



The Struggle for the Soul of the Contract: From Contractual Literalism, through the Law of Remedies, to the Confrontation between Contractual Equity and the Economic Analysis of Law

La lucha por el alma del contrato: Del literalismo contractual, pasando por el derecho de los remedios, y la confrontación entre la equidad contractual y el análisis económico del derecho

RODRIGO BARCIA LEHMANN*

JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO**

Resumen

La Escuela de la Exégesis, cuyo postulado era la defensa del literalismo jurídico, significó que en materia de obligaciones el cumplimiento forzoso o cumplimiento específico de las obligaciones constituía un sistema central de los remedios contractuales. Además, el literalismo contractual impide que el juez revise el contrato, a menos que se afecten los requisitos de existencia y de validez. Las tesis objetivas del contrato modificarían esta máxima, permitiendo al juez intervenir el contrato y alterar la forma en que opera el cumplimiento específico. La manifestación más relevante del paradigma objetivo -que permite una intervención limitada del contrato por parte del juez- es el derecho europeo de los remedios. Las tesis objetivas han sido desarrolladas fundamentalmente por medio del principio de la buena fe, y el presente trabajo destaca las tesis que se basan en la equidad contractual, para contrastarla con el análisis económico del contrato.

Palabras clave: *literalismo contractual; derecho de remedios; equidad contractual; análisis económico del derecho.*

Resumen

The Exegetical School of Law, which postulated the defense of legal literalism, meant that in matters of obligations, forced fulfilment or specific performance of obligations was central to the system of

* Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile (rodrigo.barcia@uautonoma.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1021-446X>. Artículo recibido el 8 de marzo de 2022, y aceptado para su publicación el 14 de junio de 2022. Traducción de Ernesto Riffo Elgueta.

** Universidad San Sebastián, Santiago, Chile (jose.rivera@uss.cl). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0422-8494>.

Cómo citar este artículo:

BARCIA LEHAMANN, Rodrigo & RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2022). "The Struggle for the Soul of the Contract: From Contractual Literalism, through the Law of Remedies, to the Confrontation between Contractual Equity and the Economic Analysis of Law", *Latin American Legal Studies*, Vol. 10 N° 2, pp. 280-339.

contractual remedies. Furthermore, contractual literalism prevents the judge from revising the contract, unless the requisites of existence and validity are affected. The objective theory of contracts would change this maxim, allowing the judge to intervene the contract and alter how its specific performance operates. The most significant expression of the objective paradigm –which allows for limited intervention of the contract by the judge– is the European law of remedies. The objective theory has been developed fundamentally through the principle of good faith. The present work highlights the theories that are based on contractual equity in order to contrast it with the economic analysis of contracts.

Key words: *Contractual Literalism; Law of remedies; Contractual Equity; Law & Economics.*

INTRODUCCIÓN

El auge de las ideas de la Ilustración más la codificación y el constitucionalismo moderno llevaron al surgimiento de la *École de l'exégese*,¹ cuyo principal bastión fue la defensa del literalismo contractual.² La idea de cumplimiento específico como consecuencia de la autonomía de la voluntad, aunque tiene antecedentes en el derecho romano, es consecuencia de la Ilustración. Sin embargo, como se verá, significó que el principio *pacta sunt servanda* se tradujera en literalismo contractual. El literalismo contractual hará que el cumplimiento específico prevalezca sobre otros remedios como la resolución o la indemnización compensatorios. Este punto de vista ha cambiado, especialmente desde los pandectistas, después de la promulgación del *Code*, pero todavía tiene cierta validez. Este vínculo entre el derecho de la Ilustración y el derecho industrial y postindustrial se refleja en las siguientes palabras de Cardenal Fernández, quien entiende que:

[...] el cumplimiento también conlleva la idea de satisfacción del crédito, la idea de realización de los intereses del acreedor: el cumplimiento, por lo tanto, no es sólo la ejecución de la contraprestación (pago), *in solutio o liberatio*; también es *satisfactio*.³

¹ Véase CARMONA TINOCO (1996); MOISSET DE ESPANÉS (1992), pp. 78-85; PERELMAN (1988), pp. 37 y ss.; RUZ LÁRTIGA (2011), pp. 121 y ss.

² MARTÍNEZ MUÑOZ (2005), pp. 24 y ss.

³ CARDENAL FERNÁNDEZ (1979), p. 61.

El entendimiento del contrato está íntimamente ligado a su época. Naturalmente, las ideas de la Ilustración no sirven para explicar y fundamentar el contrato hoy. La presente investigación presenta cómo el derecho contractual posmoderno ha abandonado la noción del contrato de la codificación, planteada como literalidad contractual, para aplicarla de manera más sofisticada. Al respecto existen diferentes tendencias, pero creemos que la forma de entender el contrato en la actualidad es recurriendo al principio de buena fe. Así, para explicar esta evolución hemos dividido este artículo en tres partes. La primera se llama: “Auge y caída del literalismo o el así llamado *pacta sunt servanda*”; la segunda como: “Una visión posmoderna del contrato: La tensión entre la buena fe y el principio de autonomía de la voluntad”, y la tercera parte: “Algunas notas sobre el AED y la buena fe como principios que integran y corrigen los contratos”. Esta sección enlaza dos tesis que son relevantes para la teoría del contrato, como son la tesis estatutaria y la del Análisis Económico del Derecho (AED). Esta particular visión de la buena fe nos permite avanzar en una teoría del contrato que tiene coherencia interna y hace posible resolver conflictos prácticos en materia contractual, aunque también busca construir un marco teórico que permita rearticular la teoría del contrato.

I. AUGE Y CAÍDA DEL LITERALISMO O EL ASÍ LLAMADO *PACTA SUNT SERVANDA*

1.1 El literalismo contractual y el principio “*pacta sunt servanda*” como conceptos de la Ilustración

En los países del derecho continental, el contrato, consecuencia de la Revolución Francesa, no se construye sobre la idea de expectativas de las partes (la cual es posterior), sino sobre el principio de *pacta sunt servanda*.⁴ Esto explica la importancia del cumplimiento específico.⁵ Por otro lado, desde finales del siglo pasado del derecho cambiará su eje de análisis, enfocado en las expectativas de las partes. Esta visión objetiva del contrato tiene sus orígenes en los pandectistas

⁴ Véase RIVERA RESTREPO (2017a), pp. 40-53; RIVERA RESTREPO (2017b), pp. 303-333; RIVERA RESTREPO (2017c), pp. 188-217; RIVERA RESTREPO (2017d), pp. 120-139; RIVERA RESTREPO (2017e), pp. 83-98; RIVERA RESTREPO (2016a), pp. 187-203; RIVERA RESTREPO (2016b), pp. 203-244; RIVERA RESTREPO (2016c), pp. 266-288; RIVERA RESTREPO (2016d), pp. 223-233; RIVERA RESTREPO (2016e), pp. 3-10; RIVERA RESTREPO (2016f), pp. 1-15; RIVERA RESTREPO (2016g), pp. 267-291; RIVERA RESTREPO (2015a), pp. 69-104; RIVERA RESTREPO (2015b), pp. 9-17; RIVERA RESTREPO & BARCIA LEHMAN (2019a), pp. 19-68; RIVERA RESTREPO & BARCIA LEHMAN (2019b), pp. 165-181.

⁵ Hemos preferido este concepto, aunque la doctrina utiliza un término diferente según el ordenamiento jurídico, como el de *specific performance*. Véase: BAHAMONDES OYARZÚN & PIZARRO WILSON (2018), pp. 29-51; SHAVELL (2006), pp. 831-876.

posteriores al Código, pero se desarrollaría a través del comercio internacional. Quizás su hito más relevante en este sentido fue la CISG. Así, desde esta perspectiva, afronta el incumplimiento a través del derecho de remedios, o, desde un prisma económico, una función de mercado. Ambos conceptos dan una concepción más restrictiva del cumplimiento forzoso (o cumplimiento específico). Antes de la Ilustración, el cumplimiento específico del contrato o sus efectos no se identificaban con las expectativas de las partes. La concepción literalista del contrato es contraria al trasfondo romano del efecto de las obligaciones. En el derecho romano el incumplimiento del contrato daba lugar a una indemnización de perjuicios;⁶ pero, además, los países del *common law* no comparten la posición de la Ilustración sobre el cumplimiento específico, al que nunca se le dio un estatus preferencial en los países del *common law*.⁷ Los países anglosajones no adoptaron la tesis de la Ilustración, que prácticamente consideraba el cumplimiento específico como sinónimo de los efectos de las obligaciones.⁸ Esta tradición del derecho continental rompe con el derecho romano posclásico, el cual en caso de incumplimiento del contrato esencialmente otorgaba al acreedor una indemnización de perjuicios.⁹

I.2 Literalismo contractual o “pacta sunt servanda” en el derecho chileno

En Chile (como en la mayoría de los países de derecho continental) el cumplimiento específico era el derecho primario del acreedor, y la resolución del contrato con indemnización de perjuicios fue un derecho secundario durante un período significativo. Además, la indemnización era complementaria a la resolución del contrato bajo el derecho chileno, al menos en lo que respecta a las obligaciones de dar.¹⁰ Las tesis literalistas, en lo que respecta al cumplimiento específico,

⁶ ZIMMERMANN (2000), pp. 126-127.

⁷ Aunque en honor a la verdad, Sánchez Lorenzo explica que “...según esta versión literalista, típica de la cultura racionalista, el acuerdo que refleja la intención de las partes en la formación excluye su aplicación al comportamiento posterior de las partes...”. SÁNCHEZ LORENZO (2011), p. 152.

⁸ García Caracuel, siguiendo a De Castro, indica que “Si se observa la base del negocio a partir de una comparación realista de los sistemas, se puede ver que el derecho inglés y el alemán están desvinculados del *Common Law*, uno con sus formalidades y literalidad, un cómodo escenario para el comercio; la otra, por la gran ilusión de pureza dogmática según la ciencia romana...”. GARCÍA CARACUEL (2014), p. 273.

⁹ CLEMENTE MEORO (2009), pp. 47 y ss.

¹⁰ LARRAÍN RÍOS (1994), pp. 83-84; MEZA BARROS (1990), pp. 255-256; RAMOS PAZOS (2004), p. 239 y FUEYO LANERI (1992), p. 339.

provinieron de la teoría general del contrato y de los efectos de las obligaciones.¹¹ La teoría de los contratos recurre a una interpretación mosaica del artículo 1545 del Código Civil chileno (en adelante CCCh) que, a su vez, es una referencia al artículo 1134 del *Code*,¹² y en cuanto a las obligaciones recurre a la distinción de derechos del acreedor en relación con los artículos 1553, 1555 y 1489 del CCCh. Esta posición ocupó un lugar prominente hace algunos años. Sin embargo, el CCCh nunca reguló esta situación directamente, ya que solo reguló los efectos de las obligaciones de hacer y no hacer (artículos 1553 y 1555 CCCh, respectivamente). Así, Meza Barros señaló que:

[...] en las obligaciones de dar no tiene el acreedor derecho para pedir, indistintamente, el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios. Sólo puede pedir la indemnización cuando no sea posible demandar el cumplimiento.¹³

Naturalmente, una elaboración completa de la tesis literalista fue presentada por Claro Solar, quien señaló que el artículo 1545 del CCCh se inspiraba en dos cosas. Esta norma tiene su antecedente inmediato en el artículo 1134 del *Code*, que asimiló el contrato a la ley para impedir la aplicación por parte del juez de reglas de equidad al contrato; y su antecedente mediato en el Digesto, el que asimiló el contrato a la ley para dejar claro que los pactos nudos vinculan a las partes, dejando atrás la posición del derecho romano clásico.¹⁴

Sin embargo, esta tendencia cambió hace doce años y ahora el literalismo contractual ha sido abandonado por la mayoría en la doctrina chilena. Esta es la opinión compartida por Peñailillo Arévalo,¹⁵ Pizarro Wilson,¹⁶ Barcia Lehmann,¹⁷

¹¹ Véase: Sentencia de la Corte Suprema de 29 de marzo de 2021; Sentencia de la Corte Suprema de 21 de julio de 2020; Sentencia de la Corte Suprema de 6 de diciembre de 2019; Sentencia de la Corte Suprema de 27 de septiembre de 2016; Sentencia de la Corte Suprema de 25 de abril de 2019; Sentencia de la Corte Suprema de 13 de marzo de 2019.

¹² CONTARDO GONZÁLEZ (2011), pp. 85-118.

¹³ MEZA BARROS (1990), p. 255. En la nota citada por Meza Barros hay una referencia a la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, v. XXX, sec. 1^a, 465.

¹⁴ CLARO SOLAR (1977), N° 1030, pp. 469-471.

¹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO (2003), p. 429.

¹⁶ PIZARRO WILSON & AGUAD DEIK (2009), pp. 239-245.

¹⁷ BARCIA LEHMANN (2008), pp. 87-88.

de la Maza Gazmuri,¹⁸ López Díaz¹⁹ y Oviedo-Albán,²⁰ que han seguido únicamente el Derecho Comparado.

Los argumentos del literalismo a favor del cumplimiento del contrato como derecho primario en la legislación chilena son los siguientes:

a) El hecho de que el acreedor pueda elegir entre el cumplimiento específico y la resolución significa que el objeto del contrato sería una obligación alternativa porque el acreedor tendría derecho no sólo a la ejecución sino también a la resolución del contrato. Además, dado que las obligaciones alternativas son excepción, se requiere una regla expresa, y en relación con las obligaciones de dar el legislador no previó tal posibilidad.

b) El acreedor puede optar por la resolución en lugar del cumplimiento específico en caso de incumplimiento de una obligación de hacer conforme el artículo 1553 del CCCh. Esto implica una autorización expresa por parte del ordenamiento jurídico, que no se aplica a las obligaciones de dar y de no hacer.

c) Como en el caso anterior, por regla general en las obligaciones, el acreedor sólo excepcionalmente podrá elegir entre el cumplimiento específico y la cláusula penal, según el artículo 1537 del CCCh. Así, como el derecho de opción está expresamente establecido en relación con la cláusula penal, no procede aplicarlo como regla general, ya que ello habría requerido una regulación expresa.²¹

d) Por último, dado que de acuerdo con el artículo 1672.1° del CCCh el hecho de que el acreedor deba exigir “el precio” si la cosa debida se destruye por culpa del deudor, ello probaría que el cumplimiento específico es lo que siempre debe solicitarse. Además, alguna doctrina chilena se mantiene fiel a la tesis del literalismo. Abeliuk Manasevich fue uno de los autores que argumenta categóricamente a favor de la doctrina clásica afirmando que:²²

Desde otro punto de vista la obligación de indemnizar es subsidiaria y eventual en relación a la convenida y que no se cumple; lo primero justamente porque aparece sólo con el incumplimiento, y porque, según

¹⁸ DE LA MAZA GAZMURI (2009), pp. 455-469.

¹⁹ LÓPEZ DÍAZ (2010), pp. 67-68, 85-109 y LÓPEZ DÍAZ (2014), pp. 158-198.

²⁰ El autor se refiere a la autonomía de la reparación del daño en relación con la acción redhibitoria en Chile y Colombia. OVIEDO-ALBÁN (2014), pp. 239-276.

²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ & SOMARRIVA UNDURRAGA (1941), pp. 179-180.

²² MEZA BARROS (1990), p. 256.

veremos, por regla general sólo puede recurrir a ella el deudor, si el cumplimiento no es ya posible, y es eventual, pues, para que nazca, es indispensable que ocurra un hecho jurídico: el mencionado incumplimiento, que está suspendiendo el nacimiento de la obligación, pero es esencial para que tenga lugar.²³

En el derecho comparado, importantes autores se inclinan por el literalismo. En este sentido, es posible referirse a Albaladejo y Atiyah. En el caso del primero:

A falta de cumplimiento espontáneo por parte del deudor, el acreedor no es libre de exigir ni el cumplimiento (lo que hacerse posteriormente como ejecución procesal voluntaria u obligatoria o a expensas del deudor) ni la indemnización por incumplimiento, sino lo primero y, en su defecto, lo segundo. La exigencia directa de cumplimiento sólo puede ocurrir cuando la otra no es posible (incluso cuando ya no es útil para el acreedor).²⁴

Para Atiyah el acreedor debería preferir el cumplimiento forzado porque representa el cumplimiento de la palabra prometida.²⁵

I.3 Revisión de la tesis del literalismo contractual

Aunque aquí el punto no es mencionar los contraargumentos a estas posturas, algunos de ellos serán elaborados. Larroumet señala que, bajo al derecho francés, el argumento de las obligaciones alternativas no tiene sentido porque:

[...] La noción de cumplimiento por equivalencia no incluye, en el momento de la celebración del contrato, la posibilidad para el acreedor de escoger entre el cumplimiento forzoso de la obligación misma prevista en el contrato y el cumplimiento por equivalencia. Este último sólo procede en el caso de incumplimiento, lo que no depende de la voluntad del acreedor, sino del comportamiento del deudor, pues éste no ha cumplido normalmente la obligación misma. No se puede tratar de una obligación alternativa a elección del deudor [...] ya que el acreedor no ha consentido

²³ ABELIUK MANASEVICH (1983), p. 519.

²⁴ ALBALADEJO (1997), p. 196.

²⁵ ATIYAH (1986). Este período, que nos permitimos denominar la interpretación literalista del contrato, fue fuertemente influido por la Ilustración y apoyado por autores pre-codificación, como Pothier, Domat, Planiol, y se desarrolla a través de una dogmática pos-codificación, previa a los setenta, como Charles Aubry y Charles Rau, Baudry-Lacantinerie, Marcel Planiol, René Demogue, Capitan. Véase: JOSSERAND (2017), pp. 364 y ss.

ninguna elección a favor del deudor entre las dos maneras de cumplir.²⁶

Del mismo modo, Barros Bourie sostiene que la indemnización de perjuicios solo debe cumplir un requisito adicional en comparación con el cumplimiento específico, a saber, el incumplimiento.²⁷ El argumento más fuerte a favor del derecho a elegir y en contra del literalismo se basa en la regulación de la condición resolutoria tácita. De acuerdo con las nuevas interpretaciones del artículo 1489 del CCCh, esta situación cambió a favor del *ius electionis*. La mayoría de los autores señalaban que esta cláusula sólo era aplicable a las obligaciones de dar, lo que hacía aún más fuerte el argumento en contra del cumplimiento específico como derecho del acreedor. Meza Barros fue uno de los primeros autores en contra del orden de prioridad entre cumplimiento específico y resolución al decir que:²⁸ “Todavía el art. 1489 faculta al acreedor para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios y pone en claro que no le es posible demandar directamente el resarcimiento del daño”.²⁹

La discusión en torno a dicha regla ha llegado a los derechos que el ordenamiento jurídico civil otorga alternativamente al acreedor en cada contrato en particular. Así, López Santa María amplía la discusión sobre los derechos alternativos del acreedor en los contratos de compraventa, de arrendamiento y otros.³⁰ No obstante, en el Análisis Económico del Derecho (AED) la discusión continúa indicando que la solución depende de los costos de transacción que resultan de la indemnización. A este respecto, la conservación del contrato y el cumplimiento por equivalencia, como una especie de cumplimiento *in natura*, se considera una alternativa al cumplimiento específico.

El AED también mantiene esta posición, pero con algunos matices. Así, Steven Shavell añade que:

[...] la conclusión a la que llego es que las partes tenderían a preferir la indemnización como reparación por los incumplimientos contractuales

²⁶ LARROUMET (2004), pp. 17-32.

²⁷ Barros Bourie señala que la pretensión indemnizatoria está sujeta a condiciones adicionales de procedencia, pues generalmente supone que el incumplimiento sea un acto ilícito. En esto coinciden la responsabilidad patrimonial que resulta del incumplimiento contractual y la responsabilidad extracontractual, pues en ambos casos la acción tiene generalmente por antecedente la ilicitud del hecho del responsable. BARROS BOURIE (2007), p. 724.

²⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO (2003), p. 429.

²⁹ MEZA BARROS (1990), p. 256.

³⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA (2012), pp. 26-30.

antes que realizar una prestación [*produce things*], mientras que a menudo preferirían el cumplimiento específico como reparación por los incumplimientos contractuales antes que transferir algún bien [*convey property*].³¹

Shavell estima que la regla general para el incumplimiento del contrato son los daños y perjuicios; sin embargo, se inclina hacia el cumplimiento específico en el caso de las obligaciones de dar una cosa no fungible.³²

I.4 El abandono del literalismo contractual o “*pacta sunt servanda*”

El derecho chileno y comparado se están alejando gradualmente del literalismo contractual. Sin duda, el abandono del literalismo contractual ha sido fuertemente alentado por lo que se conoce como el derecho de remedios. De acuerdo con el derecho de remedios, ante el incumplimiento, el acreedor tiene una serie de remedios disponibles que tienden a satisfacer su expectativa defraudada. Además, podría optar, con ciertas limitaciones, por el cumplimiento específico, la resolución o la indemnización de perjuicios.³³ La sustitución sería también un derecho del acreedor (derecho del consumidor). Aparece a través del derecho de remedios, como se ve en los artículos 75 a 76 del GISC y 9:102(2)a y b PECL, como un remedio que puede ser la regla general. En este sentido, la doctrina comparada coincide en que este remedio es equivalente al cumplimiento *in natura* y no puede confundirse con la indemnización de perjuicios. Este remedio es independiente y, en consecuencia, el contrato sigue siendo válido. Además, esta opción de cumplimiento específico podría ser seguida de indemnización.³⁴ Bajo el derecho estadounidense, este concepto se aplica por medio de la noción de “interés por la expectativa” o “indemnización por la expectativa” como criterio para determinar el *quantum* del perjuicio.³⁵ En este sentido, si, por ejemplo, el vendedor no cumple un contrato de compraventa de materiales, y el comprador tiene que realizar una operación de reemplazo, la diferencia de precio entre lo cobrado por el primer vendedor -que no cumplió- y el segundo vendedor, formará parte de la indemnización contra el primer vendedor. Los problemas de restitución de precios, bajo el derecho estadounidense, se resuelven por medio de indemnización de

³¹ SHAVELL (2006), p. 832.

³² SHAVELL (2006), p. 831.

³³ VIAL DEL RÍO (2015), pp. 57-64.

³⁴ MORALES MORENO (2014), pp. 97-106.

³⁵ FISCHER (2006), pp. 27-28.

perjuicios. Para el literalismo contractual, este problema se resuelve a través de una transacción. Así, la resolución da lugar a una posible restitución del precio, en la medida en que el comprador haya pagado al primer vendedor, dando lugar también a la indemnización de perjuicios (que se calificará como compensatoria y por mora). La utilidad de los daños y perjuicios, como un derecho independiente, sería que hace innecesario que el comprador, en el ejemplo, demostrara de antemano la compra y la operación de reemplazo. Bastaría con que el comprador demandara al primer vendedor por daños y perjuicios a fin de apoderarse finalmente de los bienes de este último, lo que le permitiría -a precio de mercado- adquirir los bienes que el vendedor no entregó. Naturalmente, a diferencia de la tesis literalista, para el derecho de remedios el contrato no se disuelve necesariamente, y el vendedor puede a su vez exigir el cumplimiento de la obligación del comprador. La resolución aparece como un remedio independiente. No obstante lo anterior, los PECL presenta la indemnización de perjuicios como un remedio preferente en relación con el cumplimiento específico dadas las limitaciones al cumplimiento específico de obligaciones no pecuniarias en el Artículo 9:102 (2) y la regulación de la indemnización de perjuicios en el artículo 9:103, ambos de los PECL.

I.5 Algunas consecuencias del literalismo contractual o “*pacta sunt servanda*”

La concepción moderna o ilustrada del *pacta sunt servanda*, típica del Derecho Continental, explica la cláusula penal como una forma de asegurar la promesa hecha, al permitir que la condena exceda la pérdida efectiva.³⁶ Esta tesis amenaza la lógica interna del derecho continental porque de acuerdo con ella, la indemnización no puede exceder la pérdida efectiva (principio de reparación íntegra). Y esta contradicción se justifica precisamente por la importancia del *pacta sunt servanda*. El cumplimiento *in natura* es el objeto del contrato, y por lo tanto la cláusula penal puede crear incentivos para que el deudor cumpla, siendo la cláusula penal sustancialmente más significativa que la indemnización.³⁷ Por lo tanto, la postura en contra de que la cláusula penal exceda los perjuicios es, en los países del *common law*, coherente con el rechazo del cumplimiento específico como derecho

³⁶ PRADO PUGA (2019), pp. 57-64. Véase: SEVERIN FUSTER (2016), pp. 7-37.

³⁷ Actualmente este principio necesita ser revisado, ya que excluye una herramienta indispensable en la responsabilidad civil, como son las penas privadas. En contra: DOMÍNGUEZ HIDALGO (2009), pp. 671-685; DOMÍNGUEZ HIDALGO (2012), pp. 561-572; y RUZ LÁRTIGA (2009), pp. 661-677.

primario del acreedor.³⁸ Esto se debe a que la cláusula penal incentiva el cumplimiento contractual, especialmente cuando la pena excede al perjuicio. Así, el sistema literalista o ilustrado, históricamente adoptado por los países de derecho continental, privilegia e incentiva el cumplimiento de la palabra prometida a costa de la función reparatoria de la indemnización.

En Chile los efectos del cumplimiento en relación con terceros son excepcionales en términos de los efectos traslativos de dominio que la tradición puede tener como modo de adquirir (en la medida en que el vendedor entregue la cosa al comprador, sin que este, a su vez, pague el precio), y en relación con la improcedencia de la cárcel por deudas.³⁹ Si el comprador enajena la cosa a un tercero, el acreedor/vendedor solo puede alcanzar al tercero a través de una acción para revocar la venta (*actio pauliana*), mientras que la resolución del contrato por incumplimiento del pago afecta a terceros (al menos en lo que respecta a los bienes inmuebles de acuerdo al artículo 1491 del CCCh). La acción de resolución protege mejor al acreedor/vendedor porque incluye una garantía implícita sobre los bienes inmuebles transferidos respecto de los cuales el comprador no ha pagado el precio. En muchos casos, la de resolución o indemnización es la única acción del acreedor en caso de que sea imposible cumplir con la obligación. Por lo tanto, el efecto respecto de terceros, de acuerdo con el derecho chileno, es distinto en función del remedio utilizado. En caso de cumplimiento específico, una vez que el deudor transfiere a un tercero, solo una acción para revocar la venta (*actio pauliana*) puede alcanzar a dicho tercero (art. 2468 CCCh). En cuanto a la resolución, el acreedor puede recurrir a la acción reivindicatoria contra terceros (art. 1490 y 1491 CCCh). En cierto modo, la acción revocatoria es más eficiente que la acción de cumplimiento,⁴⁰ lo que nos lleva a la conclusión de la desnaturalización definitiva

³⁸ ZIMMERMANN (2000), pp. 43-44.

³⁹ No es necesario profundizar en este problema, dado que el vendedor puede optar por un incumplimiento eficiente del contrato manipulando la aplicación del artículo 1819 del CCCh, es decir, el vendedor puede hacer prevalecer los derechos de un segundo comprador por sobre los derechos del primer comprador, pero en definitiva lo que determinará el incumplimiento eficiente del contrato será la valoración del “quantum” indemnizatorio que realicen los tribunales. La regla anterior, el art. 1819, establece: “Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición. Por consiguiente, si el vendedor la vendiere a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador”.

⁴⁰ Es posible detectar un costo de transacción evidente del ordenamiento jurídico chileno ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el dominio se transfiere a través del contrato -al menos respecto de bienes que están vinculados a sistemas registrales- por lo que en la práctica el acreedor

de la teoría literalista del contrato. En resumen, el cumplimiento específico ha decaído como consecuencia de la prohibición de la cárcel por deudas. En la actualidad, la preferencia por un remedio respecto de otro proviene de la eficacia de la acción contra terceros. Sin embargo, el declive del literalismo contractual no se debe sólo a la disminución del cumplimiento específico, sino fundamentalmente a que el derecho ahora se articula por medio de principios, y entre ellos, el principio de buena fe es el más fuertemente afectado.

Por las razones expuestas anteriormente, el literalismo contractual ha sido dejado de lado por la doctrina. Lo que nos plantea el reto de caracterizar el contrato desde una nueva perspectiva. Esta nueva perspectiva podría resumirse como el alejamiento del principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada.

En esta parte hemos explicado algunos de los principales problemas a los que se enfrenta el principio de literalismo contractual. Pero también hemos expuesto sus principales inconsistencias. Estos defectos del literalismo contractual explican su desplazamiento por parte del principio de la buena fe.

II. UNA VISIÓN POSMODERNA DEL CONTRATO: LA TENSIÓN ENTRE LA BUENA FE Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La doctrina reconoce la tensión entre autonomía de la voluntad⁴¹ y buena fe.⁴² El objetivo principal de la buena fe es modelar la autonomía privada,⁴³ actuando como una garantía para que el negocio se adecúe y sea equitativo para las partes.⁴⁴ A este respecto, la doctrina ha indicado que la integración del contrato no

no tendrá el problema de enfrentar un incumplimiento de la transferencia del dominio sobre un bien.

⁴¹ La jurisprudencia también se ha referido a la interacción entre los artículos 1091 y 125 del CC español. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1996. Véase: FERNÁNDEZ XIOL RÍOS (2010), pp. 90-91.

⁴² En este sentido, Almagro Nosete señala que: “La buena fe es un concepto difícil de explicar y sin embargo fácil de entender, quizás porque siempre debe ser considerada en relación con conductas concretas y con respecto a casos específicos”. ALMAGRO NOSETE (2000), p. 518.

⁴³ En cuanto a la importancia de la buena fe en materia contractual, Betti expresa lo siguiente: “La buena fe es [...] criterio de evaluación que no es forjado por la ley, sino que la ley lo asume y recibe de la conciencia social [...]”. BETTI (1969), p. 70.

⁴⁴ Di Majo señala que: “*Ma è evidente che, così interpretato, il principio di buona fede è destinato a restare lettera morta. È invece da riconoscere, come del resto ha fatto la giurisprudenza successiva, che il principio di buona fede e correttezza è destinato ad esercitare una funzione integrativa (del contenuto) del contratto al di là di quanto le parti convenuto e/o anche come limite a comportamenti deginiti appunto «scorretti» o «inesigibili» [...]*”. DI MAJO (1997), p. 590.

se produce porque las partes dejen resquicios o haya un supuesto consentimiento, sino porque existen elementos más allá de sus voluntades, como la buena fe.⁴⁵ El literalismo contractual no respalda integrar el contrato dado que al juez solo se preocupa descifrar la voluntad de las partes.

La doctrina moderna (Alpa y Ghestin, entre otros)⁴⁶ da cada vez más relevancia a la buena fe,⁴⁷ y no sólo le da el objetivo de integrar⁴⁸ e interpretar el derecho,⁴⁹ sino también de limitar y moderarlo⁵⁰ del “exceso” generado por la autonomía privada.⁵¹ De acuerdo con dicho principio, el contrato no es la mera consecución de objetivos económicos,⁵² sino que se basa en una serie de valores y fines⁵³ que exigen más consistencia en el contrato.⁵⁴ Así, la libertad está al servicio de valores y objetivos⁵⁵ como la equidad natural, la solidaridad, la fraternidad, la igualdad, etc.⁵⁶ La doctrina ha dicho que el orden público limita la autonomía de la voluntad cuando las cláusulas contractuales van en contra del principio de buena fe.⁵⁷ Bajo algunos ordenamientos jurídicos, como el español, la jurisprudencia ha sugerido la necesidad de actuar con cautela al respecto. Una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991 determinó que: “[...] la posibilidad de ampliar

⁴⁵ Véase Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1993), p. 437.

⁴⁶ También la doctrina no reciente, v. gr., en Alemania, ENNECCERUS (1954), pp. 18 y ss.

⁴⁷ Almagro Nosete indica que “La buena fe debe exigirse como principio informador de todo el ordenamiento en relación con la conducta de los sujetos, sometidos al mismo”. ALMAGRO NOSETE (2000), p. 518.

⁴⁸ Navarro Mendizábal indica que “como puede verse, la rigurosa órbita de lo pactado se amplía notablemente con la integración del contrato”. NAVARRO MENDIZÁBAL (2013), p. 374.

⁴⁹ Véase DE LOS MOZOS (2005), pp. 268 y ss.

⁵⁰ En Francia, Van Ommeslaghe menciona: “*La bonne foi peut aussi avoir pour fonction d'imposer la modération dans l'exercice d'un droit. Tel est notamment le cas dans l'appréciation des sanctions à appliquer en cas d'inexécution d'une convention*”. VAN OMMESLAGHE (2010), p. 178.

⁵¹ Véase BIANCA (2007), pp. 55-57.

⁵² El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España indica que “Para ello, (lograr la unificación europea del Derecho privado) hace falta un espíritu abierto que no se cierre únicamente en la lógica del mercado [...]”. DÍAZ FRAILE (1994), p. 189.

⁵³ Véase JIMÉNEZ GÓMEZ (s/f), pp. 194-195.

⁵⁴ Véase ORDOGUI CASTILLA (2011), pp. 57-58.

⁵⁵ Salvioli indica que “Esta solidaridad de intereses elabora en el seno de la colectividad una nueva concepción moral, y ambas repercuten en el derecho, que no puede permanecer en la estrecha órbita individualista, sino que debe dar más amplio espacio a los intereses de la colectividad, o mejor decir, debe conciliar el individualismo con las nuevas exigencias solidarias”. SALVIOLI (1979), p. 136.

⁵⁶ Véase PEÑA & AUSÍN (2001), p. 8.

⁵⁷ Véase GALINDO GARFIAS (1981), p. 169.

o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación [...]”.⁵⁸

La importancia de la buena fe,⁵⁹ particularmente en cuestiones contractuales, se evidencia en la jurisprudencia, *v. gr.*, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2004 según establece que: “[...] La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico”.⁶⁰

Del mismo modo, podríamos afirmar que algunas expresiones de la buena fe son la prohibición del abuso de la posición dominante, el reconocimiento del principio *venire contra factum proprium non valet*, y la confianza legítima.⁶¹ Actualmente, la tendencia se inclina hacia la autonomía de la voluntad y la buena fe, como argumenta Ordoqui Castilla, ya que el contrato celebrado presumiblemente bajo la autonomía privada se conforma a la buena fe⁶² y a la justicia.⁶³ En Chile, lo mismo ocurre con las cláusulas abusivas clasificadas como grises, esto es, aquellas que violan el artículo 16, letra (g) de la Ley de protección al consumidor.⁶⁴

⁵⁸ Véase MORENO GIL (2006), p. 1321.

⁵⁹ Albácar López indica que “La normativa contenida explícitamente en el artículo 1.258 del CC y genéricamente en el artículo 7.º del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto reconocen que los derechos deberán ejercitarse conforme a las evidencias de la buena fe...”. ALBÁCAR LÓPEZ & SANTOS BRIZ (1991), p. 592.

⁶⁰ Véase FERNÁNDEZ XIOL RÍOS (2010), p. 1312. Véase Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020; Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019; Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019; Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017; Tribunal Supremo de 20 de enero de 2017; Tribunal Supremo desde el 18 de enero de 2017; Tribunal Supremo desde el 24 de marzo de 2015; Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014.

⁶¹ Véase LARGO TABORDA (2012), p. 143.

⁶² Véase ORDOQUI CASTILLA (2011), pp. 58-59, quien añade que esta tendencia se materializa, *v. gr.*, en la dictación del Código Civil brasileño de 2002.

⁶³ Aunque algunos autores cuestionan la equidad natural como fuente del derecho, es decir, la justicia aplicada a un caso concreto. Véase: BRANCA (1978), pp. 8-9. Véase: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (2009), pp. 63 y ss.

⁶⁴ Esta regla establece como cláusulas abusivas grises aquellas que “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. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. BARCIA LEHMANN (2017), pp. 103-120. Véase DE LA MAZA GAZMURI (2007), pp. 571-592; MOMBERG URIBE (2013), pp. 9-27.

La pregunta que surge es, ¿cómo limita la buena fe la autonomía de la voluntad? Se podría pensar que para superar los problemas y defectos de las cláusulas contractuales, en lugar de recurrir al tenor literal, se podría recurrir al contenido intrínseco del contrato bajo el principio de buena fe, que la ley exige de las partes. La buena fe, entonces, se presenta como una herramienta útil por medio de la cual el juez revisa el negocio jurídico y corrige su contenido, siguiendo los principios de equidad natural y solidaridad.⁶⁵ Por lo tanto, la buena fe se convierte en un principio que “modera” y “modela” la autonomía privada. En este contexto, el juez tiene que establecer o restablecer el equilibrio entre las partes cuyas obligaciones podrían haberse creado en escenarios desiguales.⁶⁶ Tal vez uno de los usos más importantes del principio de buena fe es la revisión judicial del contrato utilizando la cláusula *rebus sic stantibus*.⁶⁷ Es precisamente en relación con la aplicación del *rebus sic stantibus*⁶⁸ donde surge la tensión entre la buena fe y la autonomía de la voluntad.⁶⁹ En este sentido, la doctrina española ha afirmado que, en primer lugar, el intérprete debe realizar la labor hermenéutica, estableciendo la voluntad verdadera o real de los individuos (intención), y luego integrarla con lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil español, esto es, la buena fe, los usos y la ley, “moldeando” esta intención por medio de la equidad natural. Por lo tanto, la justicia natural “reformula” el tenor literal de los contratantes.⁷⁰ En otras palabras, hay dos áreas en las que opera el principio de autonomía de voluntad: un lado positivo, que significa que las partes están obligadas a todo lo que han acordado, y un lado negativo, en el que la voluntad de las partes contratantes es completamente irrelevante, dado que los elementos del art. 1258 del Código Civil español integran el tenor literal.⁷¹ Naturalmente, la revisión judicial del contrato proviene del derecho alemán.⁷² En Alemania, Wieacker argumenta que una de las principales

⁶⁵ Véase O'CALLAGHAM MUÑOZ (2001), pp. 1237-1238.

⁶⁶ Véase SORO RUSSELL (s/f), pp. 243-244. En Chile, esta tendencia es apoyada por: LÓPEZ DÍAZ (2015), pp. 115-181.

⁶⁷ Véase MARTORELL ZULUETA (2011), p. 1451.

⁶⁸ Véase Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de junio de 1959, (RJ/1959/1649); RIVERA RESTREPO & BARCIA LEHMANN (2016), pp. 117-150; RIVERA RESTREPO (2015c), pp. 31-48.

⁶⁹ Véase VÁZQUEZ IRUZUBIETA (1989), pp. 2078-2079.

⁷⁰ Véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009), p. 1279.

⁷¹ Véase CASTIÑEIRA JEREZ (2012), p. 73.

⁷² Espinoza Espinoza señala que: “En la mitad del 800, sobre todo en Alemania, la *fides* ha sido entendida por DANZ, *Der sacrale Schutz in römische Rechtsverker*, Jena, 1857, como una entidad que nace de una promesa jurada, la cual se adquiriría fuerza vinculante y relevancia en la vida social

funciones del § 242 BGB es servir como un “medio de ruptura ético-jurídica del Derecho legal”. El principio de buena fe en Alemania llevaría a la creación de la teoría de la revisión judicial del contrato a través de la jurisprudencia.⁷³ Tal jurisprudencia establecería la teoría de la revisión judicial de los contratos en los § 275 y 313 del *BGB*. Por lo tanto, Alemania abandonó el literalismo contractual temprano en favor de las tesis objetivas del contrato.⁷⁴

En 2016, la Asociación de Profesores de Derecho Civil de España propuso una modificación de los libros cinco y seis del Código Civil, que contempla los siguientes remedios:⁷⁵ pretensión de cumplimiento (arts. 518-5 a 518-8); reducción del precio (arts. 518-9 a 518-11);⁷⁶ suspensión (arts. 518-12);⁷⁷ resolución por incumplimiento⁷⁸ e indemnización por daños.⁷⁹ En general, constituye un excelente esfuerzo privado, que incorpora como novedad la resolución extrajudicial o

porque era un fruto de la conjunción de componentes tanto sacros como jurídicos. Veinte años después, PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, Halle 1873; II, Halle 1878, presentaba a la *fides* como un elemento de la vida *lato sensu* negocial, tomado en consideración por el ordenamiento en el ámbito del derecho sustancial, viniéndose así a alinear la *bona fides* entendida como un aspecto dinámico de la *fides*, relevante en el ámbito procesal”. ESPINOZA ESPINOZA (s/f), p. 2. Véase también: SOLARTE RODRÍGUEZ (s/f), p. 284.

⁷³ Véase WIEACKER (1982), p. 74. Véase también para este concepto: SCHERMAIER (2000), pp. 64-66.

⁷⁴ BARCIA LEHMANN & RIVERA RESTREPO (2018), pp. 361-403.

⁷⁵ Véase ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), pp. 125 y ss.

⁷⁶ El art. 518-9 de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil indica que la parte que recibe una prestación no conforme con el contrato puede aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tiene en el momento en que se realiza y el que tendría en ese momento si hubiera sido conforme con el contrato. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), p. 126.

⁷⁷ El art. 518-12 de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil indica que en las relaciones obligatorias sinalagmáticas quien está obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe, atendido el alcance del incumplimiento. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), p. 127.

⁷⁸ El art. 518-13 de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil indica que: 1. Cualquiera de las partes de una relación obligatoria sinalagmática puede resolverla cuando la otra incurre en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. 2. La facultad resolutoria ha de ejercerse mediante notificación a la otra parte. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), p. 127.

⁷⁹ El art. 518-20 de la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil indica que: 1. El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause. 2. Este derecho es compatible con los demás remedios que la ley le reconoce en caso de incumplimiento. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016), p. 128.

unilateral. Sin perjuicio de lo anterior, proponemos revisar el contenido de la buena fe según lo indicado más arriba, ya que en la reconstrucción del equilibrio del contrato lo que debe hacer el juez es reconstruir el contrato óptimo para las partes dado el efecto del principio de buena fe que debe aplicarse de manera restrictiva.

En conclusión, aunque la buena fe claramente ha desplazado al principio del tenor literal del contrato, nos parece que hay que hacer un esfuerzo en su delimitación.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL AED Y LA BUENA FE COMO PRINCIPIOS QUE INTEGRAN Y CORRIGEN LOS CONTRATOS

III.1 Tesis legislativas como justificación del contrato

Por cierto, el AED no ha ignorado los problemas generados por la autonomía privada, ni rechaza el papel integrador e incluso correctivo de la buena fe como principio jurídico. Sin embargo, no acepta que este principio dé lugar a nociones de derechos fundamentales a acciones positivas basados en derechos sociales. El contrato debe basarse en la lógica del intercambio inherente al mercado. La función integrador es necesaria, pero no se formula sobre la base de principios como la solidaridad o la sociabilidad del contrato, o incluso la equidad, sino que se basa en el principio de eficiencia. La tendencia a basar el contrato en principios como la solidaridad o la sociabilidad no es nueva; fue iniciada en la década de 1930 bajo una visión colectivista o intervencionista del Estado en la sociedad. Así, la tesis objetiva del contrato no sólo pretendía garantizar que el interés privado del contrato no fuera contrario al interés público, sino también que fuera disciplinado de acuerdo con el interés público. Por lo tanto, de acuerdo con estas tesis estatutarias, se señalaría que el espíritu del pueblo alemán es superior en cuestiones jurídicas. Lo novedoso es que estas tesis se están reconfigurando en América Latina, esta vez basadas en derechos fundamentales.

Betti advierte que la autonomía de la voluntad, y por lo tanto del individuo, no es totalmente libre, ya que tiene limitaciones cruciales en sus acciones, que se extienden a los contratos. En cierto sentido, para Betti, la autonomía de la voluntad todopoderosa no sería más que un “espejismo”. El contrato no depende del individuo; es, en efecto, el individuo quien le da origen, pero una vez que nace se desvincula de las partes para sumergirse en un “paquete normativo”. Por lo tanto, el contrato debe separarse de la voluntad y la psiquis de las partes que lo crearon. Para los partidarios de esta teoría, el contrato no es más que un espejo de la

realidad, y especialmente de los fenómenos económicos. Esta teoría busca explicar la “segmentación del derecho privado” y el nacimiento de reales “parcelas” que darían lugar a una serie de regulaciones autónomas, como las condiciones generales o los derechos de los consumidores. De esta forma, el derecho privado se limita a recibir de forma un tanto automática figuras que provienen de la realidad económica y social. La teoría de Betti otorga al Estado un vasto terreno regulatorio, ya que, a fin de cuentas, necesita que el interés privado, para el cual se celebra el contrato, coincida con el interés público; de lo contrario, prevalece este último. Sin embargo, esta teoría transforma todo el derecho privado en derecho público, ya que de ahí a decir que solo se puede actuar (a través de un contrato) en la medida que exista un interés público que lo justifique hay solo un paso. Además, la noción que sirve de base para esta teoría, que es la de “interés público”, es vaga y ambigua. Este enfoque es evidente en el trabajo de Betti, como se puede ver en las siguientes palabras: “[...] la causa del negocio es, estrictamente hablando, la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como un acto de autonomía privada (típico en ese sentido) y determina su contenido mínimo necesario”.⁸⁰ No obstante, las tesis objetivas del negocio jurídico serían una expresión más estrecha de esta teoría contractual.⁸¹ Creemos que el actual equilibrio distributivo o contractual es consecuencia de estas tesis legislativas.

Este enfoque es ciertamente peligroso y puede conducir a un retroceso del contrato como medio de intercambio. Por eso creemos que es necesario articular una noción de buena fe que realmente permita un intercambio que promueva acuerdos beneficiosos para las partes.

III.2 Análisis económico para justificar el contrato a través de la buena fe

El principio de buena fe, desde el punto de vista del AED, es un deber legal de lealtad y garante justificado en el contrato como proveedor confiable. Así, las normas sobre buena fe entendidas en estos términos, inciden en el comportamiento eficiente de las partes, lo que evita comportamientos oportunistas *ex post*.⁸² Debido a ello, una de las partes podría imponer condiciones muy onerosas a la otra que ha incurrido en costos hundidos que la obligan a aceptar una modificación del contrato. En esta situación, la buena fe debe prevalecer sobre la autonomía privada.

⁸⁰ BETTI (2000), p. 163.

⁸¹ Consúltense los trabajos de Zweigert y Kötz (ZWEIGERT & KÖTZ (2001)) y Flume (FLUME (1998)).

⁸² MONROY CELY (2011), pp. 55-76.

Por lo tanto, el juez debería poder alterar el contrato, utilizando diferentes figuras del derecho civil. Sin embargo, la intervención en el contrato a través de la buena fe debe estar justificada por una falla de mercado. La justificación de la intervención del juez basada meramente en el interés de las partes parece peligrosa.⁸³ En el caso de un comportamiento oportunista de la contraparte -que impone una modificación del contrato- la justificación mediata de la revisión del contrato es el principio de buena fe (lealtad contractual), pero la justificación inmediata es el dolo. Por lo tanto, un nuevo contrato en el que una de las partes se aproveche de los costos hundidos de la contraparte para renegociar el contrato sería nulo por vicio del consentimiento. La buena fe, entendida en estos términos, proporciona a las partes confianza *ex ante* en la ejecución del contrato, el que podríamos calificar como eficiente. Es por ello que la justificación de la aplicación de la buena fe, y su impacto en la definición de dolo es precisamente la falla del mercado. Lo contrario supondría hacer que una de las partes asuma costos de transacción importantes. Las partes tendrían que adoptar estrategias jurídicas innecesariamente costosas para prevenir este tipo de comportamiento oportunista. No obstante, existe una segunda variante de la buena fe, que va en contra del AED. Esta segunda variante aplica este principio como regla de equidad, según la cual el juez puede revisar la imparcialidad del desempeño de las partes y, en último término, proteger a la parte contratante que se considere más débil. Esta es una tendencia emergente respecto de la posibilidad de que, en virtud de las regulaciones del derecho del consumidor, el juez pueda declarar alguna de las cláusulas contractuales como abusiva si se alteran los elementos de la esencia del contrato. Esto va en contra de la tesis tradicional de que los elementos de la esencia del contrato no pueden ser objeto de control sustantivo en tanto cláusulas abusivas ya que esto equivale a un control de precios. La visión tradicional en materia de consumo es que los elementos de la esencia específicos al contrato, como la cosa y el precio en la compraventa, son libremente aceptados por el consumidor (pero no los elementos naturales y accidentales, que se agregan a los contratos de forma estándar por medio de un entramado de términos proporcionados por el proveedor). Sin embargo, varios abusos de los elementos accidentales -que afectan a los elementos esenciales- han llevado a la extensión a estos casos del control de cláusulas abusivas basado en el

⁸³ De la Maza señala que los contratos se justifican en la justicia conmutativa antes que en la justicia distributiva, y la buena fe se expresa de manera concreta en la lealtad contractual. Para este autor, es esencial que el juez pondere, en conformidad con el principio de buena fe, los intereses de las partes que surgen del contrato. DE LA MAZA GAZMURI (2014), pp. 204-206 y 213-225.

principio de buena fe. Estos controles pueden llevarse a cabo formalmente en los términos señalados, pero requieren un control de contenido basado en el buen funcionamiento del mercado. Y el concepto clave para esto es el de falla de mercado. Así, por ejemplo, no basta con que el proveedor imponga un elemento accesorio del contrato, o que altere un elemento de su naturaleza, y que esto genere un desequilibrio en el desempeño de las partes, sino que debe justificarse mediante una corrección de una falla del mercado, como si la contraprestación que exige al proveedor de responsabilidad no se asocia con una ventaja para el consumidor o una reducción en el precio.

CONCLUSIONES

Este artículo analiza la tensión en la evolución del derecho contractual relacionado con lo que en el derecho continental se conoce como literalismo contractual, que había sido fuertemente criticado desde los pandectistas alemanes. Esta crítica, que no esperó a la promulgación del *Code* en 1804, llevó a plantear criterios objetivos que permitían a los jueces intervenir los contratos utilizando la estructura clásica del acto jurídico. Naturalmente, el derecho históricamente ha incorporado nuevos conceptos, como la revisión judicial de los contratos. Esta objetivación de la teoría de los contratos es la base del moderno derecho europeo de remedios, y ha dado lugar a la más reciente etapa que apunta a conseguir que el juez aplique criterios de equidad para intervenir el contrato. Esta última tendencia es contraria al análisis económico del derecho, el que nos proporciona herramientas de mercado para aumentar el bienestar social, y entre ellas la falla del mercado es esencial para aplicar el principio de buena fe.

Este trabajo también destaca los peligros que plantea el principio de buena fe aplicado según criterios “ius publicistas”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, R. (1983). *Las obligaciones [Obligations]*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. & SANTOS BRIZ, J. (1991). "Volume IV. Obligations. Sections I and II", in *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. IV. Albácar López, J. L. (Dir., coord., selection of case law, table of contents and bibliography). Madrid: Trivium, 3-843.
- ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil [Civil law]*. II. Barcelona: Bosch.
- ALESSANDRI R. & SOMARRIVA U. (1941). *Curso de Derecho Civil [A course on civil law]*. III. (Vodanovic H.: drafts and revises). Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2016). *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto [Civil code proposal. Volumes five and six]*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ATIYAH, P. S. (1986). *Essay on contract*. Oxford: Clarendon Paperbacks.
- BAHAMONDES OYARZÚN, C. & PIZARRO WILSON, C. (2018). "Fundamento, jerarquía y límites del cumplimiento específico. ¿Una tensión entre dos modelos?" [Basis, hierarchy and limits of specific performance], *Revista de Derecho: Universidad Austral de Chile*, 31(2), 29-51.
- BARCIA LEHMANN, R. (2017). "Análisis de la letra g) del artículo 16 de la Ley de Protección de los derechos de los consumidores a la luz de la jurisprudencia" [Analysis of letter g) of article 16 of the law on consumer right protection according to case law], in *Sentencias destacadas*. Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, 103-120.
- _____ (2008). *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De la teoría de las Obligaciones III [Lessons in Chilean Civil Law. Theory of Obligations]*, Collection of manuals. 118. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA LEHMANN, R. & RIVERA RESTREPO, J. (2018). "Convergencias y divergencias del Derecho de incumplimiento del Código Civil alemán con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y otros textos internacionales" [Convergence and divergence of the law of non-compliance of the German Civil Code with the principles of European contract law and other

- international texts], in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 81, 361-403.
- BARROS BOURIE, E. (2007). “La diferencia entre «estar obligado» y «ser responsable» en el derecho de los contratos” [The difference between “being bound” and “being responsible” in contract law], Corral Talciani, H. and Rodríguez Pinto, M^a. S. (Coord.), *Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis, 721-752.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). *Comentarios al Código Civil [Comments on the civil code]*. Navarra: Aranzadi.
- BETTI, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico [General theory of the legal business]*. Granada, Editorial Comares S. L.
- BIANCA, C. M. (2007). *Derecho civil. 3. El contrato [Civil law 3. The contract]*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BRANCA, G. (1978). *Instituciones de Derecho privado [Private law institutions]*. Macedo, P. (trad.). Mexico: Porrúa, 1978.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (2009). *La equidad en el Derecho privado [Equity in private law]*. Barcelona: Bosch.
- CARDENAL FERNÁNDEZ, J. (1979). *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones [Time and obligations' performance]*, Prologue by Francisco de Asís Sancho Rebullida. Madrid: Editorial Montecorvo, S. A.
- CARMONA TINOCO, J. U. (1996). *La interpretación judicial constitucional [Constitutional judicial interpretation]*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma of Mexico.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J. (2012). “*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias” [*Pacta sunt servanda*, contractual unforeseeability and sudden change in circumstances], in López y López, Á.; Vicent Chuliá, F.; Miquel González, J. M^a. and Capilla Roncero, F. (dir.), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*. 29. Navarra: Aranzadi, 73.
- CLARO SOLAR, L. (1977). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado [Explanations on Chilean civil law and comparative law]*. VI(II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

-
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño [Contract termination due to breach; budgets, effects and damage compensation]*. Barcelona: Bosch.
- CONTARDO GONZÁLEZ, J. I. (2011). “Los criterios de interés contractual positivo y negativo en la indemnización de perjuicios derivada de resolución contractual” [The criteria of positive and negative contractual interest in compensation for damages resulting from contract termination], en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. 18 (1), 85-118.
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2014). “La Buena fe como dispositivo de ponderación” [Good faith as a weighting element], *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento [Contract Law studies. Conclusion, compliance and non-compliance]*, De la Maza, Í., Morales, M. & Vidal, Á. Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters.
- _____ (2009). “A propósito del artículo 1861” [Regarding article 1861], *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Concepción (Chile): Editorial Abeledo Perrot.
- _____ (2007). “Justicia contractual, contratos por adhesión electrónicos y buena fe” [Contractual justice, electronic adhesion contracts and good faith], *Estudios de Derecho Civil*, 571-592.
- DE LOS MOZOS, J. L. (2005). *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación [Studies about contract law, European integration and coding]*. Madrid: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris.
- DÍAZ FRAILE, J. M^a. (Coord.). (1994). *Estudios de Derecho europeo privado [Studies of European private law]*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. (2009). “El principio de reparación integral del daño y su contenido: Algunas consecuencias para el Derecho chileno” [The principle of full compensation for damage and its content: Some consequences for Chilean law], at Department of Private Law, Universidad de Concepción, (ed.). *Estudios de Derecho Civil*. V. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.
- ENNECCERUS. L. (1954). *Derecho de obligaciones [Law of obligations]*, Undécima Revisión por Henrich Lehmann, Traducc. de la 35.^a Edición alemana, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. Primero, Doctrina

- general, Segunda Edición al cuidado de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, Casa Ed.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (no date). “El principio de la buena fe” [The principle of good faith]. Online: <http://www.justiciayderecho.org/>.
- FERNÁNDEZ XIOL RÍOS, F. J. (dir.) (2010). *Civil Code*. Madrid: Grupo El Derecho y Quantor, S. L.
- FISCHER, J. M. (2006). *Understanding remedies*. San Francisco (USA): Lexis Nexis.
- FLUME, W. (1998). *El Negocio Jurídico [The legal business]*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- FUEYO LANERI, F. (1992). *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones [compliance and breach of obligations]*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GALINDO GARFIAS, I. (1981). *Estudios de Derecho civil [Studies on civil law], Estudios Doctrinales*. 51. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- GARCÍA CARACUEL, M. (2014). *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales [The unexpected modification of contractual circumstances]*. Madrid: Dykinson.
- JOSSERAND, L. (2017). *Teoría general de las obligaciones [General theory of obligations]*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- JIMÉNEZ GÓMEZ, J. R. (s/f). “El principio de la buena fe en la teoría general del contrato” [The principle of good faith in the general contract theory]. Online: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/>, 189-197.
- LARGO TABORDA, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea [Tension between autonomy and good faith in contemporary private contracts]*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- LARRAÍN RÍOS, H. (1994). *Lecciones de Derecho Civil [Lessons of Civil law]*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LARROUMET, Ch. (2004). “A Propósito de la Negación de la Responsabilidad Contractual en la Doctrina Francesa reciente” [Regarding the denial of contractual responsibility in recent French Doctrine], *Cuadernos de Análisis Jurídicos*. I. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales. 23, 17-32.

-
- LÓPEZ DÍAZ, P. (2015). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno Derecho de las obligaciones en la dogmática nacional” [The principle of contractual balance in the Chilean Civil Code and its particular importance as the foundation of some institutions of modern law of obligations in national dogma], in *Revista chilena de Derecho Privado*. 25, 115-181.
- _____ (2014). “La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma? [The autonomy of damage compensation in recent national case law: a change of paradigm?], *Revista Chilena de Derecho Privado*. 23, 139-207.
- _____ (2010). “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho Civil chileno” [Compensatory damages for breach of bilateral contracts as an autonomous remedy under Chilean civil law] *Revista Chilena de Derecho Privado*. 65-113.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, J. A. (2005). *El conocimiento jurídico [Legal knowledge]*. Madrid: School of Law. Universidad Complutense in Madrid.
- MARTORELL ZULUETA, P. (2011). *Código Civil, Jurisprudencia sistematizada [Civil code: systematic case law]*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEZA BARROS, R. (1990). *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones [Civil law manual. Obligations]*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MOISSET DE ESPANÉS, L. (1992). “Reflexiones sobre la llamada escuela de la Exégesis” [Reflections on the exegesis school], *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 15, 78-85.
- MOMBERG URIBE, R. (2013). “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato” [The review of unfair terms as an instrument of judicial intervention in the contract], *Revista de Derecho*, 26(1), 9-27.
- MONROY CELY, D. (2011). “Análisis económico de la buena fe en el derecho de contratos” [Economic analysis of the good faith in contract law], *Revista Contexto. Revista de Derecho y Economía*. 33, 55-76.
- MORALES MORENO, A. (2014). “Claves de la modernización del Derecho de contratos” [Keys to modernising contract law], *Estudio de Derecho de contratos*. Santiago de Chile: Legal Publishing and Thomson Reuters, 97-106.

-
- MORENO GIL, Ó. (2006). *Código civil y jurisprudencia concordada [Civil code and concurred case law]*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A. (2013). *Derecho de obligaciones y contratos [Obligations and contract law]*. Navarra: Aranzadi.
- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X. (2001). *Código civil. Comentado y con jurisprudencia [Civil code: comments and case law]*. Madrid: La Ley-Actualidad.
- ORDOGUI CASTILLA, G. (2011). *Buena fe en los contratos [The Good faith in contracts]*. Madrid: Reus.
- OVIDEO-ALBÁN, J. (2014). “Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno-colombiano” [Damage compensation due to hidden defects in the Chilean-Colombian Civil Code], *Vniversitas*. 129, 239-276.
- PEÑA, L. & AUSÍN, T. (2001). “El principio de autonomía y los límites del consentimiento” [The principle of autonomy and the limits of consent], in Minutes of the III Congress of the Spanish Society of Analytic Philosophy. Granada: Editorial by J. J. Acero *et alii*, 1-12.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D. (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento [Obligations. General theory and classifications. Termination for breach]*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PERELMAN, Ch. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica [Judicial logic and new rhetoric]*. Madrid: Civitas.
- PIZARRO WILSON, C. & AGUAD DEIK, A. (2009). “Comentario de jurisprudencia de Obligaciones y Responsabilidad civil” [Commentary on the case law of obligations and civil liability], *Revista Chilena de Derecho Privado*. 3, 239-245.
- PRADO PUGA, A. (2019). “Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno” [Some aspects of the criminal clause in Chilean law], *Revista de Derecho*. 26, 57-64.
- RAMOS PAZOS, R. (2004). *De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- RIVERA RESTREPO, J. M. (2017a). “El derecho de opción del acreedor ante el Derecho alemán de las obligaciones” [The creditor’s right of option under German Law of obligations], *Revista Jurídicas*. 14(1), 40-53.
- _____ (2017b). “[The creditor’s right of option in Italy](#)“, *Revista Direito GV*. 13(1), 303-333.

-
- _____ (2017c). “[La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual](#)” [Proposal of modernize the Spanish civil code regarding obligations and contracts of the general commission of coding, civil section regarding the creditor’s right of option for breach], *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay (2º epoch)*. 42, 188-217.
- _____ (2017d). “Es necesaria la imputabilidad para que opere el derecho de opción del acreedor” [Is a culpable mental state necessary for the creditor’s right of option to operate], *Revista Boliviana de Derecho y Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 34, 120-139.
- _____ (2017e). “En torno al efecto retroactivo del derecho de opción del acreedor, en el Sistema jurídico español” [Aspects of the retroactive effect of the creditor’s right of option in the Spanish legal system], *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. 241(LXXXV), 83-98.
- _____ (2016a). “Tres cuestiones en torno al derecho de opción del acreedor en España” [Three issues related to the creditor’s right of option in Spain], *Revista Prudentia Iuris*. 82, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 82, 187-203.
- _____ (2016b). “Del fundamento del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual (condición resolutoria tácita)” [Aspects of creditor’s right of option in the event of contract breach (implicit condition subsequent)], *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época. Universidad Complutense de Madrid*. 19(1), 203-244.
- _____ (2016c). “[A common frame of reference and the creditor's option in breach of contract](#)”, *Revista Díkaion*. 25(2), 266-288.
- _____ (2016d). “Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual, en el *common law*” [Some comments about the creditor’s right of option in the event of contract breach under the common law], *Revista de Derecho Transnacional*. 8(1), 223-233.
- _____ (2016e). “La diligencia como elemento del derecho de opción del acreedor”, en *Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana de Nicaragua*. 20, 3-10.

-
- _____ (2016f). “¿Es necesaria la mora del deudor para que opere el derecho de opción del acreedor?” [Is the debtor’s default necessary for the creditor’s right of option to operate], *Revista Jurídica Cajamarca. Derecho y cambio social*. 45(XIII), 1-15.
- _____ (2016g). “[La gravedad del incumplimiento como requisito del derecho de opción del acreedor. Tendencias modernas](#)” [Severity of breach as requisite of the creditor’s right of option Modern trends], *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. 34, 267-291.
- _____ (2015a). “[Del concepto y de la naturaleza jurídica del derecho de opción del acreedor \(la mal llamada condición resolutoria tácita\), en el Derecho civil español](#)” [Concept and legal nature of the creditor’s right of option (or wrongly called implicit condition subsequent) under the Spanish civil law], *Revista del Consejo de Defensa del Estado*. Santiago de Chile: Public Entities Defender Office 69-104.
- _____ (2015b). “Notas marginales sobre la culpa contractual, como elemento del derecho de opción del acreedor” [Observations about contract guilt as an element of the creditor’s right of option], *Revista Vis Iuris*. 2(3), 9-17.
- _____ (2015c). “Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española” [History and basis for the *rebus sic stantibus* clause. An approach to Spanish doctrine], in *Revista Ars Boni et Aequi*. 11(1), 31-48.
- RIVERA RESTREPO, J. M. & BARCIA LEHMMAN, R. (2019a). “El derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el Derecho de remedios europeo” [The creditor’s right of option in contract breach under the European remedy law], *Ius et Praxis: Universidad de Talca*, 25(3), 19-68.
- _____ (2019b). “¿En qué sentido es objetiva la noción de incumplimiento en el «soft law»?” [How objective is the notion o breach under eth soft law], *Opinión Jurídica*. 18(36), 165-181.
- _____ (2016). “Aspectos generales en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión) en España” [General aspects about the clause *rebus sic stantibus* in Spain], in *Revista de Derecho*. 47(2), 117-150.

- RUZ LÁRTIGA, G. (2011). *Explicaciones de Derecho Civil. Parte general y acto jurídico* [Explanations of civil law. General part and legal act] I. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.
- _____ (2009). “La reparación integral del daño: ¿Mito o realidad?” [Integral Reparation of Damage: Myth or Reality?], in Pizarro Wilson, C. (coord.), *Estudios de Derecho Civil* [Studies of civil law] IV. Olmué (Chile): Editorial Legal Publishing, 661-677.
- SALVIOLI, G. (1979). *El Derecho civil y el proletariado* [Civil law and the proletariat]. Sevilla: Publications from Universidad de Sevilla, 136.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A. (2011). “Chapter III: La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos” [Europeanisation of contract interpretation rules in the proposal to modernize the Spanish civil code regarding obligations and contracts], Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier, 152.
- SEVERIN FUSTER, G. (2016). “Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *common law*. perspectiva histórica y aproximación actual” [Specific performance in common law: An equitable and secondary remedy. Historical and current perspectives], *Revista Chilena de Derecho*. 43(1), 7-37.
- SHAVELL, S. (2006). “Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, *Texas Law Review*. 84 (4) 831.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, A. (s/f). “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta” [Contractual Good faith and secondary behavioural duties]. Online: <http://www.javierina.edu.co/>, 284.
- SORO RUSELL, O. (s/f). “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual” [The principle of private autonomy: origin and current content]. Universidad Complutense de Madrid. Online: <http://eprints.ucm.es/>, 243-244.
- VAN OMMESLAGHE, P. (2010). *Droit des obligations*. I. Bruxelles: Bruylant.

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (1989). *Doctrina y jurisprudencia del Código civil [Doctrine and case law of the civil code]*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2078-2079.
- VIAL DEL RÍO, V. (2015). “Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido” [Some thoughts about the exceptio non adimpleti contractus], en *Actualidad Jurídica*. 32, 57-64.
- WIEACKER, F. (1982). *El principio general de la buena fe* [The general good faith principle]. Madrid: Civitas, 74. Also see for this concept: Schermaier, M. J. (2000): “Bona fides in Roman contract law”, in Zimmermann, R. and Whittaker, S. (eds.), *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge Press, 64-66.
- ZWEIGERT, K. & KÖTZ, H. (2001). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford University Press.
- ZIMMERMANN, R. (2000). *Estudios de Derecho Privado Europeo [Studies on European private law]*. Madrid: Civitas Ediciones.