

# *Good faith* en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (¿Un punto de contacto entre *Common Law* y *Civil Law*?)

JAVIER HUMBERTO FACCO\*

Sumario: § 1. La regla del *good faith* en los ordenamientos del *Common Law*. § 2. La buena fe como pauta de ponderación del ejercicio de poderes contractuales discrecionales. § 2.1. El "pacto implícito" de buena fe como mecanismo idóneo para la exigibilidad de un deber de lealtad. § 2.2. La distinción entre usos legítimos y usos ilegítimos de la discrecionalidad. § 2.3. Concreción de la buena fe en el *Common Law*: la *reasonable contemplation* de las partes. § 3. Un caso paradigmático en la jurisprudencia italiana. § 4. Sucinta comparación entre el sistema jurídico romanista y el angloamericano en relación con los alcances de la buena fe en materia contractual. § 5. Consideración conclusiva: la posibilidad del diálogo entre *Civil Law* y *Common Law*

Resumen: La buena fe es no solo uno de los dos polos de la definición celsina del derecho, sino también quizás el más relevante principio general de la tradición jurídica continental-europea. Herencia directa del mundo romano, la buena fe ha recobrado su posición central en particular en la teoría de las obligaciones y contratos, donde encuentra su mayor desarrollo. En los tiempos que corren la buena fe ha sido también objeto de análisis y consideración en ámbito de la tradición del derecho anglo-americano. Precisamente este artículo busca señalar zonas de contacto entre las dos tradiciones en materia de buena fe y su relación con la libertad contractual, sus efectos en la exigibilidad de la prestación, la determinación del precio, las modalidades de la ejecución del contrato y el ejercicio de la discrecionalidad de las partes. Este análisis sugiere al lector las cuestiones de la buena fe y las razonables previsiones de las partes en el tejido contractual, y de allí su relación con las fuentes de integración del contrato.

\* Profesor de derecho civil en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctor en Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Correo electrónico: [javierfacco@yahoo.com.ar].

Fecha de recepción: 30 de enero del 2012. Fecha de aceptación: 5 de marzo del 2012.

Palabras clave: buena fe, *Common Law*, contenido del contrato, derecho comparado, derecho de contratos, integración del contrato, unificación del derecho

*Good Faith in the Exercise of Discretionary Contractual Powers  
(An Interface between Common Law and Civil Law?)*

Abstract: Good faith is not only one of the two poles of Celsus definition of law, but also perhaps the most important general principle of continental European legal tradition. Direct legacy of the Roman world, good faith has regained its central position in particular in the theory of obligations and contracts, which finds its highest development. Good faith has also been analyzed and considered in context of the tradition of Anglo-American law. This article addresses precisely the contact zones between the two legal traditions on good faith and its relation to freedom of contract, its effect on the enforceability of the provision, pricing, methods of performing the contract and the exercise of the discretion of the parties. This analysis suggests the reader with issues of good faith and reasonable expectations of parties, contract tissue, and then their relationship with sources of integration of contract.

Keywords: good faith, *Common Law*, contract law, terms of contract, unification of law

## § 1. LA REGLA DEL "GOOD FAITH" EN LOS ORDENAMIENTOS DEL COMMON LAW

Como exigencia universal de toda relación intersubjetiva se encuentra fuertemente arraigado el principio *pacta sunt servanda*, que obliga al riguroso cumplimiento de los compromisos asumidos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del *Civil Law*, en los ordenamientos que forman parte del *Common Law* dicho principio ("*agreements must be kept*") no basta por sí solo para fundamentar el carácter vinculante de los acuerdos. Para que el contrato sea exigible (*enforceable*) es menester además la *consideration*.

Este recaudo implica que una promesa o prestación contractual únicamente es legalmente eficaz si a cambio de ella se ofrece una contraprestación (de dar, hacer o no hacer algo) que la ley reconoce como apreciable (*valuable consideration*). La alternativa para que un contrato sea exigible prescindiendo de la *consideration* es que aquel se otorgue bajo una forma legalmente determinada. Se trata de negocios que precisan ser formalmente documentados (*instruments o agreements under seal, contracts by deed*) mediante escrituras (*deed*), la mayor parte de las veces firmadas (*signed*) y selladas (*sealed*), e incluso, en algunas jurisdicciones, suscriptas en presencia de testigos (*witnesses*)<sup>1</sup>. Ergo, son los contratos puramente consensuales (no formales)

<sup>1</sup> Es el caso, por ejemplo, de las fianzas (*bond*), hipotecas legales (*legal mortgage*) y, en general, de las deudas garantizadas (*debt secured*). Para ahondar al respecto, cfr. O. W. HOLMES. *The Common Law*, trad. esp. de la 45.ª ed. por F. N. BARRANCOS Y VEDIA, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, pp. 230 y ss.

para los cuales se establece como requisito ineludible la *consideration*. En cualquier caso, el *Common Law* no se funda en el principio de que cualquier acuerdo de voluntades es jurídicamente obligatorio, pues siempre es necesario llenar un requisito adicional: la *consideration* o las solemnidades requeridas.

Dicho esto, el axioma del *pacta sunt servanda* –tal como señala la doctrina empleando una elocuente figura geológica– ha experimentado lentamente una suerte de “erosión” por virtud de los principios de la *equity* y de las exigencias de la *praxis* comercial<sup>2</sup>. Ahora bien: en vistas de tal escenario, aunque una mirada superficial puede arrojar como resultado que el sistema del *Common Law* es adverso al pleno reconocimiento de un deber genérico de buena fe en las relaciones contractuales, un análisis más atento demuestra que semejante aserto no puede formularse en términos apodícticos.

En este sentido, se advierte que, en un número creciente de decisiones, en el *Common Law* (especialmente en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos) los tribunales vienen acudiendo a la regla del *good faith* a los efectos de ponderar el comportamiento de las partes en la fase de las tratativas, así como también durante la conclusión y ejecución de los contratos. Más precisamente, el reconocimiento a nivel jurisprudencial de la regla en materia contractual ha estado referido a la valoración de la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil, que es frecuente utilizar en los negocios por adhesión o celebrados a condiciones generales<sup>3</sup>.

Con todo, en el sistema jurídico angloamericano la operatividad del *good faith* continúa respondiendo a un diseño de estructura casuística. Así, las aplicaciones de esta regla se circunscriben a supuestos de hecho bien definidos. Creemos que ésta es la diferencia fundamental que aún subsiste entre este sistema y el de base romanista. Desde luego, no puede sorprendernos la aplicación circunstanciada de las reglas derivadas de la buena fe en el *Common Law*, en tanto éste se conforma como un sistema “abierto” (en constante proceso de formación jurisprudencial), donde –por lógica consecuencia– la ley (que, de ordinario, reglamenta el principio a través de normas generales y abstractas en los ordenamientos continentales) no tiene asignado un carácter monopólico y ni tan siquiera un puesto de privilegio entre las fuentes de producción normativa<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. G. ALPA. “Contratto nei sistemi di Common Law”, en *Digesto della discipline privatistiche. Sezione civile*, IV, Turín, UTET, 1989, pp. 181 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. S. J. BURTON. “L'esecuzione del contratto secondo buona fede” [título original: *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, trad. esp. de S. DI PAOLA y R. PARDOLESI], en *Rivista critica del diritto privato*, año II, n. 1, marzo de 1984, Bolonia, Il Mulino, pp. 13 y ss.

<sup>4</sup> Sobre los elementos y la estructura del *Common Law* desde una mirada latinoamericano-céntrica, remitimos en general a J. C. CUETO RÚA. *El “Common Law”*. Su estructura normativa. Su enseñanza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, *passim*; J. J. SANTA-PINTER. *Elementos de introducción al “Common Law” y “civil law”*, Buenos Aires, Depalma, 1963, *passim*; J. GOTTHEIL. *Common Law y Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, *passim*. Algunos trazos comparativos entre el sistema del *Common Law* y el continental-europeo (romano), con particular referencia al derecho latinoamericano, pueden apreciarse en el interesante opúsculo de P. J. EDER.

En tal contexto, corresponde analizar en qué medida, con qué intensidad y en cuáles supuestos engarza la buena fe –en perfecta simbiosis con el sistema paralelo que supone la *equity*<sup>5</sup>– en el sistema contractual del *Common Law*, en tanto mecanismo que puede servir para modular los comportamientos contractuales e identificar la solución jurídica más adecuada<sup>6</sup>. El presente trabajo se propone examinar algunas aristas críticas de esta problemática.

## § 2. LA BUENA FE COMO PAUTA DE PONDERACIÓN DEL EJERCICIO DE PODERES CONTRACTUALES DISCRECIONALES

Entre las aplicaciones más relevantes que ha merecido el principio de buena fe en la experiencia del *Common Law*, nos interesa abordar en esta sede aquella que se dirige a regular la discrecionalidad de las partes *in executivis*, es decir cuando dicho principio viene aplicado al comportamiento de éstas durante la fase de ejecución del contrato.

En esencia, esto significa que la regla de la buena fe reclama su actuación en relación con aquellos casos en los cuales las partes, al momento de otorgar el contrato, omiten disciplinar ciertos aspectos de éste (por ejemplo: lo relativo al precio, al tiempo de cumplimiento y a eventuales variables condicionales). De esta manera, la determinación de tales cuestiones queda diferida a un momento ulterior (*deferred decisions*) y librada al criterio de uno de los contratantes ("sujeto controlante") por la concesión que la otra parte ("sujeto dependiente") autoriza en la instancia de celebrarse el negocio<sup>7</sup>.

La hipótesis de aplicación de la buena fe que estamos analizando se deriva del presupuesto de que todo contrato importa "un intercambio expresado de manera imperfecta y proyectado hacia un futuro incierto". Así, cada una de las

*Principios característicos del "Common Law" y del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pp. 3 y ss., donde el autor enuncia las principales diferencias entre uno y otro sistema, a saber: a) para el sistema romano la fuente por excelencia es la ley, la obra del legislador, mientras que en el angloamericano lo es la jurisprudencia, o *case law* (derecho no escrito); b) el factor histórico también cuenta, puesto que el sistema de derecho romano desde Justiniano hasta la actualidad ha estado producido (o reproducido) bajo la forma de un "código", lo cual no ha ocurrido en el derecho angloamericano; c) finalmente el autor destaca un factor que denomina "psicológico", por cuanto la idiosincrasia anglosajona se muestra más proclive a consultar las experiencias del pasado en lugar de volcarse al razonamiento abstracto.

<sup>5</sup> La *equity* engloba un conjunto de reglas y principios que forman un apéndice o glosa a las normas generales del derecho. Así, la *equity* –conforme a una antigua definición– "es una rectitud que considera todas las circunstancias especiales de un hecho", o dicho de otro modo significaría en la actualidad "la aplicación de consideraciones de *fairness* (limpieza, rectitud, del *fair play*: trato o juego limpio) y justicia frente a la letra del Derecho" (J. J. SANTA-PINTER. *Elementos de introducción al "Common Law" y "civil law"*, cit., p. 34).

<sup>6</sup> Cfr. A. SASSI. *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, Università degli Studi di Perugia, 2006, p. 391.

<sup>7</sup> Cfr. A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", en *Rivista critica del diritto privato*, año II, n. 3, septiembre de 1984, Bologna, Il Mulino, p. 558.

partes deposita su confianza en la buena fe de sus respectivos *partners*, pues una planificación detallada del modo en que dicho intercambio ha de ser efectuado resulta imposible (o al menos inconveniente) en razón de la dinámica propia que caracteriza al tráfico negocial.

Nótese que en el derecho estadounidense de fuente escrita (*statute law, written law*)<sup>8</sup>, tanto el *Uniform Commercial Code* (§§ 1-201<sup>9</sup> y 1-304<sup>10</sup>) como el *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205<sup>11</sup>) consagran expresamente la vigencia de un deber general de ajustar la conducta de los contratantes al imperativo de la buena fe. Pese a este reconocimiento normativo, en la práctica se constatan algunas dificultades a la hora de identificar un *standard* genérico susceptible de delimitar positivamente qué debe interpretarse por la ejecución de un contrato conforme a la buena fe<sup>12</sup>. Así las cosas, la doctrina de la buena fe *in executivis* se perfila como

<sup>8</sup> Adviértase que en el *Common Law* estadounidense tanto *Uniform Commercial Code* como el *Restatement (Second) of Contracts* constituyen tentativos de uniformar el derecho de fuente judicial, y, en rigor, no son vinculantes para el juzgador como –en cambio– sí lo es el precedente jurisprudencial (*stare decisis*). Sin embargo, dichas compilaciones de normas, toda vez que recogen criterios ya consolidados por la jurisprudencia, son especialmente tenidas en consideración por los jueces al momento de emitir sus pronunciamientos.

<sup>9</sup> La parte II del art. 1 [*General Provisions*] del *Uniform Commercial Code* que lleva por lema *General Definitions and Principles of Interpretation*, contiene las definiciones y reglas fundamentales que son necesarias para la correcta hermenéutica y aplicación de las normas operativas del texto legal. Así el § 1-201, bajo el epígrafe *General Definitions*, dispone que se debe entender por buena fe en el apartado (b) inciso (20): “Good faith except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing [La buena fe, con excepción de lo dispuesto en el § 5, significa honestidad en el comportamiento y la observancia de los criterios razonables del trato justo (= honrado, claro, equitativo) en las relaciones comerciales]”. El § 5-102, al que se hace referencia en dicha norma, trata sobre las letras de crédito (*letters of credit*) y, en este contexto, la definición de buena fe que consigna el *Uniform Commercial Code* es la siguiente: “(7) Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned [La buena fe significa honestidad en la conducta o en la transacción de que se trate]”.

<sup>10</sup> Este parágrafo se ubica en la sección que contiene las normas operativas del *Uniform Commercial Code* (parte III del art. 1, titulada *Territorial Applicability and General Rules*), bajo la rúbrica *Obligation of Good Faith*, y preceptúa lacónicamente: “Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement [Todo contrato o deber (= obligación) en el marco del Código de Comercio Uniforme impone la obligación de actuar de buena fe en su cumplimiento y ejecución]”.

<sup>11</sup> El § 205, cuyo epígrafe es *Duty of good faith and fair dealing* (deber de buena fe y de trato honrado), dispone que “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement [Todo contrato impone a cada una de las partes el deber de buena fe y de trato justo en su cumplimiento y en su ejecución]”.

<sup>12</sup> Cfr. R. S. SUMMERS. “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code”, en *Virginia Law Review*, 54, 1968, pp. 195 y ss., quien advierte que la buena fe “[...] is a concept that cannot be defined but excludes heterogeneous instances of bad faith”, en efecto –precisa este autor– la buena fe es una fórmula privada de significado general propio y sirve para excluir un amplio espectro de formas heterogéneas de mala fe. En un contexto particular la fórmula asume un significado preciso, pero lo más frecuente es que esto se verifica solamente por contraste respecto de la forma específica de mala fe de la que efectiva o hipotéticamente se trate (p. 201). Sin embargo, SUMMERS luego identifica seis categorías de comportamientos contrarios a la buena fe, a saber: a) desnaturalización del “espíritu” del acuerdo; b) negligencia e inercia (desidia);

resultado de su implementación por los jueces y jurados en cada caso concreto. Y, precisamente, la reiterada aplicación judicial de estas soluciones puntuales ha enriquecido notoriamente la posibilidad de construir una formulación, en cierta medida orgánica, de la buena fe.

Por otra parte, se advierte que los tribunales en algunas ocasiones han empleado la doctrina de la ejecución de buena fe para dar efectividad a la "intención de las partes" o para proteger sus "expectativas razonables". Empero, tales estándares evitan que la búsqueda se focalice sobre aquellos deberes impuestos a los contratantes independientemente de lo que ha sido objeto de expresa convención, que en última instancia constituye el campo de actuación más fecundo de la buena fe<sup>13</sup>.

Comoquiera que sea, es necesario diferenciar el incumplimiento de un contrato cuya ejecución no se ha ajustado al patrón de conducta impuesto por la buena fe, de aquellos otros supuestos de incumplimiento derivados de la falta de observancia de una promesa simple y expresa. Y es en este marco donde se inserta el concepto de discrecionalidad en la ejecución del contrato<sup>14</sup>.

## § 2.1. EL "PACTO IMPLÍCITO" DE BUENA FE COMO MECANISMO IDÓNEO PARA LA EXIGIBILIDAD DE UN DEBER CONTRACTUAL DE LEALTAD

La elaboración doctrinal que ha recepcionado el deber de ejecutar el contrato conforme a la buena fe fue articulada por primera vez en el año 1933 por la Court of Appeals de Nueva York en la causa *Kirke La Shelle Co. vs Paul Armstrong Co.*<sup>15</sup>. Se

c) intención deliberada de cumplimentar solamente una *substantial performance*; d) abuso del poder discrecional de especificar términos o condiciones de la convención; e) abuso de la prerrogativa de determinar aquiescencia; f) interferencia o falta de cooperación para la ejecución de la prestación de la contraparte (pp. 232-243). El autor individualiza tales categorías tanto en relación con la formación como a la ejecución del contrato, pero no realiza un esfuerzo en el sentido de desarrollar una teoría unitaria dirigida a explicar los rasgos comunes de dichas categorías.

<sup>13</sup> La doctrina de la ejecución de buena fe debe distinguirse netamente de la *unconscionability* que obtuvo recepción normativa en el derecho estatutario estadounidense (cfr. § 2-302 del *Uniform Commercial Code* y § 208 del *Restatement (Second) of Contracts*). La *unconscionability*, en prieta síntesis, consiste en una defensa enderezada a enervar una pretensión de la contraparte que, aprovechándose ilegítimamente de su poder superior durante el proceso de negociación, intenta hacer valer la ejecución del contrato en su exclusivo beneficio y en franco detrimento de aquélla. Con ella se ofrece a los tribunales un criterio para negar la vinculatoriedad (total o parcial) de un contrato que presenta términos manifiestamente injustos para uno de los contratantes, por no haber sido el producto de una elección significativa de ambas partes o porque su contenido ha sido predeterminado unilateralmente (contratos por adhesión y predispuestos). Así, la *unconscionability* se erige en un límite a la autonomía contractual que permite a los tribunales efectuar un control sobre la relación negocial y someter la intención expresada por las partes a los intereses de la justicia. Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 17, nt. 14.

<sup>14</sup> S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 25, nt. 40, con amplia cita de precedentes judiciales en los cuales se ha asimilado la buena fe con una obligación implícita de no abusar de la discrecionalidad en la exigibilidad de la prestación.

<sup>15</sup> En extrema síntesis el caso ha sido el siguiente: la actora (*Kirke La Shelle Co.*) en la composición extrajudicial de un litigio precedente había dejado sentado su derecho (derivado de

decidió entonces que en todo contrato existe un pacto implícito por el cual ninguna de las partes puede realizar una actividad que tenga el efecto de cercenar el derecho de la otra a disfrutar de las ventajas normales del contrato. Este pacto implícito de buena fe impone, en esencia, un empeño de cooperación recíproca, una exigencia de comportamiento honesto que recae en cabeza de ambos contratantes<sup>16</sup>.

Ahora bien: la discrecionalidad en la ejecución es susceptible de reconocer un doble origen. Por un lado, las partes pueden deliberadamente considerar que sea para ellas ventajoso, al momento de la formación del contrato, postergar el tratamiento de un aspecto particular del mismo o bien conferirle autoridad decisoria sobre tal aspecto a una de ellas. Por otro lado, la discrecionalidad puede inclusive derivar —con un efecto similar al del supuesto anterior— directamente de la falta de claridad (ambigüedad) o del silencio (laguna) del contrato<sup>17</sup>.

Seguidamente ilustraremos el tema, analizando supuestos que se refieren a la discrecionalidad acerca de la cantidad, del precio, del tiempo y de aspectos condicionales de un contrato.

(A) En primer lugar hay decisiones que las partes difieren y tienen que ver con la cantidad de una prestación de dar. Así, por ejemplo, en los contratos de

un contrato de representación) a obtener la mitad de las utilidades brutas por las futuras ejecuciones teatrales de un drama, así como el derecho a otorgar la aprobación individual sobre cada contrato que la demandada (*Paul Armstrong Co.*) celebrara, sea de venta, licencia u otros acuerdos relativos a los trabajos de montaje y preparación de la obra. Quedaron exceptuados del acuerdo los derechos correspondientes a eventuales proyecciones cinematográficas de la obra, de los cuales la demandada podía disponer libremente. Así fue que, sin procurarse la previa aprobación de la actora, la demandada cedió onerosamente los derechos para el film sonoro. Por consiguiente, la primera inició acción reclamando la mitad del precio por dicha cesión, invocando el mismo criterio oportunamente convenido para las reproducciones teatrales de la obra. La *Court of Appeals* resolvió conferirle razón a la actora ya que el sonoro no estaba comprendido en la categoría de la *contemplation* de las partes cuando habían exceptuado los derechos cinematográficos (cabe recordar que recién en 1927 se estrenó la primera película con sonido), y habría debilitado el mercado para la representación teatral y, consecuentemente, reducido las ganancias que correspondían a la actora. La promesa expresa que otorgaba a esta última un derecho de aprobación debía considerarse violada. El problema central era encontrar un remedio para acordar a la actora la mitad de las ganancias por la cesión de los derechos cinematográficos. La Corte, entre otros argumentos, fundó su decisión en la idea de un pacto implícito de buena fe y *honeste agere* para hacer lugar al reclamo de la actora y atribuirle responsabilidad a la demandada por incumplimiento contractual.

<sup>16</sup> Con ello, las locuciones "buena fe" y "actuar lealmente" parecen tener en este pacto significados equivalentes. Si bien se podría pensar en adscribir a la primera un significado subjetivo y a la segunda uno objetivo, en la jurisprudencia —tal como lo destaca S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 26, nt. 43— no se encuentra plasmado un distingo de esta índole.

<sup>17</sup> Es, justamente, la potencial ausencia de claridad y autosuficiencia la que torna necesario el reconocimiento de un pacto implícito de buena fe en todo contrato. En estas hipótesis se habla de "discrecionalidad residual", es decir de la reglamentación de ciertas cuestiones que las partes difieren a un momento ulterior. La discrecionalidad también puede derivar en la instancia de ejecución del contrato de eventos imprevistos que las partes no han previsto ni podían prever empleando una normal diligencia. Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 26, nt. 44.

suministro a menudo se emplea la fórmula "lo que fuere necesario satisfacer". El adquirente en un contrato estipulado de esta forma tiene el control efectivo de la cantidad que debe recibir porque puede manipular la "cuantía necesaria", modificando sus maniobras en el proceso de producción, comercialización y consumo del producto. Es cierto que, en el momento de la formación, la parte dependiente habría podido insistir sobre los términos cuantitativos del contrato o habría podido requerir un acuerdo con previsiones detalladas que permitieren gobernar el método adoptado por la otra parte para concluir los negocios. Sin embargo, la flexibilidad y la simplicidad que presenta un contrato de suministro otorgado en dichos términos compensan el eventual riesgo de que se verifiquen tales manipulaciones. La cuantía necesaria, en todo caso, debe ser fijada en consonancia con la buena fe. La conducta precedente de las partes es parámetro útil para determinar si la conducta de la parte controlante se compadece con este principio.

(B) En otras oportunidades las partes pueden diferir la determinación del precio. En la mayor parte de las jurisdicciones de *Common Law*, para que un contrato pueda reputarse concluido, el acuerdo relativo al precio es un término esencial y debe ser expresamente establecido o, al menos, ha de ser posible su determinación en base a ciertos criterios objetivos. No obstante, se verifican algunas tendencias favorables a dar vía libre a la ejecución de un contrato en el cual el precio debe ser fijado conforme a la regla de la buena fe. En efecto, es frecuente que el término relativo al precio se deje abierto, de modo que sea posible su variación en función de las ventas, la producción u otros factores. De ahí que la buena fe sea requerida cuando una de las partes controla las variables que determinan el precio<sup>18</sup>.

(C) Respecto del momento o tiempo de la ejecución, también puede ocurrir que se deje librado a una de las partes el determinar cuándo ejecutará las prestaciones que se encuentran a su cargo, o bien cuándo la otra parte deberá cumplimentar aquellas que le incumben, e inclusive cuándo el contrato será disuelto. Todas estas decisiones discrecionales conferidas a una de las partes también han de ser adoptadas en el máximo respeto de la buena fe<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 28, donde el autor cita diversos pronunciamientos de los tribunales en los que la estimación del precio deferida a una de las partes debe adecuarse a la buena fe y, por lo tanto, no puede ser arbitraria; o bien mediante la admisión de un *pactum de contrahendo* relativo al precio según el cual las partes deben negociar el mismo de buena fe. Con relación al primer supuesto, por ejemplo, el autor cita (nt. 51) la causa *Krauss v. Kruechler*, 300 Mass. 346, 15 N. E. 2d. 207 (1938), en la cual fue convalidada la valoración por parte de una sociedad (cuyas cuotas no se encontraban estimadas dinerariamente) de las acciones a ser adquiridas luego de la muerte de un socio (cfr. *Restatements [Second] of Contracts* § 205). Nótese –tal como lo asevera el autor citado– que, partiendo del presupuesto de que el precio es "determinable", ningún tribunal considera que los términos fluctuantes puedan afectar la validez del contrato (nt. 55).

<sup>19</sup> En este sentido S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 29, nt. 57, enuncia los siguientes casos jurisprudenciales: a) posibilidad de requerir la entrega sin las limitaciones de tiempo acordadas (*Sylvan Crest Sand & Gravel C. v. United States*, 150 F. 2d 642 [ed Cir. 1945]); b) receso *ad nutum* de un contrato de trabajo (*MacKinney v. National Dairy Council*, 491 F. Supp. 1108 [D. Mass. 1980]); c) acuerdo para recoger una cosecha

(D) Finalmente, una decisión concerniente al efecto vinculante de una promesa contractual para una de las partes puede ser postergada cuando el contrato está sujeto a condiciones. Así, cuando el acaecimiento de la condición se encuentra bajo la esfera de control de una parte, ella debe actuar de buena fe. Por ejemplo, a un contratante cuya prestación se halla condicionada a la aprobación administrativa de sus proyectos o a otros contratos correlacionados se le puede exigir que obre conforme a la buena fe para garantizar que se verifique la condición. Igualmente, una parte que se vea beneficiada por una condición potestativa (o "de satisfacción") debe comportarse de buena fe a la hora de proclamar que la misma no ha sido satisfecha mediante la prestación ofrecida por el co-contratante<sup>20</sup>.

Para concluir, es dable observar que la doctrina de la ejecución de buena fe en las hipótesis que hemos reseñado ha de ser empleada para proteger a la parte más vulnerable de la relación. Sin embargo, cabe notar que –a diferencia de la *unconscionability*<sup>21</sup>– los conceptos de "debilidad" o "fortaleza" en este contexto no provienen de asimetrías en el poder de negociación de las partes. Los casos relevados, por el contrario, conciernen a transacciones individuales celebradas a menudo entre hombres hábiles en el mundo de los negocios. Por ello, la fuerza relativa de la parte que ejerce la discrecionalidad se deriva, ordinariamente, de un acuerdo de las partes por virtud del cual se le confiere el control de un término o aspecto esencial del contrato. La parte denominada "dependiente", entonces, queda librada a la buena fe del contratante que asume dicho control<sup>22</sup>.

A nuestro juicio, la buena fe en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales se resume en una configuración dual: por un lado, la *confianza* que el sujeto dependiente depone en el sujeto controlante, y, por otro, la *lealtad* con que este último debe restituir tal deferencia al primero. El sujeto que controla variables estratégicas del contrato debe ser fiel y leal en su proceder para no defraudar las expectativas que legítimamente pudieron haberse suscitado en la contraparte, que confiara en su prudencia al concederle dicho control<sup>23</sup>.

con discrecionalidad a la hora de decidir cuándo la misma se encuentra madura (*Dorsey Bros v. Anderson*, 264 Md. 446, 287 A. 2d 270 [1972]); d) acuerdo para pagar una deuda vendiendo un inmueble y gozando de discrecionalidad para decidir cuándo realizar la venta (*Simon v. Etgen*, 213 N.Y. 589, 107 N.E. 1066 [1915]; e) promesa de vender títulos con discrecionalidad de resolver el contrato en caso de que las condiciones del mercado no sean favorables (*Richard Bruce & Co. v. J. Simpson & Co.*, 40 Misc. 2d 501, 243 N.Y.S 2d. 503 [Sup. Ct. 1963]).

<sup>20</sup> Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 30, quien aclara que hay *standars* diferenciados que se aplican a las condiciones objetivas de satisfacción y a aquellas de satisfacción personal. Así, *v. gr.*, cuando la prestación se refiere a cuestiones de idoneidad mecánica, la insatisfacción debe ser tal que una persona razonable no podría considerarse insatisfecha en circunstancias similares (nt. 61).

<sup>21</sup> Sobre el tema, ver nota 14 de este trabajo.

<sup>22</sup> S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., pp. 30 y ss.

<sup>23</sup> Según la acepción principal que registra el Diccionario de la Real Academia Española, "discrecional" significa "que se hace libre y prudencialmente". Para el mismo Diccionario, "confianza" es la "esperanza firme que se tiene de alguien o algo", y "lealtad" es "cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien".

## § 2.2. LA DISTINCIÓN ENTRE USOS LEGÍTIMOS Y USOS ILEGÍTIMOS DE LA DISCRECIONALIDAD

Para apreciar si el sujeto que goza de la discrecionalidad efectúa un uso legítimo de ella hay que atender a las razones que han motivado su obrar. La formulación del pacto implícito de buena fe y de *honeste agere* acuñada en el caso *Kirke La Shelle* sugiere dos perfiles posibles: que una parte haya dejado de recibir los beneficios que esperaba del contrato o que la otra parte haya causado intencionalmente un daño. En rigor, que la parte dependiente no haya recibido los beneficios previstos no es un factor decisivo, pues el sujeto que goza de discrecionalidad puede privar de los beneficios a la otra parte por razones valederas, y, en tales hipótesis, el empleo que hace de la discrecionalidad es perfectamente legítimo. En igual sentido, las cortes, recordando que la buena fe no debe ser usada como un vehículo para cohonestar el arbitrio judicial, aseguran tutela al sujeto que actúa sin un objetivo impropio, es decir motivado en razones atendibles<sup>24</sup>.

La regla en cuestión puede explicarse mediante el ejemplo dado por una serie de contratos de locación comercial en los cuales el precio del canon locativo había sido pactado en un porcentaje de las ganancias que percibiría el locatario-conductor como resultado de su actividad empresarial. Así, el conductor gozando de discrecionalidad —reconocida por el otro sujeto en el mismo contrato— alteró el volumen de sus negocios de manera tal que quedaron reducidas las ventas operadas en los locales comerciales arrendados a precio variable y, por lo tanto, la suma debida al locador como canon resultó asimismo aminorada. Adviértase que ello no significó de modo alguno que el conductor globalmente viera acotadas sus utilidades, por cuanto siguió percibiéndolas, ora por haberlas transferido en otros locales que había alquilado del mismo locador pero sobre la base de un canon fijo, ora abriendo tiendas comerciales concurrentes en la misma zona y desviando la clientela hacia ellas<sup>25</sup>.

El locador fue vencido en dos causas sobre un total de tres, si bien el locatario en todos los casos había reducido el canon efectivo a pagar en virtud de la fórmula contractual convenida para su determinación. En efecto, en aquellos supuestos en que el conductor había abierto negocios concurrentes en la misma zona, la Corte observó simplemente que esto era legítimo y no repugnaba a la buena fe, pues las grandes cadenas usualmente continúan incrementando el número de sus puntos de venta<sup>26</sup>. En otros casos en los que el conductor había transferido la parte lucrativa de sus negocios a otros locales situados en el mismo edificio (a los que

<sup>24</sup> Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 31, nt. 66, donde cita las siguientes causas: *E. J. Albrecht Co. v. New Amsterdam Cas. Co.*, 164 F. 2d 389 (7th Cir. 1947); *Dorsey Bros v. Anderson*, 264 Md. 446, 287 A. 2d 270 (1972); *Tillet v. Deering, Milliken & Co.*, 88 N.Y.S. 2d 148 (Sup. Ct. 1948).

<sup>25</sup> S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., pp. 31 y ss.

<sup>26</sup> *Food Fair Stores, Inc. v. Blumberg*, 234 Md. 521, 535, 200, A. 2d 166, 174 (1964), citado por S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 32, nt. 70.

se aplicaba un canon fijo), la Corte consideró que aquel era libre de decidir por razones operativas sobre qué piso del edificio colocar dicha parte de sus negocios en ausencia de fraude, engaño o un pacto expreso en contrario<sup>27</sup>. En cambio, en las hipótesis en que el conductor había desviado sus negocios "con el solo y único objeto" de disminuir las utilidades en los locales alquilados se constató una violación directa del pacto implícito de buena fe<sup>28</sup>.

En suma, el hecho de que quien ejercita la discrecionalidad cause a la parte dependiente la pérdida de algunos o de todos los beneficios que esta última se esperaba que derivarían del contrato es insuficiente *per se* para considerar que hubo una ejecución contraria a la buena fe. En cambio, es un factor clave para establecer si se verificó una violación del pacto implícito de buena fe en la ejecución del contrato, la finalidad que movilizó el obrar del sujeto que ejercita la discrecionalidad. Seguidamente nos explayaremos algo más sobre esta idea.

### § 2.3. CONCRECIÓN DE LA BUENA FE EN EL COMMON LAW: LA "REASONABLE CONTEMPLATION" DE LAS PARTES

La doctrina de la ejecución conforme a la buena fe viabiliza el ejercicio de la discrecionalidad con cualquier finalidad –comprendidos los fines comerciales ordinarios– siempre que "razonablemente" se encuentre dentro de aquello que ha sido contemplado por las partes. Se configuraría así un incumplimiento del contrato por haberse ejecutado contra la buena fe, siempre que una parte haga uso de su discrecionalidad por una razón que trasciende el ámbito contemplado (el objetivo que los contratantes tenían en mente al prever el ejercicio del poder discrecional); en otras palabras, una razón que se encuentra más allá de los riesgos asumidos por la parte que invoca el incumplimiento<sup>29</sup>.

El estándar de la *contemplation*, como parámetro para dirimir si la ejecución del contrato se acomoda o no a la buena fe, es útil por cuanto permite discernir –a grandes rasgos– el deber de actuar respetando este principio de aquellos deberes impuestos a las partes sea por razones de *public policy*, sea para evitar el enriquecimiento injustificado. Además, este criterio sugiere dos interrogantes específicos que cabe plantearse en aras de explicar qué se entiende por buena fe *in executivis*, a saber: (1) ¿cuál era la finalidad de la parte autorizada a obrar discrecionalmente?;

<sup>27</sup> *Mutual Life Ins. Co. v. Tailored Woman, Inc.*, 309 N.Y. 248, 128 N.E. 2d 401 (1955), citado por S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 32, nt. 71.

<sup>28</sup> *Goldberg 168-05 Corp. v. Levy*, 170 Misc. 292, 294, 9 N.Y.S. 2d 304, 306 (Sup. Ct. 1938), *modified and aff'd*, 256 A.D. 1086, 11 N.Y.S. 2d 315 (1939), citado por S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 32, nt. 72.

<sup>29</sup> Cfr. S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., p. 33, nt. 75, quien reproduce lo argumentado en la decisión de la causa *Boone v. Kerr-McGee Oil Indus.*, 217 F. 2d 63, 65 (10th Cir. 1954).

y, una vez resuelta esta cuestión, (2) ¿se encontraba tal finalidad dentro de la razonable previsión o contemplación de las partes?<sup>30</sup>

El primer interrogante importa indagar en el intento subjetivo. La segunda pregunta, en cambio, se resuelve en una averiguación objetiva, que presupone el curso normal y ordinario de los acontecimientos que las partes esperan o deberían esperar en la instancia de la formación del contrato, y con referencia al cual ellas implícitamente contratan en ausencia de términos expresos en sentido contrario<sup>31</sup>.

Sin embargo, no han faltado las voces críticas con respecto al estándar de la *contemplation*, afirmándose que deja un margen muy amplio para manipulaciones e invenciones. Así, se ha argumentado que este criterio suministra una guía bastante escasa para determinar cuáles de las posibles expectativas al momento de la formación del contrato y cuáles de los eventuales motivos durante su ejecución pueden representar indicadores eficientes de que se trata de una ejecución conforme o contraria a la buena fe. El estándar de la *contemplation* solamente impone escudriñar la intención de las partes y sus razonables expectativas, lo cual nos pone frente —concluye la crítica— a una “[...] totalidad amorfa de circunstancias al momento de la formación del contrato”<sup>32</sup>.

### § 3. UN CASO PARADIGMÁTICO EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

En el derecho italiano se recuerda como un paso decisivo para la definitiva inclusión de la buena fe objetiva entre las fuentes de integración del contrato la sentencia

<sup>30</sup> Los casos de las locaciones “a porcentaje” que hemos reseñado pueden ser explicados a la luz de este enfoque. En efecto, allí donde el conductor había abierto puntos de venta concurrentes en la misma zona o vecindad, la Corte afirmó que no había nada de “insólito” en el hecho que las grandes cadenas de distribución aumentasen el número de sus propios negocios, concluyendo que el acto era conforme a la buena fe. Se entendía que implícitamente la conducta del demandado (locatario-conductor) estaba comprendida en el curso ordinario de los negocios y, por lo tanto, en el ámbito de lo razonablemente contemplado por las partes. En los supuestos en los que el conductor había transferido parte de sus negocios a otros locales ubicados en pisos del edificio a los que se les aplicaba un canon fijo, el reacomodamiento de las mercaderías en el espacio locado fue igualmente considerado como una práctica comercial corriente que no repugnaba a la buena fe. En cambio, cuando el conductor había desviado los clientes en otros locales con el solo propósito de reducir sus ingresos en dichos locales, las motivaciones del conductor se colocaban fuera de los “confines” [= ámbito de lo previsto o contemplado por las partes] del contrato. La solución es justa dado que el locador habría podido razonablemente presuponer que ciertas variaciones del canon porcentual derivarían de factores de mercado incidentes sobre el volumen de los negocios en los locales alquilados por el conductor. Pero, asimismo, se podía razonablemente excluir que las partes hubiesen contemplado, al momento de la formación del contrato, la facultad del conductor de interferir en el flujo de los clientes para reducir las ventas en los locales arrendados. Cfr. S. J. BURTON. “L'esecuzione del contratto secondo buona fede”, cit., p. 34, nt. 79.

<sup>31</sup> S. J. BURTON. “L'esecuzione del contratto secondo buona fede”, cit., p. 34.

<sup>32</sup> Ídem.

de la Corte de Casación Civil dictada en el año 1994 con motivo de la causa promovida por el Comune di Fiuggi contra el Ente Fiuggi S.p.a.<sup>33</sup>.

Pasemos a exponer los hechos que motivaron el pronunciamiento. Se trataba de un complejo de establecimientos termales destinados a la producción de agua mineral que la Comuna de la localidad de Fiuggi había concedido en favor de una sociedad comercial denominada Ente Fiuggi S.p.a. Esta sociedad, como contrapartida del derecho a la explotación del complejo de termas y surgentes para la producción del agua mineral, debía pagar un canon periódico a la Comuna de Fiuggi, pactándose que la cuantía de tal canon estaría directamente ligada al "precio de fábrica de las botellas", es decir que sería proporcional a este último. El punto neurálgico del asunto es que, según los términos del contrato, para la determinación del precio de fábrica de las botellas de agua mineral el Ente Fiuggi gozaba de un margen de discrecionalidad. Es así que, escudándose en la literalidad de esta cláusula del contrato, dicho Ente mantuvo inamovible el precio de fábrica y, consecuentemente, quedó asimismo congelado el canon previsto en favor de la Comuna desde el año 1983, no obstante que en el ínterin el precio de venta al público de las botellas había experimentado reiterados aumentos a raíz de la depreciación de la moneda<sup>34</sup>.

Frente a esta situación de notable desventaja, la Comuna de Fiuggi entabla demanda contra la sociedad concesionaria reclamando la resolución del contrato con más el resarcimiento de los daños causados, con fundamento en la inobservancia de las reglas de la *correttezza* (lealtad comercial) y de la buena fe objetiva. Luego de haber sido desestimada la demanda por el juez de grado, en la primera instancia recursiva la Corte di Appello confirmó el rechazo de la pretensión de la actora por considerarla desprovista de sustento. La decisión de mérito se motivó en la imposibilidad de reconocer en favor de la Comuna de Fiuggi un derecho contra el concesionario para que éste incrementase el precio de fábrica de las botellas y así lograr adecuar el canon a la depreciación de la moneda; además se argumentó que no era lícito invocar un pretendido comportamiento en desprecio

<sup>33</sup> *Cassazione Civile*, 1 Sezione, 20 de abril de 1994, n. 3775, publicada en *Giurisprudenza Italiana*, n.º 1-1, Turín, UTET, 1995, pp. 852 y ss., con nota de L. PICARDI. Se trata de un auténtico *leading case* en la materia, ya que revalorizó el rol sistemático de la buena fe en tanto fuente de integración del vínculo contractual, incidiendo en su fase de ejecución y, en particular, en el ejercicio de la discrecionalidad convencionalmente atribuida a una de las partes. Al respecto puede consultarse también: G. NANNI. "Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede", en *Contratto e Impresa*, Padua, Cedam, 1994, pp. 475 y ss.; V. CARBONE. "La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale", en *Il Corriere Giuridico*, Milán, IPSOA, 1994, pp. 566 y ss.

<sup>34</sup> Se ha descrito este caso como una maniobra de *escamotage*, puesto que la sociedad *Ente Fiuggi* no obstante la inflación congeló el precio de fábrica de las botellas que eran vendidas a otra sociedad perteneciente al mismo grupo económico, la cual, a su vez, las distribuía a los precios de mercado. De esta manera la sociedad concesionaria no pagaba aumentos de canon, sin que ello le impidiese al *holding* del que formaba parte favorecerse con la venta de las botellas de agua mineral a un precio que resultaba permanentemente actualizado dada la desvalorización monetaria (G. NANNI. "Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede", cit., p. 475).

de las reglas de la lealtad y de la buena fe de parte del ente concesionario, toda vez que se había incorporado al contrato un específico pacto que le confería a éste plena libertad para fijar los precios de venta<sup>35</sup>.

A la hora de revisar la legitimidad del decisorio, la Corte di Cassazione, en cambio, consideró que la conducta de la sociedad concesionaria –si bien en ejercicio de una discrecionalidad que le consentía bloquear el precio de fábrica de las botellas maguer la depreciación de la moneda (impidiendo en consecuencia a la Comuna conseguir el ajuste del canon cuyo importe consistía en un porcentaje de dicho precio)– era contraria al principio de buena fe (art. 1175 cód. civ. italiano). Se arguyó en este sentido que la *correttezza* constituye una regla que gobierna la discrecionalidad y por tanto no puede admitirse su abuso, advertido en la especie a partir de la conducta de la concesionaria que condujo al envilecimiento del canon. Añadiéndose que, atento a su valor imperativo, la buena fe concurre a formar la *regula iuris* aplicable al caso concreto, determinando *integrativamente* el contenido y los efectos de los contratos (art. 1374), en respeto del deber que exige de cada una de las partes salvaguardar el interés del otro contratante, en la medida en que esto no importe un apreciable sacrificio del propio interés<sup>36</sup>.

Si bien el fallo en cuestión ofrece una multiplicidad de perfiles interesantes para el análisis, en esta sede puntualizaremos solo algunas conclusiones. En primer lugar, observamos que la calificación de la buena fe como fuente autónoma de integración y del comportamiento contrario a ella como incumplimiento contractual es coherente con la aplicación del remedio de la resolución del contrato<sup>37</sup>.

Por otra parte, en el caso de marras se advierte que el principio de buena fe ha servido para ponderar la conducta discrecional de una de las partes a la hora de fijar el importe del canon. Como hemos visto, esta modalidad de aplicación

<sup>35</sup> Como puede apreciarse el pronunciamiento de la *Corte di Appello* reflejaba la tradicional defensa del principio voluntarista: la sociedad concesionaria no tenía la obligación de aumentar el precio de venta de las botellas que el productor percibía del distribuidor para adecuarlo a la desvalorización de la moneda, y de este modo permitir el correlativo ajuste del canon debido a la Comuna, ya que ninguna obligación en este sentido había sido expresamente "prevista" en el contrato (G. NANNI, "Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede", cit., pp. 475 y ss.).

<sup>36</sup> De este modo la función integradora de la buena fe se concreta en la imposición de un "deber de salvaguardia", particularmente expresivo de la "cooperación" debida entre las partes durante la ejecución del contrato. Este compromiso de "solidaridad" (valor de rango constitucional, conf. art. 12 Const. italiana) que se proyecta más allá del contenido de las obligaciones y de los deberes de consideración por el otro, encuentra su límite en el interés propio del agente. El mismo está obligado a dejar a salvo los intereses ajenos pero no hasta al punto de sufrir un apreciable sacrificio sea personal o económico. En tal carácter, la buena fe puede por lo tanto identificarse como la obligación de cada una de las partes de procurar resguardar la utilidad de la otra parte, siempre –reiteramos– dentro de los límites de que ello no importe un sacrificio significativo. Cfr. C. M. BIANCA, "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", en *Rivista di diritto civile*, año XXIX, parte prima, Padua, Cedam, 1983, pp. 209 y ss.; Id. *Diritto Civile III*, cit., pp. 472 y ss.

<sup>37</sup> Para una solución análoga en la jurisprudencia italiana cfr. Cass., 10 de abril de 1986, n. 2500, en *Giurisprudenza Italiana*, año 1987, n.º 1-1, p. 507; así como también: Trib. Milano, 30 de marzo de 1994, en *Foro Italiano*, año 1994, n.º 1, p. 1572.

de la buena fe es propia de la experiencia del *Common Law* y al ser receptada en el fallo analizado importa una innovación trascendente para el derecho italiano. En efecto, uno de los campos de acción de esta doctrina se refiere a la hipótesis en la cual "una parte controla los factores que determinan el precio" (*supra* § 2.1 B)<sup>38</sup>. Así, en tales situaciones, la buena fe se concreta como un deber implícito de no abusar de tal discrecionalidad en la ejecución de la prestación. Dicho de otro modo, cuando la discrecionalidad es usada ilegítimamente por la parte controlante en detrimento de la parte dependiente se convierte en "arbitrariedad", y es aquí donde se verifica la colisión con el principio de buena fe<sup>39</sup>.

#### § 4. SUCINTA COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA Y EL ANGLOAMERICANO EN RELACIÓN CON LOS ALCANCES DE LA BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL

En el ámbito europeo, las experiencias de armonización legislativa en el orden contractual que se han ensayado demuestran que cada vez que se intenta contextualizar la expresión "buena fe" vuelve a surgir el conflicto entre *Civil Law* y *Common Law*. La tensión se produce entre aquellos que preconizan la sistematización y prefieren proceder por grados (definición general por el legislador, supuestos específicos, y aplicación jurisprudencial de la regla general a la *fattispecie* concreta)<sup>40</sup> y quienes –en cambio– rechazan la abstracción y proponen la concreción de reglas directamente aplicables a hipótesis bien definidas<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> S. J. BURTON. "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", cit., pp. 28 y ss.; A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 558.

<sup>39</sup> Se vincula, si bien mediatamente, la solución angloamericana con la doctrina italiana en cuanto ha reconocido en el principio de buena fe el instrumento para "integrar-limitar-corriger" el contenido normativo de las obligaciones (A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 555). Cfr. también A. D'ANGELO. "La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale", en *Contratto e impresa*, n.º 1, Padua, Cedam, 1990, pp. 702 y ss. La declinación funcional de la buena fe como límite de la autonomía privada ha sido suficientemente explicada por S. RODOTÁ. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 181 y ss.

<sup>40</sup> Quedan así puestas en evidencia las peculiaridades de los procesos mentales que caracterizan respectivamente el razonamiento del jurista continental y del angloamericano. Como es sabido, este último funciona *ex post*, o sea primero acaecen los hechos, se plantean los problemas en la realidad, y sólo después se piensa en los remedios idóneos para solucionar los mismos. Los derechos de fuente (preferentemente) escrita, por el contrario, operan *ex ante*, es decir las soluciones se prevén en abstracto antes de verificarse los hechos. Si bien la tendencia actual procura un acercamiento entre ambos sistemas, la diferencia apuntada todavía conspira en este sentido. Como ejemplo de esta dificultad de aproximación basta reflexionar acerca de la sustancial diversidad entre las nociones de *consideration* y causa objetiva, lo cual constituye un punto crítico para la unificación toda vez que se pretenda "racionalizar" la buena fe recurriendo a alguno de dichos parámetros.

<sup>41</sup> Cfr. C. M. BIANCA. *Buona fede e diritto privato europeo*, en L. GAROFALO (bajo el cuidado de), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)*, IV, Padua, Cedam, 2003, p. 201, quien enseña que "[...] la diffidenza risponde anche e soprattutto al tradizionale atteggiamento negativo della dottrina inglese nei confronti di elaborazioni dogmatiche e principi astratti".

Ha sido observado con acierto que las diversas tradiciones culturales que informan cada sistema son las que explican las diferentes direcciones en mérito a los principios que configuran la teoría general de las obligaciones (como en la especie ocurre emblemáticamente con la buena fe)<sup>42</sup>. Sin perjuicio de tales diversidades, entendemos que en los últimos años son varios los aspectos que denotan zonas de contacto entre el sistema jurídico romanista y el angloamericano<sup>43</sup>.

En efecto, se advierte una gradual convergencia de ambos sistemas, toda vez que los "demarcadores sistemológicos" (es decir, los datos usados como criterios de clasificación) concernientes a las fuentes del derecho se revelan como percepciones que ya no son actuales, o lo suficientemente idóneas, para indicar una línea de separación concluyente entre ellos<sup>44</sup>. El recurso al principio de buena fe es una clara evidencia de este paulatino y relativo acercamiento *inter-sistemático* entre *Common Law* y *Civil Law*, sin que ello implique preterir las obvias disimilitudes en relación con las maneras de concretarse que en uno y otro sistema aquél asume.

La vigorosa caracterización dogmático-conceptual del modelo de obligación en el derecho alemán explica la tendencia hacia el empleo de la cláusula general de buena fe en un nivel que puede calificarse como de "estructura-contenido" de la obligación misma. Es prueba de ello la elaboración de una numerosa serie de deberes de comportamiento (*Verhaltenspflichten*) que no se identifican con el deber primario de prestación<sup>45</sup>.

Esta elaboración viene corroborada por una visual de la obligación que se concentra, con un talante reduccionista, sobre el interés a la satisfacción de la prestación<sup>46</sup>. Por otra parte, mediante dichos deberes positivos de comportamiento

<sup>42</sup> La reflexión –que compartimos en lo sustancial– corresponde a A. DI MAJO. "Clauseole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 559.

<sup>43</sup> Los orígenes culturales de la contraposición entre *Common Law* y *Civil Law* y los motivos para que la misma sea objeto de un renovado examen, han sido puestos de manifiesto de reciente por A. GAMBARO y R. SACCO. *Sistemi Giuridici Comparati*, Turín, UTET, 2008, pp. 33 y ss.

<sup>44</sup> Así, a partir de la superación del riguroso positivismo legislativo imperante durante los primeros años del siglo XX, el Código Civil no es más concebido –como antes se creía dogmáticamente– la cifra que resume todos los elementos estructurales del sistema jurídico. Paralelamente, no puede desconocerse el notable incremento de normas escritas tendientes a regular materias especiales en los ordenamientos del *Common Law*. En suma, ya no es absolutamente exacto el enfoque clásico conforme al cual en el *Civil Law* la ley en sentido formal era considerada la única fuente de derecho; correlativamente, se ha puntualizado que en el *Common Law* el precedente jurisprudencial vinculante –en rigor de verdad– no es creativo de nuevas reglas, sino que tan sólo tendría una función "declarativa" o de reconocimiento de normas consuetudinarias (preexistentes) latentes. Para todo cfr. A. GAMBARO y R. SACCO. *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., pp. 34 y ss.

<sup>45</sup> Pertenecen a esta familia y constituyen su especie más importante, los denominados "deberes de protección" (*Schutzpflichten*), acuñados por la doctrina alemana sobre la base del § 242 del BGB. Para su comprensión por la doctrina italiana cfr. L. MENGONI. "La parte generale delle obbligazioni", en *Rivista critica del diritto privato*, año II, n. 1, marzo de 1984, Bolonia, Il Mulino, pp. 507 y ss.; y en España cfr. A. CABANILLAS SÁNCHEZ. "Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones", en vv. AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2002, pp. 175 y ss.

<sup>46</sup> Sobre el punto cfr. la apreciación crítica efectuada por L. MENGONI. "La parte generale delle obbligazioni", cit., pp. 507 y ss.

(que reconocen su fundamento mediato en la buena fe) se intentó superar el obstáculo técnico que suponían las insuficiencias que evidenciaba una disciplina del incumplimiento contractual edificada únicamente en base a formas "tipificadas" de responsabilidad (por imposibilidad sobrevenida imputable y por mora).

Sin embargo, esta impronta no se repite linealmente en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, el derecho italiano dista de asemejarse al alemán, donde tales problemas dieron origen a la elaboración de la citada categoría de los deberes de comportamiento. En efecto, en Italia al adoptarse una noción suficientemente lata de "prestación debida", las cuestiones que se suscitaron en Alemania parecen sentirse con menor intensidad<sup>47</sup>. Ello se confirma a la luz de técnicas interpretativas del contrato y de la obligación que, desde el punto de vista dogmático, predica la doctrina italiana y conciben una noción del vínculo obligacional como una relación "compleja".

No obstante tales diferencias entre sí, tanto el ordenamiento alemán como el italiano tienen en común la característica de que consideran la cláusula general de buena fe con referencia a la misma "construcción" (del contenido) del contrato o de la obligación<sup>48</sup>.

De aquí puede comprenderse la diferencia con el sistema angloamericano, pues en este último –tal como hemos descrito más arriba– la buena fe se concreta esencialmente en la doctrina de la ejecución del contrato. Con ello se pone de realce la neta distinción entre los problemas relativos a la construcción del contrato y aquellos vinculados a su cumplimiento<sup>49</sup>.

En efecto, la doctrina de la ejecución conforme a la buena fe responde a la exigencia de resolver los problemas concretos que se encuentran ligados precisamente con amplios espacios de discrecionalidad *in executivis* que en el sistema angloamericano suele conferírsele al contrato. Para los aspectos que, en cambio,

<sup>47</sup> Cfr. U. NATOLI. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, Giuffrè, 1966, pp. 52 y ss.

<sup>48</sup> En este sentido, en relación con la estructura, o mejor dicho, con el contenido del vínculo obligatorio, el principio de buena fe ha sido definido como "regla áurea" del derecho de las obligaciones. El empleo de este principio refleja el valor y el alcance de una cláusula general, y por consiguiente no se trata de elaborar en abstracto ulteriores preceptos y categorías sino de reconocer en dicho principio el instrumento para "integrar-corriger" el contenido normativo de la obligación. A propósito de la comparación entre el derecho alemán y el italiano, se deduce que en el primero fue delineándose un proyecto "político" (léase: de política legislativa) proclive a la utilización de las cláusulas generales. En cambio, en el derecho italiano no se advierte un diseño semejante, sea por una actitud de tradicional desconfianza de los jueces hacia el uso de cláusulas generales, sea por responsabilidad de la doctrina que, en torno al principio de buena fe, no ha logrado articular sus aplicaciones en términos de las diversas modalidades operativas de una cláusula general. Cfr. A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 555.

<sup>49</sup> A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 560, apunta que un jurista continental podría estimar "reductivo" el empleo de la buena fe como sustento de las decisiones discrecionales de los contratantes; sin embargo, esta función que se le reconoce al principio en el derecho angloamericano es coherente con la doctrina de la buena fe que observa los problemas de la ejecución del contrato independientemente de la cuestión relativa a su construcción.

conciernen a la construcción (del contenido) del contrato, pueden—en abstracto—servir otros criterios. Sin embargo, ha sido especialmente destacado que no resulta incompatible con la doctrina de la ejecución conforme a la buena fe la consideración de deberes que vehiculizan intereses o valores que no se identifican con aquellos (expresados o no) por las partes. Así, se logra recuperar la utilización más genérica del principio de buena fe como un "límite" de la autonomía privada<sup>50</sup>.

#### § 5. CONSIDERACIÓN CONCLUSIVA: LA POSIBILIDAD DEL DIÁLOGO ENTRE CIVIL LAW Y COMMON LAW

El sistema contractual del *Common Law* ha sido históricamente interpretado a la luz de una economía mercantil y marítima que hizo de la célebre fórmula de la escuela liberal (*laissez faire, laissez passer*) su principal insignia. Sin embargo, en los últimos años se advierte una nueva orientación que ha hecho más profusa la aplicación de la regla del *good faith*, lo cual ha contribuido a atemperar la estrictez de los postulados tradicionales.

En línea con esta tendencia, hemos constatado en el *Common Law* una singular aplicación del principio de buena fe en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (*in executivis*), que prudentemente puede ser tenida en consideración por los juristas latinoamericanos<sup>51</sup>. En términos sintéticos, para la aplicación de la buena fe en estas situaciones se parte de la premisa de que todo contrato expresa un anhelo de capturar una fracción del futuro. Mas semejante empresa, por obvias razones materiales, no puede consumarse de manera perfecta y exhaustiva. *Ergo*, alguno de los contratantes no tiene más opción que depositar su confianza en la buena fe de la contraparte, toda vez que una previsión pormenorizada del intercambio sería impracticable.

Al margen de eventuales conexiones, persisten diferencias todavía significativas entre *Civil Law* y *Common Law*, que fueron apuntadas en el párrafo precedente. La dialéctica entre ambos sistemas se manifiesta además en la fricción que se plantea entre la posición anglosajona más tradicional, según la cual la expresión *good faith* ha de ser entendida puramente en sentido subjetivo (como la situación psicológica de quien no tiene conocimiento de determinadas circunstancias, situaciones o hechos, que pueden ser relevantes en la formación o ejecución de un negocio), y la opinión de los juristas continentales que atribuyen a dicha noción

<sup>50</sup> A. DI MAJO. "Clausole generali e diritto delle obbligazioni", cit., p. 560.

<sup>51</sup> Creemos que la ponderación de experiencias foráneas no debe ser excluida de plano, pero sí han de sopesarse con mucha cautela. A este propósito son sumamente oportunas las palabras de S. SCHIPANI. "Releer los Digesta de Justiniano para un código de las obligaciones latinoamericano", trad. esp. de J. H. FACCO, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, Módena, Mulino, 2008, p. 53, cuando advierte que tal consulta es viable "[...] pero siempre conservando la capacidad de resistencia asimiladora de los principios propios a fin de que no se resienta la coherencia interna del Sistema".

una amplitud mayor, comprensiva además de su acepción objetiva (como regla de un comportamiento negocial caracterizado por la lealtad y la corrección)<sup>52</sup>.

No obstante la aplicación circunstanciada de la buena fe que hemos relevado en el *Common Law*, creemos que anticipa un nivel funcional que potencialmente puede ser proyectado hacia un empleo de mayor envergadura sistemática, que ya posee carta de ciudadanía en el sistema jurídico romanista; es decir, tal cual fue dicho, como "límite" genérico de la autonomía privada en materia contractual.

<sup>52</sup> Cfr. G. A. BENACCHIO. *La buona fede nel diritto comunitario*, en L. GAROFALO (bajo el cuidado de), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese)*, 1, Padua, Cedam, 2003, pp. 193 y ss. Así, el autor ilustra la situación de tensión descrita, recordando –a título de ejemplo– que en 1992, es decir un año antes de la adopción de la Directiva CE 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo, la *House of Lords* había negado expresamente la aplicabilidad en el derecho inglés de las reglas fundadas en la noción objetiva de la buena fe. Empero, con la sucesiva actuación de dicha Directiva, la ley inglesa necesariamente tuvo que utilizar la expresión *good faith*, y a tal objeto la doctrina en primer lugar y los jueces luego, se afanaron por explicar que la expresión contenida en las *Regulations* del año 1994 (*Unfair Terms in consumer Contracts*, S.I. 1994/3159), mediante las cuales precisamente se actuaba la Directiva en cuestión, no debía ser entendida en el sentido "inglés" del término, es decir en su acepción subjetiva, sino en sentido objetivo (p. 194). Cfr. además sobre el punto L. ANTONIOLI DEFLORIAN. "L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede", en *Rivista di diritto civile*, 1, Padua, Cedam, 2002, pp. 451 y ss.