado de forma independiente¹⁸⁰, mientras que en otros dependen en forma directa de este principio¹⁸¹. La confusión en la sistematización de estas instituciones lleva muchas veces a que se superpongan en su aplicación, como sucede con la borrosa delimitación entre la buena fe procesal y el abuso del derecho en el proceso. En nuestra opinión, si bien estas doctrinas pueden vincularse al art. 1546 a efectos de identificar una base formal de las mismas, creemos que debe privilegiarse una aplicación clara de las mismas dentro de sus propios límites sustantivos, sin recurrir a la doctrina de la buena fe para intentar dotarlas de contenido¹⁸². Fuera del ámbito de aplicación de estas doctrinas específicas podrá recurrirse a este principio para cubrir otras manifestaciones de la mala fe. De esta forma creemos que puede conseguirse una represión efectiva de las conductas abusivas y fraudulentas, lo cual constituye un objetivo prioritario para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas. Es por ello que consideramos que debe darse un amplio margen de aplicación al concepto en su vertiente negativa (o a las doctrinas derivadas de ella) tanto en materia contractual como fuera de ella.

En esta línea de razonamiento, cabe considerar la posibilidad de incorporar en el PPLDC de manera autónoma doctrinas que tienen contornos definidos y que se suelen vincular a la buena fe a efectos de obtener un reconocimiento positivo. En este sentido, parecería deseable consagrar doctrinas generales como el abuso de Derecho, la doctrina de los actos propios o el fraude a la ley, a fin de evitar que su vigencia y contenido permanezcan en la penumbra, derivándose con mayor o menor fortuna del principio general.

Si bien estas nociones son sumamente amplias, creemos que ellas ofrecen una directriz mínima sobre el alcance que debe darse a la buena fe. Este instituto estará llamado a actuar de forma especialmente amplia

183

¹⁸⁰ El abuso de derecho suele consagrarse de forma independiente, pero a continuación de la norma de buena fe, como hace el *ZGB* suizo art. 2(2), el *CC* español art. 7-2 y el *BW* holandés art. 3:13. Encontramos una regulación independiente, asimismo, en el *BGB* § 226, en el *CC* argentino art. 1071 inc. 2 y en el *CC* peruano art. 2.

¹⁸¹ Los Principios UNIDROIT 1.7(2) regulan el abuso de derecho simplemente como un ejemplo típico de infracción de la buena fe, y no de forma independiente. También el *CC* griego art. 281, el *CC* portugués art. 334, el *CC* de Québec art. 7, el *CC* argentino art. 1071, el *CC* venezolano art. 1185 inc. 2, el *CC* paraguayo art. 372 y el *CC* brasileño art. 187 regulan el abuso de derecho con directa referencia a la buena fe. Para una perspectiva comparada sobre la sistematización del abuso de derecho en relación con la buena fe véase JALUZOT (2001), pp. 423-437. Por otra parte, los Principios UNIDROIT art. 1.8(1), los PECL art. 1:201(c) y el DCFR art. I-1:103(2) derivan la doctrina de los actos propios de la disposición general sobre buena fe.

¹⁸² En este sentido WIEACKER (1956), pp. 6 y 35, a propósito del abuso del Derecho.

en materia contractual, donde permitiría, incluso, la creación de deberes positivos por parte del juez, quien debe determinar su procedencia y extensión. Allí donde no exista un vínculo especial entre las partes la buena fe sólo servirá para proscribir la mala fe. Cualquier creación normativa del juez más allá de estos límites parece reservada a la actividad hermenéutica, al desarrollo de otras cláusulas generales o a la aplicación de categorías más generales de derecho no escrito, como los principios generales del derecho o la equidad.

2. Autonomía de la voluntad y buena fe: Integración, interpretación y modificación del contrato

Si bien estimamos que la buena fe no es una noción vacía de contenido, los esfuerzos de la doctrina se han concentrado más en sus funciones que en dar una definición precisa, especialmente en cuanto se la enfoca como cláusula general cuyo contenido se determina mediante su aplicación. En este apartado abordaremos sus funciones en materia contractual, que constituye su núcleo de aplicación tradicional. Las facultades que le entrega al juez a este respecto suelen ser motivo de inquietud para los actores jurídicos, por cuanto parecen representar una amenaza para la intangibilidad de los contratos y la autonomía de la voluntad, permitiendo la revisión de los términos del mismo.

Dividiremos el análisis de la actividad del juez en función integradora, interpretativa y correctiva, recurriendo a un lugar común en la doctrina comparada¹⁸³, adaptando el contenido de la tripartición según la experiencia doctrinaria y jurisprudencial de nuestro país.

a) Facultad integradora y equivalencia de la posición negociadora de las partes

En primer lugar el juez tiene la facultad de integrar o suplir el contenido del contrato según la buena fe, con toda la creación normativa que ello implica. Ésta ha sido tradicionalmente la función que se le otorga y que se consagra en el art. 1546 de nuestro *CC*, cuya redacción establece que la principal función en nuestro ordenamiento jurídico es integrar el contenido del contrato. Si bien no todos los sistemas jurídicos reconocen una facultad

¹⁸³ Véase PÉRILLEUX (1992), p. 250; HARTKAMP (1995), pp. 65-66; HESSELINK (1999), pp. 53-54 y 58-59; STORME (2003), p. 21. No profundizaremos aquí en las discusiones dogmáticas sobre el número de funciones o qué doctrina debe subsumirse en cada función, recurriendo a la mencionada tripartición como un criterio expositivo cómodo y conocido, que se adapta de forma razonablemente clara a la problemática nacional y que coincide de modo parcial con los criterios de IRURETA (2011), pp. 144-149 y BOETSCH (2011), pp. 115-135.

integradora, esto no ha impedido que la función principal que cumple en dichos ordenamientos sea esencialmente la misma, es decir, establecer consecuencias jurídicas no acordadas de forma expresa por los contratantes.

La disposición general sobre buena fe consagrada en el PPLDC parece llamada a cumplir fundamentalmente esta función integradora, aunque debe destacarse que esto no se establece en forma expresa. Creemos que éste es un sensible vacío en la regulación del proyecto, si bien en el ámbito nacional parece tolerable consagrarse una norma en términos tan generales, en una normativa destinada a cubrir diversos países la falta de claridad sobre el papel de la buena fe (si simplemente integra, de qué forma lo hace, y si de manera eventual podría modificar el contrato) podría acarrear enormes diferencias en la aplicación de la norma. La función integradora debiera consagrarse con claridad en el proyecto, especialmente por cuanto éste es el elemento característico de la buena fe en el ámbito latinoamericano¹⁸⁴.

Debe destacarse, asimismo, que el PPLDC no cuenta con una disposición específica que señale los elementos a considerar en la integración del contrato, lo que contrasta con la tendencia consagrada en numerosos cuerpos normativos recientes, tales como: los Principios UNIDROIT (art. 4.8 y 5.1.1-2), en los PECL (art. 6:102)¹⁸⁵ y en el DCFR (II.- 9:101), en los cuales la buena fe no aparece como la causa de integración del contrato, sino como uno más de los elementos a considerar al realizar la integración junto a otros elementos tan generales como “la naturaleza y finalidad del contrato” y “el sentido común”. Esto permitiría afirmar que en el PPLDC el único elemento a considerar para integrar el contrato es la buena fe, y para la determinación de su contenido el proyecto apuntaría de forma general a “los usos del tráfico”.

Un problema significativo que surge de la aplicación de la facultad integradora es que la distinción entre integrar y modificar el contenido del contrato no siempre es clara, pues toda integración del contrato supone hasta cierto punto su modificación, y eventualmente el juez podría estar inclinado a reconocer con mayor facilidad lagunas en la regulación del contrato a fin de intervenir en su contenido¹⁸⁶. Esto plantea el problema de cuál es el grado de libertad del que goza el juez al integrar el contenido del contrato. Dejando de lado las perspectivas que la hermenéutica entrega al respecto (debiendo determinarse cuándo se está verdaderamente ante una laguna

¹⁸⁴ Véase CARDILLI (2003), pp. 366-368.

¹⁸⁵ Sobre la integración del contrato en los PECL y en otros instrumentos de unificación normativa véase STORME (2003), pp. 24-29.

¹⁸⁶ Sobre esta borrosa distinción véase PITLO (1972), p. 71; JALUZOT (2001), p. 444; VALK (2002), p. 6; STORME (2003), p. 21.

en el contrato), las cuales exceden el marco de este trabajo, creemos que uno de los criterios más interesantes para establecer el grado de libertad del que goza el juez para integrar el contenido del contrato es la existencia de una posición negociadora equivalente entre los contratantes. Hemos visto que el desarrollo de la buena fe a partir del siglo XX se ha vinculado en buena medida con una cierta función social, ya que la aplicación de esta cláusula general buscaría corregir ciertas conductas que permitía la legislación decimonónica. Particularmente llamativo fue el desarrollo que experimentó en sectores normativos en los cuales existe una desigualdad en la posición negociadora de las partes¹⁸⁷, como sucede en materia de protección al consumidor, donde el nivel de intervención del juez condujo, con frecuencia, a una activa integración de los términos del contrato.

Muy distinto ha sido el desarrollo en aquellos casos en los que las partes presentan una posición negociadora equivalente, y más aún si ambas tienen un importante nivel de sofisticación y están debidamente asesoradas. En este sentido, si ambas partes son comerciantes o profesionales que tengan una posición negociadora equivalente y hayan pretendido regular detalladamente los efectos del contrato, el grado de intervención que podrá asumir el juez al integrar los términos del contrato sobre la base de la buena fe será muy restringido. Esta diferencia se justificaría debido a que en el último caso existe una mayor capacidad de las partes para regular sus relaciones jurídicas, al mismo tiempo que no se justifica la intervención del juez para remediar la debilidad contractual de una de las partes. Esta diferencia explica el distinto tratamiento que reciben en Derecho Comparado los contratos entre comerciantes en esta materia¹⁸⁸, ya que una intervención precipitada del juez en dichas circunstancias podría conducir a la obtención de ventajas no negociadas. En este sentido Arthur Hartkamp¹⁸⁹ invita a la moderación judicial al integrar contratos comerciales internacionales, señalando al respecto:

¹⁸⁷ ZWEIGERT & KÖTZ (1998) pp. 328-331. En doctrina nacional véase WERNER y NEHME (2005), pp. 647-662 y MOMBERG (2013), pp. 13-19.

¹⁸⁸ BONELL (1987), p. 87; SUMMERS (2000), p. 124. KÖTZ (1998), pp. 256-257 estima que la menor importancia de la buena fe en Inglaterra podría deberse a que la litigación comercial representa la gran mayoría de los juicios, lo que habría influido en la ley vigente haciendo menos necesario el recurso a este principio.

¹⁸⁹ HARTKAMP (1995), p. 71: "The application of the principle of good faith in international commercial contracts does much to ensure satisfactory results. However, the principle must be applied with appropriate restraint. In the field of international commerce, the parties to a contract are usually in a position to settle the terms of their relationship themselves. Consequently, the parties should be able to rely on the terms which they have chosen. Only where such reliance would lead to a clearly unreasonable result (taking into consideration the nature and purpose of the contract and all other relevant circumstances) should a court or an arbitrator step in to supplement, modify, or restrict any of the terms of the agreement".

“el principio [de la buena fe] debe aplicarse con la debida moderación. En el ámbito del comercio internacional, las partes del contrato están normalmente en condición de establecer por sí mismas los términos de su relación. Por lo tanto, las partes debieran poder confiar en los términos que han elegido. Sólo donde esta confianza llevaría a un resultado claramente irracional (tomando en consideración la naturaleza y propósito del contrato y todas las circunstancias relevantes) debiera la corte o árbitro intervenir para integrar, modificar o restringir alguno de los términos del acuerdo”.

Del mismo modo el comentario al DCFR art. I-1:103 indica:

“Qué [grado de] consideración por los intereses de la otra parte se exige dependerá de las circunstancias, incluyendo la naturaleza del contrato. En muchos contratos comerciales los derechos y obligaciones de las partes se encontrará regulados de forma tan cuidadosa que en el curso normal de acontecimientos las consideraciones sobre buena fe permanecerán totalmente en un segundo plano”¹⁹⁰.

Para ilustrar la importancia de esta distinción según la posición negociadora de las partes, podemos mencionar que la cláusula más arduamente negociada en los contratos de asociación o *joint ventures* es normalmente la cláusula de no competencia. A pesar de ello, los principales litigios en este campo se dan precisamente en relación con dichas cláusulas, donde una de las partes intenta, bajo el expediente de la buena fe, expandir el ámbito de aplicación de una cláusula de no competencia, ya sea a líneas de negocio no incluidas o a otros miembros del grupo empresarial o relacionados de una de las partes. En este caso el nivel de detalle y seriedad con el que las partes negocian una cláusula, así como su nivel de sofisticación y la posición en que se encuentran, parece inhibir la intervención del juez para otorgar un alcance jurídico distinto. Pretender obtener ventajas no negociadas ni acordadas mediante el expediente de la buena fe en estos casos tiende a modificar el contenido del contrato más que integrarlo. En este sentido, Hernán Corral ha señalado que ella no sólo sirve para integrar el contenido del contrato, sino que en ciertos casos remarca la

¹⁹⁰ DCFR art. I-1:103 (A): “What consideration is required for the interests of the other party will depend on the circumstances, including the nature of the contract. In many commercial contracts the rights and obligations of the parties will be so carefully regulated that in the normal course of events considerations of good faith and fair dealing will remain entirely in the background”.

fuerza obligatoria de lo acordado, impidiendo desconocer aquello que se convino libremente, aplicación que se relaciona con la doctrina de los actos propios¹⁹¹. Con esto no pretendemos excluir la buena fe de las relaciones comerciales, sino acotar su ámbito de aplicación a límites coherentes. Permitir de forma amplia la intervención judicial al determinar el contenido de cualquier contrato podría tener un efecto negativo en la seguridad jurídica, llevando a que partes con contratos claros en su favor terminen haciendo concesiones improcedentes a fin de no enfrentar el riesgo de una sentencia que altere el tenor de su contrato.

Para determinar la posición negociadora de las partes el juez debe analizar las circunstancias que rodean la conclusión del contrato para determinar la necesidad de integrarlo. Hasta aquí hemos propuesto dos modelos de contratación extremos: por un lado, el consumidor inexperto que contrata con un poderoso proveedor y, por otro, el de dos comerciantes avezados que cuentan con igual posición negociadora y debidamente asesoradas. De más está decir que el grado de intervención que le quiepa al juez en casos que se le presenten entre estos extremos dependerá de las circunstancias del caso.

Este análisis de las circunstancias del caso concreto nos lleva a evaluar con cautela la afirmación de Alejandro Guzmán según la cual la costumbre integra de modo instantáneo el contenido del contrato en virtud de la remisión del art. 1546, como si fuera un elemento de la naturaleza del mismo¹⁹². Creemos que el juez, como siempre debe hacerlo al aplicar la buena fe, deberá considerar las circunstancias del caso concreto, y si por alguna razón los contratantes no estipularon nada a propósito de una materia que podría ser integrada mediante una costumbre específica, no se podrá integrar el contrato de modo instantáneo recurriendo a la misma.

b) Facultad interpretativa

En estrecha relación con la función integradora encontramos la posibilidad del juez de interpretar el contrato de acuerdo con la buena fe. Esta función se reconoce de forma independiente en algunos *Códigos* modernos, y de forma muy preeminente en el *BGB* §157. En los *Códigos* que no consagran expresamente la facultad interpretativa la doctrina no ha tenido grandes inconvenientes en promover una interpretación del contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe, debido a que la frontera entre establecer el contenido del contrato (integrar) y fijar el sentido y alcance de sus disposiciones (interpretar) a menudo es sólo discernible de modo teórico, siendo ambas funciones prácticamente indiferenciables en su aplicación

¹⁹¹ CORRAL (2007), p. 152. Véase, asimismo, ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000) p. 692.

¹⁹² GUZMÁN (2002), pp. 19-20.

práctica¹⁹³. Y como casi todos los *Códigos Civiles* modernos consagran la buena fe para integrar el contrato, la doctrina ha encontrado un fundamento normativo para interpretarlo de acuerdo con este principio¹⁹⁴.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado desde antiguo sobre su facultad interpretativa en algunos fallos aislados¹⁹⁵. Recientemente algunos autores han propuesto un sistema de interpretación objetivo, basado en las exigencias de la buena fe. En este sentido encontramos las opiniones de Jorge López Santa María y Cristián Johow Santoro, ambos influenciados por los progresos de la ciencia jurídica alemana en la materia¹⁹⁶. Nos parece que abrir una línea de interpretación basada en la buena fe objetiva resulta sumamente interesante a fin de corregir las inconsistencias del sistema subjetivo de interpretación de nuestro *CC*, pero creemos que este recurso sólo podría morder el sistema de interpretación vigente establecido por el legislador, y en ningún caso permitiría desconocer el texto legal vigente en la materia.

c) Facultad correctora

Mucho más problemática es la función del principio en cuanto corrige los términos del contrato. Esta función no está prevista por el *CC*, pero se encuentra presente en la Ley de Protección al Consumidor desde su reforma por la ley N° 19.955, la cual establece que no producirán efecto, entre otras, las cláusulas que sean contrarias a las exigencias de la buena fe (art. 16 letra G)¹⁹⁷.

El PPLDC no consagra expresamente una función correctora, pero establece el carácter imperativo de la buena fe señalando: “Las limitaciones convencionales a este deber [comportarse conforme a las exigencias de la buena fe] no producirán efecto alguno”. Una norma similar se encuentra en

¹⁹³ Con razón afirma CORRAL (2007), p. 144 que la principal consecuencia del art. 1546 (extensión de las obligaciones contractuales más allá de los términos explícitos en los que se ha pactado el contrato) se coordina bien “con la norma que en materia de interpretación de contratos ordena estarse más a la intención conocida de los contratantes que a ‘lo literal de las palabras’ (art. 1560)”. Véase en este sentido BOETSCH (2011), p. 134; HARTKAMP (1995), pp. 66-67; HESSELINK (1999), pp. 132-139; VALK (2002), pp. 6-7; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 29 y 679-682; JALUZOT (2001), pp. 158-166; HARTKAMP und SIEBURGH (2010), pp. 304-305 y 340.

¹⁹⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2011), vol. II, pp. 516-518; JOHOW (2005), pp. 216-217.

¹⁹⁵ Cfr. CORRAL (2007), pp. 160-163; JOHOW (2005), pp. 217-218.

¹⁹⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, pp. 471-506; JOHOW (2005), pp. 213-233. Así también SAAVEDRA (1996), p. 368 y BOETSCH (2011), pp. 130-135 insisten en la importancia de la buena fe en la interpretación del contrato.

¹⁹⁷ Sobre la intervención judicial en materia de cláusulas abusivas véase MOMBERG (2013), pp. 9-27.

190

el UCC 1-302(b), en los Principios UNIDROIT art. 1.7(2)¹⁹⁸, en los PECL art. 1:201(2) y en el DCFR art. III.-1:103(2), en los cuales esta norma busca prohibir la estipulación de una cláusula que expresamente limite la exigencia de comportarse de acuerdo con este principio, estableciendo que la buena fe constituye una norma de carácter imperativo¹⁹⁹. Esta limitación en el contexto del PPLDC permite plantear el problema en el Derecho nacional a propósito de una materia muy específica: la validez de la llamada “*entire agreement clause*” o “*merger clause*”. Esta cláusula puede presentar distintas modalidades, pero fundamentalmente lo que busca es excluir las negociaciones previas del análisis del juez a efectos de integrar el contenido del contrato. Las partes suelen estipular esta cláusula al final del contrato, estableciendo que el contenido del mismo se limita a lo expresamente establecido. Esta cláusula nace en el Derecho anglosajón a fin de mantener una aplicación estricta de la *parole evidence rule* y evitar que el juez recurra a las negociaciones previas para integrar el contrato. La cláusula se extendió al Derecho Continental, donde se planteó su conflicto con la buena fe, usándose, asimismo, de forma extendida en transacciones internacionales. El problema que se surge es si acaso la *merger clause* constituye una limitación a la buena fe, y si, por lo tanto, debe excluirse del contrato. Debe destacarse que la norma del PPLDC no proscribe la “exclusión” de las partes de comportarse de acuerdo con la buena fe, sino que de forma mucho más genérica priva de efectos a “las limitaciones convencionales a este deber”, y ciertos autores nacionales han descartado de manera general la validez de las cláusulas que la limiten²⁰⁰. ¿Alcanza esta limitación a la *merger clause*, en cuanto limita los elementos que puede considerar el juez al integrar el contrato?

El problema de la adecuación de la *merger clause* ha sido discutido en el Derecho Continental²⁰¹, y prácticamente la unanimidad de los autores han estimado que la cláusula no resulta contraria a la buena fe y que debe tenerse por válida, representando una limitación menor a la integración del contrato que permite evitar que se suplan de manera forzada los términos del mismo. Se ha reconocido especialmente la función que esta cláusula cumple en los contratos comerciales, donde la cláusula permite a las partes negociar con libertad los términos y otorgar claridad en cuanto al contenido del contrato, contribuyendo a la seguridad jurídica²⁰². Por lo mismo la *merger clause* ha sido consagrada en los Principios UNIDROIT 2.1.17, por los PECL 2:105 y en el DCFR II.-4:104. La principal objeción

¹⁹⁸ Véase sobre este punto FARNSWORTH (1995), pp. 61-63.

¹⁹⁹ Véase el comentario de los Principios UNIDROIT art. 1.7-4 y los PECL 1:201(H).

²⁰⁰ FUEYO (1990), p. 185. BOETSCH (2011), p. 98.

²⁰¹ Para una perspectiva de Derecho Comparado, véase SCHELHAAS (2007), pp. 289-303.

²⁰² SCHELHAAS (2007), p. 302.

que se ha planteado es que la cláusula podría tener efectos contrarios a la buena fe cuando se incluye en contratos no negociados individualmente, y es por ello que los PECL 2:105(2) y el DCFR II.-4:104(2) han diferenciado los efectos de la cláusula según si es o no negociada de esta manera, estableciendo que en este último caso sólo podrá presumirse que las partes querían excluir las negociaciones previas. Es importante destacar, en todo caso, que se ha entendido que la *merger clause* no excluye que el contrato sea *interpretado* atendiendo a las negociaciones previas, sino únicamente que su contenido se *integre* según ellas, lo que se consagró de forma expresa en los Principios UNIDROIT 2.1.17 y 4.3(a), en los PECL 2:105(3) y en el DCFR II.-4:104(3)²⁰³. Teniendo presente estas consideraciones, nos parece importante reafirmar que la *merger clause* no supone una exclusión del art. 1546 y, por lo tanto, su validez jurídica queda fuera de cuestionamiento. Resultaría en todo caso conveniente regular el contenido de la misma a propósito de los PPDLC, para otorgar seguridad a los actores jurídicos en cuanto a su aplicabilidad y alcance en el ámbito internacional.

Habiendo establecido que la *merger clause* no se opone al carácter imperativo de la buena fe, cabe plantear si acaso al carácter imperativo que el PPLDC le atribuye tiene ulteriores consecuencias: ¿acaso la exclusión de efectos jurídicos a “las limitaciones convencionales a este deber” implica una limitación amplia a la libertad contractual? ¿Puede entenderse que existe una facultad general del juez para corregir estipulaciones que se aparten de lo que él considera exige la buena fe, si bien no la excluyen de forma expresa? La práctica negocial presenta numerosas situaciones en las cuales las partes acuerdan términos que normalmente podrían ser consideradas como contrarias a la buena fe, como estipular en las negociaciones previas que ambas partes se reservan el derecho de romper las negociaciones en cualquier momento y sin tener que señalar un motivo para ello, o estipular en el contrato que el mismo se llevará a cabo sin importar que su cumplimiento se haga excesivamente oneroso para uno de los contratantes por circunstancias sobrevinientes. Además de estos casos, encontramos innumerables ejemplos en los que el juez podría estar en desacuerdo con los términos del contrato y buscar corregirlos mediante la buena fe: por ejemplo, es usual en contratos de financiamiento a empresas que existan ciertas restricciones o *covenants* que limiten la libertad contractual del deudor en determinados eventos, o el establecimiento de causales de aceleración muy amplias (por ejemplo, una cláusula que acelere el vencimiento de ocurrir un efecto adverso relevante, comúnmente

²⁰³ En todo caso SCHELHAAS (2007), p. 302 advierte que esta cláusula sí puede tener un impacto en el modo de interpretación del contrato, por cuanto favorecería una aproximación objetiva en lugar de subjetiva.

denominadas cláusulas MAC). ¿Podría el juez en este caso modificar estas cláusulas sosteniendo que atentan contra la buena fe?

En Derecho nacional, a diferencia de la función integradora e interpretativa, no existe una norma de carácter general que permita al juez corregir los términos del contrato recurriendo a la buena fe, y sólo en una disposición específica del ordenamiento jurídico, en la Ley de Protección del Consumidor, se permite esta posibilidad. La norma del art. 1546 sólo determina que las partes pueden estar obligadas a más de lo expresado, pero el texto no permite que el juez modifique lo que ha sido expresado. Por lo demás, el art. 1545 establece de manera general la fuerza obligatoria de los contratos, y nuestra jurisprudencia tradicionalmente se ha apoyado en esta norma para negar la posibilidad de revisar el contrato de forma general y prescindiendo de un texto legal específico²⁰⁴, distinguiéndose en este punto de otras jurisdicciones. Por lo tanto, nos parece que en Derecho nacional no existe la posibilidad de corregir la letra del contrato conforme al art. 1546²⁰⁵.

Por la importancia que se le concede en nuestro sistema jurídico a la fuerza obligatoria del contrato, el juez sólo podrá intervenir en el contenido del contrato en virtud de una norma legal expresa, constituyendo una decisión legislativa. En este sentido, existen numerosas normas que regulan la actividad de los privados al contratar, como las normas sobre vicios del consentimiento, lesión enorme, objeto y causa²⁰⁶, a las cuales debemos agregar la normativa desarrollada a partir del siglo XX para regular determinadas relaciones contractuales y proteger al contratante débil, y en este contexto merece especial atención la regulación sobre protección al consumidor y su restricción amplia al contenido de los contratos recurriendo a la buena fe. Así, debe descartarse que sin una referencia específicas al principio en estudio pueda modificarse el contenido del contrato a fin de establecer un equilibrio en la relación de las partes. Los contratantes tienen libertad para acordar los términos del contrato y para distribuir los riesgos de la operación de la manera que mejor lo estimen²⁰⁷.

²⁰⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. I, pp. 294-295; BOETSCH (2011), pp. 126-128; MOMBERG (2013), pp. 10-12. Véase la sentencia de la CS comentada por CORRAL (2007), pp. 174-175. En todo caso debe destacarse que hay cierta jurisprudencia que atribuye a la buena fe una función morigeradora de la literalidad del contrato, citada por CORRAL (2007), pp. 163-164 y MOMBERG (2013) pp. 12-13.

²⁰⁵ FUEYO (1990), p. 188 señala que la buena fe puede cumplir una función morigeradora de la letra del contrato, pero no puede derogar las cláusulas del mismo.

²⁰⁶ BOETSCH (2011), p. 123 afirma de modo general una función correctiva de la buena fe, pero la subordina a las normas sobre objeto y causa, las cuales considera fundadas en este principio.

²⁰⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. I, p. 294. BOETSCH (2011), p. 125 señala: "si un determinado riesgo ha sido asumido por un contratante, mal podría alegar una modificación de la prestación en base a la buena fe, pues tal principio le impone el deber de respetar y

Si el otorgamiento de una función correctora general a la buena fe parece reservado a la decisión del legislador, se debe indicar que esta técnica no se consagra de forma generalizada en el Derecho Comparado. Ya hemos mencionado que el *BW* establece de forma general la posibilidad de modificar el contenido del contrato cuando el resultado del mismo sea inaceptable de acuerdo con la buena fe, facultad que ha sido ejercida de forma especialmente moderada por la judicatura²⁰⁸. Así también, este principio aparece en los PECL art. 1:102 como una limitación general a la libertad contractual²⁰⁹, y en art. 1:201(H) se deja entrever la posibilidad de alterar el contenido del contrato en caso de seguirse consecuencias manifiestamente injustas. El DCFR revirtió esta tendencia, y en su comentario al art. III.-1:103 establece, con claridad, que la función de la buena fe en este texto es simplemente integrar las lagunas contractuales, y no corregir el contrato o hacerlo más justo de lo que las partes expresamente regularon.

La regulación del PPLDC no contempla de manera general una función modificatoria, pero su regulación sobre la excesiva desproporción da lugar a un amplio control de contenido de acuerdo con las exigencias de la buena fe, extremando una posición que se observa en los instrumentos de unificación internacionales. En este sentido, el art. PECL 4:109 trata el “Beneficio excesivo o desventaja injusta”, cuyo primer inciso describe un amplio espectro de circunstancias que harían anulable el contrato bajo este supuesto, para a continuación establecer en el inciso segundo:

“una corte puede, si es apropiado, adaptar el contrato para hacerlo coincidir con lo que podría haberse acordado si se hubieren seguido los requisitos de la buena fe”.

El DCFR art. II.-7:207 mantiene esta normativa. Los Principios UNIDROIT 3.2.7 establecen una regulación análoga, con la diferencia de que el juez deberá ajustar el contrato según “criterios comerciales razonables de lealtad negocial”. El PPLDC sigue esta tendencia, y establece una amplísima norma sobre excesiva desproporción, en la cual no sólo las consecuencias jurídicas se establecen conforme a la buena fe²¹⁰ sino que,

satisfacer el interés de su contraparte [...] un deudor no puede ocupar la vía de la revisión y modificación judicial para aprovechar de liberarse definitivamente del contrato, pues con ello también se atentaría contra la buena fe”.

²⁰⁸ Véase VALK (2002), p. 4; HARTKAMP und SIEBURGH (2010), pp. 350-351.

²⁰⁹ PECL 1:102(1): Las partes son libres de ingresar a un contrato y de determinar su contenido, estando sujetos a los requisitos de la buena fe, y a las normas imperativas establecidas en estos Principios.

²¹⁰ “(3) A solicitud de la parte agraviada, el tribunal podrá adaptar el contrato o sus términos a fin de ajustarlos al acuerdo que hubieran alcanzado las partes si se hubiesen observado las exigencias de la buena fe”.

también, el supuesto de hecho se describe con una general referencia a la buena fe (si bien especificando ciertas circunstancias típicas)²¹¹.

La discusión sobre la conveniencia de conceder al juez una amplia facultad de revisar y adaptar el contenido de los contratos es fundamentalmente política, y las consecuencias que esta normativa tendría dependerían de la forma en la cual el juez hiciera uso de la misma. Nos limitaremos a dejar planteada la pregunta en torno a la conveniencia de recurrir a la cláusula general de buena fe para regular la excesiva desproporción, considerando que los poderosos efectos de dicha regulación se estarían abandonando a la discrecionalidad judicial, concediendo a la buena fe un papel desconocido en la experiencia jurídica nacional. Al margen de esta observación, no podemos negar las bondades que podría conllevar la introducción de una norma que permita cierta amplitud al revisar el contenido del contrato e impugnar estipulaciones que conlleven una excesiva desproporción en la situación de las partes, especialmente allí donde exista una importante desigualdad en la posición negociadora de las partes, escapando a los estrechos márgenes de la normativa actual sobre lesión enorme²¹².

A pesar de lo dicho, no podemos dejar de mencionar que la buena fe puede tener una cierta función correctora en materia contractual en cuanto impone un límite al ejercicio de derechos que emanen del contrato, no admitiéndose un ejercicio de mala fe de los mismos. Sin perjuicio de la existencia de doctrinas específicas que se puedan invocar a este respecto²¹³ y sea que se consideren o no como subteorías, hemos planteado la aplicación general de la buena fe para proscribir la mala fe en todo el ordenamiento jurídico, y no exclusivamente en el área contractual, por lo que nos remitiremos a esta referencia general.

²¹¹ “Excesiva desproporción: (1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe. (2) Para determinar el carácter excesivo de la ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia, falta de experiencia o de habilidad en la negociación. Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato”.

²¹² Cabe destacar que en otras jurisdicciones ante la falta de actividad del legislador se ha intervenido en el contrato mediante la interpretación de normas vigentes, como sucedió en Francia, donde ciertos casos de excesiva desproporción se abordaron desde la perspectiva del dolo (ZWEIGERT & KÖTZ (1998), p. 330).

²¹³ WIEACKER (1956), pp. 26-36; HESSELINK (1999), pp. 59-64; SCHLECHTRIEM (2006), pp. 47-48; IRURETA (2011), pp. 145-149.

3. Texto legal vigente y buena fe: Integración, interpretación y modificación de la ley

En Derecho Comparado se suele mencionar que sobre la base de la buena fe no sólo se puede integrar, interpretar y modificar el contenido del contrato sino que, también, el contenido de la ley. Al afirmar que integra, interpreta o modifica la ley se está haciendo directa referencia a la capacidad que tiene el juez de crear derecho de conformidad con los límites que enfrenta en esta actividad, los cuales varían de un ordenamiento jurídico a otro. Nos concentraremos en el problema de la integración y modificación de la ley por parte del juez, siendo la función interpretativa menos protagónica en el Derecho nacional y Comparado²¹⁴.

Si bien el juez al aplicar la buena fe tiene un campo de acción amplísimo, esta extensa libertad parece encontrar un límite claro ante el texto expreso de la ley. Esto se debe en primer lugar a razones de texto, pues nuestro ordenamiento positivo establece la posibilidad de modificar la ley vigente en vista de la buena fe. Asimismo, en cuanto principio general, tendría una aplicación subsidiaria a la ley vigente en virtud del *CC* art. 24 y del *CPC* art. 170 N° 5, aplicándose fundamentalmente para integrar lagunas legales²¹⁵. Éste ha sido el papel otorgado a los principios generales por la generalidad de la doctrina y que ocupan en la legislación comparada²¹⁶. Además de estos argumentos textuales, podemos señalar que el amplio papel que ha representado la buena fe a partir del siglo XX se ha desarrollado, precisamente, en materias donde no hay un texto expreso,

²¹⁴ Una referencia a la buena fe en la interpretación de la ley puede encontrarse en instrumentos internacionales. En la CISG art. 7(1), encontramos una referencia a una supuesta función interpretativa, redacción que buscó conciliar posiciones opuestas en materia de buena fe, y que, en definitiva, no derivó en una clara función hermenéutica. Véase FARNSWORTH (1995), pp. 55-57 y BONELL (1987), pp. 83-88. También los PECL 1:106 y el DCFR 1-1:102(3) incluyen la buena fe dentro de los elementos de interpretación, con el simple fin de evitar una interpretación estricta de la normativa, como ilustra PECL 9:102(F). Cabe señalar que la interpretación de buena fe de la ley se suele relacionar con el rechazo a aplicar una norma que conduzca a un resultado abusivo, limitando el ejercicio de derechos, tal como hace SAAVEDRA (1996), p. 361 y BOETSCH (2011), p. 62. Nótese, asimismo, la importante función hermenéutica que ALCALDE (2003), pp. 130-146 atribuye a los principios generales del Derecho.

²¹⁵ FUEYO (1990), pp. 166-167; BOETSCH (2011), pp. 31, 34-35. Refiriéndose de manera general a los principios generales SQUELLA (2011), pp. 378-380, 402-404, 679-680.

²¹⁶ BOETSCH (2011), pp. 24-27 y 29-31. *CC austriaco* art. 7; *CC de Luisiana* art. 21; *CC argentino* art. 16; *CC italiano* art. 12; *CC español* art. 1.4. Sin embargo, ALCALDE (2003), pp. 130-146 señala que los principios generales del Derecho no están llamados a aplicarse únicamente de forma subsidiaria en materia hermenéutica, lo que de todas formas no se traduce en que puedan contradecir el texto legal vigente.

para dar respuesta a ciertos supuestos que la ley no contempla²¹⁷. La función creativa de la buena fe se ha manifestado fundamentalmente en cubrir estos vacíos normativos, y si hay algo que caracteriza a las llamadas subteorías es que la falta de texto legal expreso conlleva a que se reciban en el ordenamiento jurídico a través de este principio.

Consideramos que a la luz de su aplicación subsidiaria debe evitarse su utilización ante disposiciones legales vigentes que regulen específicamente una materia. Allí donde la ley ofrezca una solución precisa no parece haber necesidad de recurrir a una cláusula general para ofrecer un criterio de decisión paralelo, ya que ello propicia una forma descuidada de decidir un caso concreto²¹⁸. Hemos visto que históricamente la buena fe se emplea para desarrollar soluciones, en especial ante problemas no contemplados por el legislador, y no vemos qué utilidad puede presentar allí donde ya existe una solución clara. Adicionalmente, como ya se indicó en su momento, la buena fe no es el único medio de creación normativa con el que cuenta el juez, y las soluciones nuevas ante vacíos legales, sólo parecen necesarias cuando no pueden introducirse mediante la interpretación de la norma legal. Creemos que debe privilegiarse la interpretación de la ley y la aplicación de doctrinas más específicas antes de echar mano a la buena fe, a fin de no dilatar en exceso el ámbito de aplicación de esta última. A modo de ejemplo, cierta doctrina y jurisprudencia han indicado que la denuncia de obra nueva ejercida sin un fundamento legal y con el sólo fin de entorpecer una obra sería constitutivo de mala fe procesal, mientras que recientemente se señaló que dicha interposición maliciosa puede evitarse mediante un examen del juez del mérito de la denuncia, cuya necesidad se desprende del texto legal y de la historia de la ley, lo que otorga una solución más precisa y eficiente que referir el problema a la buena o mala fe procesal²¹⁹. En todo caso es frecuente el recurso a la buena fe para apoyar una determinada interpretación, pues el juez rara vez se basa exclusivamente en ésta para introducir una innovación normativa, lo que hace que el límite entre interpretar la ley y suplirla de acuerdo con ella no es claro.

Si bien la posibilidad de integrar la ley es un punto pacífico, resulta mucho más cuestionable modificar la ley mediante un recurso general a

²¹⁷ SAAVEDRA (1996), p. 362; BOETSCH (2011), pp. 61-62; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 24. Ésta es también la función que le atribuye MACKAAY (2012), pp. 168-169, según quien la buena fe serviría para combatir hipótesis de conductas oportunistas que no están sancionadas por la ley mediante otra institución jurídica.

²¹⁸ Véase ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 674; STORME (2003), p. 19. Recientemente PADILLA (2013), pp. 146 y 159-164 ha insistido en la aplicación residual de una de la doctrina de los actos propios (considerada como una las subteorías de la buena fe) debiendo evitarse su superposición a la normativa vigente.

²¹⁹ HUERTA MOLINA y RODRÍGUEZ DIEZ (2012), pp. 343-392.

la buena fe. La experiencia histórica presenta casos aislados en los que ésta contravino expresamente el texto legal aun a falta de un texto que lo permitiese, como sucedió en Alemania en materia de reajustabilidad de las obligaciones²²⁰. Cabe observar que en Chile se dio la misma aplicación a mediados del siglo XX, apartándose cierta jurisprudencia del principio nominalista y afirmando la obligación de actualizar el valor de la obligación²²¹. Esto demuestra que en ciertos casos extremos este principio podría tener una función modificatoria de la ley, pero el carácter excepcional de los mismos revela lo limitada que sería esta facultad²²². Por lo demás, ciertos autores proponen entregar de manera amplia una facultad al juez para decidir o no la aplicación de la ley en un caso concreto basándose exclusivamente en el principio de la buena fe, a fin de adaptar el derecho de la mejor forma posible a las convicciones jurídicas imperantes y evitar toda forma de injusticia material en la aplicación estricta de la ley²²³. Esta opinión puede encontrarse ya en Aristóteles (*Ética Nicomaquea*, libro V, capítulo 10), quien bajo el concepto de *epieikeia* (ἐπιείκεια) permite al juez alejarse de la ley positiva (justicia legal) para resolver un caso particular de manera más justa. A todo lo anterior se agrega la desconfianza de ciertos autores en la habilidad del legislador para adaptar la legislación a los cambios que experimenta el tráfico jurídico con la agilidad necesaria²²⁴.

A pesar de las autorizadas opiniones que se pronuncian en favor de una función correctiva de la buena fe en relación con la ley, creemos que el ámbito de aplicación de la misma es prácticamente nulo en el ordenamiento jurídico chileno²²⁵. Ello se desprende, en primer lugar, de la

²²⁰ MIQUEL (1997), p. 317 presenta un caso de modificación de la ley en virtud de la buena fe en España, donde la judicatura se vio obligada a intervenir ante una manifiesta inacción por parte del Legislativo y Ejecutivo, los cuales no habían alterado la legislación en el punto por motivos de equidad. El autor indica al respecto: “Considerar que el juez se extralimita en su función de administrar justicia, porque corrige un precepto legal por medio de una cláusula general, sería un verdadero sarcasmo. La cláusula general está precisamente para eso”.

²²¹ CORRAL (2007), p. 156. Cabe destacar que esta sentencia contó con el voto disidente de Luis Cousiño Mac-Iver, quien destacó que semejante medida no se encontraría justificada en ningún texto legal.

²²² FUEYO (1990), p. 161 indica que la creación normativa del juez haciendo uso de la buena fe puede ser “aun *contra legem* en los casos extremos que el método respectivo admite, aunque sin alzarse con la ley de manera ruda, torpe y arbitraria...”. Precisamente, Fernando Fueyo se pronuncia a favor de la reajustabilidad de las obligaciones monetarias sobre la base de la buena fe (pp. 192 y 230).

²²³ MIQUEL (1997), pp. 316-318.

²²⁴ *Op. cit.*, p. 307.

²²⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 396 reproduce la doctrina española en la materia, señalando que sobre la base de la buena fe no puede eludirse la voluntad del legislador expuesta en preceptos coactivos o en fórmulas rígidas.

regulación positiva, la cual no asigna esta importante función a la buena fe y, por lo demás, parece asignar un papel subsidiario a los principios generales del Derecho en la aplicación de la ley. No podemos olvidar que en Holanda sólo se admitió la modificación de la ley en virtud de este dispositivo, de manera amplia, después de la entrada en vigencia del nuevo *BW*²²⁶, y que esta facultad se establece en términos restringidos, permitiendo al juez echar mano de la misma sólo cuando a raíz de la aplicación de la ley vigente las consecuencias que se derivaran resultaran “inaceptables de acuerdo a parámetros de buena fe”²²⁷. En relación con lo anterior, creemos que el respeto al imperio de la ley, así como consideraciones de legitimidad democrática, hacen inaceptable que un órgano no democrático se arroge a falta de texto expreso la facultad amplia de prescindir de la ley vigente en un caso concreto sobre la base de la buena fe. Si bien su función integradora otorga extensas atribuciones normativas al juez, creemos que permitirle adicionalmente corregir la ley de forma general exclusivamente en uso del art. 1546 parece excesivo. Sólo en virtud de un mandato general del legislador podría concederse una facultad amplia al juez, según demuestra la experiencia comparada, y los casos de modificación de la ley según la buena fe donde no haya un mandato del legislador parecen reservados a situaciones de crisis institucional o de total inoperatividad del legislador. En condiciones institucionales normales, el juez estará llamado a aplicar la buena fe principalmente allí donde el legislador lo señale o de forma supletoria, pero deberá respetar el texto legal vigente, tal como lo ha señalado nuestra jurisprudencia²²⁸.

De modo adicional, afirmar la imposibilidad de modificar la ley a partir de una disposición general de buena fe se relaciona estrechamente con la certeza jurídica: si bien es cierto que otorgar al juez la posibilidad de prescindir del texto legal para un caso concreto podría conllevar a soluciones teóricamente más equitativas o sofisticadas, el ejercicio de buscar la decisión más justa ignorando el texto legal es, en sí mismo, cuestionable en cuanto transforma en inciertos los preceptos por los cuales deben regirse

²²⁶ HARTKAMP (1992), p. 555.

²²⁷ También los PECL art. 1:201(H) sugieren la posibilidad de modificar la ley cuando las consecuencias que se deriven de su aplicación sean manifestamente injustas, señalando que para determinar si se debe aplicar la solución más justa se deben considerar, entre otros factores, “hasta qué punto la certeza y la predictibilidad en las relaciones contractuales sufriría al permitir que prevalezca la justicia” (“upon to what extent certainty and predictability in contractual relationships would suffer by letting justice get the upper hand”).

²²⁸ Véase CORRAL (2007), p. 175, donde se comenta una sentencia de la CS en la que ésta se rehusa a distanciarse del texto legal sobre la base de una referencia genérica a la buena fe.

los agentes jurídicos, contraponiendo de forma antojadiza la justicia a la ley positiva y dando lugar a una amplísima discrecionalidad judicial. Si bien la buena fe pretende adecuar el Derecho a las expectativas de los actores jurídicos, no podemos olvidar que precisamente la ley vigente representa el principal parámetro de conducta al cual éstos deben someterse. Cabe destacar que uno de los motivos por los que en Derecho inglés se ha prescindido en buena medida de la buena fe es la creencia según la cual es más tolerable resolver una causa de acuerdo con una ley dura que abrir espacios de duda a los actores jurídicos sobre la ley aplicable²²⁹.

Por último, no pueden desecharse los mecanismos institucionales vivientes para modificar la ley vigente y, fundamentalmente, la modificación de la ley en sede legislativa²³⁰. Asumir que la ley positiva es en sí misma torpe, inflexible e incapaz de representar las necesidades cambiantes de la sociedad, y que, por lo tanto, dicho papel sólo cabría a los jueces, resulta innecesariamente pesimista y representa el extremo opuesto al optimismo de los ideales de la codificación. Es por ello que Peter Schlechtriem invita a una aplicación restringida de las cláusulas generales, evitando que se transformen en el caballo de Troya de la reconstrucción del sistema legal: si la sociedad exige ciertos cambios en la ley, debieran llevarse a cabo abiertamente mediante una reforma, y no a través de la puerta trasera de las cláusulas generales²³¹. Por otra parte, mecanismos como la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal permiten impugnar normas legales dentro de la institucionalidad vigente.

A pesar de lo que hemos señalado hasta ahora, debemos hacer ciertas salvedades. En primer lugar, creemos que en ciertos casos la buena fe, más precisamente algunas de las doctrinas que suelen derivarse de ella, sí cumple una importante función en cuanto modifica las consecuencias jurídicas que se desprenden de un precepto legal, sirviendo como límite al ejercicio de ciertos derechos subjetivos²³². Éste es el caso de la aplicación de doctrinas como el abuso de derecho y la teoría de los actos propios. En estos casos se sancionan conductas prototípicamente consideradas de mala fe, aun cuando los supuestos de estas teorías hayan adquirido contornos objetivos, y normalmente conducen a limitar el ejercicio de un derecho, limitación que no se desprende de forma expresa de la ley²³³.

²²⁹ GOODE (1992), p. 9.

²³⁰ ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), p. 688.

²³¹ SCHLECHTRIEM (2006), p. 55.

²³² Véase BOETSCH (2011), pp. 64-68 (abuso del Derecho) y pp. 68-72 (la teoría de los actos propios).

²³³ Véase HARTKAMP (1995), pp. 68-69. Resulta asimismo la opinión de VON OVERBECK (1976-1977), p. 687, quien señala que, si bien el juez suizo no puede derogar preceptos legales (tarea que sólo corresponde al legislador) puede limitar su aplicación según la

Como vimos, creemos que esta limitación amplia se justifica como una forma de protección mínima de la confianza y certeza jurídica, aunque debe privilegiarse el uso de las doctrinas en sí mismas más que una referencia genérica a la buena fe.

Finalmente, consideramos ilustrativo señalar que la relación entre la buena fe y la ley vigente explica las limitaciones que enfrenta el juez al aplicar este principio al contrato según revisamos en la sección anterior. El art. 1546 permite integrar el contenido del contrato, por lo que éste ha sido tradicionalmente el mayor ámbito de aplicación de la buena fe contractual. Esta norma también da pie para realizar una interpretación del contrato conforme a las exigencias de la buena fe, aunque el intérprete estará obligado a respetar las normas que propone el legislador en el art. 1560 y siguientes, no pudiendo desconocerlas sobre la base de una referencia general al principio en estudio. Así, el legislador no sólo no establece la posibilidad de modificar el contrato de acuerdo con la buena fe sino que el art. 1545 parece inhibir esta posibilidad al consagrarse la intangibilidad de los contratos.

4. Creación judicial del derecho y fundamentación

200

Como hemos señalado, la expansión normativa de la buena fe ha hecho que su aplicación desborde la literalidad de los artículos que la consagran o su ubicación dentro del *Código*. El problema que se plantea en este punto es cómo articularla en el contexto de la creación judicial del Derecho, para evitar que su referencia abra la puerta a la discrecionalidad judicial absoluta, a una “justicia de cadí”. El problema no es tan apremiante cuando el juez desarrolla una remisión específica de la buena fe consagrada en la ley, o cuando aplica una doctrina con contornos claros desarrollada al alero de ésta, ya que en estos casos la discrecionalidad del juez al aplicarla es más bien acotada. Sin embargo, el juez tendrá mayor margen para decidir al recurrir directamente a la buena fe como principio general para resolver un caso concreto que no esté subsumido dentro de una de las teorías generales que se desprenden de ella, pudiendo eventualmente sistematizarse estas decisiones en nuevos “grupos de casos” y generar teorías independientes. De esta forma, la solución alcanzada podrá aplicarse a situaciones similares y permitirá una mayor certeza a los actores jurídicos²³⁴.

prohibición de abuso de derecho del ZBG art. 2 inc 2, llenando posteriormente la laguna normativa según la discrecionalidad judicial del art. 1 inc. 2, la cual estudiaremos más adelante.

²³⁴ ALCALDE (2003), p. 75.

Dentro de las variables que ofrece cada cultura jurídica, creemos que el límite fundamental que enfrenta la judicatura al aplicar la buena fe de forma creativa, en cuanto principio general de Derecho, consiste en fundamentar debidamente su solución en el contexto del ordenamiento jurídico respectivo. La amplitud que presenta permite que el juez recurra a ella en las más diversas hipótesis y para establecer las más variadas consecuencias jurídicas. En este sentido, el principio abre de par en par las puertas de la discrecionalidad judicial. La única manera de evitar que esa discrecionalidad se torne en arbitrariedad es que el juez formule en los términos más claros posible su decisión, señalando cuales son las exigencias de la buena fe en el caso concreto y su consecuencia jurídica. Enunciar sencillamente que la decisión se funda en el art. 1546, sin una ulterior elaboración al respecto, es equivalente a no otorgar fundamentación alguna debido en el ámbito de abstracción y generalidad de la norma²³⁵. Esta fundamentación tiene una importancia adicional por cuanto permite una genuina igualdad ante la ley²³⁶; si bien la sentencia sólo tiene fuerza obligatoria respecto de las causas en que fuere pronunciada, la referencia a la buena fe implica una clara creación normativa al darle un contenido concreto a un principio general, el cual debe ser lo suficientemente consistente como para permitir la resolución de casos similares de manera similar.

Esta exigencia de fundamentación no es del todo desconocida para la doctrina nacional, como se desprende de los criterios que Jorge López Santa María recoge de la doctrina española para materializar el principio de buena fe en casos concretos²³⁷, los cuales buscan evitar la variabilidad e indeterminación de este estándar normativo. Estos principios, como destaca dicho autor, están, a su vez, tratados en la doctrina alemana, donde tradicionalmente la forma de racionalizar su aplicación ha sido mediante la creación de grupos de casos, desarrollando el “sistema interno” de la buena fe, lo que supone en primer lugar un cierto nivel de desarrollo y

²³⁵ Véase MIQUEL (1997), p. 318.

²³⁶ ALCALDE (2003), pp. 111-112.

²³⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 396. Asimismo, HUNTER (2008), p. 177 en materia procesal apunta: “La imprecisión y vaguedad del concepto de buena fe procesal coloca a la exigencia de la motivación en un plano superior al de cualquier otra resolución incidental”, señalando a continuación: “una buena motivación de la resolución traerá aparejadas ventajas colaterales innegables. Sin duda la motivación, junto con descartar la arbitrariedad en la aplicación del concepto, permitirá ir conformando jurisprudencialmente supuestos típicos de mala fe procesal capaces de universalizarse, creando grados de certeza en la aplicación de la noción y delineando al menos el núcleo del concepto”. En el mismo sentido GORIGOITÍA (2008), p. 154. ALCALDE (2003), pp. 186-187 insiste en la fundamentación que debe emplear el juez al aplicar los principios generales del Derecho, y SQUELLA (2011), p. 682 indica ciertos parámetros que debe cumplir la discrecionalidad del juez al integrar lagunas.

argumentación por parte de los jueces²³⁸. La doctrina ha desarrollado parámetros de fundamentación que se deben observar en la aplicación de la buena fe, exigiendo que cuando el juez determine las exigencias de ésta en un caso concreto no puede sin más decidir según lo que le parezca más equitativo, sino que debe determinar de la forma más objetiva posible qué constituyen sus exigencias en el caso concreto. Al respecto, resultan especialmente atractivos los criterios que entrega Jürgen Schmidt²³⁹, quien parte del supuesto de que la mera invocación del § 242 no permite fundamentar la sentencia, y, por ello, debe establecerse una fundamentación para las futuras decisiones de casos similares. El autor considera que, si bien la buena fe se determina según las circunstancias del caso concreto, no es concebible un derecho que sólo sea válido para un caso específico, por lo que si el juez establece una solución sobre la base de la buena fe ésta debe ser aplicable a casos semejantes. A continuación, formula los criterios que él considera relevantes para la creación normativa, bajo el supuesto de que la norma debe corresponder a las exigencias de justicia que la sociedad reclama para una determinada situación, proponiendo al respecto²⁴⁰:

- a) las normas constitucionales, especialmente las relacionadas al principio del Estado social y el catálogo de derechos fundamentales;
- b) los criterios del ámbito jurídico que se trate (por ejemplo, el Derecho Civil), siendo a este respecto importantes la creación mediante la analogía de otras normas del mismo sistema;
- c) los criterios del subsistema (Derecho de Obligaciones, Bienes).

Los criterios que ofrece Jürgen Schmidt representan una fórmula interesante, pero no es la única: numerosos autores tienen su propia opinión sobre la fundamentación que debe emplear el juez para determinar el contenido de la obligación. Por ejemplo, Luigi Mengoni destaca que el juez debe fundamentar metódicamente su decisión cuando aplica una cláusula general, existiendo al respecto ciertos requisitos de rigor y objetividad que debe cumplir, los cuales se satisfacen mediante la identificación en la experiencia social de las figuras sintomáticas de los valores a los cuales las cláusulas generales reenvían y su encuadramiento en estructuras dogmáticas²⁴¹. Martijn Hesselink considera que las fuentes de inspiración del juez al respecto debe ser principalmente la moral social, los

²³⁸ WIEACKER (1956), p. 5 insiste desde el inicio de su obra en la necesidad de que la aplicación práctica de la buena fe se haga con respeto a la dogmática jurídica a fin de asegurar una aplicación metódica, y más adelante (p. 14) señala que cláusulas generales como la buena fe y las buenas costumbres no representan patrones acabados, sino que suponen una tarea del juez en una situación determinada.

²³⁹ SCHMIDT (1995), N° 203 y ss.

²⁴⁰ *Op. cit.*, N° 213.

²⁴¹ MENGONI (1987), pp. 16-18.

principios generales del Derecho y la Constitución, así como las señaladas en el *BW* 3:12 (*vide infra*)²⁴². Gunther Teubner señala que actualmente la buena fe no supone ya una mera referencia a la moral, sino al fin de las instituciones legales involucradas, esto es, las ideas directrices de las instituciones jurídicas, los elementos del orden público y los valores de la constitución²⁴³. Peter Schlechtriem indica que a menudo el contenido de la buena fe se establece mediante términos amplios que oscurecen la motivación del tribunal, tales como: “el sentido de decencia compartido por las personas que piensan justamente” o “el sano sentido popular”, lo que no sólo implica reemplazar una expresión general (buena fe) por otra sino que invita al abuso. Es por ello que propone tres fuentes para determinar el contenido de las cláusulas generales: los valores y principios constitucionales, los valores y principios de otras reglas del derecho privado, y las convicciones comunes²⁴⁴.

Especialmente interesante resulta la relación entre buena fe y principios constitucionales²⁴⁵, por cuanto la Constitución ofrece un conjunto de normas fundamentales que permiten orientar al juez de forma más objetiva que recurriendo a nociones personales de justicia. Si tradicionalmente se ha afirmado que este principio permite el ingreso de consideraciones éticas en el ordenamiento jurídico, la doctrina actual parece preferir acotar esta idea indicando que permite el ingreso de los valores constitucionales en el Derecho Privado.

En otros sistemas el problema de la fundamentación ha sido abordado directamente por vía legislativa. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos existen ciertas nociones asociadas al principio en estudio que permiten precisar su contenido. Por ejemplo, el *BGB*§ 242 establece que al determinar el contenido de la buena fe el juez debe tener en consideración “los usos del tráfico” (*Verkehrssitte*), fórmula que recoge el PPLDC. Mucho más detallado es el *BWholandés*, el cual establece un deber especial de fundamentación:

“Al determinar lo que la buena fe [literalmente: la racionalidad y la equidad] requiere, se deben tener en cuenta los principios jurídicos generalmente reconocidos, las opiniones jurídicas vigentes en los Países Bajos, y a los intereses sociales y personales que conciernan al caso respectivo”(*BW*art. 3:12).

²⁴² HESSELINK (1999), pp. 43-47.

²⁴³ TEUBNER (1998), p. 23.

²⁴⁴ SCHLECHTRIEM (2006), pp. 48-55.

²⁴⁵ MENGONI (1987), p. 6; HESSELINK (1999), pp. 45-47; ZIMMERMANN & WHITTAKER (2000), pp. 22-23, 331-333, 338-339, 473, 690; JALUZOT (2001), pp. 121-124; SCHLECHTRIEM (2006), pp. 49-52; ROTH (2007), N° 53 y ss.; TROIANO (2009), pp. 779-780.

Además, el criterio para limitar la aplicación de la ley, de la costumbre o de un acto jurídico es especialmente calificado, estableciéndose que ello es procedente cuando la regla en vigor entre acreedor y deudor “sea inaceptable en el caso respectivo según criterios de buena fe [racionalidad y equidad]” (*BW* art. 6:2-2). El legislador estableció en forma deliberada este criterio restrictivo para invitar al juez a proceder con cautela al hacer uso de esta facultad.

Considerando que el problema de la buena fe en cuanto principio general aparece más íntimamente vinculado con la creación del Derecho, debe destacarse que en algunos sistemas la creación jurisprudencial se regula directamente, sin que el juzgador tenga que recurrir a una cláusula general para introducir nuevas soluciones. En este punto resulta de especial interés el *ZGB* suizo, el cual establece en su célebre art. 1 inc. 2 que en defecto de la ley y la costumbre el juez decidirá según la regla que el adoptaría como legislador²⁴⁶. Esto significa que el juez debe elaborar una regla que pueda ser aplicada no sólo al caso específico sino que pueda eventualmente utilizarse en casos similares en el futuro, para lo cual debe tener una serie de circunstancias en consideración, como el espíritu del *Código*, la posibilidad de aplicar por analogía la ley vigente, los intereses involucrados y la certeza jurídica²⁴⁷. El art. 1 inc. 3 agrega que el juez debe considerar la doctrina y jurisprudencia más autorizada. La jurisprudencia en Suiza no forma un precedente vinculante para el juez, quien deberá establecer las razones por las cuales prefiere una opinión y no otra²⁴⁸. Asimismo, el juez deberá señalar por qué se inclina por una posición doctrinaria, pudiendo referirse, incluso, a doctrina extranjera²⁴⁹. En el mismo sentido, el *ZBG* art. 4 establece que el juez puede recurrir al “derecho y la equidad” en los casos en que la ley se remita a su criterio prudencial o haga depender la decisión de la apreciación de las circunstancias o de motivos graves. Aquí nuevamente el juez debe dar cuenta de las razones por las cuales llega a su decisión²⁵⁰. Estos elevados estándares de fundamentación, si bien no exigen que el juez describa de forma exhaustiva los presupuestos de su sentencia, permiten una creación normativa clara y ordenada. De esta forma, la creatividad judicial se permite en toda su amplitud sin tener que recurrir al principio en revisión, el que se trata en

²⁴⁶ Véase sobre esta regulación *VON OVERBECK* (1976-1977), pp. 681-700 y *ZWEIGERT & KÖTZ* (1998), pp. 173-178. El *CC* portugués consagró una fórmula análoga en su art. 10 inc. 3.

²⁴⁷ *VON OVERBECK* (1976-1977), p. 690.

²⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 696-699.

²⁴⁹ Sobre la importancia de la doctrina en la creación normativa, véase *ALCALDE* (2003), pp. 106-109.

²⁵⁰ *VON OVERBECK* (1976-1977), pp. 686-688.

un artículo independiente (art. 2 inc. 1)²⁵¹. A pesar de esto, el juez suizo ha recurrido más a la norma de la buena fe para introducir nuevas doctrinas²⁵² (recogiendo los progresos del Derecho alemán) que a la creación directa mediante el art. 1 inc. 2, recibiendo esta última norma escasa aplicación²⁵³, lo que pareciera indicar que los jueces prefieren aplicar normas legales antes de admitir que están llenando un vacío legal.

Los diversos estándares de fundamentación que ofrece la doctrina y legislación comparada son altamente debatibles, como se observa a partir de la diversidad de opiniones reproducidas. Además, considerando la generalidad y relatividad de estas nociones, parece que su formulación no representa un verdadero obstáculo a la arbitrariedad jurídica. No obstante, creemos que la verdadera importancia de estas aproximaciones no pasa por dar con una fórmula mágica para la creación normativa. El juez podrá recurrir a los diversos elementos de fundamentación haciendo uso de la discrecionalidad que le otorga la ley. Lo fundamental es la exigencia misma de fundamentación en su decisión, la cual no tiene que ser necesariamente exhaustiva, teniendo el juez un importante margen de discrecionalidad y no estando obligado a formular dogmas de aplicación general cada vez que resuelva. Con todo, su decisión debe ser lo suficientemente fundada como para dar cuenta de una creación normativa que otorgue criterios claros conforme a los cuales los actores jurídicos podrán comportarse, a los cuales el juez podrá recurrir al resolver casos similares en el futuro y sobre la base de los cuales se podrán describir las tendencias jurisprudenciales, evitando una simple huida a las cláusulas generales que exima al juez de ofrecer los parámetros de su decisión. Mientras más clara sea la fundamentación de su decisión, mayor certeza jurídica otorgará²⁵⁴. La fundamentación del juez resulta especialmente relevante a fin de hacer

²⁵¹ Resulta interesante observar cómo el *BW* holandés y el *ZBG* suizo enfocan el problema de la creación del Derecho por parte del juez y su fundamentación con técnicas totalmente diversas, alcanzando, sin embargo, un resultado similar. Así, el *BW* emplea la buena fe como una norma abierta, cuya función expresamente consiste en crear o modificar el derecho vigente exigiendo un estándar de fundamentación elevado, mientras que el *ZGB* suizo establece la posibilidad de creación normativa por parte del juez con independencia al concepto de buena fe o de cláusulas generales, exigiendo un importante estándar de fundamentación al hacer que el juez asuma la posición de legislador. Véase en este punto HARTKAMP (1992), p. 570.

²⁵² RANIERI (1998), pp. 1073-1074.

²⁵³ VON OVERBECK (1976-1977), pp. 690-691.

²⁵⁴ Véase MENGONI (1987), p. 18; HESSELINK (1999), pp. 416-418. MIQUEL (1997), p. 326 indica: “en la mayoría de los casos será difícil encontrar fundamentaciones convincentes, pero a pesar de ello debe emprenderse la tarea para mostrar fundamentaciones que eviten la inmunización de las decisiones mediante proposiciones de fundamentación vacías de contenido”.

explícitos los motivos de su decisión, en lugar de recurrir a rebuscados mecanismos que fuercen el contenido de las instituciones jurídicas.

En virtud de lo anterior, creemos que en los casos que se otorgan amplias facultades al juez bajo elevados parámetros de fundamentación no se produce necesariamente un caos normativo, ello porque la necesidad de fundamentar lleva al juez a ejercer su capacidad de creación normativa muy prudencialmente, aplicándola de forma más rigurosa. Como indicaba Franz Wieacker, el juez al determinar los límites de su margen de libertad actúa bajo su propio riesgo, debiendo decidir con “temor y temblor” ante el riesgo de hacer peligrar la conciencia jurídica mediante una bienintencionada equidad²⁵⁵. Tal vez esto explique que, si bien los *Códigos Civiles* de Suiza y Holanda entregan enormes facultades a los jueces en relación con la ley vigente, estos últimos han hecho un uso muy restringido y cuidadoso de esta facultad: el juez suizo ha sido sumamente moderado al aplicar el art. 1 inc. 2²⁵⁶, y en la jurisprudencia holandesa sólo es posible encontrar un puñado de casos de modificación de la ley haciendo uso de la buena fe²⁵⁷.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que el nivel de fundamentación que ofrece la jurisprudencia nacional al aplicar la buena fe no es satisfactorio, lo que confirma Hernán Corral cuando señala:

206

“debemos advertir que lamentablemente los fallos analizados suelen ser lacónicos y parcios a la hora de proporcionar las razones por las cuales los sentenciadores han aplicado o no el principio de buena fe, lo que hace compleja la labor de establecer propiamente líneas jurisprudenciales en la materia”²⁵⁸.

²⁵⁵ WIEACKER (1956), p. 42. Más adelante (pp. 43-44, n. 93) el autor desaconseja expresamente una creación precipitada del Derecho sobre la base de la buena fe, e indica que el derecho judicial se somete a condiciones más estrictas que la ley.

²⁵⁶ VON OVERBECK (1976-1977), p. 690.

²⁵⁷ Estos casos se verificaron fundamentalmente a propósito de casos de envenenamiento por asbestos, donde el Tribunal Supremo holandés decidió que correspondía desconocer las reglas de prescripción en los casos en los que el daño se originara después de transcurrido el plazo de prescripción. Para llegar a esta decisión recurrió a una fundamentación especialmente detallada, estudiando la historia de la ley, la doctrina extranjera en la materia, y mencionando, asimismo, un proyecto de ley en curso que buscaba modificar las normas de prescripción para evitar que las acciones prescribieran antes de poder ejercerse. Véase VALK (2002), pp. 5-6.

²⁵⁸ Véase CORRAL (2007), pp. 176-177. Cabe destacar en este punto, asimismo, el reciente análisis doctrinario y jurisprudencial de PADILLA (2013), pp. 135-183, quien ha advertido sobre los peligros de la aplicación poco reflexiva y fundamentada de la doctrina de los actos propios (considerada tradicionalmente una subteoría de la buena fe) por parte de los tribunales, conduciendo a menudo a una administración de justicia intuitiva e imprecisa.

Consideramos que la situación que describe el autor es extremadamente delicada, por cuanto pone de manifiesto que la aplicación de la buena fe tiende a propiciar soluciones aisladas y sin mayor desarrollo, como si la mera alusión a la buena fe permitiera al juez eximirse de una ulterior fundamentación. Esta situación debe corregirse a fin de permitir generar principios generales de las sentencias que se funden en la buena fe y evitar que su aplicación se transforme en una mera justicia del caso concreto.

5. Buena fe y casación

Si la buena fe es por excelencia la norma que da lugar a la creación judicial del Derecho, su aplicación debe, por lo mismo, estar sometida al control de la Corte Suprema. Como el juez, en mayor o menor medida, crea derecho al invocarla, al darle un contenido específico en un caso concreto, sea que exista o no una remisión legislativa al concepto (pero especialmente en este último caso) la CS deberá uniformar la aplicación que se le dé, a fin de evitar que la misma sea un instrumento de discrecionalidad absoluta en manos de cada juez²⁵⁹. De esta forma, el control de casación (o del “recurso extraordinario” del actual proyecto de CPC, art. 405 y ss.) resulta esencial para dar seriedad a la creación judicial del Derecho y evitar una total discrecionalidad en aplicación de la buena fe, reafirmando la certeza jurídica y otorgando un mínimo de predictibilidad a las resoluciones judiciales. El deber de la Corte de velar por la igualdad jurídica y dar uniformidad a la jurisprudencia es especialmente relevante en el caso del derecho de creación jurisprudencial.

El control de casación se erige así como el último control de aplicación de la buena fe, donde se evaluará si la aplicación específica se conforma con el ordenamiento jurídico vigente. Como hemos indicado, la Corte deberá ser muy cuidadosa en su fundamentación, especialmente cuando recurra a ella a falta de texto legal, pues al determinar las exigencias de la buena fe en un caso concreto estará creando Derecho. Es por ello que las aplicaciones que se hagan de la buena fe deben estar llamadas a resolver casos similares de manera similar y, si bien la sentencia sólo tendrá en la práctica un efecto relativo, otorgará a los actores jurídicos una nueva pauta según la cual deberán ajustar su conducta, como forma de especificación de este principio.

En la doctrina y jurisprudencia nacional existe actualmente uniformidad en cuanto a la procedencia de la casación a propósito de la aplicación

²⁵⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA (1998), vol. II, p. 398: “Este recurso extraordinario [la casación en el fondo], de consiguiente, es la valla que impide a los jueces de instancia, amparándose en la imprecisión de la buena fe, dictaminar de manera arbitraria o inicua”.

de la buena fe, y la jurisprudencia que rechazaba la casación en este caso por considerar que se trataba de materias de hecho se encuentra con justa razón abandonada²⁶⁰.

VII. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos pretendido enfocar la buena fe principalmente desde su aspecto funcional, aunque sin descartar un contenido sustantivo. Según hemos visto, este principio se ha manifestado durante el siglo XX como un instrumento de creación judicial del Derecho, que ha permitido al juez compatibilizar el deber de inexcusabilidad con el limitado elenco de normas que le entrega el legislador.

Un primer grupo de conclusiones se relacionan con el problema de la buena fe desde la perspectiva de la técnica normativa, y que nos permiten someter a análisis el texto del PPLDC. Desde esta perspectiva, consideramos recomendable la consagración de un principio general atendida la flexibilidad que le otorga al ordenamiento jurídico, aun cuando su aplicación pueda ofrecer diferencias entre los distintos países cubiertos por el PPLDC. Por otra parte, creemos que las remisiones específicas a la buena fe que hace el texto deben ser cuidadosamente revisadas, debiendo evaluarse la conveniencia de establecer cláusulas generales frente a la posibilidad de establecer parámetros normativos más específicos. Finalmente, creemos que ciertos puntos específicos de la regulación de la buena fe en el PPLDC exigen cierta atención antes de mantener la redacción propuesta, como la definición ofrecida, la conveniencia de establecer un deber especial de fundamentación para determinar su contenido, la consagración independiente de doctrinas usualmente relacionadas a este principio (los actos propios, el abuso de derecho, etc.), la regulación del alcance y validez de la *merger clause*, la determinación del papel que representa la buena fe en la modificación de los contratos por excesiva desproporción, y de forma más general la fijación de la función a la que está llamada a cumplir en relación con el contrato y la ley.

Un segundo grupo de conclusiones se relaciona, de forma más general, con el alcance que tiene la aplicación de la buena fe dentro del ordenamiento jurídico vigente, las cuales resultan de utilidad no sólo a propósito del PPLDC sino que en el contexto de la normativa vigente. Al respecto, hemos propuesto ciertas directrices básicas en la aplicación de este principio.

²⁶⁰ CORRAL (2007), pp. 172-176; BOETSCH (2011), p. 112.

- En primer lugar, creemos que sobre la base del contenido de la buena fe cabe distinguir una aplicación amplia en aquellos casos en los que exista un vínculo especial entre las partes, y fuera de este ámbito estará llamada fundamentalmente a limitar el ejercicio de un derecho cuando se haga de mala fe.
- En segundo lugar, en relación con el contrato, hemos indicado que la buena fe normalmente cumplirá la función de integrar el contenido del mismo (teniendo el juez una mayor o menor libertad atendiendo a la posición negociadora y nivel de sofisticación de las partes) y que puede aportar ciertos elementos objetivos en su interpretación, mientras que la modificación del contrato de acuerdo con las exigencias de este principio parece limitarse a los preceptos legales que así lo permitan expresamente.
- En tercer lugar, hemos señalado que la creación jurisprudencial cumple un papel integrador en relación con la ley vigente, y que la modificación de la ley conforme a este principio parece reservada a situaciones de crisis institucional a menos que el legislador expresamente lo autorice.

Los primeros tres límites los hemos propuesto de acuerdo con un análisis crítico de la experiencia nacional, teniendo presente ciertas perspectivas del Derecho Comparado, y constituyen directrices generales que deben tenerse en consideración al aplicar la buena fe. La deliberada generalidad de estas directrices busca evitar una limitación a su función creativa, manteniendo un amplio margen de acción para el juez. Por lo demás, si estos límites fueran fijos e inflexibles, nada impediría que fueran vulnerados a pesar de respetarse su enunciación formal: por ejemplo, al realizar una integración del contrato sobre la base de lagunas artificiales que terminen por modificar su contenido, o al estimar de forma forzada que existe un vínculo especial entre las partes que permita establecer deberes positivos de buena fe. En este punto entra en consideración el cuarto límite que hemos propuesto, y que, en definitiva, debe ser el parámetro supremo que el juez debe considerar al aplicar la buena fe, que es su debida fundamentación. Si su aplicación implica una creación judicial del Derecho (tanto al invocar una norma general sobre buena fe como remisiones específicas en la ley), esta creación debe hacerse en los términos más claros posibles, a fin de poder trazar las tendencias jurisprudenciales y dar lugar a una creación normativa respetuosa de la dogmática jurídica, en lugar de una justicia visceral del caso concreto. El juez podrá abrir nuevos ámbitos de aplicación de la buena fe o sobrepasar los límites presentados anteriormente, pero al hacerlo deberá fundamentar de la forma más contundente posible su decisión, recurriendo a elementos tales como: las opiniones doctrinales vigentes, las tendencias jurisprudenciales,

los intereses en juego, los principios constitucionales, la historia de la ley, las expectativas de los actores jurídicos, etc. Esta actividad normativa debe ser controlada por la CS mediante la casación en el fondo, a fin de otorgarle uniformidad a la creación normativa de los jueces y garantizar la igualdad ante la ley.

Como hemos expuesto, el uso que los jueces hagan de la buena fe depende de innumerables circunstancias propias de cada ordenamiento jurídico. Resulta imposible determinar si en el futuro de este principio cumplirá un papel decisivo en la evolución del Derecho en Latinoamérica, o si se mantendrá fundamentalmente como un medio de recepción de doctrinas extranjeras. Sin embargo, el extendido uso de la buena fe en la jurisprudencia de los últimos años parece justificar el lugar preeminente que ocupa en el PPLDC, y la posiciona como uno de los grandes candidatos para canalizar el desarrollo judicial del Derecho. Esperamos que las directrices planteadas para la regulación y aplicación de la buena fe sirvan de estímulo en esta evolución. Si la buena fe en el Derecho actual resulta comparable al Derecho Pretorio romano o al *equity* inglés, buena parte del progreso de la ciencia jurídica dependerá del uso que los jueces hagan de esta cláusula general. Mientras más metódico y claro sea el recurso este concepto, más auspicioso parece ser el futuro de nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003). *Los principios generales del Derecho*. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- ALPA, Guido (2003). “La buona fede integrativa: note sull’andamento parabolico delle clausole generali”, in Luigi GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: Cedam. vol. I.
- ALESSANDRI, Arturo; Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC (2011). *Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BEALE, Hugh (2006). “General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The ‘Good Faith’ Principle”, en Stefan GRUNDMANN y Denis MAZEAUD (eds.), *General clauses and standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- BETTI, Emilio (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Dott. A. Giuffrè. vol. I.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2011). *La buena fe contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2009). “El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística”. *Actualidad Jurídica*. N° 19. Santiago. Enero.

- BONELL, Michael (1987). “Interpretation of Convention”. *Commentary on the International Sales Law-The 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Giuffrè.
- CARDILLI, Riccardo (2003). “La ‘buona fede’ come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e America Latina”, in Luigi GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*. Padova: Cedam. vol. I
- CARVAJAL, Patricio (2009). “Artículo 706 del Código Civil Chileno: crítica como pretendido núcleo textual del principio de la buena fe”, en Carlos PIZARRO (ed.), *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Legal Publishing.
- CARRETA MUÑOZ, Francesco (2008), “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”. *Revista de Derecho*. vol. 21, N° 1. Valdivia. Julio.
- CORRADINI, Domenico (1970). *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*. Milano: Guiffrè Editore.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2007). “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”. *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*. N° 12-13. Bogotá.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004). “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 3. Santiago. Diciembre.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2011). “La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. 37. Valparaíso. 2º semestre.
- ECKL, Christian (2003). “Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general”, en Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER (eds.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FARNSWORTH, Allan (1995). “Duties of good faith and fair dealing under the UNIDROIT Principles, relevant international conventions, and national laws”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. N° 3. New Orleans.
- FUEYO LANERI, Fernando (1990). *Instituciones de Derecho Civil moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GHESTIN, Jacques (2006). “L’analyse économique de la clause générale”, in Stefan GRUNDMANN y Denis MAZEAUD (eds.), *General clauses and standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2004). “Las empresas mineras y la buena fe contractual”. *Estudios Públicos*, N° 95. Santiago.
- GOODE, Roy (1992). *The Concept of ‘Good faith’ in English Law*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe (2008). “La buena fe en el proceso civil chileno”. *Nomos*. N° 2, Viña del Mar.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002). “La buena fe en el Código Civil de Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 29, sección 1. Santiago.

- HARTKAMP, Arthur (1992). "Judicial discretion under the New Civil Code of the Netherlands". *American Journal of Comparative Law*. vol. 40, N° 3. Baltimore.
- HARTKAMP, Arthur (1995). "The concept of good faith in the Unidroit Principles for international commercial contracts". *Tulane Journal of International and Comparative Law*. N° 3. New Orleans.
- HARTKAMP, Arthur und Carla SIEBURGH (2010). *Verbintenissenrecht Deel III-Algemeen overeenkomstenrecht (Asser serie)*. 13^a ed. Deventer: Kluwer.
- HESSELINK, Martijn (1999). *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*. Deventer: Kluwer.
- HESSELINK, Martijn (2006). "Case: ECJ-Frei y burger Kommunalbauten v Hofs-tetter". *European Review of Contract Law*. vol. 2, N° 3. Berlin.
- HESSELINK, Martijn (2011). "The concept of good faith", in Arthur HARKAMP *et al.* (eds.) *Towards a European Civil Code*. Fourth revised and expanded edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law.
- HUERTA MOLINA, José Miguel y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier (2012). "Suspensión interdictal de obras nuevas – Desde la 'operis novi nuntiatio' hasta el Proyecto de Código Procesal Civil". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. 38. Valparaíso. 1^{er} semestre.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2008). "No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración". *Revista de Derecho*. vol. 21, N° 2. Valdivia. Diciembre.
- IRURETA URIARTE, Pedro (2011). "Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno". *Ius et Praxis*. año 17, N° 2. Talca.
- JALUZOT, Béatrice (2001). *La bonne foi dans les contrats-Étude comparative des droits français, allemand et japonais*. Paris: Dalloz.
- JOHOW SANTORO, Christian (2005). "La interpretación del contrato y la buena fe", en *Estudios de Derecho Civil-Código y dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil*. Santiago: LexisNexis.
- KÖTZ, Hein (1998). "Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith", en Peter CANE y Jane STAPLETON (eds.), *The Law of Obligations-Essays in Celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon Press.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (2000). *Principles of European Contract Law-Parts I and II, combined and revised*. The Hague: Kluwer International.
- LANDO, Ole (2007). "Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?". *European Review of Private Law*. vol. 15, N° 6. Dordrecht/London/Deurne.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1998). *Los Contratos-Parte General*. 2^a ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LUIG, Klaus (2003). "Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della Corte dell'Impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900", in Luigi GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporánea*. Padova: Cedam. vol. II.

- MACKAAY, Ejan (2012). “Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 18. Santiago. Julio.
- McKENDRICK, Ewan (2007). “The meaning of ‘Good Faith’”, in Basil MARESKINIS et al. (eds.), *Liber amicorum Guido Alpa*. London: British Institute of international and comparative law.
- MEKKI, Mustapha & Martine KLOEPFER-PELÈSE (2008): “Good faith and fair dealing in the DCFR”. *European Review of Contract Law*. vol. 4, N° 3. Berlin.
- MENGONI, Luigi (1987). “Spunti per una teoria delle clausole generali”, in *Il Principio di Buona Fede*. Milano: Giuffrè Editore.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1997). “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. N° 1, Madrid.
- MOMBERG, Rodrigo (2013). “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”. *Revista de Derecho*. vol. 26, N° 1. Valdivia. Julio.
- PADILLA PAROT, Ricardo (2013). “Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 20. Santiago. Julio.
- PEÑAILILLO, Daniel (1993). “La apreciación de la buena fe”. *Revista de Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción)*. vol. 2, N° 1. Concepción.
- PÉRILLEUX, Jacques (1992). “Rapport belge”, in *La Bonne Foi (Journées louisianaises)*. Paris: Litec.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013). “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno”. *Ius et Praxis*. año 19, N° 1. Talca.
- PITLO, Adriaan (1972). *Evolutie in het privaatrecht*. Groningen: Tjeenk Willink.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2005). “Las cláusulas abusivas, una crítica al control represivo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. vol. 26. Valparaíso. 2º semestre.
- RANIERI, Filippo (1998). “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law”. *Revue internationale de droit comparé*. vol. 50, N° 4. Paris. Octobre-décembre.
- RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio (2003). “Interpretación constitucional y principio de la buena fe”. *Estudios Constitucionales*. año 1, N° 1. Santiago.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003). “El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 30, sección 1. Santiago.
- ROTH, Herbert (2007). “§ 242”, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Schuldrecht Allgemeiner Teil Band 2*. 5ª ed. München: Verlag C.H. Beck.
- RÜTHERS, Bernd (2005). *Die unbegrenzte Auslegung-Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Sechste Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos (2010). *La buena fe en el contrato de seguro de vida*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- SAAVEDRA, Francisco Javier (1996). "El principio general de la buena fe", en Enrique PÉREZ LEVETZOW (ed.), *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.
- SCHELHAAS, Harriet (2007). "Rechtsvergelijking in de praktijk: de entire agreement clause in het Europese contractenrecht", in *Vergelijkender Wijs-Opstellen aangeboden aan prof. Mr. Ewoud H. Hondius*. Deventer: Kluwer.
- SCHERMAIER, Martin Josef (2000). "Bona fides in Roman contractual law", in Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER (coords.), *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHLECHTRIEM, Peter (2006). "The functions of general clauses, exemplified by regarding Germanic Laws and Dutch Law", in Stefan GRUNDMANN & Denis MAZEAUD (eds.), *General clauses and standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- SCHMIDT, Jürgen (1995). "§ 242", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schulverhältnisse*. Dreizehnte Bearbeitung. Berlin: Sellier-de Gruyter.
- SEGURA RIVEIRO, Francisco (2010). "La buena fe, un aspecto de tensión entre los sistemas jurídicos", en *Estudios de Derecho Civil V*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- SEPÚLVEDA LORROUCAU, Marco Antonio (2007). "Los grandes principios que inspiran al Código Civil chileno", en Marco Antonio SEPÚLVEDA LORROUCAU y Juan Andrés ORREGO ACUÑA, *Estudios de Derecho Civil*. Santiago: Gráfica Kolbe.
- SQUELLA NARDOCCI, Agustín (2011). *Introducción al derecho*. 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- STORME, Matthias (2003). "Good faith and contents of contracts in European private law", in Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER (eds.), *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SUMMERS, Robert (2000). "The conceptualization of good faith in American contract law: a general account", in Reinhard ZIMMERMANN & Simon WHITTAKER (coords.), *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TALLON, Denis (1994). *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero.
- TEUBNER, Gunther (1993). *Law as an Autopoietic System*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers.
- TEUBNER, Gunther (1998). "Legal irritants: good faith in British Law or How unifying law ends up in new divergences". *Modern Law Review*. N° 61. London.
- TROIANO, Stefano (2009). "To what extent can the notion of 'reasonableness' help to harmonize European contract law? Problems and prospects from a Civil law perspective". *European Review of Private Law*. vol. 17, N° 5. Dordrecht/London/Deurne.
- VALK, W.L. (2002). "Tien jaar redelijkheid en billijkheid". *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*. N° 2462. 's-Gravenhage.

- VERAART, Wouter (2005). *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw*. Deventer: Kluwer.
- VON BAR, Christian y Eric CLIVE (2010). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. Full edition. Oxford: Oxford University Press.
- VON OVERBECK, Alfred (1976-1977). “Some observations on the role of the judge under the Swiss Civil Code”. *Louisiana Law Review*. N° 37(3). Baton Rouge.
- WERNER, Carolina y Nicole NEHME (2005). “El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes desiguales”, en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA (eds.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*. Santiago: LexisNexis.
- WHITTAKER, Simon (2004). “Assessing the fairness of contract terms: the parties’ ‘essential bargain’, its regulatory context and the significance of the requirement of good faith”. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. vol. 12, N° 1.
- WIEACKER, Franz (1956). *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr.
- WINKEL, Laurens (2008). “Some historical remarks on the use of open norms in Dutch private law: good faith in contract, social decency in tort”, in Waclaw URUSZCZAK et al. (eds.), *Leges sapere, Studia i prace dedykowane prof.J. Sondlowi (Studies for Janusz Sondel)*. Cracovia: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- ZIMMERMANN, Reinhard & Simon WHITTAKER et al. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZWEIGERT, Konrad & Hein KÖTZ (1998). *Introduction to Comparative Law*. Third revised edition. Trad. Tony Wier. Oxford: Oxford University Press.

*Normas citadas**Código Civil**Código de Procedimiento Civil**Código del Trabajo*

Ley N° 19.496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
Diario Oficial, 7 de marzo de 1997.

Ley N° 20.169, Competencia Desleal. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2007.