
Dolo, excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas*

› PATRICIO LAZO GONZÁLEZ**

› CRISTIAN EDUARDO AEDO BARRENA***

RESUMEN. Este trabajo intenta responder a la pregunta por la persistencia en el derecho moderno de los conceptos de buena fe y excepción de dolo (*exceptio doli*), ambos de origen romano. Para la consecución de tal objetivo inquiriere sobre las funciones cumplidas por ambos conceptos tanto en el derecho romano como en el chileno contemporáneo, constatando así, para la buena fe, la persistencia de ciertas funciones dogmáticas cumplidas, en su momento, por la *exceptio doli*.

PALABRAS CLAVE: buena fe, derecho privado moderno, dolo, *exceptio doli*, funciones dogmáticas.

* Fecha de recepción: 3 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2022. Para citar el artículo: Lazo González, P. y Aedo Barrena, C. E., “Dolo, excepción de dolo y buena fe. Una aproximación al derecho chileno y continental en la perspectiva de las funciones dogmáticas”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 45, julio-diciembre 2023, 141-169. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.06>.

El trabajo es parte del proyecto Fondecyt 1181930: “*Exceptio doli*: historia, función e interpretación”, del cual el profesor Patricio Lazo González es investigador responsable y el profesor Cristian Aedo Barrena es coinvestigador.

** Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile; profesor adjunto. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España. Contacto: patricio.lazo@pucv.cl ORCID: 0000-0001-6943-5684.

*** Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile; profesor de Derecho Civil. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Contacto: caedo@ucsc.cl ORCID: 0000-0003-0556-0632.

Fraud, Exceptio of Fraud and Good Faith. An Approach to Chilean and Continental Law in the Perspective of Doctrinal Functions

ABSTRACT. This paper tries to answer the question of the persistence in modern law of the concepts of good faith and the exception of fraud (*exceptio doli*), both of Roman origin. In order to achieve this objective, it inquires about the functions fulfilled by both concepts both in Roman law and in contemporary Chilean law, thus confirming, for good faith, the persistence of certain dogmatic functions fulfilled, at the time, by the *exceptio doli*.

KEYWORDS: dogmatic functions, *exceptio doli*, good faith, fraud, modern Private Law.

SUMARIO. Introducción. I. Dolo, excepción de dolo y buena fe en el derecho romano. II. *Exceptio doli* y buena fe en el derecho moderno: diferenciación y subsunción. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El presente artículo persigue aproximarse al dolo, a la excepción de dolo y a la buena fe contractual como categorías dogmáticas del sistema continental codificado, con particular referencia al sistema chileno. La metodología con la que proponemos dicha aproximación tiene doble vertiente.

De un lado, parece necesario confrontar la vigencia moderna de ambas instituciones con su modelo histórico, el derecho romano. La comparación histórico-jurídica no solo permite examinar la evolución de las instituciones en estudio y extraer conclusiones acerca de sus funciones, sino que ella es un supuesto necesario para evaluar el grado de adscripción de un determinado régimen jurídico –en este caso, de la *exceptio doli* y la buena fe– a la tradición europeo continental que hoy se conoce como *Civil Law*.

El moderno derecho privado adquiere su forma contemporánea merced al proceso de codificación decimonónica, que continúa la escisión completa entre el derecho privado y el proceso que ya habían iniciado los juristas del *ius commune*. Ello trajo consigo una consecuencia inevitable para la *exceptio doli* y la buena fe: si ambas instituciones habían convivido en un mismo espacio en el derecho privado romano, dejarían de hacerlo en cuanto las excepciones, es decir, las defensas del demandado, fuesen consideradas asuntos estrictamente procesales, sin espacio en las disposiciones del derecho privado. La estricta separación con el derecho procesal impediría que la interpretación jurídico-privada se hiciese cargo de uno de los legados más interesantes del derecho privado romano como es la *exceptio doli*, al tiempo que la buena fe sería objeto de un desarrollo significativo en varias áreas del derecho privado, y muy especialmente en el derecho de contratos.

Sin embargo, en el derecho contemporáneo ambas instituciones superan las barreras disciplinares y vuelven a ser consideradas en su proximidad. Zimmermann entiende que el derecho moderno retorna a estos mismos conceptos, rematerializándolos con el fin de evaluar las relaciones contractuales modernas, ajenas al dogma de la voluntad propio de las codificaciones del siglo XX¹.

Para conseguir este objetivo nos servimos de la noción de funciones dogmáticas, haciendo pie en el enfoque de Robert Merton acerca de las funciones². Conforme a este modelo, pensamos que es posible diferenciar aquellas consecuencias deliberadamente previstas por el ordenamiento (que serían, entonces, funciones manifiestas), como aquellas que, no obstante no haberlo sido inicialmente, les han sido atribuidas por la doctrina y la jurisprudencia, y han producido resultados benéficos desde el punto de vista de la adaptación al sistema (es decir, funciones latentes). Si mediante el empleo de estos conceptos se hace posible una interpretación de los datos puestos a nuestra disposición, sin renunciar con ello al método propiamente jurídico, entonces esta noción podrá constituirse en una herramienta eficaz para el análisis que en definitiva interesa.

I. Dolo, excepción de dolo y buena fe en el derecho romano

A. La *exceptio doli*

Como toda excepción –concepto procesal romano que, en el contexto del procedimiento formulario de la Época Clásica, designa a una defensa del demandado–³, la *exceptio doli* encuentra tipificado su contenido en el edicto pretorio, que enuncia su fórmula. Esta, según el testimonio de Gai. 4.119, habría rezado: *si in ea re nihil dolo*

1 Zimmermann, R., *Europa y el derecho romano*, I. Cremades Ugarte (estudio introductorio y trad.), Madrid, Marcial Pons, 2009, 78-79.

2 Merton, R., *Teoría y estructura sociales*, 4.ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2002, 126, define las funciones como “consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado”. En el extremo opuesto se encontrarían las disfunciones, a saber, “las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema”. A su turno, las funciones pueden ser manifiestas o latentes, y ambas tienen en común el hecho de que se trataría de consecuencias objetivas. Se diferenciarían en que las manifiestas son funciones deliberadamente buscadas por los participantes del sistema, en tanto que las latentes no lo son (en el sentido de que son inesperadas) y, en algunos casos, ni siquiera son reconocidas, no obstante lo cual se producen. El enfoque descrito separa analíticamente el concepto de función del de motivación o disposición subjetiva. Este último atiende al punto de vista del agente o actor de hechos sociales, a sus deseos o a sus intenciones al realizar una acción, en tanto que aquel se emplea desde el punto de vista del observador, que examina los efectos de dicha acción. A diferencia del primero, este se encuentra en condiciones de evaluar tales consecuencias, con independencia de las razones por las que aquel haya sido movido a actuar.

3 Gómez Buendía, C., *La exceptio utilis en el procedimiento formulario del procedimiento romano*, Madrid, Dykinson, 2015, 55, define la excepción como “una cláusula que se introduce en la fórmula en defensa del demandado, redactada en condicional negativo, cuya eficacia se funda en la jurisdicción del magistrado que acuerda su inserción y cuya finalidad principal es la de superar los efectos del *ius civile* aunque también puede dar eficacia a disposiciones de leyes y *senatusconsulta*”. Véase, también, Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1966, 260 ss.

malo Auli Agerii factum sit neque fiat (“Si en todo el asunto nada ha sido hecho ni se haga con dolo malo”).

El origen de esta fórmula se remonta al año 66 a. C., de acuerdo con la valiosísima información que a este respecto aporta Cicerón⁴, y en ella se puede apreciar cómo su contenido es el dolo del demandante, el cual puede aludir, o bien a una actuación pasada, es decir, realizada al momento de la conclusión de un negocio jurídico (*factum sit*), o bien a una actual (*fiat*), es decir, al momento del ejercicio de la demanda. Esta diferencia, impuesta por los tiempos verbales del verbo *facio-facere*, la traducirá la romanística en forma clasificatoria como *exceptio doli specialis* (dolo pretérito) y *exceptio doli generalis* (dolo actual), o bien como *exceptio doli praeteriti* y *exceptio doli praesentis*⁵. Pero, como se indicaba, el elemento central de la fórmula es el concepto de dolo, que en esta no aparece definido y que, por consiguiente, queda librado a la *interpretatio prudentium*⁶.

En virtud de la amplitud de su fórmula, así como del concepto de dolo desarrollado por los juristas, la *exceptio doli* operará, a lo largo del derecho romano clásico, en un amplio espectro de materias, las que atraviesan los ámbitos de derecho de familia, derechos reales, obligaciones y derecho sucesorio⁷.

Las razones que tuvo el pretor del siglo I a. C. para introducir en el edicto tanto la acción como la excepción de dolo no nos han sido transmitidas, pero dos juristas del siglo III han columbrado cuáles serían estas. Así, por un lado, Papiniano ha vinculado

- 4 Cic. *off.* 3.14.60: *Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum* (“Canio se enfureció, pero ¿qué podía hacer?, pues a esa fecha mi colega y amigo C. Aquilio no había publicado las fórmulas sobre dolo malo, en las cuales, cuando se le preguntaba qué cosa era el dolo malo, él respondía que era dar a entender una cosa y hacer otra”. Trad. de M. Valbuena, Cicerón, *Los oficios*, México D. F., Porrúa, 2006).
- 5 Sobre la clasificación, cfr. Wacke, A., “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘Verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, en Paricio Serrano, F. J. (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 981 ss.
- 6 Dos juristas relativamente próximos en el tiempo, Servio (de la primera mitad del siglo I a. C.) y Labeón (que vivió entre los años finales de la República y los primeros años del Principado) se ocuparon de proporcionar una definición de dolo –ambas contenidas en D. 4.3.1.2–, resultando ser la de Labeón la dominante en la jurisprudencia romana. Para este jurista, el dolo “*esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*” (“es toda malicia, engaño o aquinación para valerse de la ignorancia del otro, engañarle o defraudarle”. Trad. de Á. d’Ors *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona, Aranzadi, 1968, *ad leg.*). Con todo, es conveniente advertir aquí que, puesto que existe tanto una acción como una excepción de dolo, el concepto desarrollado por Labeón debió ser adecuado a la primera, pero no suficiente para la segunda. Sobre el concepto de dolo de la *exceptio*, véase Burdese, A., “‘Exceptio doli’ (diritto romano)”, *Novissimo Digesto Italiano*, VI, 1960, 1074, quien ha expresado que en esta el dolo es más bien “*una circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario alla bona fides l’insistere dell’attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio*”.
- 7 Un panorama de la extensión de las materias en las que opera la *exceptio doli* puede encontrarse en Garofalo, L. (ed.), *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006.

la existencia de esta excepción a la protección de la equidad⁸, en tanto que otro jurista, Paulo, expresa que el objetivo de la *exceptio doli* es impedir el aprovechamiento del propio dolo, conducta esta que tendría lugar de una manera que él describe como valerse del derecho civil para actuar contra la justicia natural⁹. La función que estaba destinada a desempeñar, por consiguiente, era lo suficientemente genérica como para abarcar un amplio espectro de problemas, de modo que la labor de la jurisprudencia consistió en deslindar, caso a caso, qué supuestos de hecho pudieran incluirse en dicho espectro y cuáles no. Con todo, al momento de la introducción de la *exceptio doli* ya se había desarrollado en el seno de la jurisprudencia romana un concepto igualmente significativo: la buena fe. Si bien ambos conceptos son antitéticos del de dolo, no por ello los juristas tendieron a confundirlos y a tratarlos como sinónimos; todo lo contrario, sin dejar de diferenciarlos, supieron establecer relaciones de afinidad.

B. La excepción de dolo: funciones y relación con la buena fe

Lo apuntado con anterioridad nos coloca de lleno en la pregunta por la relación entre la *exceptio doli generalis* y la buena fe. Al tenor de lo expuesto precedentemente, el concepto de dolo propio de la *exceptio doli generalis* coincidiría con cualquier conducta que fuese contraria a la buena fe¹⁰. Ello supondría, a lo menos, dos cosas: la primera, que desde el punto de vista de las funciones desempeñadas por *exceptio doli* se constataría una progresiva extensión de estas; la segunda, que desde el punto de vista de la tipicidad de las acciones y excepciones –propia del procedimiento formulario– la excepción de dolo habría albergado la posibilidad de designar con ella no solo una conducta típica, sino a todo proceder entendido como doloso a la luz de la idea de la buena fe. Esto implicaría que su determinación se haría en función de este último concepto, amenazando su autonomía. Lo anterior sugiere que la excepción de dolo aparecería como innecesaria en aquellos casos de juicios iniciados por acciones de buena fe.

8 Pap. D. 44.4.12: *Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est*. “Quien puede rebatir una acción con la justicia de su defensa, está seguro gracias a la excepción de dolo”. Trad. de Á. d’Ors et al., *El Digesto de Justiniano*, t. III, Pamplona, Aranzadi, 1975, *ad leg.*.

9 Paul. D. 44.4.1.1: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (“El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural”. Trad. de Á. d’Ors et al., *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., *ad leg.*). Ya en el siglo II d. C. Gayo había expuesto una idea similar; véase, en efecto, Gai. 4.116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari* (“Las excepciones fueron creadas para que pudiesen defenderse los demandados, pues a menudo sucede que alguien está vinculado conforme al derecho civil, y sin embargo resulta inicuo condenarlo”. Trad. de F. Samper, *Las Instituciones de Gayo*, 3.^a ed., Santiago, Ediciones UC, 2017, *ad leg.*). Como veremos a continuación, en estas expresiones se perfila nítidamente la función manifiesta de la *exceptio doli*.

10 Paul. D. 27.2.3.3: *[rell.] quia fides bona contraria est fraudi et dolo* (“porque la buena fe es contraria al dolo”. Trad. libre). Cfr. Corbino, A. “Fides bona contraria est fraudi et dolo”, *Revue internationale des droits de l’Antiquité*, vol. 60, 2013.

Vayamos a lo primero, es decir, a las funciones de la *exceptio doli*. Si nos atenemos al testimonio de dos juristas clásicos, Gayo¹¹ y Paulo¹², la función manifiesta de este mecanismo habría sido impedir que el derecho civil amparase el que uno de los litigantes se valiese de su propio dolo en perjuicio del otro, y que todo ello resultase contradictorio con la equidad. Una función desde luego amplia y –podríamos agregar– sistémica, en cuanto destinada a introducir un remedio de todo el sistema jurídico, y no solo respecto de una institución específica. El testimonio de estos juristas es consistente con la redacción del edicto que consagra la *exceptio doli*¹³: *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*, lo que implica definir en términos tan amplios como imprecisos la conducta que se trata de enervar. Por consiguiente, las fuentes son inequívocas en orden a la función manifiesta de esta institución: impedir que, en cualesquiera de las instituciones del derecho privado romano, el demandante pudiese valerse del propio dolo. La intensa aplicación de los juristas romanos de la *exceptio doli* en orden a reprimir el dolo del demandante permitió, a su vez, desarrollar otras funciones dogmáticas –llamémoslas latentes–, como la de mantener la indemnidad patrimonial, que se vincula con supuestos en los que se decide la cuantía de los reembolsos exigidos al reivindicante¹⁴.

Analicemos a continuación la segunda de las cuestiones planteadas. Si la *exceptio doli* desempeñó funciones en diversas áreas del derecho privado, ¿pudo ella devenir en una suerte de cláusula general? Como hemos visto, el supuesto fundante de esta excepción es el dolo del demandante¹⁵, pero tal dolo no fue descrito ni definido por el edicto pretorio, que se limitó solo a enunciarlo y a sujetarlo a un momento determinado. Por tal razón, la elucidación acerca de cómo operaba el dolo del demandante quedó entregada a la interpretación de los juristas. En la medida en que estos analizaron supuestos concretos y se pronunciaron acerca de la concesión de

11 Gai. 4.116.

12 Paul. D. 44.4.1.1: *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (“El pretor propuso esta excepción a fin de que a nadie pueda favorecer el propio dolo malo, por valerse del derecho civil contra la justicia natural”. Trad. de Á. d’Ors et al., *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., *ad leg.*).

13 Ulp. D. 4.3.1.2.

14 Lazo, P., “La ‘exceptio doli’ y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo”, *Actas del VI Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2020, 72 ss.

15 Pero no exclusivamente. Debe recordarse que el procedimiento formulario permite a las partes sucesivas impugnaciones a través de los mecanismos de la *replicatio*, *duplicatio* y *triplicatio*. Desde esta perspectiva, a través de la *replicatio doli* el demandante puede impugnar una excepción alegando la conducta dolosa del demandado. Gai. 4.127 expone la situación del banquero que ejercita una acción para perseguir el precio en que la cosa ha sido subastada y se le opone la excepción de que el demandado sea condenado solo si le fue entregada la cosa comprada. Gayo afirma que se trata de una justa excepción (*et est iusta exceptio*), pero a continuación señala que si en la subasta se advirtió al comprador que no se entregaría la cosa antes de que se efectuara el pago, en tal caso el banquero tiene a su disposición la *replicatio* “o si se advirtió que la cosa sería entregada al comprador solo si éste pagaba el precio”.

la excepción, fueron definiendo el dolo no a través de una enunciación abstracta y genérica, sino mediante la elaboración de un catálogo de supuestos que encarnaban una noción que solo parcialmente puede captarse en una fórmula abstracta y generalizante. Un ejemplo de ello está representado por Ulp. D. 44.4.4. Se trata de un pasaje que contiene 34 párrafos, de modo que ocupa varias páginas del Digesto. En él, Ulpiano se refiere a una multiplicidad de supuestos en los que procede la *exceptio doli*, al tiempo que intercala consideraciones dogmáticas sobre ella, varias de las cuales acerca de sus diferencias con la *exceptio metus*. Así, los casos en los que se concede la excepción pueden tratar de asuntos relativos al pupilo o al menor de 25 años, a la dote, a la compraventa, a la sucesión hereditaria, entre otros. No es posible describir aquí cada uno de los supuestos, pero podemos afirmar que el pasaje permite advertir que la excepción de dolo presupone conductas específicas por parte del demandado, las que, una vez examinadas, permiten decidir si es procedente o no la excepción. Si en varias partes de este fragmento se describe y analiza un supuesto específico, ello se debe a que la discusión sobre la procedencia o improcedencia de la excepción de dolo exige, precisamente, la evaluación de las circunstancias concomitantes¹⁶.

Sin embargo, ya en Época Tardoclásica, encontramos en la jurisprudencia claros indicios de que se ha comenzado a entender la *exceptio doli* en términos de aplicación general. Así, un influyente jurista de esta época llegará a sostener que de todas las excepciones *in factum* es posible derivar la *exceptio doli*, ya que “actúa dolosamente quien reclama –mediante acción– lo que se puede evitar mediante una excepción”¹⁷. Si, al tenor de lo expresado por Ulpiano, la *exceptio doli* siempre puede invocarse ahí donde haya motivo para oponer al demandante una excepción, de ello solo puede seguirse una identificación –operada, por cierto, a fines de la Época Tardoclásica– de la *exceptio doli* con la defensa del demandado. Una situación, sin duda, que, como se explica más adelante, tiene mucho que ver con la significación que ya en aquella época había adquirido el procedimiento cognitorio.

Sin embargo, queda por resolver otra cuestión que afecta por igual a problemas sustantivos y procesales, a saber, las relaciones entre la *exceptio doli* y la buena fe.

16 Cardilli, R., “La eccezione di dolo generale e ‘varie causarum figurae’”, en Garofalo, L. (ed.), *L’eccezione di dolo generale*, cit., 342, diferencia dos perspectivas en el tratamiento de la *exceptio doli*: una propia de Ulpiano y otra, de Paulo y Papiniano. La perspectiva de Ulpiano consistiría en recuperar todas aquellas hipótesis en las cuales se recurre a la *exceptio doli*. Es decir, abarcaría la mayor cantidad de supuestos, pero sin recurrir a un criterio sistematizador. Por su parte, Paulo y Papiniano tendrían una perspectiva más generalizadora, de modo de exponer un fundamento unitario de ella: Paulo lo haría desde el ángulo del actor; Papiniano, desde el del demandado.

17 Ulp. D. 44.4.2.5: *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat* (“Debe saberse que, como principio general, de todas las excepciones redactadas en referencia a un hecho puede derivarse la excepción de dolo, pues obra con dolo todo el que reclama lo que se puede evitar mediante alguna excepción, ya que aunque no obrara con dolo en un primer momento, sí obra dolosamente al reclamar ahora, a no ser que sea tal la ignorancia <del demandante> que carezca de dolo”. Trad. de Á. d’Ors, A. et al., *El Digesto de Justiniano*, t. III, cit., ad. leg.).

En principio, asilándose en un argumento estrictamente formal, se podría decir que ambas son perfectamente diferenciables. De un lado, la buena fe representa un modelo de conducta, en contraste con el cual se evalúa el actuar de cada contratante; la *exceptio doli*, en cambio, no constituye ella misma un modelo de conducta, sino un mecanismo de defensa ante el demandante. Por otro lado, los hechos que permiten fundar la *exceptio doli generalis* no tienen relación con las actuaciones de las partes relativas a la celebración del contrato, como tampoco con aquellas que se refieren a la ejecución de las prestaciones nacidas de este. Por el contrario, el punto de partida de la *exceptio doli* es el ejercicio de una acción, de modo tal que dicha conducta no se relaciona con la gestación del negocio jurídico, como tampoco con la ejecución de una obligación. Finalmente, podría alegarse que se ha identificado persistentemente a la *exceptio doli* como la defensa frente al abuso del derecho, lo que equivale a identificar dolo con abuso¹⁸.

Pero, como decíamos antes, se trata de diferencias basadas en consideraciones más bien formales. Lo cierto es que la doctrina romanística no ha dudado en relacionar estrechamente una y otra institución, como lo demuestran las palabras de Burdese citadas con anterioridad. Las razones para esto hay que buscarlas en la doctrina sobre la inherencia de la *exceptio doli* a las acciones de buena fe, elaborada hace más de cien años por Biondi¹⁹. De acuerdo con esta, la *exceptio doli* habría limitado su campo de acción a las acciones de derecho estricto y no habría sido necesaria su invocación en los *bonae fidei iudicia*. La razón no sería otra que el hecho de que la discrecionalidad del juez en estas últimas acciones habría sido lo suficientemente amplia como para evaluar no solo la conducta del demandado, sino también la del demandante, lo que equivaldría a evaluar el dolo de su parte, asumiendo así la misma función que debía cumplir la *exceptio doli*²⁰. Ciertas fuentes posclásicas confirmarían la estrecha relación entre ambas instituciones, como se aprecia en C. 8.35.3: *...nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit* (“porque la *replicatio doli* contrapuesta <a una *exceptio*> hace las veces de una acción de buena fe y repele la simulación del fraude”).

18 Longschamps de Bérier, F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013, 123.

19 Biondi, B., “Iudicia bonae fidei”, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 7, 1918, 3 ss.

20 Sobre la aceptación mayoritaria en la romanística contemporánea de esta doctrina, cfr. Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, München, Beck, 1971, 488 (con literatura); Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 262; Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, Santiago, LegalPublishing, 2013, t. II, 117-118; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, 239; Zimmerman, R., *The Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 668; Whittaker, S. y Zimmermann, R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 17.

El problema, de ardua resolución –en particular, si se atiende a los argumentos de Metro²¹–, se complica todavía más si se tienen presentes las diferencias entre el procedimiento formulario y el cognitorio. Como es sabido, las diferencias de la cognición extraordinaria con el procedimiento formulario no son pocas, de modo que vale la pena preguntarse en qué medida estos cambios afectarían a la *exceptio doli* y a las excepciones en general.

C. Procedimiento cognitorio, excepciones y recepción medieval

La introducción en Época Imperial del procedimiento cognitorio supuso numerosos cambios en relación con el procedimiento formulario, siendo este sustituido de manera progresiva por el primero, hasta la derogación del uso de las fórmulas –en medio de no poco descrédito de estas²²– en el año 342 d. C.

Por lo pronto, la presencia de un juez a lo largo de todo el proceso trajo consigo que las etapas *in iure* y *apud iudicem* perdiesen toda significación, como asimismo la *litis contestatio*. Por otro lado –y ya entrando al punto que acá interesa– el programa de decisión dejaría de estar circunscrito a la fórmula, de modo tal que la pretensión del demandante solo aparecería referida –sin mayores formalidades– al derecho material. La tipicidad de la fórmula toca aquí a su fin y afecta, por consiguiente, a las excepciones. Ello es más evidente en cuanto la propia idea de excepción –una condición negativa de la condena, según enseñaba Gayo– deja de ser tal, para convertirse en la genérica idea de defensa del demandado. De ese modo, en este nuevo procedimiento la expresión *exceptio* pasa a designar más bien al derecho que hace valer el demandado –que puede ejercitar hasta la sentencia definitiva²³, por oposición al del demandante, de modo que gradualmente comienza a difuminarse la estricta diferenciación entre la pretensión de este y la oposición de aquél²⁴. Como ya se adelantó, ambas se expresan sin arreglo a ninguna tipificación, a diferencia de como se había hecho en el procedimiento formulario. Aunque esto arriesgaba a condenar a las acciones y excepciones a su desaparición –al menos como habían sido entendidas en el procedimiento formulario– y con ellas la característica fuerte de su tipicidad, lo que ocurrió en realidad fue otra cosa. Así como muchas de las antiguas acciones persistieron como pretensiones identificables (en ocasiones, conservando la denominación de tales, como paradigmáticamente ocurre con la *rei vindicatio*), la *exceptio doli*, aunque mantuvo su nombre, se consideró inherente a la demanda, tal

21 Metro, A., “Exceptio doli e iudicia bonae fidei”, en D’Ippolito, F. (ed), *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, Napoli, vol. 3, 2007, 1731-1754.

22 C. 2.57.1: *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputantur* (“Suprímense de raíz las fórmulas jurídicas, la cacería de sílabas y las trampas a cualesquiera actos”. Trad. libre).

23 Kaser, M.; Knütel, R. y Lohsse, S., *Römisches Privatrecht*, 21.^a ed., München, Beck, 2017, 476.

24 Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 486.

como había ocurrido con las acciones de buena fe²⁵, solo que ahora en razón de la discrecionalidad del juez del procedimiento cognitorio²⁶.

De esta forma, el procedimiento cognitorio posclásico, a pesar de experimentar un número significativo de reformas, en el plano de las excepciones no cambió sustancialmente. Quizá sí resulta digno de ser observado que una excepción no conduce necesariamente —en este procedimiento— a la absolución del demandado, sino que puede traducirse en una rebaja de la condena. Adicionalmente, puede constatarse en este periodo una extensión de la *exceptio doli* a otros supuestos y, por lo mismo, su concurrencia con otras excepciones²⁷.

Por las razones que acabamos de ver, la característica procesal de la *exceptio doli* en el procedimiento formulario traía aparejada su propia limitación: puesto que su existencia estaba ligada estrechamente a la de dicho procedimiento, el fin de las fórmulas típicas, tanto de acciones como de excepciones, implicaría que estas dejaran de ser reconocibles en su singularidad y aparecieran, en el nuevo procedimiento, como amalgamadas en una exposición de alegatos de uno y otro litigante.

Todo lo anterior no fue obstáculo para que los juristas del *ius commune*, al rescatar la compilación justiniana, vieran con interés todo lo relacionado con la *exceptio doli*, aunque se tratase de un expediente procesal en desuso. La *exceptio doli* que se aparecía ante sus ojos, a propósito de numerosas materias, abría la posibilidad de contar con una dogmática altamente desarrollada acerca del dolo procesal. Quizá el problema podía plantearse desde la perspectiva más restringida del derecho procesal: puesto que el procedimiento de la época no era el mismo que el del derecho clásico, los pasajes que concedían, una y otra vez, la *exceptio doli* podían resultar inútiles para influir en el derecho de la época. Pero la situación no se dio en esos términos, sino que la mirada se trasladó desde la perspectiva procesal en la cual aquellos pasajes habían sido concebidos a una material. Ranieri afirma que para los juristas medievales “*era naturale che rimanesse per essi incomprendibile il significato meramente storico delle soluzioni ope exceptionis descritte nelle fonti romane*”²⁸. Es decir, luego de enucleado el contenido dogmático de aquella dimensión procesal, los pasajes conservaban su interés desde el punto de vista de la dogmática del dolo.

Con todo, un aspecto de la cuestión se conservó vigente, a pesar de esta enucleación de los aspectos procesales a la que se acaba de hacer mención: la *exceptio doli* debía seguir siendo una un mecanismo de defensa y no un concepto desconectado

25 Iul. D. 30.84.5 [rell.] *quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem* [porque esta es una acción de buena fe y contiene en sí misma la excepción de dolo malo. Trad. libre].

26 Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, cit., 486.

27 Collinet, P., *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, Recueil Sirey, 1947, 504 ss.

28 Ranieri, F., “L’eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano comune”, en Garofalo, L. (ed.), *L’eccezione di dolo generale*, cit., 548.

de los intereses y de posiciones jurídicas que suponía el proceso. De ahí la estrecha conexión de ella con la idea de defensa procesal²⁹.

En definitiva, la recepción del desarrollo de las excepciones en el derecho común impediría que la dogmática romana desarrollada en torno a ellas corriera la misma suerte que le correspondió, en primer lugar, al procedimiento formulario y, en segundo, al *cognitorio*, y permitiría que pudiese ser no solo rescatada, sino aprovechada y estudiada para la fundación del *ius commune*.

II. *Exceptio doli* y buena fe en el derecho moderno: diferenciación y subsunción

A. La buena fe en el ámbito contractual moderno

Una primera aproximación a esta cuestión guarda relación con el principio de la buena fe en el ámbito contractual. Es de advertir que las referencias, razonamientos y análisis dogmáticos de esta cuestión se hacen acá en referencia al derecho chileno, sin perjuicio que tales análisis coincidan con el derecho comparado. De hecho, este ha sido el lugar desde el cual la *exceptio doli* ha reaparecido en la tradición continental, especialmente en Europa.

El principio de la buena fe, como categoría fundamental del derecho civil, es uno de los pilares del código civil. Se le considera un principio general del derecho. A este respecto, López Santa María y Elorriaga expresan³⁰:

Trátase de un principio general del Derecho, heredado de los romanos, como tantos otros, que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas. Así, por ejemplo, sirve de asidero al principio de la probidad procesal; coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, *venire contra factum proprium non valet*; e incluso se manifiesta en el Derecho tributario.

29 El interés de los juristas del derecho común por las excepciones se manifiesta en la literatura a que dio origen entre glosadores y comentaristas. Nörr, K. W., “Die Literatur zum gemeinen Zivilprozeß”, en Coing, H. (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*, vol. I, München, Beck, 1973, 383, proporciona los siguientes autores y obras: Pillius (o Bagarotus, en ediciones posteriores), *Summula de reorum exceptionibus ‘Precibus et instantia’* (fines del s. XII); *Tractatus de dilatoriis, Vt insurgentium in innocentes* (c. 1193); Sinibaldus de Fliscus, *De exceptionibus*; Ubertus de Bonacurso (o Bagarotus), *De preluđiis causarum* (hacia 1234); Nepos de Monte Albano, *Libellus fugitiuus o Libellus pauperum* (hacia fines del siglo XIII). Para un panorama completo acerca de la literatura de derecho procesal en el *ius commune*, cfr. Pérez Martín, A., *El derecho procesal del ius commune en España*, Murcia, Universidad de Murcia, 1999, 35.

30 López Santa María, J. y Elorriaga de Bonis, F., *Los contratos. Parte general*, 6.^a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017, 289.

En el ámbito contractual, que es el que abordaremos, el principio de la buena fe se incardina, siguiendo la tradición histórica, en el ámbito del cumplimiento contractual. Ello se conoce como la dimensión objetiva de la buena fe, consagrada en el artículo 1546 c.c. ch.

Desde el punto de vista objetivo, la buena fe se traduce en un estándar de comportamiento leal y correcto, que sujeta tanto al deudor como al acreedor³¹.

A continuación se analiza, a la luz de las ideas de Merton, cómo pueden articularse las funciones de la buena fe en el sistema chileno.

B. Funciones de la buena fe

1. Funciones manifiestas: el ámbito del cumplimiento contractual

Hasta aquí es posible mostrar un marco general asociado a la buena fe y al comportamiento que la institución tiene en el ámbito contractual. Desde este marco se han atribuido a la buena fe papeles diferenciados, que pueden describirse de tres modos.

En primer lugar, como elemento de integración contractual, que orienta el *pacta sunt servanda* hacia la satisfacción del interés de las partes, con los límites del artículo 1546 c.c., como se ha venido indicando³². En segundo lugar, directamente emparentado con lo anterior, la buena fe se constituye en un parámetro de colaboración que las partes deben prestarse en la etapa de cumplimiento contractual.

En el caso de la situación del deudor, se debe tener presente que la buena fe no constituye, en el sistema chileno, una fuente autónoma de deberes contractuales³³, pero que por vía de integración interviene en la determinación de la regla contrac-

31 Ibid., 291-292; 294. Véase también De los Mozos, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, 40; Rodríguez Grez, P., *La obligación como deber de conducta típica*, Santiago, Jurídica de Chile, 1992, 167; 206; Schopf Olea, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, 2018, 114-115.

32 Brantt Zumarán, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, 87; Mejías Alonso, C., *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011, 101 ss.; San Martín Neira, L., “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, Schopf Olea, A. y Marín González, J. C. (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, 603 ss.

33 Cfr., en contra, De los Mozos, *El principio de la buena fe*, cit., 48 y 124; y, en el derecho chileno, Elorriaga de Bonis, F., “Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas”, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 73, 2018, 68-74, quien entiende que el sentido normativo de la buena fe implica que esta se erige en un deber de comportamiento típico para las partes, inserta como cláusula general en los contratos. Considera incluso que este carácter normativo alcanza a la buena fe integrativa. Con una perspectiva histórica, Walker Silva, N., “Rol de los tribunales en el restablecimiento del equilibrio contractual. La integración del contrato en el código civil chileno”, *Latin American Legal Studies*, vol. 1, 2017, 124-126.

tual, es decir, aquello a lo que se obliga el deudor³⁴, a partir de las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación pactada³⁵. En efecto, para determinar aquello a lo que el deudor se obliga, la buena fe se incardina en el denominado propósito práctico del contrato. Este nuevo enfoque no se centra en la prestación, sino en los intereses de las partes. Entre otras cuestiones, ello impacta en la manera de entender el incumplimiento, que se concibe como un concepto neutro y objetivo, de conformidad con esta nueva visión contractual³⁶.

Por consiguiente, en tanto la buena fe opera en el ámbito de la satisfacción de la prestación, es decir, en la órbita del débito obligacional, cumple, conforme a la tesis de Merton, una función manifiesta. En efecto, es el sistema codificado el que ha diseñado la buena fe como un mecanismo destinado a regular el comportamiento del

-
- 34 La labor de integración contractual consiste en aquella operación jurídica a la que recurre el juez cuando, enfrentado a una cláusula estimada oscura, ella implica o importa una laguna en el acuerdo que debe ser subsanada por la labor jurisdiccional, que es en definitiva lo que el juez *a quo* ha hecho. Para la labor de interpretación y sus límites, véase especialmente Díez-Picazo, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. 1, *Introducción. Teoría del contrato*, 6.^a ed., Madrid, Thomson Reuters, 2007, 508; Eyzaguirre Baeza, C. y Rodríguez Díez, J., “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*, n.º 21, 2013, 144; Guzmán Brito, A., “La buena fe en el código civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, 11-12; Schopf Olea, A., “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 3, 2021, 59-60; Tapia Malis, L., “La buena fe como mecanismo integrador eficiente”, en Vidal Olivares, Á. *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil X*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 546 ss. La buena fe no puede, en cualquier caso, ser una excusa para alterar el *pacta sunt servanda*. Véase Elorriaga de Bonis, F., “Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos”, cit., 88-89. Ello especialmente porque la labor de interpretación no puede desatender el texto del pacto so pretexto de atender la voluntad de los contratantes. Para esta cuestión, Alcalde Silva, J., “Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos”, en Corral Talciani, H. y Rodríguez Pinto, M. S. (coords.), *Estudios de derecho civil II*, Santiago, LexisNexis, 2007, 550; 568. En un sentido similar, Johow Santero, C., “La interpretación del contrato y la buena fe”, en Varas Brown, J. A. y Turner Saelzer, S. (coords.), *Estudios de derecho civil*, Santiago, LexisNexis, 2006, 222.
- 35 Véase, en este sentido, Aedo Barrena, C., “Contornos de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXXIV, n.º 2, 2021, 59; Carvajal Ramírez, P.-I., “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores artículo 16, letra g), de la Ley n.º 19.496”, en Elorriaga de Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil VII*, Santiago, Thomson Reuters, 2012, 442; Guzmán Brito, A., “La buena fe en el código civil de Chile”, cit. 17; Eyzaguirre, C. y Rodríguez, J., “Expansión y límites de la buena fe objetiva”, cit., 146-147; 162; 182-186.
- 36 Vidal Olivares, A., “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Figueroa Yáñez, G.; Barros Bourie, E. y Tapia Rodríguez, M. (coords.), *Estudios de derecho civil VI*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011, 258; De la Maza Gazmuri, Í. y Vidal Olivares, A., “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, *Ius et Praxis*, vol. 20, n.º 1, 2014, 19-23. Véase, también, De la Maza Gazmuri, Í. y Vidal Olivares, A., *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, 182-190; Schopf, A., “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el código civil chileno”, cit., 55-56.

deudor, ampliando el deber de prestación en orden a la satisfacción del interés del acreedor y sirviendo como mecanismo de integración contractual³⁷.

De otro lado, para modular el comportamiento del acreedor es relevante determinar su naturaleza jurídica³⁸. Un sector de la doctrina, chilena y comparada, estima que la colaboración del acreedor es un deber, cuya infracción constituye un incumplimiento contractual³⁹.

Para la posición mayoritaria, en cambio, la colaboración del acreedor en el cumplimiento es una carga, en la medida en que el acreedor vela por satisfacer un interés propio. Si la óptica es la de una carga y no la de un deber secundario, el deudor no gozaría de herramientas de tutela para dirigirse en contra del acreedor, de manera que la falta o ausencia de colaboración no podría ser considerada un problema de incumplimiento contractual. Desde esta perspectiva, en un sentido técnico, la noción de incumplimiento estaría asociada a la prestación del deudor⁴⁰.

-
- 37 Véase De la Maza Gazmuri, Í. y Vidal Olivares, A., *Cuestiones de derecho de contratos*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, 184; Fried, Ch., *La obligación contractual. El contrato como promesa*, Pablo Ruiz-Tagle Vial (trad.), Santiago, Jurídica de Chile, 128; Fauvarque-Cosson, B., “La réforme du droit français des contrats: perspective comparative”, *Revue des contrats*, vol. 1, 2006, 2-4; Solarte Rodríguez, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Universitas*, n.º 108, 2004, 293 ss.
- 38 Para una caracterización general del problema y una distinción técnica entre carga, deber y obligación, véase Aedo Barrena, C., “Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir”, en Guzmán Brito, A. (ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 285-287; Aedo Barrena, C., “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley n.º 20.667”, *Ius et Praxis*, vol. 24, n.º 2, 2018, 54-56.
- 39 Prado López, P., *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 160 ss.; Prado López, P., “La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXIX, n.º 2, 2016, 77.
- 40 Véase, por todos, Bianca, C. M., *Diritto civile*, t. V, *La responsabilità*, reimp. de la 2.ª ed., Milano, Giuffrè, 2018, 3-4. En un sentido similar, Castronovo, C., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018, 504-505. Una mayoría de la doctrina chilena que sustenta la visión moderna asocia la noción de incumplimiento al programa prestacional que debe satisfacer el deudor. El incumplimiento está asociado a la obligación, en términos de deber de prestación del deudor. Esta es la opinión general de la doctrina chilena. Véase, especialmente, Barros Bourie, E., “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Pizarro Wilson, C. (coord.), *Estudios de derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, 145; Brantt, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, cit., 5-7; 78-82; De la Maza Gazmuri, Í.; Vidal Olivares, A y Morales Moreno, A., “Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, 2014, 1161-1162; De la Maza, I. y Vidal, A., *Cuestiones de derecho de contratos*, cit., 260-261; Mejías, C., *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, cit., 2011, 88-91; Pizarro Wilson, C., “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en Guzmán Brito, A. (ed.), *Estudios de derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, 400 ss.; Vidal Olivares, A., “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil chileno. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, 2007, 56-57; Vidal Olivares, A., “El incumplimiento resolutorio en el código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Pizarro Wilson, C. (coord.), *Estudios de derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, 364.

Con independencia de la naturaleza asociada a la colaboración del acreedor, hay acuerdo en que el efecto principal de la *mora creditoris* es el de suspender el derecho del acreedor a ejecutar al deudor, en tanto no satisfaga la carga o deber de colaboración⁴¹. Este efecto, aunque no se encuentra expresamente reconocido en la legislación chilena, puede fundarse ciertamente en la buena fe contractual y, por tanto, en el artículo 1546 c.c. ch. Se trata, como en otros ámbitos, de una reminiscencia de la institución de la *exceptio doli*⁴², y que consagra, como en el caso del deudor, una función manifiesta.

En tercer lugar, a partir de la lectura del artículo 1546, la buena fe se ha considerado una válvula que opera como restauradora del equilibrio contractual, evitando los excesos o abusos del *pacta sunt servanda*⁴³. En el derecho chileno, Walker ha sostenido que “el juez puede intervenir readecuando el contrato para que tenga un contenido justo y equilibrado, teniendo como límite el no poder sustituir totalmente la determinación de las partes, salvo que exista norma expresa que así lo permita”⁴⁴.

En efecto, la buena fe se ha mostrado como un instrumento idóneo para conservar un equilibrio contractual, sobre la base de la idea de un contrato fundado en la equivalencia de posiciones de las partes⁴⁵, pero que incluso puede servir de fundamento para la lesión genética del contrato, es decir, para el caso de un contrato

41 Para un análisis exhaustivo de los efectos de la falta de colaboración del acreedor en el pago, Aedo Barrena, C., “Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor”, cit., 287-290.

42 Véase Costa, E., *L'exceptio doli*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970, 217 ss., quien cita, entre otros, el pasaje de Marcelo, D. 46.3.72pr. En el mismo sentido, Chamie, J. F., “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 14, 2008, 114: “Al margen de la distinción entre buena fe en la formación y buena fe en la ejecución del contrato, se observa que ella cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones y, por ende, la equidad en el intercambio”; Neme Villarreal, M. L., “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”, en Neme Villarreal, M. L. (coord.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 77-84; con base en D. 30.84.3, Zimmermann, R., *The Law of Obligations*, cit., 820.

43 Véase Bauer, T. C. y Bernal Fandiño, M., “Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de Covid-19”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, 2021, 61.

44 Walker, N., “Rol de los tribunales en el restablecimiento del equilibrio contractual”, cit., 119. Véase, también, Gómez Calle, E., *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, 25-27; Pinochet Olave, R., “El contrato de consumo: consideraciones preliminares”, en Morales Ortiz, M. E. (dir.) y Mendoza Alonzo, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Der Ediciones, 2019, 144.

45 Fleming, J. G., *The Law of Torts*, 7.^a ed., Sidney, Law Book, 1987, 2. Para una perspectiva similar del contrato, Atiyah, P. S., *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 2006, 150-151; Cartwright, J., *Introducción al derecho inglés de los contratos*, J. P. Murga Fernández (trad.), Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 121; Zimmermann, R., *La indemnización de los daños contractuales*, A. Vaquer Aloy (trad.), Santiago, Olejnik, 2019, 100.

celebrado con un desequilibrio contractual⁴⁶, o bien que sirve para la protección del más débil de la relación, asumido como el deudor⁴⁷.

En otras palabras, la idea contractual se funda en la igualdad de los contratantes, y en el relativo igualitario acceso que tienen a la información, lo que les permitiría pactar condiciones contractuales en términos libres⁴⁸. Como advierten acertadamente Bauer y Bernal, los principios de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual y del *pacta sunt servanda*⁴⁹ son fundamentales para el desarrollo de los negocios y la vida en comunidad, de ahí que deban mantenerse como principios⁵⁰. La buena fe, en consecuencia, cumple una función restaurativa del equilibrio, adaptando la regla contractual a una dinámica de contrato ajena a la prevista en la codificación⁵¹. No obstante, habrá que convenir con Carvajal en que esa adaptación, vía buena fe, debe respetar la naturaleza de lo contractual, como esta parece regulada en el código civil chileno. En efecto, en este código la noción misma de contrato es un negocio generado por acuerdo de voluntad e intangible desde ese momento. No puede, en consecuencia, la buena fe transformarse en una herramienta para, vía hermenéutica, ponderar la validez económico-social del contrato, luego del pacto. Este modelo, aunque más cercano al derecho romano, ha sido desplazado por los principios de la contratación codificada⁵².

-
- 46 Véase, por todos, López Díaz, P., “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n.º 244, 2018, 95 ss.
- 47 En Chile se ha preocupado de la cuestión, especialmente, Munita Marambio, R., “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8, 2021, 178-179, quien estima que ya en el código hay un conjunto de normas que favorecen al contratante más débil, que atribuye al deudor, debiendo modularse la relación contractual con la buena fe.
- 48 Para esta cuestión, Bernad Mainar, R., *La contratación civil, una fiel expresión de la patrimonialidad del derecho civil*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 16-21; Busnelli, F., “Giustizia contrattuale”, *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 19-20, 2005, 535-537.
- 49 Bauer, T. C. y Bernal Fandiño, M., “Solidarismo y contratos relacionales”, cit., 54.
- 50 Véase Taisne, J., “La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations”, en Ataz López, J. y García Pérez, C. (coord.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 27-28. Para el derecho europeo, Schulze, R., *Ciencia jurídica y unificación del derecho privado europeo*, A. Sánchez Ramírez (trad.), Santiago, Olejnik, 2017, 117-120; Eyzaguirre, C. y Rodríguez, J., “Expansión y límites de la buena fe objetiva”, cit., 186-187.
- 51 Cohen, D., “La bone foi contractuelle: éclipse et renaissance”, en AA. VV., *Le Code civil. 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, 523 ss.; Fried, Ch., *La obligación contractual*, cit., 128.
- 52 Carvajal, P.-I., “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores artículo 16, letra g), de la Ley n.º 19.496”, cit., 446-448. Esta discusión, que encubre en definitiva el rol corrector de la buena fe, bajo la fachada de la integración, y el papel normativo que le cabe al juez, ha sido expuesta, en el derecho chileno, en excelentes términos por Eyzaguirre, C. y Rodríguez, J., “Expansión y límites de la buena fe objetiva”, cit., 156-161; 168.

2. Función latente: la modulación de las herramientas de tutela del acreedor

La buena fe también interviene para modular el comportamiento del acreedor en el ejercicio de herramientas de tutela frente al incumplimiento contractual⁵³. Un ejemplo destacado de esta cuestión se encuentra en la regulación del pacto de resolución por incumplimiento contractual. En efecto, dicho pacto está sujeto, según parámetros de buena fe, a que el incumplimiento del deudor haya sido grave –y no para cualquier incumplimiento–, como al fundamento que el acreedor exprese para el ejercicio de la facultad, y ello con independencia de que el pacto contractual no establezca estas condiciones. Aquí es el deudor quien puede reclamar la intervención judicial para que el juez estime el ejercicio de la facultad como abusiva⁵⁴. La buena fe actúa, en consecuencia, como parámetro y límite del ejercicio de un derecho, sujetando al acreedor a lealtad y corrección en ese ejercicio⁵⁵. Y la *exceptio doli* se incardina nuevamente, como mecanismo de defensa del deudor, frente a la pretensión abusiva del acreedor. Este es el ámbito que se le ha reconocido a la buena fe, tanto en la dogmática comparada como chilena⁵⁶.

En la jurisprudencia chilena se puede identificar una tendencia a evaluar *a posteriori* la cláusula, en términos de ajustar su ejercicio a la buena fe, nuevamente con base en la *exceptio doli*⁵⁷. La jurisprudencia chilena ha ido incluso más allá, al

-
- 53 Barcelлона, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006, 258 ss.; Bianca, C. M., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di diritto civile*, vol. XXIX, 1983, 214-216; Di Majo, A., “Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi”, en AA. VV., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Milano, Cedam, 2006, 72.
- 54 Barcelлона, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 156 ss.; Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, cit., 60-61; Whittaker, S. y Zimmermann, R., *Good Faith in European Contract Law*, cit., 18.
- 55 Véase, especialmente, Piraino, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, 345 ss. Sostiene Díez-Picazo, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2014, 202: “El ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico”.
- 56 Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, J. L. Carro (trad.), Madrid, Civitas, 1977, 60-61. Véase también D’Angelo, A., “I rapporti con la regola della buona fede”, en Visintini, G. (ed.), *L’abuso del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 51; Díez-Picazo, L., *La doctrina de los actos propios*, cit., 232-234; Franzoni, M., “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, *Contratto e impresa*, n.º 1, 1999, 93-95; Nanni, L., *La buona fede contrattuale*, Padova, Cedam, 1988, 524.
- 57 Véase, Aedo Barrena, C., “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, 2019, 81-82. Que la pretensión dañosa del deudor, contra su acreedor, se mueva en el ámbito de la responsabilidad contractual es discutible, en cuanto esta, tradicionalmente, reconoce como elementos la existencia de un contrato y el incumplimiento de una obligación por parte del deudor. Véase Aedo Barrena, C., “Límites a la responsabilidad contractual”, en Elorriaga de Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil XV*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 876-877; Aedo Barrena, C., “Contornos de la responsabilidad contractual”, cit., 63-64. Como ámbi-

resolver el problema de daños que para el deudor resultaban del ejercicio, contrario a la buena fe, de la facultad, como en la reciente sentencia de la Corte Suprema *Tranex con Anglo*⁵⁸.

En la lectura de Merton, estaríamos en presencia de funciones latentes, pues el código civil chileno no contempló el empleo de la buena fe como fundamento de defensa del deudor frente al acreedor.

Hay un último ámbito, sin embargo, en el que la buena fe y la *exceptio doli* cumplen una función latente. Para esta perspectiva, se debe tener presente que, como se ha visto, el contrato ha modificado profundamente su estructura con respecto a la manera en que fue pensado en la codificación. En efecto, el contrato era concebido como una proyección de la idea iusnaturalista, conforme a la cual los sujetos, que se encuentran en planos de relativa igualdad, pactan, renunciando a esferas de libertad y, por consiguiente, asumen riesgos (porque están en posición de hacerlo), sin posibilidad de intervención judicial, salvo para el control del ejercicio libre de la voluntad. De ahí que el contrato se piense como una ley, como en la evocación que hace el artículo 1545 c.c. ch., es decir, un espacio de soberanía absoluta de los individuos.

En cambio, el fenómeno contractual moderno, junto con edificarse sobre la base de un contrato libremente negociado, admite que, en amplias esferas de la vida social, las partes no están en planos materiales de igualdad, sea por razones económicas o técnicas, debiendo entonces la ley intervenir la regulación del contrato, como en el caso de los contratos forzosos y en los dirigidos, o bien hiperregular la relación para garantizar la protección del contratante débil, como en las relaciones de consumo⁵⁹.

No cabe duda de que, en tanto función adaptativa, la buena fe cumple un papel diverso en las reglas que reconocen el desequilibrio contractual. Para pensar en esta cuestión es oportuno detenerse particularmente en las reglas de consumo y, en especial, en el control de cláusulas abusivas. Si, como ocurre en materia de consumo, el equilibrio contractual viene restaurado legalmente, la buena fe adapta las reglas contractuales para el control de cláusulas abusivas⁶⁰. Aquí se encuentra

to propio de la responsabilidad contractual, lo defiende Piraino, F., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 346.

58 Corte Suprema, 22 de mayo de 2019, rol n.º 38.506-2017.

59 Para esta cuestión, en el derecho chileno, véase especialmente Isler Soto, E., *Derecho de consumo. Nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 67-70. Para una explicación de la integración de los modelos contractuales codificados y de consumo, véase Momberg Uribe, R., “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, 2015, 745 ss. Para el derecho de consumo como remedio al desequilibrio contractual en el ámbito europeo, cfr. Schulze, R., *Ciencia jurídica y unificación del derecho privado europeo*, A. Sánchez Ramírez (trad.), Santiago, Olejnik, 2017, 121-123.

60 Para la superación del esquema contractual tradicional, cfr. Isler Soto, E., “Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley n.º 19.496”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 6, n.º 2, 2015, 11-12; Isler Soto, E., “Acercas de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno”, *Ius et Praxis*, año 25, n.º 1, 2019, 352-353. Para la extensión del ámbito material de la ley, cfr. Aedo Barrena, C. y Munita

una función manifiesta de las reglas de la buena fe y las defensas frente al ejercicio abusivo de facultades, en el ámbito de protección del consumidor, es decir, fuera de la órbita de la codificación.

Como han señalado Momberg⁶¹ y Morales⁶², caracteriza a las cláusulas abusivas la desproporción significativa de las prestaciones de las partes, concordando ambos autores en que dicha desproporción proviene de la posición contractual ventajosa de la parte fuerte que, aprovechándose de la posición de la parte débil, impone una cláusula en desmedro de los intereses de la última, lo que no puede sino considerarse contrario al estándar de la buena fe.

Conclusiones

1. El examen histórico-dogmático precedente relativo a las figuras de la *exceptio doli* y de la buena fe ha buscado evaluar el grado de persistencia, en la concepción moderna de esta, de las funciones dogmáticas cumplidas por aquella. Para dicho objetivo se ha definido el concepto de función dogmática con base en una concepción de función que diferencia entre manifiesta y latente. De esta forma, la noción de función así entendida consiste en el *tertius comparationis* conforme al cual se indaga en dos ordenamientos tan distantes como el romano y el chileno, este último en cuanto partícipe de una familia de ordenamientos que genéricamente forma parte del llamado *Civil Law*.

2. Para el derecho romano ha sido posible constatar la existencia de funciones tanto manifiestas como latentes en la *exceptio doli*. Si identificamos como función manifiesta el introducir un mecanismo corrector de inequidades en el derecho romano, las funciones latentes han dependido de cómo ese mecanismo fue utilizado para producir efectos de otro tipo, no necesariamente previstos, pero beneficiosos desde una perspectiva sistémica. Esta apertura a la realización de funciones latentes permitió en el ordenamiento romano entrelazar fuertemente a la *exceptio doli* y a la buena fe, con base en el concepto de dolo y en las estrategias interpretativas acerca de este desplegadas por la jurisprudencia romana.

3. Por consiguiente, se constata que, en el nivel de las funciones dogmáticas, *exceptio doli* y buena fe encuentran desarrollos comunes, sin que ello signifique indiferenciación. Los factores que inciden en un desarrollo posterior –en general, más favorables a la buena fe– no dependen tanto de ellas ni de su capacidad para

Marambio, R., “Responsabilidad civil de los bancos por fraudes informáticos a la luz de la Ley de protección de los consumidores”, *Actualidad Jurídica*, n.º 42, 2020, 78 ss.; Momberg Uribe, R., “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Comentario de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol n.º 674-2014 y Corte Suprema, rol n.º 31.709-14”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, 2015, 279 ss.

61 Momberg Uribe, R. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 26, n.º 1, 2013, 18 ss.

62 Morales Ortiz, M., *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago, Der Ediciones, 2018, 30-40.

optimizar el sistema jurídico cuanto de modificaciones de este, como ocurre con los cambios producidos a nivel procesal.

4. Con todo, las funciones que ambas instituciones fueron capaces de cumplir en el derecho romano son, precisamente, aquellas que persisten en el concepto de buena fe moderna. Como se ha podido observar, las funciones dogmáticas que esta está llamada a cumplir pueden, también, ser examinadas a la luz de la clasificación entre manifiestas y latentes.

5. Como hemos analizado en este texto, en la dogmática moderna se ha producido, a partir de efectos de la buena fe, una revitalización de la *exceptio doli*, como figura general tendiente a evitar el ejercicio abusivo de la posición contractual.

6. La buena fe se consagra para la restauración del equilibrio contractual, conforme al artículo 1546 c.c. ch. Como función manifiesta, importa dos condiciones que satisfacen los alcances de la norma y se entroncan con la tradición histórica revisitada: primero, la buena fe no es una fuente autónoma de obligaciones y/o deberes contractuales. En consecuencia, en la restauración del equilibrio contractual el juez no puede apelar a la buena fe para construir un ámbito regulativo que no ha sido pactado. En segundo lugar, la operación de la buena fe en el cumplimiento contractual importa como condición una igualdad relativa de las partes contratantes. Este es, al menos, el diseño de la responsabilidad a la que se sujeta el deudor para con el acreedor en el esquema contractual codificado.

7. En este esquema codificado, las funciones latentes de la buena fe solo pueden apreciarse cuando esta se traslada para el control del ejercicio de herramientas de tutela, en la esfera del incumplimiento contractual, o cuando opera en un esquema legal que asume el desequilibrio contractual como dato normativo. Ha sido la *exceptio doli*, en estos casos, el mecanismo regulativo de las conductas contractuales de las partes.

Referencias

Doctrina

Aedo Barrena, C. y Munita Marambio, R., “Responsabilidad civil de los bancos por fraudes informáticos a la luz de la Ley de protección de los consumidores”, *Actualidad Jurídica*, n.º 42, 2020, 73-106.

Aedo Barrena, C., “Cargas o deberes en la posición contractual del acreedor, con especial referencia a su mora de recibir”, en Guzmán Brito, A. (ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, 281-303.

Aedo Barrena, C., “Contornos de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXXIV, n.º 2, 2021, 51-71

- Aedo Barrena, C., “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, 2019, 73-96
- Aedo Barrena, C., “La naturaleza jurídica de las conductas exigidas al asegurado a la luz de la Ley n.º 20.667”, *Ius et Praxis*, vol. 24, n.º 2, 2018, 51-96.
- Aedo Barrena, C., “Límites a la responsabilidad contractual”, Elorriaga de Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil xv*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 869-884.
- Alcalde Silva, J., “Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos”, en Corral Talciani, H. y Rodríguez Pinto, M. S. (coords.), *Estudios de derecho civil II*, Santiago, LexisNexis, 2007, 549-570.
- Atiyah, P. S., *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Barcellona, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.
- Barros Bourie, E., “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Pizarro Wilson, C. (coord.), *Estudios de derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, 297-313.
- Bauer, T. C. y Bernal Fandiño, M., “Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de Covid-19”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, 2021, 53-80.
- Bernad Mainar, R., *La contratación civil, una fiel expresión de la patrimonialidad del derecho civil*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- Bianca, M., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en *Rivista di diritto civile*, vol. XXIX, 1983, 509-522.
- Bianca, M., *Diritto civile*, t. V, *La responsabilità*, reimp. de la 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2018.
- Biondi, B., “Iudicia bonae fidei”, *Annali Palermo*, vol. VII, 1918.
- Brantt Zumarán, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.

- Brutti, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1973.
- Burdese, A., "Exceptio doli", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1960.
- Busnelli, F., "Giustizia contrattuale", *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 19-20, 2005, 535-543.
- Cardilli, R., "La eccezione di dolo generale e 'varie causarum figurae'", Garofalo, L. (ed.), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, 339-361.
- Cartwright, J., *Introducción al derecho inglés de los contratos*, J. P. Murga Fernández (trad.), Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- Carvajal Ramírez, P.-I., "Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16, letra g), de la Ley n.º 19.496", en Elorriaga de Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil VII*, Santiago, Thomson Reuters, 2012, 441-448.
- Castronovo, C., *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2018.
- Chamié, J. F., "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 14, 2008, 113-138.
- Cohen, D., "La bone foi contractuelle: éclipse et renaissance", en AA. VV., *Le Code civil. 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, 517-538.
- Collinet, P., *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien*, Paris, Recueil Sirey, 1947.
- Corbino, A. "Fides bona contraria est fraudi et dolo", *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, vol. 60, 2013, 110-129.
- Costa, E., *L'exceptio doli*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970.
- D'Angelo, A., "I rapporti con la regola della buona fede", en Visintini, G. (ed.), *L'abuso del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.
- D'Ors, Á. *et al.* (ed. y trad.), *El Digesto de Justiniano*, t. I, Pamplona, Aranzadi, 1968.

D'Ors, Á. *et al.* (ed. y trad.), *El Digesto de Justiniano*, t. III, Pamplona, Aranzadi, 1975.

D'Ors, Á., *Derecho privado romano*, 9.^a ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1997.

De la Maza Gazmuri, I. y Vidal Olivares, A., “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, *Ius et Praxis*, vol. 20, n.º 1, 2014, 15-38.

De la Maza Gazmuri, Í. y Vidal Olivares, A., *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.

De la Maza Gazmuri, Í.; Vidal Olivares, A y Morales Moreno, A., “Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, 2014, 1155-1178.

De los Mozos, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965.

Di Majo, A., “Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi”, en AA. VV., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Milano, Cedam, 2006, 67-79.

Díez-Picazo, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. 1, *Introducción. Teoría del contrato*, 6.^a ed., Madrid, Thomson Reuters, 2007.

Díez-Picazo, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

Elorriaga de Bonis, F., “Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas”, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 73, 2018, 63-94.

Eyzaguirre Baeza, C. y Rodríguez Díez, J., “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*, n.º 21, 2013, 137-216.

Fauvarque-Cosson, B., “La réforme du droit français des contrats: perspective comparative”, *Revue des contrats*, vol. 1, 2006, 1-19.

- Ferrari, V. *Le funzioni del diritto* (1987), Roma-Bari, Laterza, 2014.
- Fleming, J. G., *The Law of Torts*, 7.^a ed., Sidney, Law Book, 1987.
- Franzoni, M., “Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto”, *Contratto e impresa*, n.º 1, 1999, 83-97.
- Fried, Ch., *La obligación contractual. El contrato como promesa*, P. Ruiz-Tagle Vial (trad.), Santiago, Jurídica de Chile, 1996.
- García Garrido, M., *Casuismo y jurisprudencia romana. Pleitos famosos del Digesto*, Vigo, Tipográfica Faro de Vigo, 1965.
- García Garrido, M., *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, 7.^a ed., Madrid, Dykinson, 1998.
- Gómez Buendía, C., *La exceptio utilis en el procedimiento formulario del procedimiento romano*, Madrid, Dykinson, 2015.
- Gómez Calle, E., *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- Guzmán Brito, A., “La buena fe en el código civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.º 1, 2002, 11-23.
- Guzmán Brito, A., *Derecho privado romano*, Santiago, LegalPublishing, 2013.
- Isler Soto, E., “Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno”, *Ius et Praxis*, año 25, n.º 1, 2019, 335-382.
- Isler Soto, E., “Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley n.º 19.496”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 6, n.º 2, 2015, 75-92.
- Isler Soto, E., *Derecho de consumo. Nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Johow Santero, C., “La interpretación del contrato y la buena fe”, en Varas Brown, J. A. y Turner Saelzer, S. (coords.), *Estudios de derecho civil*, Santiago, Lexis-Nexis, 2006, 213-233.
- Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, Beck, 1966.

Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, München, Beck, 1971.

Kaser, M.; Knütel, R. y Lohsse, S., *Römisches Privatrecht*, 21.^a ed., München, Beck, 2017.

Las Instituciones de Gayo, F. Samper (trad.), 3.^a ed., Santiago, Ediciones UC, 2017.

Lazo, P., “La exceptio doli y la función de indemnidad patrimonial. Un esbozo”, *Actas del VI Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2020, 61-78.

Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, Leipzig, Tauchnitz, 1927.

Lévy-Bruhl, H., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, Sirey, 1960.

Longschamps de Bérier, F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013.

López Díaz, P., “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n.º 244, 2018, 91-127.

López Santa María, J. y Elorriaga de Bonis, F., *Los contratos. Parte general*, 6.^a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017.

Mejías Alonso, C., *El incumplimiento resolutorio en el código civil*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011.

Merton, R., *Teoría y estructura sociales*, 4.^a ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2002.

Metro, A., “Exceptio doli e iudicia bonae fidei”, en D'Ippolito, F. (ed.), *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, Napoli, vol. 3, 2007, 1731-1754.

Momberg Uribe, R. “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 26, n.º 1, 2013, 9-27.

Momberg Uribe, R., “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protec-

- ción de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, 2015, 739-758.
- Momberg Uribe, R., “La empresa como consumidora: ámbito de aplicación de la LPC, nulidad de cláusulas abusivas y daño moral. Comentario de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, rol n.º 674-2014 y Corte Suprema, rol n.º 31.709-14”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25, 2015, 279-287.
- Morales Ortiz, M., *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago, Der Ediciones, 2018.
- Munita Marambio, R., “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”, *Latin American Legal Studies*, vol. 8, 2021, 174-190.
- Nanni, L., *La buona fede contrattuale*, Padova, Cedam, 1988.
- Neme Villarreal, M. L., “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”, en Neme Villarreal, M. L. (coord.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 100-121.
- Neme Villarreal, M. L., *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Nörr, K. W., “Die Literatur zum gemeinen Zivilprozeß”, en Coing, H. (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*, vol. 1, München, Beck, 1973, 383-397.
- Pérez Martín, A., *El derecho procesal del ius commune en España*, Murcia, Universidad de Murcia, 1999.
- Pernice, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, vol. 2.1, Halle, Max Niemeyer, 1895.
- Pinochet Olave, R., “El contrato de consumo: consideraciones preliminares”, Morales Ortiz, M. E. (dir.) y Mendoza Alonzo, P. (coord.), *Derecho del consumo: ley, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Der Ediciones, 2019, 133-147.
- Piraino, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.

- Pizarro Wilson, C., “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en Guzmán Brito, A. (ed.), *Estudios de derecho civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, 395-402.
- Prado López, P., “La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. XXIX, n.º 2, 2016, 59-83.
- Prado López, P., *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- Ranieri, F., “L’eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano comune”, Garofalo, L. (ed.), *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, Cedam, 2006, 543-560.
- Rodríguez Grez, P., *La obligación como deber de conducta típica*, Santiago, Jurídica de Chile, 1992.
- San Martín Neira, L., “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, en Schopf Olea, A. y Marín González, J. C. (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, 587-612.
- Schopf Olea, A., “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, n.º 3, 2021, 55-78.
- Schopf Olea, A., “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 31, 2018, 109-153.
- Schulze, R., *Ciencia jurídica y unificación del derecho privado europeo*, A. Sánchez Ramírez (trad.), Santiago, Olejnik, 2017.
- Scialoja, V. *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin (trad.), Buenos Aires, EJEA, 1954.
- Solarte Rodríguez, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, *Universitas*, n.º 108, 2004, 281-315.
- Taisne, J., “La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations”, en Ataz López, J. y García Pérez, C. (coord.), *Estudios sobre la*

- modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Tapia Malis, L., “La buena fe como mecanismo integrador eficiente”, en Vidal Olivares, Á. *et al.* (eds.), *Estudios de derecho civil X*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 537-554.
- Vidal Olivares, A., “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil chileno. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 1, 2007, 41-59.
- Vidal Olivares, A., “El incumplimiento resolutorio en el código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Pizarro Wilson, C. (coord.), *Estudios de derecho civil IV*, Santiago, LegalPublishing, 2009, 347-368.
- Vidal Olivares, A., “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en Figueroa Yáñez, G.; Barros Bourie, E. y Tapia Rodríguez, M. (coords.), *Estudios de derecho civil VI*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2011, 763-780.
- Wacke, A., “La ‘exceptio doli’ en el derecho romano clásico y la ‘Verwirkung’ en el derecho alemán moderno”, en Paricio Serrano, F. J. (coord.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 977-997.
- Walker Silva, N., “Rol de los tribunales en el restablecimiento del equilibrio contractual. La integración del contrato en el código civil chileno”, *Latin American Legal Studies*, vol. 1, 2017, 1-21.
- Whittaker, S. y Zimmermann, R., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Wieacker, F., *El principio general de la buena fe*, J. L. Carro (trad.), Madrid, Civitas, 1977.
- Zimmerman, R., *The Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Zimmermann, R., *Europa y el derecho romano*, I. Cremades Ugarte (estudio introductorio y trad.), Madrid, Marcial Pons, 2009.

Zimmermann, R., *La indemnización de los daños contractuales*, A. Vaquer Aloy (trad.), Santiago, Olejnik, 2019.

Jurisprudencia chilena

Corte Suprema, sentencia de 21 de enero de 2019, rol n.º 34-507-17, MJJ58812.

Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2019, rol n.º 38.506-2017.