



**Biblioteca
IBEROAMERICANA
de DERECHO**

BUENA FE EN LOS CONTRATOS

GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA

Director del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica
Montevideo (URUGUAY)

PRÓLOGO

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS

 **editorial
TEMIS S.A.**


EDITORIAL
UUBIUIS



ZAVALIA

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

- La Corte Penal Internacional —soberanía versus justicia universal—**, *Jean Marcel Fernandes* (2008).
- El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias**, *Carlos de Cores y Enrico Gabrielli* (2008).
- El divorcio en el Derecho iberoamericano**, *Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coords.)* (2009).
- La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica, con particular referencia al Derecho cubano**, *Leonardo B. Pérez Gallardo* (2009).
- Código europeo de Contratos**, *Academia de Pavía* (2009).
- Favor debitoris —análisis crítico—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Los tesoros del mar y su régimen jurídico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Teoría y práctica del Defensor del Pueblo**, *Carlos R. Constenla* (2010).
- Derecho civil —método y concepto—**, *Carlos Rogel Vide* (2010).
- Contratos gratuitos**, *Leonardo B. Pérez Gallardo (Coord.)* (2010).
- Buena Fe en los Contratos**, *Gustavo Ordoqui Castilla* (2011).

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

BUENA FE EN LOS CONTRATOS

Gustavo Ordoqui Castilla

*Director del Departamento de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica
Montevideo (URUGUAY)*

Prólogo

José Luis de los Mozos



ZAVALLIA

Bogotá, México, D.F., Madrid, Buenos Aires, 2011

BIBLIOTECA IBEROAMERICANA DE DERECHO

CONSEJO ASESOR

Carlos Cárdenas Quirós

Universidad de Lima

Carlos J. de Cores Helguera

Universidad Católica del Uruguay

Carlos Dario Barrera

Universidad Javeriana de Bogotá

Carmen Domínguez Hidalgo

Universidad Católica de Chile

Aida Kemelmajer de Carlucci

Universidad de Mendoza

Luis Leiva Fernández

Universidad de Buenos Aires

Claudia Lima Marques

Universidad Federal do Rio Grande do Sul

Leonardo B. Pérez Gallardo

Universidad de La Habana

Josefina del Carmen Quintero Lyons

Universidad de Cartagena de Indias

Fernando Serrano Migallón

Universidad Nacional Autónoma de México

María del Carmen Valdés Martínez

Universidad Veracruzana de Xalapa

COORDINADOR

Carlos Rogel Vide

Universidad Complutense de Madrid

EDITAN:

Argentina

Editorial Zavalía

Alberti 835,
C1223AAG Buenos Aires
Tfno.: (5411) 4942-1274
Fax (5411) 4308-2421
www.zavalía.com.ar
correo@zavalía.com.ar

Colombia

Editorial Temis

Calle 17 N° 68D – 46
Bogotá
Tfnos.: (57-1) 3413225 – 3417297
Fax: (57-1) 3344331
www.editorialtemis.com
editorial@editorialtemis.com

México

Editorial UBIJUS

Av. Jardín N°. 592 Col. Euzkadi,
Del. Azcapotzalco, México, D.F.,
C.P. 02660
Tfno.: (52-5) 55 56 45 11
Tel./Fax: (52) 53 56 68 88
www.ubijus.com
ubijus@gmail.com

España

Editorial Reus, S. A.

Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1667-3

Depósito Legal: Z. 2532-11

Diseño de portada: María Lapor

Impreso en España

Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.

Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni las editoriales, ni los miembros del Consejo Asesor, ni el coordinador de la Biblioteca Iberoamericana de Derecho responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*A*gradecemos muy especialmente al Prof. Dr. Carlos Rogel Vide por el honor que nos ha hecho al incluir el presente estudio en la prestigiosa colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho".

Dejamos también constancia de nuestro particular reconocimiento al Prof. Dr. José Luis De Los Mozos, prestigioso jurista español, quien en vida fuera nuestro amigo y nos inculcara el gusto por el estudio de la Buena Fe, y quien tuviera, además, la amabilidad de prologar la primera edición que de esta obra se realizó en Montevideo (Uruguay) en el año 2005, seguramente lo más valioso de la misma.

En esta obra vemos reflejado el resultado de la interacción permanente de la labor jurídica de profesores españoles y americanos que, apoyados en una relación de verdadera amistad, juntos soñamos con una sociedad más justa, sustentada en un Derecho actualizado en miras al bien común.

*“Obra publicada en homenaje
al Prof. Dr. José Luis de los Mozos.”*

PRÓLOGO

Escribir un prólogo para una obra tan acabada y perfecta, como el presente libro, sobre la Buena Fe Contractual que nos ofrece ahora la laboriosidad y el buen hacer del profesor GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, quien ya tiene en su haber una larga y espléndida serie de importantes libros sobre Derecho de obligaciones y contratos, verdaderamente modélicos, concitando por igual la sencillez y claridad expositiva con la información oportuna y con el más alto rigor, lo que le hace ser uno de los primeros tratadistas, entre tantos como se han ocupado y se ocupan de estas materias centrales del Derecho civil, sería algo inusitado y fuera de lugar, a no ser que el que lo escribe deba hacerlo, como en este caso, a ruegos del autor, como un tributo debido a la amistad, pero agradeciendo el inestimable honor que por su parte recibe por ello, aunque con la preocupación de no estar a la altura de las circunstancias.

Insisto en esto, porque la mayor legitimación me viene dada como prologuista en función de mi amistad con el autor, consolidada a través de tantos encuentros académicos que, para mí, han tenido lugar en Ultramar, y de tantas coincidencias, no sólo geográficas, sino también en las ideas y en las actitudes vitales, siendo mucho menor la legitimación alcanzada por el hecho de haber publicado, hace ya cuarenta años, un libro sobre El principio de la buena fe y, después, hasta ayer mismo, como quién dice, una sucesión de artículos, acá y allá, sobre distintos aspectos concretos del tema o afrontándole desde perspectivas diversas, aunque siempre recurrentes en relación con el planteamiento inicial. Por eso, ahora no puedo hacer otra cosa que volver a hablar de la buena fe, no haciendo un ejercicio de repetición (Wiederholung) que sólo puede servir de consolidación de lo ya dicho, tanto en sus fundamentos en cuanto principio jurídico, como en la función que está llamado a desempeñar, sino volviéndome a cuestionar como debe entenderse, tanto en la legislación, como en la mentalidad de los juristas.

La buena fe juega en el Derecho, fundamentalmente, como un principio general y lo hace de manera eminente en el Derecho de obligaciones y con-

tratos, tanto que, debido a su influencia, ha llegado a modelar sus conceptos fundamentales que constituyen categorías del propio orden que el Derecho establece y si este orden, en general, tiene como objeto alcanzar la justicia, en el plano de las relaciones humanas, preservando la libertad de los sujetos que en ellas intervienen, esto se convierte casi en paradigma en este campo nuclear del Derecho civil, irradiando, desde el mismo, una cierta luz a todo el ámbito jurídico, como muestra el moderno retorno a esa idea de la contractualización de toda la vida social que, cada vez, hace más evidente y necesaria el fenómeno contemporáneo de la globalización.

Ahora bien, para explicar esto, cabalmente, tendríamos que volver sino a la “unidad de la ciencia” que propugnaba A. Dempf, por lo menos a aquella unidad de saberes que hemos perdido en los tiempos modernos, especialmente a partir de la continuación trivializadora de la Ilustración, en que todavía nos encontramos. Unidad que existía en la época de los teólogos juristas del Derecho común, o de los juristas filósofos que restauraron el Derecho natural, en el *usus modernus Pandectarum* de los tiempos del Barroco. No bastando sólo en la actual “sociedad de masas” acudir al recurso, por otra parte perfectamente correcto, de invocar el carácter propio y específico de los conocimientos jurídicos, su separación y aislamiento (*Isolierung*), como en pleno siglo XX definió brillantemente F. Schulz en relación con los principios *iuris* del Derecho romano; ni acudir a la idea, absolutamente exacta por lo demás, de la propia historicidad de los conceptos jurídicos, entendida como continuidad, muy al contrario de lo que entendía el historicismo, en modo que los juristas aparecemos, según esto, como los verdaderos garantes de la tradición, como B. Pastore ha expuesto, casi en las postrimerías del pasado siglo, apoyado en las mejores autoridades. Estos dos recursos, a veces complementarios, sólo servirán mientras se mantenga el prestigio social de la clase de los juristas, hoy periclitado. Por otra parte, muestran una salida a esa pérdida de unidad que hemos evocado, posiblemente irrecuperable. No bastando tampoco, porque debido al formalismo positivista, imperante en la moderna sociedad democrática, pretendidamente igualitarista, por un lado, y al relativismo ideológico, por otro, surgido como de un equivocado entendimiento del pluralismo, se fundamenta el único “orden jurídico” posible, en última instancia, en el juego de las mayorías, renunciando en tal modo al encuentro de la verdad, donde únicamente libertad y justicia hallan su sede, ya que *nisi auctoritas faciat ius, sed veritas*, como decían los clásicos y a donde nosotros, los hijos de un siglo confuso y tormentoso, al asomarnos a un siglo nuevo, tenemos que volver.

Desde la verdad, cualquier planteamiento es siempre más sencillo. Sobre todo, si somos capaces de distinguir las verdades aparentes de las verdades reales, en lo que los juristas, por mucho que no se nos escuche, estamos bas-

tante avezados, especialmente cuando se trata de discernir sobre las libertades REALES y sobre la “justicia concreta”. Una prueba de ello hay que encontrarla en la pacífica aceptación del recurso a la buena fe que sería otro de los argumentos que hay que añadir a los anteriormente citados, cuyo contenido, funcionamiento y efectos, a lo que más adelante volveremos, contradicen también lo que se tiene por verdad sin serlo y es que, contra esas verdades aparentes, fruto por igual de la pérdida de la unidad de saberes, se impone, sin embargo, la aceptación del principio de la buena fe, lo que tuvo lugar de manera sobresaliente en los tiempos modernos en pleno “positivismo científico” o pandectismo que, como sabemos, inspira los fundamentos de nuestro sistema jurídico moderno, a pesar de que se le haga depender, como se dice, tanto de la voluntad soberana de los ciudadanos, como de la imposibilidad de un Derecho natural y de la separación tajante entre Moral y Derecho, según los dictados del pensamiento ilustrado que ya había perdido la “unidad de saberes”.

Pero negar la posibilidad del Derecho natural y la continuidad material que existe entre el orden moral o ético y el orden jurídico, se contradice doblemente, aunque no falten otros argumentos, por la pacífica aceptación del principio de la buena fe por el propio ordenamiento jurídico positivo, ya que constituye uno de los cuatro principios fundamentales del Derecho natural, junto a la equidad, la “naturaleza de las cosas” y la naturalis ratio, como dijera, entre otros muchos, J. ESSER, autorizadamente; mientras que, por otra parte, resulta más que evidente su contenido moral o ético, cuyo reconocimiento ha venido a prevalecer, casi unánimemente, tanto en la mejor doctrina, como en la jurisprudencia práctica; finalmente, de la voluntad soberana de las mayorías no vamos aquí a ocuparnos, aunque si podemos decir que por tratar de establecer un orden, tendrán que estar de acuerdo con la justicia y con la libertad, para no asemejarse a las falsas leyes del tirano y ponerse en contradicción abierta con la veritas de su propio concepto.

De todos modos, haciendo alguna precisión sobre el contenido de la buena fe y de su indudable naturaleza moral o ética, hay que recordar que invocando lo que ha sucedido en esta breve y particular historia de la aceptación de la buena fe por el ordenamiento, estamos perfectamente legitimados para invocar las peculiaridades del conocimiento jurídico, tanto por razón de la especialidad que deriva de su Isolierung, como del especial significado que en el mismo adquiere la tradición, lo que nos pone a cubierto no sólo del rigorismo de los jacobinos y de otros leguleyos, sino también de las vulgaridades que se les puedan ocurrir a todos los aficionados a las cuestiones sociales, aunque sean sabios en las más conspicuas disciplinas o ignorantes de la suya propia. A tal respecto, ya en el pandectismo se pretendió llenar el contenido de la buena fe de una connotación psicológica en relación con el error legi-

timante; modernamente, se ha visto contraponerla al abuso del derecho, o a la idea de la solidaridad social y, cualquier día, aparecerá en relación con el respeto debido al pluralismo, hasta por razón de la supuesta “alianza de civilizaciones”. Criterios, todos ellos más o menos respetables, pero que responden a principios o reglas de la convivencia del más variado pelaje.

El filósofo de Harvard, A. N. Whitehead, se hizo especialmente famoso por su aserto de que toda la filosofía occidental viene a reducirse a notas a pie de página de Platón, pero todavía es mucho más evidente que las grandes construcciones jurídicas modernas derivan, casi en su totalidad, del Derecho romano. Es cierto, desde luego, que el Derecho actual es distinto del Derecho romano y los elementos fundamentales que integran sus respectivos sistemas son notablemente diferentes, así cuando hablamos de buena fe, tenemos que tener en cuenta que, en Derecho romano, se desarrolla su funcionamiento y se perfila su concepto dentro del ordenamiento jurídico, a través de los *bona fidei iudicia*, debido a un esquema procesal totalmente diferente del moderno, pero, sin embargo, en esencia, el paralelismo es evidente. En Roma la *fides*, primero, y, después, la *bona fides*, inspiraban el *ius honorarium* una de las diversas esferas normativas que coexistían con otras en un sistema jurídico abierto, en modo que la relación *ius* y *fides*, hace que, ésta última, venga a ser como una esfera normativa potencial. En el Derecho actual, el posicionamiento, *mutatis mutandi*, es claramente el mismo, no olvidemos que fueron los pandectistas, los que formularon la teoría moderna de la buena fe y, precisamente aquellos que sin renunciar a un “Derecho romano actual”, derivaron hacia el “positivismo científico”, sustituyendo el *Lehrsystem* por el *Lebensystem*, aunque no hablaran, por aquello del “espíritu del tiempo” (“*Zeitgeist*”), de Derecho natural, donde resulta que, mira por donde, como se ha reconocido mucho después, según hemos anticipado, fue a refugiarse la *bona fides*, acaso por aquello del *Kriptonaturrecht* del que ya hablaron C. Hugo y F. von Savigny, y en aquella parte que vale como principio, al no haber sido asumida del todo por el *ius* en cuanto *bona fides* constituta.

Volviendo ahora al contenido de la buena fe, una vez que hemos abierto una confortante perspectiva histórica, no cabe duda que, en Derecho romano, tal contenido tiene, más bien que un componente moral, una predominante significación ética, como ya explicara Marco Publio Cicerón, en *De officiis*, desarrollándose en las ideas de corrección, de lealtad, de fidelidad en los comportamientos, lo mismo que en las no menos importantes de creencia y confianza que generan, especularmente, como reflejo, en el espacio abierto de la vida social. Pues bien, este mismo significado es el que se transfiere por la tradición (*tradere*, *traditio*) al Derecho moderno, constituyendo todavía su núcleo central o propio, como muestra la jurisprudencia más reciente, hablando de comportamiento correcto, de prudencia, honestidad y rectitud y,

sobre todo, en sentido negativo, como contraria a dolo, culpa, malicia o falsedad, etc., reproduciendo en lo esencial el famoso texto romano: *fides bona contraria est fraudi et dolo* (D. 17, 2, 3, 3).

Sin embargo, en los últimos decenios, asistimos en el discurso jurídico a una ampliación del ámbito de aplicación de la buena fe, pero al hacerlo, se homologa o confunde con otros tópoi o criterios, como ya hemos anticipado, lo que constituye una clara manifestación del fenómeno moderno de la vulgarización, que consiste, precisamente, lo mismo que en el Derecho romano postclásico del bajo imperio que estudiaron, sobre todo, E. Levy y M. Kaser, en perder el sentido de la distinción entre categorías o conceptos jurídicos diferentes, generando la consiguiente confusión, contra lo que nos tenemos que poner en guardia. Pero antes de volver a ocuparnos de este aspecto vamos a decir algo más sobre el contenido de la buena fe.

La buena fe, en su origen y todavía en su núcleo central y más significativo, sigue mostrando ese indudable contenido ético, al que se le han ido agregando modernamente otros añadidos, pero, aparte de todo, lo importante es que estos añadidos, no lleguen a desfigurarlo, como sucede, a veces, con algunos edificios antiguos que exigen una restauración por haber perdido su belleza y funcionalidad; llevar a cabo una ampliación, denominando buena fe, a lo que se puede y debe llamar de otra manera, por responder a otro fundamento y que, por tanto, se debe seguir llamando de otro modo, a mi siempre me ha parecido inadecuado y, por otra parte, gratuito o innecesario, tanto respecto del contenido, como de la forma o instrumentación de la buena fe, al equipararla, con ello, a otros deberes u obligaciones que, por el hecho de serlo, aunque no dejen de tener un significado moral más que ético que les sea propio, por haber surgido en otros ámbitos distintos, responden necesariamente a una lógica (*naturalis ratio*) diferente a la de la buena fe, con todo lo cual, se puede poner en peligro, en definitiva, la función que desempeña como principio general.

Por eso, antes de nada, tendríamos que hacer una precisión para distinguir el leve matiz que separa la ética de la moral. Según Paul Ricoeur: "A decir verdad, nada en la etimología o en la historia del empleo de las palabras, impone la distinción: la una viene del griego, la otra del latín y las dos reenvían a la idea de costumbre (*ethos*, *mores*); en todo caso se puede discernir un matiz, según que se ponga el acento sobre lo que es estimado bueno o sobre lo que se impone como obligatorio. Es por puro convencionalismo que reservaré el término de ética para una vida cumplida bajo el signo de las acciones estimadas buenas, y el de moral para el lado obligatorio marcado por normas, obligaciones, prohibiciones, caracterizadas a la vez por una exigencia de universalidad y por un efecto de coactividad. Se reconocerá fácilmente la

distinción, entre apuntar a una vida buena y la mera obediencia a las normas, la oposición entre dos herencias: la herencia aristotélica, donde la ética se caracteriza por su perspectiva teleológica (de telos que significa fin), y una herencia kantiana donde la moral es definida por el carácter de obligación de la norma, es decir, por un punto de vista deontológico (deontológico significa precisamente deber)". De esta brillante digresión, el propio Ricoeur, deduce, con ciertas condiciones que ahora no son del caso, la superioridad del punto de vista ético sobre el punto de vista moral. En lo que, a la buena fe respecta, es evidente que también se adapta mejor al primero que al segundo, a pesar de que la herencia de I. Kant, es posible encontrarla, ya con G. F. Puchta, en la desviación de la Escuela histórica hacia el positivismo científico o pandectismo, como más adelante aparecerá, en pleno neokantismo, con el formalismo de H. Kelsen y de todos sus epígonos, lo que no sería posible para cualquier época anterior. Pero, además, hay otra cuestión y es que, los deberes que resultan de aplicar la buena fe, no son deberes morales, sino concretos deberes jurídicos como cualesquiera otros y, por otra parte, hay que tener en cuenta también que cuando el ordenamiento se refiere directamente a la moral o las buenas costumbres, esto tampoco tiene nada que ver, en sentido estricto, con la buena fe.

Sin embargo, para ser exactos hay que reconocer que en algunos ordenamientos modernos se han hecho apelaciones a la buena fe anteriormente inexistentes, otra cosa es que se haya ampliado correctamente su ámbito de aplicación a conjuntos normativos que anteriormente no existían, como es el caso de ese nuevo Derecho social que inspira la legislación de consumidores y usuarios, donde el principio lleva camino de convertirse también, si no lo ha conseguido ya, en bona fides constituta. Pero decir en el título preliminar, como hace el Código civil suizo (1907), que hay que "ejercer los derechos según las reglas de la buena fe" (artículo 2º), me parece excesivo y absolutamente impertinente, por inexacto, con olvido de las dos clases o tipos de buena fe, objetiva y subjetiva; aparte de que cada derecho tiene su propio *nomos*, no son todos los derechos iguales, en modo que lo que es válido para los derechos de obligación que son "derechos de cooperación con otro", no lo es en la misma medida para los derechos REALES que son "derechos de atribución". Por eso, se puede decir perfectamente que, en estos últimos, en muy diversos sentidos, el que tiene derecho, como le sucede al propietario, a diferencia del poseedor, no necesita para nada de la buena fe.

El llevar la buena fe a este terreno, como se ha visto, en la reforma del título preliminar del Código Civil Español (1973-1974), según expresa su artículo 7º y como posteriormente ha acogido la jurisprudencia, situándola en el mismo plano que la condena al "abuso del derecho", o al "ejercicio antisocial" del mismo, hace perder a la buena fe, por lo menos, una parte de su propia

fisonomía, por más que sean tales criterios manifestaciones de un comportamiento civiliter, como categoría más amplia en la que caben tales modelos de conducta y también la buena fe, pero con ello nuestro concepto pierde especificidad y autonomía, como puede verse claramente en algunos comentarios posteriores y, por este camino, cualquier día, le veremos inspirarse en la “solidaridad social” y en el “respeto debido al pluralismo”, que pueden constituir verdaderas virtudes de la convivencia social, pero que nada tienen que ver con la buena fe, salvo que se caiga, como en parte ha sucedido, en una verdadera trivialización. Por ello, yo fui tan crítico con la citada reforma del Código civil español, lo que me procuró algunos pequeños disgustos, pero también la satisfacción de no verme sólo en el empeño, sintiéndome arropado, no por la mejor doctrina, sino por la única que merecía tal calificativo. Por lo demás, aquella reforma que pretendía aparecer como un paso más en el progreso del Derecho, estaba cuajada, sin duda, de buenas intenciones, pero demostraba una gran ingenuidad que es el calificativo menos malo que merece y que también se puede aplicar a las grandes reformas e innovaciones ulteriores asumidas por aquella generación.

Todo esto merece un poco de reflexión. Efectivamente, la démarche iniciada por el Código Civil Suizo, en una época en que el socialismo que había criticado despiadadamente al BGB, era la última novedad, poniendo de moda ideas como la “solidaridad social” o la “función social” de los derechos, responde a un ethos político-social indudable al servicio de una interpretación viva y elocuente, aunque peculiar, de la ideología liberal, como dice el historiador suizo L. Carlen. Pero, lo hace en tal forma que tomando la buena fe de la tradición jurídica, la diluye en una concepción social puritana que busca siempre una justificación, para proyectarla, en fin, como una sombra sobre la libertad. De este modo, aparece como un límite del agere licet de los iura privados. Con ello, el principio de la buena fe cambia totalmente de signo, en cuanto límite, ya no abre, sino que cierra el ordenamiento; en cuanto justificación, le hace perder ese aire propio de creencia y confianza que le caracteriza, descansando, más que nada, en todo lo contrario, en la desconfianza, atribuyendo al ordenamiento un poder en blanco que no tenía y que puede poner en peligro la relación entre justicia y libertad. Pero, sobre todo, deja de ser un principio de la tradición jurídica y queda relegado a un mero principio del Derecho positivo, en concurrencia con otros principios.

En los últimos años, han seguido los pasos del Código Civil Suizo, yendo demasiado lejos, desde mi punto de vista, acaso debido a la cohabitación de dos tradiciones jurídicas diferentes, los artículos 6º y 7º del Código Civil de Québec. En cambio, se mantiene en términos correctos la propuesta que hace el artículo 395 del Proyecto de Código Civil unificado de la República Argentina de 1.998, a pesar de que desarrolla al máximo la utilización del

principio de buena fe. Pero, en la actualidad, aunque las desviaciones legislativas no han cundido demasiado, el daño ya está hecho y, aunque sea de menor cuantía, no ha dejado de provocar una cierta confusión. Por ello, más que nunca, tenemos que propiciar el retorno a la pureza dogmática, que por lo demás comporta eficacia y evita desviaciones, del principio de la buena fe, es decir, tenemos que esforzarnos por eliminar las adherencias que se le han ido acumulando, provenientes no tanto del variado campo del comportamiento civiliter, sino de su desfiguración, que aún teniendo en apariencia una fundamentación paralela no tiene porque identificarse con la buena fe. Porque estas generalizaciones, en las que incurre el lenguaje legal, tienen como intención otra finalidad: consolidar el positivismo, haciendo que todos los principios sean iguales, aparte de la confusión que puede originar el poner la buena fe en el mismo plano que otros criterios, ya que tal pretensión no cambia la posición que ocupa en el ordenamiento, ni la puede convertir en bona fides constituta, ya que eso sólo concierne a aquellas reglas que derivando de la aplicación del principio se aplican a situaciones concretas, lo mismo que pasa con la aequitas constituta en relación con el principio de equidad.

Volviendo a mi planteamiento metodológico originario, cuyos presupuestos quedan implícitos en lo ya dicho, tengo que insistir en que el problema de la comprensión del juego del principio de la buena fe depende, en primer lugar, de la distinción adecuada entre norma y principio, en tanto que se relacionan como forma y contenido, según explicó J. ESSER; en segundo lugar, de reconocer exactamente la clase o tipo de principio que corresponde a la buena fe; y, en tercer lugar, de que su eficacia depende, en definitiva de su instrumentación en el ordenamiento jurídico, pues, como se trata de un principio, no resulta sólo de la mera remisión a la buena fe, que dentro o fuera de contexto, haga el ordenamiento positivo, ni tampoco de cómo la haga, sino de que este abra la posibilidad a una verdadera continuidad entre ius y fides. Esto resulta inteligible si, siguiendo el magisterio de Federico de Castro, se entiende que los principios generales del Derecho constituyen Derecho no formulado en cuanto forma, pero contenido en el ordenamiento jurídico, en modo que, a través de su instrumentación, se establece esa continuidad, haciendo posible, mediante ella, la ya invocada relación entre forma y contenido. Categorías dialógicas o retóricas, de indudable abolengo platónico-aristotélico, pero que tampoco son extrañas, por lo que a la relación misma se refiere, al imperativo categórico de la Fundamentación de la metafísica de las costumbres y de otras obras posteriores, de I. Kant, por mucho que, con toda exactitud, se haya afirmado que el filósofo de Königsberg no fue tan fiel, como debiera, al planteamiento socrático. Sea como fuere, tales categorías expresan, por una parte, a través de su instrumentación en el ordenamiento (forma) el alcance de la regla de la buena fe y, por otra, que la referencia remite a una valoración ética (contenido) de los comportamientos sociales en las relaciones jurídicas.

Esto mismo lo dice F.WIEACKER con otras palabras, en su famosa conferencia sobre la buena fe, acogida en el parágrafo 242 BGB, al decir que el problema de la indagación del recto significado con que hay que aplicar el principio de la buena fe, está en armonizar una posible delimitación de la normativa ética material con una adecuada subsunción en la aplicación lógica de la norma, de lo que derivan efectos jurídicos concretos y, en tal sentido, la buena fe sirve como vehículo de recepción, para la integración del ordenamiento, conforme a una regla ético-material, de la idea de fidelidad y crédito.

Ahora bien, esto cabe entenderlo inadecuadamente de dos maneras distintas, con el simplismo de los que creen que invocando a la justicia o al Derecho natural, todo se halla resuelto; o con el rigorismo lógico-formal, propio del pandectismo, en la técnica de colmar las lagunas del Derecho positivo, creyendo que los principios sólo constituyen una mera generalización del ordenamiento. La primera se corresponde con un idealismo ético, carente de toda fuerza de convicción normativa, por su carácter de abstracta generalidad. La segunda, hay que rechazarla, también, pues no comprende que los principios acompañan a las normas, en la forma que hemos dicho y se derrumba del todo cuando hay que aplicar la buena fe, como muestra la experiencia de nuestra tradición jurídica, en la que se llegó a advertir que los principios, y muy en particular el de la buena fe, penetran, en la realidad jurídica operativa, por muy cerrado y autosuficiente que se considere el «sistema», lo mismo que penetra la luz a través de las celosías, según se llegó a reconocer en pleno pandectismo, cuando, R. von Ihering, llamó la atención sobre la «jurisprudencia de intereses», frente al predominio positivista de la «jurisprudencia de conceptos». Es más, hace ahora medio siglo, a mitad del siglo XX, después del triunfo de un cierto realismo, el «sistema», aparecía como abierto y no cerrado y, por eso, tenía sentido decir, como lo dijo el profesor de Tubinga, J. ESSER, que la aplicación del Derecho significa el restablecimiento, continuamente renovado, de la comunicación entre los valores éticos sustanciales y los valores formales e institucionales del Derecho y esa ha sido mi fe como jurista durante muchos años.

Actualmente, la sociedad humana vive, probablemente, dentro de otros parámetros, esto no impide que me siga esforzando por mantener la allure con la que se presentaba todavía el principio de la buena fe, en una época formativa de mi oficio universitario, cuando comprobaba, con satisfacción, que la imagen que yo me había hecho coincidía perfectamente con lo que mi maestro Max Kaser escribió en un artículo memorable (*Opportere und ius civile*), mostrando su desarrollo y significado en el Derecho romano, de donde, unido a otras fuentes y autoridades, he deducido lo que considero su pureza dogmática que, en otro tiempo, me hacía concebir grandes esperanzas. Después he comprobado que el discurso jurídico, en ocasiones, no pasa de ser

un babardage oportunista que nada tiene que ver con la pureza dogmática. Ahora, en estos años de supervivencia, no sólo veo que hay demasiados peligros que acechan por doquier a todo orden jurídico razonable, como muestra la constante manipulación de las leyes del mercado, el relativismo ideológico, la moralina barata y el proclamar derechos que no existen, pero no soy un pesimista, ni he perdido del todo la fe en la pureza dogmática, que será siempre válida como ejercicio teórico, admitiendo, sin embargo, que puede equivocarse, pero con la convicción de que, sin duda, puede haber otros caminos para que, dentro del orden jurídico, se preserve la libertad y se realice la justicia. Por lo mismo, que, por encima de todo, creo que la verdad y el bien son posibles, a pesar de la estupidez humana. Romano Guardini, inicia su precioso libro: *Una ética para nuestro tiempo*, evocando un pasaje de la República de Platón, donde Sócrates, entre las manifestaciones de entusiasmo de Glaucón, afirma que lo que aporta la verdad a las cosas cognoscibles es la idea del bien (509^a), base y fundamento de toda ética, recordando que “su filosofía ha puesto en claro, para siempre, una cosa: tras la confusión de la sofística ha mostrado que existen valores incondicionados, que pueden ser conocidos por todos y, por tanto, que hay una verdad; que esos valores se reúnen en la elevación de lo que se llama el bien, y que este bien puede realizarse en la vida del hombre, según las posibilidades dadas en cada caso. Su filosofía ha mostrado que el bien se identifica con lo divino, pero que, por otra parte, su realización lleva al hombre a su propia humanidad, al dar lugar a la virtud, la cual representa vida perfecta, libertad y belleza. Todo ello –concluye– tiene validez para siempre, incluso para el día de hoy”.

Con estas divagaciones liminares, o pre-textos, no sé si he contribuido adecuadamente a la presentación de un libro que, por la reconocida personalidad científica y de hombre de bien, de su autor, no necesita de presentación alguna, habiéndome limitado a hacer como un pregón del tema objeto del mismo, como si fuera un heraldo o, más bien, a hacer una presentación, antes de levantar el telón, como se hacía antaño en las funciones teatrales, no de la obra, sino de la excelencia de aquellas virtudes que el respetable público va a encontrar representadas en la escena y que darán lugar a un cerrado aplauso, como en este caso espero y deseo que suceda.

*José Luis DE LOS MOZOS**
Valladolid, 15 de septiembre de 2005

CAPÍTULO I

PRESENTACIÓN DEL TEMA

1. El maestro español JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, en su trascendental obra *El principio de la buena fe (Sus aplicaciones prácticas en el derecho español)* (Barcelona, 1965), a quien debemos agradecer el haber inculcado en nosotros el interés por el estudio de la buena fe contractual, comenzaba su obra señalando que pocos conceptos están tan necesitados de precisión en el campo del derecho civil como el de la buena fe, dada la profusa aplicación que de este principio hace el propio orden normativo. De inmediato el maestro aclaraba que la ciencia del derecho, como ciencia práctica, no necesita dogmáticamente de un concepto general de la buena fe porque este principio no es unívoco sino análogo, presentándose a la técnica interpretativa con significados diferentes según las aplicaciones que del mismo hace el derecho positivo. Se trata de un principio que **está en la naturaleza misma del ser humano y de las relaciones obligatorias, cuya vigencia se proyecta mucho más allá de lo que puedan sobre él decir las normas.** Con razón MEDICUS (*Tratado de las relaciones obligacionales*, t. II, Vol. 1, Barcelona, 1993, pág. 174) afirma que el principio de la buena fe se ha instalado en la cúspide del derecho de las obligaciones. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ (*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*), profesor de la Universidad Javeriana, ampliando este enfoque afirma que la buena fe contractual está en el centro del derecho internacional privado y en todo el proyecto de armonización del derecho privado de la CEE (Convenio de Viena de Compraventa de Mercaderías, art. 7, Normas Unidroit de Contratos Comerciales, art. 7, Principios Lando, art. 1:201).

2. En la vida académica uno se proyecta en el tiempo y con el correr de los años logra visualizar con mayor claridad cuáles son los temas de mayor importancia teórica y práctica en que se sustenta tanto el estudio del Derecho de las Obligaciones como el Derecho Contractual. Comenzamos por señalar que la comprensión del significado y alcance del «**principio general y superior de la buena fe**» es **básico para entender no sólo la vida mis-**

ma del contrato desde su preparación hasta su extinción sino, además, algo tan importante como es la dependencia e interrelación que existe entre el derecho y los valores éticos, encontrándose en este principio el camino seguro de adaptación permanente de la norma a la realidad, permitiendo que sin que las leyes varíen se resuelvan con justicia situaciones en permanente cambio. Gracias a la vigencia plena de este principio, el derecho contractual, lejos de estar en «crisis» se ha adaptado por obra de la jurisprudencia y doctrina, permitiendo que sin reformas legislativas trascendentes, normas del siglo XIX regulen realidades nuevas de siglo XXI, posibilitando la coexistencia pacífica en la interrelación de intereses tanto entre particulares como entre los Estados o aun entre las mismas comunidades regionales.

3. **Nos ha tocado vivir un momento en el que todo se relativiza;** todo es opinable, todo se debe tolerar, lo que poco a poco nos va conduciendo a un quiebre muy serio en la estructura de valores básicos en que se sustenta la misma estabilidad del sistema jurídico. Lo trágico es que este quiebre de valores que anestesia el intelecto no hace ruido, y cuando se denuncian situaciones de abuso, explotación e injusticia, muchos se empeñan en tapparlas o restarles relevancia. **Una sociedad en la que triunfa el egoísmo, la deslealtad, el materialismo, la desconfianza, el relativismo, el consumismo...** en palabras de LARENZ (*Derecho civil*, Madrid, 1975, pág. 59) **se sumerge en un estado de guerra latente donde en lugar de paz reina la discordia y la sociedad termina siendo perturbada en lo más profundo.**

4. GHERSI (*Contratos*, Cuyo 1996 pág. 97) destaca que el individualismo exacerbado ha sacralizado el «super yo» dejándose de lado la moralidad natural, de forma que la sociedad moderna sólo busca el placer, la felicidad, el proyecto personal donde no existe o se evita todo sacrificio y deber de solidaridad o preocupación por el otro. Sólo importa el interés individual y el utilitarismo económico llegándose al denominado «**fundamentalismo de la irresponsabilidad**».

La indiferencia por los demás es cada vez más preocupante; se ve en el otro sólo al que «me puede dar» o al que «le puedo sacar». En esta realidad el mercado es un verdadero «reino salvaje» donde prima el más fuerte sobre el más débil.

5. Con el estudio del **principio general y superior de la buena fe** se advierte que el orden jurídico responde a valores que se deben respetar, y que dentro de ellos el «preocuparse por el otro» en ocasiones es imprescindible e ineludible; el actuar con veracidad, razonabilidad, honradez, lealtad, no es algo pasado de moda o vigente sólo para algunos.

ÍNDICE

Prólogo	11
---------------	----

CAPÍTULO I

Presentación del Tema.....	21
----------------------------	----

CAPÍTULO II

Buena fe en los Contratos	31
1. Generalidades	31
2. Buena fe y la responsabilidad ante y precontractual.	33
A) Presentación del tema.	33
B) Concepto	34
C) Derecho comparado.	35
D) Doctrina nacional.	35
E) Nuestra opinión.	37
F) Manifestaciones de la buena fe en la fase precontractual.	39
a) Deber de corrección o lealtad.	40
b) Deber de información.	41
c) Deber de claridad (transparencia).	43
d) Deber de secreto o reserva.	43
e) Deber de custodia.	43
G) Derecho de retracto y el receso injustificado de las tratativas.	44
a) Presentación del tema	44
b) Derecho de retracto.	45
c) Causas de justificación para el retracto.	45
H) Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.	47

I) Consecuencias de la transgresión del deber de actuar buena fe en las tratativas luego de que fue perfeccionado el contrato....	49
J) Jurisprudencia.	49
K) Responsabilidad precontractual en la relación de consumo (ley 17.250).	51
L) Responsabilidad antecontractual de consumo.	53
3. Buena fe en la formación del contrato.	54
A) Presentación del tema.	54
B) Buena fe y la relación obligacional.	56
C) Tensión entre la autonomía privada y la buena fe.	57
D) Buena fe y manifestación tácita de voluntad.	60
E) Buena fe y el silencio (conductas omisivas)	60
F) Buena fe y los vicios del consentimiento.	61
a) Buena fe y el error.	61
b) Buena fe y el «dolo bueno».	61
G) Buena fe entre la oferta y la aceptación.	62
H) Buena fe del incapaz.	62
I) Nuevas formas de contratación y la buena fe.	63
J) Del contrato «voluntad» al contrato «confianza».	63
K) Buena fe, la «conducta social típica» y «las cláusulas implícitas»	64
L) Buena fe entre la libertad contractual y la justicia contractual.	65
4. Buena fe en los contratos por adhesión.	67
A) Presentación del tema	67
B) Buena fe y la tutela del contratante débil (consumidor).	68
C) Buena fe en la adhesión.	69
D) Buena fe en la interpretación del contrato por adhesión.	71
E) Fundamento de la obligatoriedad del contrato por adhesión ..	71
F) Jurisprudencia.	72
5. Buena fe y las cláusulas abusivas.	74
A) Presentación del tema	74
B) Criterios para determinar la abusividad de las cláusulas.	75
C) Buena fe y las cláusulas penales abusivas.	78
D) Consecuencia de la abusividad de las cláusulas.	79
E) Jurisprudencia.	80
6. Buena fe en el objeto y en la causa del contrato.	81
A) Buena fe y el objeto.	81
B) Buena fe y el motivo determinante del contrato.	83
C) Buena fe y la causa.	85
D) Buena fe, las buenas costumbres y la licitud de la prestación.	85
7. Buena fe y el mandato.	86
A) Presentación del tema.	86

B) Buena fe y la representación aparente.	87
C) Jurisprudencia.	91
8. Buena fe y la interpretación de los contratos.	92
A) Presentación del tema	92
B) Interpretación de buena fe.	93
a) Presentación del tema	93
b) Doctrina nacional.	93
c) Nuestra opinión.....	94
C) Interpretación integradora.	94
D) Nuestra opinión.	95
E) Jurisprudencia.	99
9. Buena fe en la integración del contrato.	101
A) Presentación del tema.	101
B) La distinción entre efecto y contenido del contrato.	103
C) Alcance de la integración contractual.	103
D) De la integración a la modificación de lo acordado por las partes.	105
E) “Integración sin lagunas (contrato incompleto)”.....	106
F) Doctrina nacional.	106
G) Nuestra opinión.	107
H) Jurisprudencia.	110
I) Deberes derivados de la concreción del alcance de la buena fe (deberes no explícitos).	111
a) Buena fe y el deber de información.	112
<i>i. Presentación del tema.</i>	112
<i>ii. La información fundada en la buena fe integra el contrato.</i>	113
<i>iii. Jurisprudencia.</i>	113
b) Buena fe y el deber de cooperación o colaboración.	116
<i>i. Presentación del tema.</i>	116
<i>ii. Jurisprudencia.</i>	117
c) Buena fe y el deber de seguridad (de protección).	119
<i>i. Presentación del tema.</i>	119
<i>ii. Obligación de seguridad en la obligación de consumo y la buena fe.</i>	123
<i>iii. Jurisprudencia.</i>	124
d) Deber de veracidad.	126
e) Deber de secreto o confidencia.	127
f) Deber de rendir cuentas.	127
g) Deber de dar aviso.	127
h) Deber de custodia.	127

i) Deber de reducción de daños.	128
j) Deber de coherencia.	128
k) Deber de no ejercer abusivamente los derechos contractuales.....	128
J) Integración de la publicidad al contrato en protección del débil, fundada en la buena fe contractual y tutela de la confianza. ...	129
10. Buena fe y la forma contractual.	130
11. Buena fe en el cumplimiento de los contratos.	131
A) Presentación del tema.	131
B) Doctrina nacional.	133
C) Comentarios del artículo 1291 inciso 2 del C.C.	135
a) «Todos deben ejecutarse de buena fe...».	136
b) «...y por consiguiente...».	138
c) «...obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa...».	138
d) “sino a todas las consecuencias...”	139
e) «... que según su naturaleza...».	140
f) «... sean conformes a la equidad...».	141
g) “...al uso”	145
h) “... o a la ley”.....	146
i) Conclusión	147
D) Concreción del deber de actuar de buena fe en la ejecución del contrato.	147
E) Control del cumplimiento.	148
F) Jurisprudencia.	149
G) Breve referencia al art. 1258 del C.C. Español.....	149
12. Buena fe y la condición.	150
A) Presentación del tema.	150
B) Buena fe en el «estado de pendencia».	151
C) Jurisprudencia.	152
13. Buena fe y la excepción de incumplimiento contractual.	153
A) Presentación del tema.	153
B) Jurisprudencia.	155
14. Buena fe y la resolución del contrato.	157
A) Presentación del tema.	157
B) Buena fe y el incumplimiento.	157
C) Buena fe y la gravedad del incumplimiento.	159
a) Presentación del tema.	159
b) Jurisprudencia.	161
D) Buena fe y el plazo indeterminado.	162
a) Presentación del tema.	162
b) Jurisprudencia.	163

E) Buena fe y el «plazo de gracia».	164
a) Presentación del tema.	164
b) Jurisprudencia.	165
F) Buena fe y la mora.	165
a) Presentación del tema.	165
b) Mora del acreedor.	167
c) Jurisprudencia.	168
G) Buena fe de los terceros afectados por la resolución del contrato.	169
15. Buena fe y el ejercicio del derecho de rescisión.	170
A) Presentación del tema.	170
B) Jurisprudencia.	172
16. Buena fe y la “teoría de la imprevisión”.	174
A) Presentación del tema.	174
B) El recurso a la valorización de la buena fe como instrumento de una distribución de riesgos razonable en la economía del contrato.	178
C) El deber de renegociar.	179
D) Buena fe y la cláusula «hardship».	180
E) Buena fe y la inexigibilidad de la prestación.	182
F) Buena fe, integración e imprevisión.	182
17. Buena fe y las nulidades.	183
A) Presentación del tema.	183
B) Efectos de la nulidad respecto de terceros de buena fe.	183
C) Buena fe y las restituciones.	184
D) Buena fe y la nulidad parcial.	185
E) Buena fe y la conversión.	186
F) Buena fe y legitimación para accionar de nulidad.	187
G) Jurisprudencia.	188
18. Buena fe y la simulación.	189
A) Presentación del tema.	189
B) Buena fe en las relaciones externas.	189
C) Buena fe en la relación interna.	191
D) Jurisprudencia.	192
19. Buena fe y la acción pauliana.	194
A) Presentación del tema.	194
B) Buena fe y el fraude pauliano.	194
C) Buena fe y el adquirente en el fraude pauliano.	195
20. Buena fe y la responsabilidad civil contractual.	197
A) Culpa y buena fe.	197
B) Buena fe e ilicitud.	199

C) Buena fe y la «inexigibilidad de la prestación».	199
D) Buena fe y el daño contractual resarcible.	202
E) Cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad.	204
21. Buena fe en la etapa postcontractual.	206
22. Buena fe y el contrato de consumo.	206
23. Buena fe en la relación con el profesional liberal.	208
A) Presentación del tema.	208
B) Buena fe en la relación médico paciente.	209
24. Buena fe y la justicia contractual.	211
A) Presentación del tema	211
B) Distintos modelos de la buena fe.....	211
25. Proyecto de regulación del tema de la buena fe para un Código de los Contratos para América Latina.....	212

CAPÍTULO III

Reflexiones finales.....	215
Bibliografía.....	223

