

Tendencias actuales en el Derecho de Contratos 150 años del Código de Bello*

Patricio Oyaneder Davies

Profesor Auxiliar de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo

Introito

Con la entrada en vigencia de nuestro Código Civil el 1° de enero de 1857, cuyo mensaje es del 22 de noviembre de 1855, Chile contó con un cuerpo normativo orgánico en el que se encontraba regulado todo lo relativo a los contratos, tanto en sus aspectos generales como especiales (contratos en particular). A poco andar, el 1° de enero de 1867, se sumó a esta normativa una específica —el Código de Comercio— que reguló las relaciones jurídicas referidas a operaciones mercantiles, las que contraídas por personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, y las que resultaran de contratos exclusivamente mercantiles, sin perjuicio de la aplicación de las normas del Código Civil a los casos no previstos especialmente por la *lex mercatoria*.

Las transformaciones sociales, el desarrollo económico y tecnológico del país desde esa época a la fecha han sido vertiginosos, haciendo necesario que el legislador dicte nuevos estatutos jurídicos para determinadas relaciones, como ha sucedido en materia de prendas, en la que contamos con a lo menos

cuatro leyes especiales que se ocupan de la materia, a las que se suman los regímenes de los Códigos Civil y de Comercio. Igual derrotero ha seguido la reglamentación del contrato de arrendamiento.¹ Otro tanto ha sucedido en materia de sociedades (los dos tipos societarios de más uso se encuentran regulados en leyes especiales). Adicionalmente, ha surgido el reconocimiento de otros contratos que durante largo tiempo tuvieron un reconocimiento doctrinal y que las partes utilizaban en el amplio ejercicio de la autonomía privada, como ocurría con el *leasing*.

El proceso sucintamente referido, ha culminado en 1997 con la dictación de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, y muy especialmente tras las modificaciones que le fueron introducidas en virtud de la Ley N° 19.955, normativa que integró al sistema jurídico nacional un tercer estatuto de relaciones jurídicas de origen contractual. En

¹ Sobre la evolución del contrato de prenda y el de arrendamiento, puede consultarse con provecho el trabajo de don Alejandro Guzmán Brito, Codificación, Descodificación y Recodificación del Derecho Civil Chileno, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC, N° 2, Año 1993, págs. 49 y siguientes.

* Artículo publicado en el N° 12 – Julio 2005, de la Revista ACTUALIDAD JURÍDICA, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.



consecuencia, contamos en la actualidad con un estatuto para las relaciones contractuales civiles, uno para las comerciales y otro para las de consumo. Tal dispersión de normas, creemos nosotros, no es aconsejable bajo ningún punto de vista. Ha sido precisamente esto lo que ha llevado a muchos países a plantearse la necesidad de recodificar estas materias de manera coherente y sistemática.

Así las cosas, actualmente el sistema jurídico nacional es un verdadero *collage* en materia contractual, que no es otra cosa que la principal fuente de derechos y obligaciones y, como ha dicho más de un comentarista, el sistema nervioso de la economía.

En las líneas que siguen, advertirá el lector, no hacemos un seguimiento orgánico de la evolución del derecho positivo y proyectado de los contratos en otras latitudes. De modo que, no son tratadas todas las materias involucradas en el “moderno derecho de los contratos”; empero, ello ha sido *ex profeso*, tanto por razones de espacio como de exposición, pues materias como la lesión o la teoría de la imprevisión han sido profusamente abordadas por la literatura jurídica nacional.

II. Estado actual del Derecho de los Contratos.

1. Concepto de contrato. Es de lato conocimiento el error conceptual en el que muchos códigos, no sólo los inspirados en el artículo 1101 del *Code*, incurrieron al definir el contrato. No es extraño, entonces, constatar que en la legislación más moderna y en la que se proyecta en otras latitudes, acogiendo las críticas de la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, exista una cierta uniformidad en torno a la noción de contrato. En efecto, se conviene en la actualidad en definir el contrato poniendo énfasis en los siguientes puntos: a) que se trata de un acto

jurídico bilateral; b) que emana de dos o más partes; y c) que su finalidad es crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así resulta, entre otros, de los siguientes textos:

- a) En Argentina, la Comisión redactora del Proyecto de Código Civil de 1998, creada por Decreto 685/95, propuso el siguiente artículo 899: “Definiciones. Se denomina: a) Contrato, al acto jurídico mediante el cual dos (2) o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”
- b) En el artículo 1351 del Código Civil Peruano de 1984 se define el contrato como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”
- c) El borrador elaborado por la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, ha definido el contrato en su artículo 1° como “el acto jurídico bilateral por el cual dos o más partes expresan su consentimiento en la forma prevista por la ley, para crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.”²
- d) Por último, el artículo 1° del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos es del siguiente tenor: “1. El contrato es el acuerdo de dos o varias partes destinado a crear, modificar, o extinguir una relación jurídica que puede comprender obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola de las partes.”

² Todos los artículos que citamos en el presente trabajo se encuentran en Título I del Libro Quinto del mencionado borrador.



Como se habrá advertido, existe una marcada tendencia a ampliar la función del contrato, toda vez que en virtud de él no sólo se crean y regulan obligaciones, sino que también ellas se modifican, transfieren y extinguen, con lo cual queda abolida la distinción entre contrato y convención, cuestión que, como –entre otros- ha precisado el jurista francés, Christian Larroumet, “no tiene ningún interés en la práctica”.³

Otro aspecto a destacar de las definiciones citadas, como anticipamos, es que han erradicado la confusión entre objeto del contrato y objeto de la prestación contenida en el artículo 1101 del Código de Napoleón y en aquellos que lo siguieron en esta materia, como el artículo 1438 de nuestro Código Civil y el artículo 1247 del Código Civil de la República Uruguaya.

Finalmente, hemos de felicitar de las definiciones contenidas en el Código Civil peruano y en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 el acento que colocan en que el contrato sólo es fuente de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, con lo cual quedan expresamente excluidas las relaciones jurídicas extrapatrimoniales propias del derecho de familia, evitando así toda confusión al respecto.

2. Libertad contractual. Existe una marcada tendencia a perfilar el contenido de la autonomía privada. En tal sentido, el artículo 1.1. de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (o Principios de UNIDROIT) expresa: “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.”

Siguiendo esta línea, la Comisión Conjunta para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico proyecta la siguiente

³ Christian Larroumet, Teoría General del Contrato, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1993, Tomo I, pág. 59.

disposición al respecto: “Artículo 3.- Libertad contractual. Es facultativo contratar o no hacerlo, y hacerlo, o no, con determinada persona. Estos derechos no pueden ejercerse abusivamente ni contra una disposición legal. Las partes pueden acordar cualquier cláusula que no sea contraria a la ley, a la moral o al orden público.”

Se desprende de la norma propuesta que la libertad de contratación se proyecta en tres aspectos, a saber: a) como derecho a contratar o a no hacerlo (*libertad de contratar* o *autodecisión*); b) en tanto derecho a contratar o no con determinada persona; y c) como derecho a contratar sobre cualquier prestación que no sea contraria a la ley, a la moral o al orden público (*libertad contractual* o *autorregulación*).

3. Contratos atípicos. En esta materia, tan trascendente por su cotidianeidad, es posible constatar la existencia de una creciente corriente que aboga por incluir en la parte general de la regulación de los contratos una disposición que establezca un orden de prelación para determinar el derecho aplicable a los contratos atípicos. Así por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 913 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina se prevé: “Los contratos atípicos están regidos, en el siguiente orden: a) Por la voluntad de las partes; b) Por las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) Por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad.” Es de destacar la distinción que hace la Comisión redactora de este Proyecto, pues, acto seguido, en el Artículo 914 al definir los contratos atípicos con tipicidad social (aquellos “correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración”), los somete a “la voluntad de partes”, y, en subsidio, prioritariamente a los usos del lugar de



celebración. En consecuencia, el estatuto de los contratos atípicos que no cuentan con tipicidad social y el de aquellos que si la tienen es diverso.

La citada Comisión puertorriqueña ha seguido otro derrotero, optando por consagrar un mismo orden de prelación normativa, tanto para los contratos atípicos que tienen tipicidad social como para aquellos que no gozan de ella. La disposición propuesta es del siguiente tenor: “Artículo 5.- Contratos atípicos. Si el contrato no está tipificado, se rige por las normas que resultan del siguiente orden de prelación: (a) Lo previsto por las partes. (b) Lo dispuesto en este Título. (c) Las disposiciones que regulan el contrato con intercambio de prestaciones análogas. En defecto de todo ello, se rige por las fuentes del derecho previstas en los Artículos 3, 4 y 5 de este código”, es decir, por la costumbre, los principios generales del derecho y la jurisprudencia.

No obstante la diferencia que se aprecia entre las normas proyectadas para el derecho argentino y para el puertorriqueño, es dable destacar la finalidad de las mismas, cual es reforzar el más irrestricto reconocimiento a la autonomía privada ejercida conforme a derecho y velar por la seguridad jurídica al permitir conocer a las partes el derecho aplicable a las *reglas* creadas por ellas que no se encuentran tipificadas en la ley (expresión máxima de la libertad contractual), cuestión de suyo relevante considerando la creciente presencia de estos contratos en el tráfico jurídico.

Por último, y sólo como dato anecdótico. Llama la atención que en este tópico don Andrés Bello no haya seguido el Código de Napoleón, cuyo Artículo 1107 reza: “Los contratos, tengan o no una denominación propia, estarán sometidos a las reglas generales que son objeto del presente título

(se refiere al Título ‘*De los contratos o de las obligaciones contractuales*’). Las reglas particulares para ciertos contratos se establecen bajo los títulos relativos a cada uno de ellos; y las reglas particulares para las transacciones comerciales se establecen por las leyes relativas al comercio.” Tal vez el autor de nuestro Código consideró tautológica la disposición del Código Civil francés.

4. Integración del contrato. Para el caso que las partes no hayan previsto algún aspecto del contrato o alguna de sus cláusulas resulten ineficaces, se establece un conjunto de normas externas al mismo en base a las cuales el contrato será integrado.

Sobre el particular, el artículo 7° del borrador elaborado por la Comisión de Puerto Rico contempla la siguiente norma: “Integración del contrato. A falta de previsión contractual, o en caso de ineficacia de alguna de sus cláusulas, el contrato se integra con: (a) Las normas imperativas; (b) Las normas supletorias; (c) Los usos del lugar de celebración del contrato; y (d) La buena fe.” Por su parte, el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998, bajo el mismo epígrafe, prevé: “El contenido del contrato se integra con: a) Las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas. b) Las normas supletorias. c) Los usos del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables.”

Un ejemplo –básico- extraído del artículo 4.8 de los Principios de UNIDROIT nos ayudará a comprender la finalidad e importancia de estas normas: “Un contrato de franquicia de distribución prevé que el beneficiario de la franquicia no puede dedicarse a un negocio similar dentro del año que sigue a la resolución del contrato. Empero, el contrato nada dice acerca del territorio al que se refiere esta prohibición. Conforme a la naturaleza y finalidad del contrato de franquicia, se



entiende que la prohibición se extiende exclusivamente al territorio donde el franquiciado ha explotado la franquicia.”

Es bien claro que disposiciones como las proyectadas tienen por finalidad velar por la seguridad jurídica y la conservación del acto jurídico.

5. Contratos predispuestos. En este punto siempre resulta de provecho recordar a Georges Ripert, quien apuntaba que “el contrato no es más un acuerdo concluido después de una larga discusión, con redacción de un escrito en doble ejemplar. Es adhesión a cláusulas predispuestas, impresas en formulario (...)” Producto de esta “nueva” realidad, en la actualidad es frecuente establecer una reglamentación especial para los contratos que contienen cláusulas predispuestas por una de las partes y pautas propias para su interpretación.

Es notable en esta materia constatar la influencia que ha ejercido el Derecho del Consumo, cuyas normas contractuales han salido de su propia esfera para integrarse a la generalidad de los contratos, con algunas salvedades, por cierto.

Así, por ejemplo, en la letra c) del artículo 899 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998 se opta por definir el contrato predispuesto y la cláusula predispuesta en los siguientes términos: “c) Contrato predispuesto, (a) aquél cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; y cláusula predispuesta, a la cláusula del contrato en iguales circunstancias.” Es evidente que la Comisión argentina ha seguido en este punto muy de cerca lo preceptuado en el artículo 3.2 de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea CEE 93/13 del 5 de abril de 1993.

6. Contrato celebrado por adhesión. Otra constante en la materia, indisolublemente unida la referida en el número anterior, está dada por la creciente regulación de los contratos en los que el consentimiento de una o más de las partes (contratos plurilaterales) se manifiesta por adhesión. Sobre el particular, la letra e) del artículo 899 del Proyecto de Código Civil Argentino de 1998 define al contrato celebrado por adhesión como el “contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación.”

Por consiguiente, las cláusulas predispuestas (elemento objetivo del contrato) y su aceptación por adhesión (elemento subjetivo del mismo) son categorías concurrentes.

7. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión. Ya sea optando por la adopción de las listas grises de cláusulas abusivas (aquellas que son invalidables) o por la de listas negras (aquellas que son invalidas *ab initio*), es una constante en el derecho comparado reglamentar los “efectos” de las cláusulas abusivas en todos los contratos regidos por la ley civil y no sólo en los que regulan relaciones de consumo. En consecuencia, lo que parecía una conquista propia del derecho del consumo se expande al derecho común.

Uno de los códigos pioneros en la región sobre la materia ha sido el Código Civil paraguayo de 1985, que en su artículo 691 dispone: “Cuando los contratos por adhesión contengan cláusulas restrictivas de carácter leonino, la parte *adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez.*⁴ Consideranse tales especialmente las siguientes cláusulas. a) las que excluyen o limitan la responsabilidad del que las impuso; b) las que otorgan la facultad

⁴ La cursiva es nuestra



de disolver el contrato o cambiar sus condiciones, o de cualquier manera priven al adherente de algún derecho sin causa imputable a éste; c) las que condicionan al consentimiento de la otra parte el ejercicio de algún derecho contractual del adherente; d) las que obligan al adherente a recurrir al otro contratante o a un tercero determinado, en caso de cualquier necesidad no directamente conexas con el objeto del contrato, o condicionan cualquier derecho contractual del adherente a tal recurso, o limitan su libertad al estipular con terceros sobre cualquier necesidad de la naturaleza expresada; e) las que imponen al adherente renuncia anticipada a cualquier derecho que podría fundar en el contrato en ausencia de tal cláusula; f) las que autorizan a la otra parte a proceder en nombre del adherente o en su sustitución, para obtener la realización de un derecho de aquél frente a éste; g) las que imponen al adherente determinados medios probatorios, o la carga de la prueba; h) las que sujetan a plazo o condición el derecho del adherente de valerse de las acciones legales, o limitan la oponibilidad de excepciones, o la utilización de procedimientos judiciales de los cuales el adherente podría hacer uso; e i) las que permitan la elección unilateral del juez competente para resolver una controversia entre las partes.”

Más drástico es el Proyecto de Código Civil argentino que venimos citando, cuyo artículo 968 reza: “*Estipulaciones prohibidas* en los contratos predispuestos. En los contratos predispuestos *se tienen por no convenidas*⁵ las estipulaciones que, por si solas o combinadas con otras: a) Desnaturalizan las obligaciones de las partes. b) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida. c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia

⁵ La cursiva es nuestra

económica. d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias. e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares. En tal caso se los tiene por no convenidos en la demasía, y se aplica el artículo 723 para los pagados en exceso.” Reforzando estas ideas, el artículo 967 del mismo proyecto, al regular el alcance de la obligación contractual, dispone en su inciso final: “Las cláusulas abusivas no constituyen usos, aunque sean de práctica”.

8. Suspensión del cumplimiento en el contrato con prestaciones recíprocas. Bajo este epígrafe se establece la regulación de lo que parte de la doctrina ha convenido en denominar “*exceptio non rite adimpleti contractus preventiva*”.

Al respecto, el artículo 992 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998 contempla la siguiente norma: “Suspensión del cumplimiento. Una parte puede suspender su propio cumplimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a la otra parte: a) Si la otra parte tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. b) Si es previsible que la otra parte no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando ésta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado. En su caso, se aplica el Artículo 1058.⁶ c) Si tiene un

⁶ El artículo 1058 al que se refiere la citada disposición proyectada es de siguiente tenor: “Artículo 1058.- Omisión de dar seguridades. Igual derecho le asiste a la parte no incumplidora (se refiere al derecho a resolver el contrato consagrado



impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. La suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado.”

Según se explicita en los fundamentos del antedicho de Proyecto, el instituto en comento es una constante en el derecho comparado moderno, citando en apoyo de tal aserto las disposiciones contenidas en el § 321 del Código Civil alemán, el Artículo 83 del Código suizo de las obligaciones, el Artículo 2023 del Código Civil de Louisiana de 1984, el Artículo 6.263 del Código Civil holandés de 1992, las secciones 2-609 y 2-610 del *Uniform Commercial Code*, el § 251 del *Restatement of Contracts 2nd.*, los Artículos 71 y 73.2 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, el Artículo 1204 del Proyecto argentino de Código Único de 1987, el Artículo 901 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina del Poder Ejecutivo de 1993, y el § 269 del *Restatement of Contracts 2nd.*⁷

Como señala el profesor Atilio Alterini, Coautor del reseñado Anteproyecto, la tendencia actual en el “Derecho de los contratos es a reconocer a una parte el derecho de suspender su propio cumplimiento,” no sólo en el caso de la *exceptio inadimpliti contractus*, contemplada en el artículo 1552 del Código Civil Chileno, sino también cuando la otra parte: a) se

en el artículo 1057 del mismo Proyecto) si, siendo previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia, le ha exigido que dé las seguridades previstas en el inciso b) del artículo 992 dentro de un plazo razonable, y no las da.”

⁷ En igual sentido, Atilio Alterini, Bases para armar una Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno, La Ley, 1998-B, pags 1182 y 1183.

encuentra en imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas; b) cuando es previsible que no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia; y c) cuando tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas.⁸

No obstante la novedad que a primera vista pudiere sugerir la norma proyectada, si bien se mira, no es del todo ajena a nuestro sistema jurídico. En efecto, en el inciso final del artículo 1826 del Código Bello, con ocasión de la obligación de entrega del vendedor, se establece: “Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago.”

El mismo derrotero ha seguido la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico en el artículo 25 del título respectivo, aunque excluyendo el supuesto del impedimento temporario para el cumplimiento de su propia obligación previsto en la citada letra c) del artículo 992 del Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998.

Las normas que se proyectan parecen justas y necesarias, ya que mediante la resolución anticipada el acreedor no queda obligado a perder su tiempo y mantener ligado su patrimonio a una relación jurídica sin destino. Es esto lo que en Inglaterra se conoce como *Anticipatory breach*.

9. Responsabilidad precontractual y postcontractual. También es posible en la

⁸ Ver, Atilio Alterini, obra citada, pág. 1181.



actualidad comprobar la clara tiende tendencia que existe a regular, ya no sólo la responsabilidad precontractual sino también la postcontractual.

Nadie discute que en las tratativas previas a la emisión de la oferta (*pourparlers*) también rige el principio de la buena fe, que los tratantes deben prestarse mutua colaboración e información de las circunstancias relevantes del contrato, que tienen el deber de guardar reserva de la información recibida⁹ y de conservar el bien objeto del contrato futuro. Nótese que la colaboración implica el desplegar conductas activas, *verbi gratia*, a través del intercambio de información relativa a la experiencia del precontratante, a las obras por él realizadas o a su presencia en el mercado.

En este sentido, es bien esclarecedor el artículo 2:301 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que reza: “Negociaciones contrarias a la buena fe. (1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene

⁹ Esta idea es precisada en el artículo 2.16 (*deber de confidencialidad*) de los Principios UNIDROIT, de conformidad al cual: “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.”

intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.”

En similar dirección el artículo 6° del Anteproyecto Europeo de Código de Contratos, dispone: “Deber de corrección. 1. Cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe. 2. Actúa contra la buena fe la parte que comienza o prosigue tratativas sin intención de llegar a la conclusión del contrato. 3. Si en el curso de las tratativas las partes ya han examinado los elementos esenciales del contrato cuya celebración eventual prevén, la parte que suscitó en la otra una confianza razonable en cuanto a la estipulación del contrato obra contra la buena fe si interrumpe las tratativas sin motivo justificado. 4. En los casos previstos en los incisos anteriores, la parte que obró contra la buena fe debe reparar el daño sufrido por la otra parte, en la medida de los gastos contraídos por esta última durante las tratativas hechas en vista de la celebración del contrato, así como la pérdida de oportunidades similares causada por las tratativas pendientes.”

En los supuestos señalados la responsabilidad se limita básicamente al resarcimiento del denominado *daño al “interés negativo”*, esto es, a los gastos efectuados para “celebrar” el contrato que no se celebró y al daño sufrido por haber confiado en que se celebraría un contrato válido (que no se hubiera sufrido de otro modo).

Con respecto a la responsabilidad postcontractual, como bien ha precisado don Luis Leiva Fernández: “El período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato. Si las prestaciones principales del contrato concluyen insatisfechas la responsabilidad



será contractual, ni precontractual ni postcontractual”.¹⁰

Acogiendo este entendimiento la Comisión paraguaya a la que venimos haciendo referencia proyecta una norma del siguiente tenor: “Artículo 45. Comportamiento postcontractual. Responsabilidad. Quien frustre la ventaja otorgada en el contrato o viole el deber de confidencialidad deber resarcir el daño causado. Tal responsabilidad incluye los actos realizados desde que se satisface la prestación principal del contrato hasta que vence el plazo de prescripción de toda obligación exigible”.

Por su parte, el citado Proyecto argentino de 1998 contempla en su artículo 1063: “Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este Título. c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones.”

Cabe acotar que el alcance de estas disposiciones no está referido a la responsabilidad que deriva de las garantías por vicios redhibitorios y por evicción.

¹⁰ Luis Fernández Leiva, La responsabilidad postcontractual”, en La Ley, 2002-D, Pág. 1336.

Prospectiva.

Ha quedado demostrado, a juicio nuestro, que el derecho de los contratos viene cambiando a pasos agigantados y que existe una vigorosa corriente que aspira a actualizar aquel derecho que fue forjado al alero de los postulados de la revolución francesa que ha cumplido servidamente su misión. Pero cuidado, no hemos de abogar por un cambio irreflexivo que ponga en peligro el valioso camino recorrido.

En lo personal, nos asiste la convicción de que nuestro Código Civil ha cumplido con creces su cometido y que es necesario darnos uno nuevo que lo reemplace. Basta para sustentar nuestro aserto revisar someramente nuestra ley civil y constataremos lo poco o nada que queda de su texto original en materias tan trascendentes como el Derecho de Familia (en sentido amplio), a lo cual se suma la infinidad de leyes especiales que lo “complementan” -particularmente en materia de contratos- de un modo tal que le han hecho perder parcialmente su vigencia, como se señaló en la introducción a estas líneas. Ello no ha obedecido –necesariamente- a designios caprichosos; bien o mal, dichas leyes han tratado de actualizar una legislación que no reflejaba los valores imperantes en nuestra sociedad chilena y, por lo mismo, no era capaz de dar una satisfactoria respuesta a los requerimientos de la misma.

Seguramente, tras la lectura de estas líneas, se habrá reparado en que algunas de las instituciones que somera y arbitrariamente hemos “comentado” encuentran aplicación por la vía interpretativa de las normas del Código de Bello. Sin embargo, creemos que a estas alturas el devenir de la doctrina y jurisprudencia nacional ha dejado sentado el esfuerzo que ello ha implicado a unos pocos avezados en la materia, lo que no se puede mantener bajo ningún respecto, toda vez que el destinatario de la norma es el hombre



común. Todavía más, aún aceptando que mediante la interpretación jurídica el derecho se actualiza (lo cual compartimos), no podemos soslayar la fuerza vinculante limitada que a dicha interpretación asigna el artículo tercero del Código Civil.

Bien señalaba Josserand, o el Derecho se adecua a la nueva realidad, o ésta prescinde del Derecho, y esto, agregamos nosotros, no se logra con meros retoques cosméticos. Por lo mismo, estimamos necesario asumir la labor de darnos un Código que responda a los requerimientos que nos impone este nuevo siglo, y, ojalá, en dicha tarea, contemos con portentos idóneos para dar luz a una legislación que sea capaz de regir materias tan sensibles para el desarrollo de la Nación por a lo menos otros 150 años.