

LA BUENA FE EN EL DERECHO DE CONTRATOS
REFLEXIONES CRÍTICAS

Volumen 116 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**La buena fe en el Derecho de
Contratos. Reflexiones críticas**

Sergio García Long

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA BUENA FE EN EL DERECHO DE CONTRATOS
REFLEXIONES CRÍTICAS

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, octubre 2023
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-10145

ISBN: 978-612-4400-67-4
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	11
Prólogo del profesor Michael Bridge	13
Introducción	
Lo bueno, (pero también) lo malo y lo feo de la buena fe contractual	17
Capítulo 1	
La buena fe contractual: interpretación y ejecución	
1. La buena fe como <i>faux-amis</i>	21
2. Modelos de buena fe en el derecho comparado	23
2.1. Jurisdicciones nacionales	24
a) El reconocimiento de los civilistas	24
b) El rechazo de los anglosajones	32
2.2. Instrumentos de uniformización	38
3. La interpretación y ejecución del contrato de buena fe	43
3.1. Interpretación del contrato de buena fe	45
a) El criterio legal de interpretación de buena fe	45
b) La común intención de las partes	46
c) La buena fe al servicio del <i>pacta sunt servanda</i>	54
d) Razonabilidad y buena fe	57
e) La interpretación conforme al conocimiento y la razonabilidad	60
f) El oportunismo y las expectativas contractuales	63
g) Sobre la prelación entre criterios de interpretación	65
3.2. Ejecución del contrato de buena fe	68
a) Buena fe versus lealtad	68
b) La cláusula general de buena fe contractual	70
c) La función integrativa de la buena fe	71
4. Reflexiones finales	78
5. Referencias bibliográficas	79

Capítulo 2

El (desapercibido) modelo anglosajón de buena fe en el Código Civil peruano

1.	Hacia una lectura cierta (y basada en la ley) de la buena fe en el derecho de contratos	91
2.	Contratos entre iguales vs. contratos entre desiguales	93
3.	Diferente filosofía contractual	95
4.	La letra del derecho	97
4.1.	Las codificaciones civiles	99
a)	Francia	99
b)	Alemania	100
c)	Italia	101
d)	Entre la cláusula general y la buena fe integrativa	103
e)	La buena fe correctiva	109
f)	Estados Unidos de América	113
4.2.	Los instrumentos internacionales de derecho uniforme	117
a)	Principles of European Contract Law (PECL)	119
b)	Draft Common Frame of Reference (DCFR)	123
c)	Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)	129
d)	Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)	132
e)	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)	134
f)	Principles on International Commercial Contracts (Principios OHADAC)	139
5.	La buena fe en el derecho contractual peruano: ¿cuál fue el modelo adoptado por el legislador de 1984?	141
5.1.	Las normas peruanas sobre la buena fe	141
5.2.	La buena fe subordinada	143
a)	La cláusula general peruana de buena fe	143
b)	La buena fe interpretativa peruana	145
5.3.	El modelo restrictivo de buena fe en el Perú	150
6.	Descubrimientos de la cartografía legal a la buena fe	151
7.	Referencias bibliográficas	155

Capítulo 3

Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG

1.	Introducción: la tensa relación entre <i>civil law</i> y <i>common law</i>	173
2.	La americanización del derecho de contratos	176
3.	La uniformización del derecho de contratos	177

LA BUENA FE EN EL DERECHO DE CONTRATOS. REFLEXIONES CRÍTICAS 9

4. El perfil anglosajón de la CISG	179
4.1. ¿Certeza jurídica o justicia contractual?	179
4.2. <i>Hardship</i> en la CISG	180
5. El caso contra la buena fe	184
5.1. La buena fe en los derechos domésticos	184
5.2. La buena fe en el comercio internacional	185
6. El fantasma de la buena fe	191
7. Reflexiones finales	199
8. Referencias bibliográficas	200

Capítulo 4

La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado

1. El objetivo	209
2. La buena fe en el derecho comparado	209
2.1. <i>Civil law</i>	211
2.2. <i>Common law</i>	213
2.3. Entonces ¿qué es la buena fe?	220
3. El rol de los jueces y la muerte de la buena fe	224
3.1. La buena fe como salvavidas	224
3.2. Jueces versus profesores de derecho	228
3.3. <i>Pacta sunt servanda</i> versus buena fe	231
3.4. La buena fe y sus hijos	234
3.5. Crónica de una muerte anunciada	237
4. ¿Resurrección de la buena fe en el <i>common law</i> ?	240
5. Reflexiones finales	242
6. Referencias bibliográficas	243

NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad nuestra *Biblioteca de Arbitraje* presenta su volumen 116, titulado *La buena fe en el Derecho de Contratos. Reflexiones críticas*, cuyo autor es el profesor Sergio García Long.

Conozco a Sergio desde hace algunos años, pues también es profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y hemos coincidido en diversos eventos académicos.

Es autor de múltiples artículos y varios libros de Derecho Civil como son *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* (2016), *La función punitiva en el Derecho Privado* (2019), *Estudio sobre los remedios en el Derecho Privado* (2022), *Derecho de Contratos y sus circunstancias inesperadas* (2023), entre otros.

Sergio es un autor muy serio y ordenado, tanto en sus ideas plasmadas por escrito, como en su metodología de investigación, siendo sus trabajos de notoria profundidad y, a la vez, de gran interés por los temas abordados, los mismos que revisten plena vigencia y actualidad.

Nuestra colección saluda al autor y le agradece el habernos confiado esta nueva obra. No olvidemos que Sergio ya ha sido codirector de un volumen colectivo en la *Biblioteca de Arbitraje*.

El tema de este libro, referido a la buena fe en los contratos, es, sin duda, uno de naturaleza transversal y el mismo no sólo resulta de aplicación a los contratos, sino a todas las áreas del Derecho.

Estamos seguros de que esta obra concitará la atención de nuestros lectores.

Lima, octubre de 2023

Mario Castillo Freyre*
Director de la Biblioteca de Arbitraje

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. <www.castillofreyre.com>.

PRÓLOGO

Hay algo en los códigos que fomenta la formulación de normas y principios generales. Durante la redacción del Restatement Second of Contracts estadounidense, se adoptó el principio de buena fe y lealtad negocial (*good faith and fair dealing*) para establecer una norma de cumplimiento de los contratos e imponer límites a su ejecución. Las disposiciones relativas a la formación de los contratos ya se habían establecido en esa fecha, lo que explica que la buena fe no desempeñe ningún papel en ellas. En cuanto al significado de la buena fe, probablemente se exprese mejor en el comentario d) del artículo 205:

Cumplimiento de buena fe. Los subterfugios y las evasiones violan la obligación de buena fe en el cumplimiento aunque el actor crea que su conducta está justificada. Pero la obligación va más allá: la mala fe puede ser manifiesta o puede consistir en la inacción, y la lealtad negocial puede requerir algo más que honestidad. Es imposible elaborar un catálogo completo de tipos de mala fe, pero entre los que se han reconocido en las decisiones judiciales se encuentran los siguientes: evasión del espíritu de la negociación, falta de diligencia y desidia, prestación intencionada de una prestación imperfecta, abuso de un poder de especificación de las condiciones, e interferencia o falta de cooperación en la prestación de la otra parte.

Esto dista mucho de ser una definición. La bibliografía posterior trató de definir el carácter de la buena fe; por ejemplo, Robert Summers la consideraba el maniqueísmo opuesto de la mala fe y Stephen Burton la veía como un intento inadmisibles de recuperar una posición negociadora perdida. Algunas de las conductas enumeradas en el Comentario d), si no todas, podrían tratarse fácilmente como incumplimiento contractual sin ninguna referencia a la buena fe. Hace años, mi revisión de los casos enumerados en apoyo del artículo 205 me llevó a creer que podrían haber sido tratados por un tribunal inglés —incluso por un tribunal estadounidense— bajo el epígrafe de términos implícitos e interpretación contractual. Esto nos lleva a preguntarnos cuál es el propósito de introducir una declaración formal del principio de buena fe, junto con la pregunta complementaria de si el propósito que subyace es permitir a un tribunal llegar a una conclusión que, de otro modo, no estaría permitida por las normas del derecho contractual. Volveré sobre estas cuestiones más adelante, pero, por el momento, consideremos cómo encaja la buena fe en la estructura del derecho contractual. Podemos empezar, a efectos de comparación, con el amplio epígrafe de «Descargo» (*Discharge*). Esta puede subclasificarse como «Descargo por incumplimiento», «Descargo por cumplimiento» y «Descargo por frustración», con subcategorías bajo el primer epígrafe de «Incumplimiento de la condición» e «Incumplimiento que va a la raíz del contrato», etc. Parece claro desde el principio que la «buena fe y la lealtad negocial» no pueden insinuarse en la estructura contractual de la misma manera; no es solo un epígrafe de conveniencia que simplemente recoge las subcategorías existentes de «términos implícitos», «interpretación», «fraude», etc.

El debate sobre el papel de la buena fe en la CISG¹ es un terreno muy trillado. El principio de buena fe que vincula a las partes contratantes no se adoptó en gran medida, aunque no totalmente, debido a la oposición de los países del *common law*. Sin embargo, esto no fue el fin de la cuestión, ya que el artículo 7(1) impuso a los juzgados y tribunales el deber de respetar la norma de la buena fe con el fin de promover la integridad del comercio internacional. El impacto de este deber es, como mínimo, poco claro, y algunas decisiones parecen haber recurrido al deber para limitar la conducta de las propias partes contratantes. Además, otros tribunales, tratando de llenar las lagunas percibidas en la CISG, han recurrido, de conformidad con el artículo 7(2), a un principio no declarado pero inmanente de buena fe que subyace a la CISG en su conjunto y que

¹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

afecta directamente a las partes contratantes. El comentario de la Secretaría sobre el proyecto de CISG de 1978 identificó un número considerable de sus disposiciones y bien podría haber identificado aún más, con el mismo espíritu de generalidad, lo que hace que uno se pregunte sobre la utilidad de un principio que explica la vida, el universo y todo. Tanto si el artículo 7.1 como el 7.2 han sido adoptados por un juzgado o tribunal, la impresión que da el conjunto de la jurisprudencia es de banalidad jurídica y de conveniencia judicial. Los siguientes ejemplos de buena fe no comprenden el conjunto, pero son razonablemente representativos.

En primer lugar, en el apartado 1 del artículo 7, se ha considerado que va en contra de la buena fe el hecho de que un tribunal dé efecto a una cláusula de competencia que figura en el reverso de un documento contractual cuando una parte contratante no esperaría verla allí. Es más fácil y directo decir que una parte no está obligada por una cláusula contractual si no hay consentimiento. El apartado 1 del artículo 7 también se ha utilizado para justificar la concesión de una indemnización por daños y perjuicios contra un comprador por abuso del proceso legal derivado de la forma en que condujo un litigio basado en una reclamación sin fundamento. Una condena en costas contra el comprador es más directa y apropiada. En cuanto al apartado 2 del artículo 7, la buena fe se invoca a veces sin razón alguna. La buena fe también se ha invocado para justificar el principio de *estoppel*, que no necesita tal apoyo, ya que puede sostenerse por sí mismo como principio general subyacente a la CISG. También se ha invocado la buena fe cuando han entrado en juego los principios ordinarios de interpretación del artículo 8. Se ha invocado la buena fe para establecer una tasa de interés (¿por qué?) y para exigir, cuando el artículo 35 sobre el nivel de calidad de las mercancías es más que suficiente para la tarea, que la harina suministrada sea de nivel internacional. En un caso, se consideró que un vendedor actuaba de mala fe cuando iniciaba un procedimiento para reclamar el precio de las mercancías poco después de la fecha de vencimiento, sin dar al comprador la oportunidad de explicarse: una cuestión que se resuelve mejor, si acaso, con una suspensión del procedimiento o una condena en costas.

A pesar de su redundancia práctica en el mundo de la CISG, la buena fe cuenta con un gran apoyo, quizás debido en gran medida a los antecedentes romano-canónicos del *civil law* moderno. Se ha entronizado en el PICC² como un principio general expreso que obliga a las partes. Además, a pesar de las limitaciones declaradas en el PICC, que se presentan como no equivalentes a un instrumento vinculante, el PICC, sin embargo, prohíbe cualquier intento de excluir la buena fe. Si fuera posible, sería tan pertinente para el PICC como lo fue para la CISG explorar el efecto práctico de la buena fe en las decisiones de los juzgados y tribunales. Sin embargo, dado que el PICC no ha aparecido más que raramente en las decisiones judiciales, y no puede ser discernido en el mundo no publicado y confidencial del arbitraje, en el caso del artículo 1.7 estamos ante el equivalente de una aldea de Potemkin, que consiste en una fachada de edificio sin desarrollo detrás.

En los sistemas de *civil law*, el papel de la buena fe en el derecho alemán, ayudado por la catastrófica devaluación de la moneda a principios de la década de 1920, es demasiado conocido para necesitar mucha exposición aquí. Los grandes comentarios al Código Civil alemán ofrecen una cobertura monumental del principio, que aparece como una regla de interpretación, así como un deber de las partes contratantes. Sin embargo, cabe destacar que el tratamiento del tema no se basa en una cobertura amplia e indiferenciada de la buena fe, sino más bien en una cobertura analítica sistemática y altamente desarrollada de la buena fe en sus diversos aspectos reconocidos. De hecho, la buena fe ha sido sistematizada y trabajada a fondo en el cuerpo del derecho alemán. La buena fe también aparece en el Código Civil francés, aunque su impacto práctico a lo largo de los años parece haber sido menos importante que en el caso del Código alemán. Limitada inicialmente a la ejecución contractual, los tribunales la extendieron a las negociaciones y a la formación de los contratos, posición que se ha consolidado en la reciente reforma del Código que, en el nuevo artículo 1104, la hace explícita y la convierte en una cuestión de orden público. Como ocurre a menudo con la buena fe, no existe una definición de su significado. La Ley de Contratos

² Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

china de 1999 también contiene un principio de buena fe. Aunque esta disposición no es aplicable a las negociaciones contractuales y a la formación del contrato, la buena fe se incluye por separado en una disposición que trata de las responsabilidades precontractuales. La buena fe también aparece en las disposiciones que tratan de la anulación de los contratos con personas de capacidad limitada y de los contratos celebrados por agentes no autorizados. Vuelve a aparecer en las disposiciones relativas al cumplimiento y a las relaciones posteriores a la resolución de los contratos, en ambos casos haciendo referencia a la notificación, la asistencia y la confidencialidad. Aunque no hay una definición general de la buena fe, como podría haber sido útil en una disposición final que exigiera la buena fe en la interpretación de los contratos, estas referencias a la notificación, la asistencia y la confidencialidad proporcionan un pequeño grado de especificidad, aunque el efecto práctico de la buena fe en general es difícil de calibrar.

Dado este compromiso general con un principio en gran medida indefinido, la pregunta obvia que hay que hacerse es por qué se necesita —o mejor aún, se quiere— la buena fe en estos instrumentos de *civil law*. Parte de la explicación radica en la dependencia de la trayectoria, derivada de la historia romano-canónica de los Códigos Civiles, pero esto parece un hilo suelto cuando observamos instrumentos como la Ley de Contratos china de 1999 que, aunque en cierta medida imita a otros instrumentos, no puede decirse que sea el heredero de esta historia. Una mejor explicación reside en el carácter de los Códigos y en el carácter de las normas jurídicas tipificadas por los Códigos. En el mundo cerrado del Código, especialmente en un Código que desalienta o prohíbe la creación de leyes por parte del juez, es evidente la necesidad de una o más cláusulas de escape que permitan al Código respirar y desarrollarse con el tiempo. El equivalente más cercano a esto en los sistemas de *common law* es una disposición bien conocida en la legislación sobre la venta de bienes que permite las referencias al derecho común no codificado en la medida en que no sea contradictorio con el estatuto. Esta legislación, a menudo denominada legislación codificadora, no es un verdadero Código, ya que no constituye un mundo propio, sino que está vinculada al derecho común no codificado. Otra característica de los verdaderos Códigos es que su carácter sistemático y exhaustivo tiende a la generalidad y se aleja del detalle característico de los sistemas casuísticos del *common law*. Dicho de otro modo, los sistemas de *civil law* y *common law* tienden a trazar la línea que separa el derecho y la aplicación fáctica del derecho en lugares diferentes. Un tribunal del *common law* puede ver en la evaluación de los daños por incumplimiento de contrato un complejo conjunto de normas, mientras que un tribunal del *civil law* puede guiarse en cambio por normas generales: por ejemplo, los requisitos de que la pérdida sea causada por un incumplimiento de contrato y de que la indemnización sea completa (o integral), viendo su aplicación a circunstancias particulares como de carácter esencialmente fáctico.

El profesor García Long adopta la posición de que la buena fe no desempeña el papel expansivo en el derecho peruano que tiene, por ejemplo, en el derecho alemán. Ve algunas similitudes entre el derecho peruano y el *common law*, sobre todo cuando se plantea la más utilitaria de las preguntas, ¿Para qué sirve la buena fe? Su trabajo está informado por el espíritu de la investigación escéptica, de una manera que se aleja de los sueños sanguíneos de tantos defensores de la buena fe. Los contratos, una vez celebrados, están hechos para ser cumplidos y el principio de *pacta sunt servanda* fomenta la celebración de contratos en un mundo incierto. Lo que las partes comerciales valoran por encima de todo es la certeza. Esto es lo que las anima a comprometerse con el futuro en un mundo que, de otro modo, sería imprevisible. Por encima de todo, el profesor García Long reconoce la tensión que existe entre *pacta sunt servanda* y un amplio principio de buena fe. En su máxima expresión, este amplio principio puede exigir que una parte contratante no ejerza los derechos que le otorga el contrato. ¿Dónde queda entonces el *pacta sunt servanda*? ¿Los contratos deben cumplirse excepto cuando no deban cumplirse? La posición general del profesor García Long es muy clara: la buena fe es la servidora del *pacta sunt servanda*. La intención común de las partes contratantes está integrada en el contrato y no se desprende libremente de él, dispuesta a ser infundida por cuestiones extrínsecas. Su trabajo sobre la buena fe debe ser acogido

como un enriquecimiento de un debate que ha comprometido fuertemente a los estudiosos y a los tribunales, tanto en el mundo del *civil law* como en el del *common law*.

Michael Bridge
Profesor emérito de Derecho
London School of Economics and Political Science

INTRODUCCIÓN

LO BUENO, (PERO TAMBIÉN) LO MALO Y LO FEO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Se ha escrito mucho —de hecho, demasiado— sobre la buena fe en jurisdicciones del *civil law*. Ello es bueno desde el punto de vista del debate académico, pero frustrante para los abogados en práctica, porque cuando se escribe demasiado sobre un tema hay dos motivos que podrían explicar tal situación: (1) el tema es apasionante y todos quieren ser parte de la discusión, o (2) el tema es tan polémico que nadie se pone de acuerdo.

La abundancia de comentarios se debe a que la buena fe es una cláusula general. Uno podría ensayar de manera previa alguna definición general, pero recién sabrá con certeza si el comportamiento de una parte contractual fue de buena fe o de mala fe una vez que el concepto jurídico fue aplicado a los hechos del caso concreto. Por un lado, ello permite que la buena fe pueda ser usada a lo largo del derecho privado (reales, contratos, enriquecimiento injustificado, etc.) y en diferentes aspectos (adquisición de terceros, responsabilidad precontractual, interpretación del contrato, restitución de enriquecimientos injustos, por ejemplo); pero por otro lado, dado que se trata de una cláusula general, la misma puede dar lugar a diferentes aplicaciones concretas de la buena fe, de manera que si las partes no se ponen de acuerdo será un tercero (juez o árbitro) quien determinará qué es de buena fe o mala fe para las partes según su contrato y lo ocurrido. Si la doctrina es abundante y con opiniones contradictorias, y la jurisprudencia no es clara, reinará la incertidumbre e inseguridad jurídica, porque nadie sabrá qué es de buena fe o de mala fe hasta que se demande y se obtenga un fallo.

Pero sobre todo, la aplicación de la buena fe va más allá de su aplicación misma porque representa la misión que se tiene del derecho de contratos en general, y es aquí donde la cuestión se complica.

Si pensamos en jurisdicciones del *civil law*, se podrá encontrar consenso en que la buena fe existe al estar reconocida de manera expresa en los Códigos Civiles, a diferencia de jurisdicciones del *common law* donde aún se discute si la buena fe realmente existe o no (tomemos como referencia el derecho inglés y su influencia en otras jurisdicciones anglosajonas). Para los civilistas, el derecho de contratos debe ser solidario y ello implica admitir la posibilidad de modificarlos para evitar situaciones injustas; para los anglosajones, el contrato es el acuerdo, y como tal, el derecho de contratos debe limitarse a ejecutar el contrato en su texto para así garantizar la seguridad y certeza jurídica.

En todo caso, lo que podría discutirse en el *civil law* es cuál es el modelo de buena fe adoptado por cierto derecho nacional. Por ejemplo, Alemania desarrolló de manera amplia y fuerte a la buena fe en épocas de guerra, mientras que Francia no lo hizo. Asimismo, ciertos Códigos Civiles como el italiano contienen varias disposiciones generales que regulan a la buena fe en diferentes circunstancias (buena fe precontractual, buena fe interpretativa, buena fe en ejecución del contrato), a diferencia de otras jurisdicciones que son menos expresas. Vale advertir que para varios comentaristas bastaría con una sola mención general a la buena fe en el Código Civil para que la misma pueda ser aplicada en toda la vida del contrato y bajo toda forma.

Si uno es abogado de una jurisdicción civilista podría preguntarse si acaso vale la pena prestar tanta atención a aquellas jurisdicciones anglosajonas que niegan a la buena fe o que la aplican de manera restrictiva. Queda claro que para un académico un estudio serio sobre la materia no puede pasar por alto las críticas que se han formulado a la buena fe a lo largo de los años, o de reflexionar cómo

funciona un derecho de contratos (como el inglés) que prefiere soluciones específicas en lugar del uso de cláusula generales. ¿La misma preocupación la debería tener el abogado practicante? Así es.

El derecho de contratos de los años ochenta y noventa no es el mismo que el de la actualidad. La promulgación de distintos instrumentos internacionales de derecho uniforme, de *civil law* y *common law*, ha cambiado la dinámica del derecho contractual. Estos instrumentos parten del conocimiento del derecho comparado para proponer un derecho supranacional o internacional que facilite las transacciones transfronterizas. Con ocasión de estos procesos, surge un debate interesante entre delegaciones del *civil law* y *common law* cuando se trata de redactar un verdadero instrumento internacional, esto es, uno que aplica tanto a partes civilistas como anglosajonas. Si se trata de redactar un instrumento que solo aplicará a jurisdicciones del *civil law*, se reducen las complicaciones porque habrá consenso en temas estructurales del derecho de contratos, por ejemplo, en admitir alguna regla para solicitar la renegociación y/o modificación del contrato ante la ocurrencia de excesiva onerosidad o de poder complementar el contrato cuando lo requiera la buena fe. Por el contrario, la cuestión es totalmente distinta cuando se trata de redactar un instrumento que deba lograr un consenso entre civilistas y anglosajones. ¿Cómo se pondría de acuerdo un alemán que está acostumbrado a una fuerte buena fe, con un inglés para quien la buena fe no existe en el derecho de contratos?

Si tomamos como premisa que el derecho de contratos es tanto comparado como internacional, entonces el abogado practicante no puede limitarse a conocer solo su derecho nacional. El derecho de contratos se basa en la libertad y en la posibilidad de pactar libremente el contenido del acuerdo (salvo las normas imperativas). Ello permite la circulación de modelos o cláusulas contractuales. Un abogado peruano puede tener en su escritorio un contrato de arrendamiento redactado conforme al Código Civil peruano de 1984, como también podría tener el mismo contrato pero con una cláusula de fuerza mayor según el modelo 2020 de la Cámara de Comercio Internacional (ICC). Cada vez más los contratos (que parecen) nacionales son redactados según estándares internacionales. Esto se observa claramente en la práctica internacional. Un contrato sobre hidrocarburos puede estar sujeto al derecho peruano pero redactado con cláusulas estándares en el comercio internacional, y con un convenio arbitral que someta cualquier controversia a la ICC y con árbitros internacionales. Si pensamos en la buena fe, la discusión no estaría en si la buena fe está reconocida en el derecho peruano, sino en cuál es el modelo de buena fe adoptado por el legislador peruano y en cómo se aplicará la buena fe en el caso concreto (de manera amplia o restrictiva). El Código Civil peruano no será leído de la misma manera si la controversia está sometido a un árbitro francés o uno inglés.

Igualmente, un contrato redactado en el Perú podría estar sometido a la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), el cual contiene un modelo restrictivo —sino inexistente— de buena fe conforme a su artículo 7, que es la única disposición en todo el texto de la CISG que hace mención a la buena fe y que no la reconoce como deber contractual sino solo como criterio de interpretación del texto de la CISG (a diferencia de otros instrumentos de uniformización de perfil civilista). Bajo este escenario, ¿cómo haría el abogado nacional si solo conoce su derecho local y no está familiarizado con las distintas perspectivas que se manejan en la contratación internacional?

Entonces, quien debería ser el más interesado en conocer el derecho de contratos comparado e internacional es el abogado contractualista y el litigante. Sobre todo, téngase presente el importante dato de que la CISG es considerada el instrumento de uniformización más importante y exitoso a la fecha, y que ciertas jurisdicciones anglosajonas son potencias mundiales (USA y UK); el dato está en que si algo tienen en común, es que optan por modelos restrictivos de buena fe. Las partes contractuales, sobre todo en el comercio internacional, ven con buenos ojos el respeto estricto del acuerdo en lugar de la posibilidad de alterarlo. ¿Para qué sirve un derecho de contratos si no se limitará a hacer respetar el acuerdo?

Finalmente, tal vez una de las principales preocupaciones que surgen del estudio de la buena fe es que los defensores suelen omitir —consciente o inconscientemente— las críticas a la buena fe, la existencia de modelos civilistas restrictivos de buena fe, o cómo jurisdicciones anglosajonas puede sobrevivir con un derecho de contratos sin o con poca buena fe. Esto afecta el correcto entendimiento

del derecho contractual comparado e internacional. Suplir esta omisión es tarea de los profesores de derecho, sin embargo, son ellos los primeros en ignorar lo anterior. Si hablamos por el derecho peruano, dicha omisión podría explicarse por la falta de profundidad en las investigaciones académicas. A veces los comentaristas peruanos se enfocan en una sola jurisdicción (Italia, por ejemplo) y asumen que el derecho peruano debe mirarse exclusivamente bajo tal jurisdicción, incluso aunque no sea su antecedente. Al final, el resultado es que todos dicen —palabras más, palabras menos— lo mismo. Pero a diferencia del abogado contractualista o litigante que debe aplicar la ley, el académico tiene la libertad de cuestionar el derecho, y quien pretende ser académico debe ser un crítico por naturaleza. Entonces, si se trata de la buena fe, no puede poner sobre la mesa solo lo bueno sino, sobre todo, lo malo y lo feo.

Si solo se ve lo bueno, entonces no hay mucho que discutir en torno a la buena fe contractual. Pero si se ve la otra cara la moneda, ello será muy útil para la práctica profesional y para la elaboración de futuros proyectos de reforma del Código Civil.

Incluso en otras oportunidades se puede observar —paradójicamente— la mala fe de quien pretende defender a la buena fe. Un conocido profesor latinoamericano defensor de la buena fe afirma que la buena fe es tan universal que existe en todos lados y con carácter general (algo que llamaría la atención de los anglosajones), y para justificar su posición lista todos los instrumentos internacionales que reconocen a la buena fe y las respectivas disposiciones normativas. Lo curioso de este listado es que se incluye a la CISG pero no se cita al artículo 7 (el único que hace referencia a la buena fe y no como deber contractual), mientras que cuando cita a los Principios Unidroit o a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos sí menciona a las varias disposiciones (el primero con 19 disposiciones que hacen referencia a la buena fe, y el segundo con 6). Tal omisión no es de buena fe.

El presente libro, partiendo de lo bueno, pretende enfocarse en lo malo y lo feo de la buena fe en el derecho contratos, para promover el debate en la academia y para informar correctamente al abogado practicante sobre la existencia de diversos modelos de buena fe que se aplican en la redacción de los contratos y en los litigios.

Para el objetivo anterior se presentan 4 capítulos. El primer capítulo pretende explicar cómo deberíamos entender a la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos, teniendo presente la distinta posición entre civilistas y anglosajones, y las diferentes técnicas legislativas que se usan en las codificaciones civiles. El segundo capítulo, partiendo de los diversos modelos de buena fe, propone la idea que las normas peruanas sobre la buena fe contractual están redactadas de tal manera que son más afines a modelos anglosajones que civilistas. Como tal, la buena fe peruana es una restrictiva. Este capítulo será la base de un futuro comentario a la cláusula general de buena fe (artículo 1362) destinado al Nuevo Código Civil Comentado que se publicará en Perú bajo la dirección del profesor Juan Espinoza. El tercer capítulo se enfoca en el estudio del modelo restrictivo de la buena fe según la CISG y de cómo la buena fe en el comercio internacional podría hacerse presente en los contratos (en algún futuro incierto) si se convierte en *lex mercatoria*. Por ello, se emplea la metáfora del fantasma de la buena fe: a pesar del modelo restrictivo de buena fe bajo la CISG, podría aparecer en algún momento. Este trabajo fue elaborado originalmente en coautoría con el profesor Enrique Varsi Rospigliosi y una primera versión ha sido publicado en Argentina. Este tercer capítulo contiene la versión revisada y extendida. Finalmente, el cuarto capítulo contiene unas reflexiones generales sobre dos fenómenos opuestos, pero relacionados: por un lado, ciertas jurisdicciones civilistas con modelos fuertes de buena fe ven la necesidad de usar menos a la buena fe, mientras que, por otro lado, jurisdicciones anglosajonas que parten del rechazo de la buena fe ven la necesidad de usar más a la buena fe. Esto demuestra el rol cíclico de la buena fe, lo cual reconfirma que sobre la buena fe hay que saber todo, lo bueno, pero sobre todo, lo malo y lo feo.

CAPÍTULO 1

LA BUENA FE CONTRACTUAL: INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN

Sumario: 1. La buena fe como *faux-amis*.— 2. Modelos de buena fe en el derecho comparado.— 2.1. Jurisdicciones nacionales.— a) El reconocimiento de los civilistas.— b) El rechazo de los anglosajones.— 2.2. Instrumentos de uniformización.— 3. La interpretación y ejecución del contrato de buena fe.— 3.1. Interpretación del contrato de buena fe.— a) El criterio legal de interpretación de buena fe.— b) La común intención de las partes.— c) La buena fe al servicio del *pacta sunt servanda*.— d) Razonabilidad y buena fe.— e) La interpretación conforme al conocimiento y la razonabilidad.— f) El oportunismo y las expectativas contractuales.— g) Sobre la prelación entre criterios de interpretación.— 3.2. Ejecución del contrato de buena fe.— a) Buena fe versus lealtad.— b) La cláusula general de buena fe contractual.— c) La función integrativa de la buena fe.— d) La función correctiva de la buena fe.— 4. Reflexiones finales.— 5. Referencias bibliográficas.

1. LA BUENA FE COMO FAUX-AMIS

La buena fe es un concepto inherentemente indefinido, y tal indefinición ha sido graficada de diferentes maneras. Una de las más famosas es la formulada por John O. Honnold, quien explicaba que la buena fe es un *faux-amis* (falso amigo): un concepto que a primera vista parece amigable pero que en realidad genera muchas complicaciones dado que nadie conoce realmente su significado.¹ De manera anecdótica, Hugh Beale contaba que en una sesión de trabajo, cuando le preguntó al abogado francés de su derecha sobre la buena fe le dijo que todos sabían cuál era su significado, mientras que cuando le preguntó al abogado de su izquierda respondió con un significado distinto.²

Debido a esta complicación de asignar un concepto único a la buena fe, el Restatement (Second) of Contract siguió la propuesta de Robert Summers, quien formuló que la buena fe es un concepto negativo o un excluyente (*excluder*).³ La buena fe no es el tipo de concepto que uno puede llenar previamente de contenido, sino que es un concepto que sirve para excluir cosas. En vez de definir qué es la buena fe, la misma sirve para determinar qué cosa es de mala fe, y esto se logrará con la resolución de los casos concretos. Por ejemplo, será de mala fe entrar en tratativas sin tener una verdadera intención de celebrar el contrato, o la falta de cooperación para situaciones específicas.

¹ «We have reason to envy those who work in the physical sciences on phenomena that can be photographed and measured, while we must cope with disembodied concepts that have been shaped by diverse historical, economic and cultural conditions, and include concepts that have similar names but different meanings – *des faux amis*. The careful international draftsman tries to avoid abstract, disembodied concepts. [...] The ideal is to use plain language that refers to things and events for which there are words of common content in the various languages. But this ideal is difficult to realize, and the principles of interpretation in Article 7(1) run counter to reflexes that have been deeply implanted by our education and professional life – the reading of a legal text in the light of the concepts of our domestic legal system, an approach that would violate the requirement that the Convention be interpreted with regard “to its international character”». HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009, p. 118.

² BEALE, Hugh. «The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider». En MOMBORG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.). *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin American Contract Law*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 279.

³ SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Codes». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, p. 196. Véase también SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, pp. 810-840; SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 118-136.

En efecto, el comentario d) a la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts, que reconoce a la *good faith and fair dealing*, señala:

A complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain, lack of diligence and slacking off, willful rendering of imperfect performance, abuse of a power to specify terms, and interference with or failure to cooperate in the other party's performance.

Nuevamente, en lugar de señalar *ex ante* qué es la buena fe, mejor es definir *ex post* qué es de mala fe, y así armar un catálogo de conductas que se consideren lesivas de la buena fe. Esto, además, genera seguridad y certidumbre.

Por ello, Summers explicaba que una vez que se haga un listado de qué conductas son de mala fe, recién se podrá definir un estándar positivo que permita entender un concepto de buena fe. Esto se lograría analizando la jurisprudencia y compilando un listado de conductas de mala fe y vinculando su correspondiente específico significado de buena fe (qué es lo que exigía actuar de buena fe). En virtud de su análisis de casos, Summers propuso, como punto de partida, el siguiente listado:⁴

Form of bad faith conduct	Meaning of good faith
1. Seller concealing a defect in what he is selling	Fully disclosing material facts
2. Builder willfully failing to perform in full, though otherwise substantially performing	Substantially performing without knowingly deviating from specifications
3. Contractor openly abusing bargaining power to coerce an increase in the contract price	Refraining from abuse of bargaining power
4. Hiring a broker and then deliberately preventing him from consummating the deal	Acting co-operatively
5. Conscious lack of diligence in mitigating the other party's damages	Acting diligently
6. Arbitrarily and capriciously exercising a power to terminate a contract	Acting with some reason
7. Adopting an overreaching interpretation of contract language	Interpreting contract language fairly
8. Harassing the other party for repeated assurances of performance	Accepting adequate assurances

A tal punto se ha llegado a reconocer la indefinición de la buena fe que Martijn Hesselink⁵ explicaba que la buena fe, al ser un concepto sin contenido, es solo un recordatorio en favor de los jueces civiles de que ellos pueden crear derecho y no solo ser boca de la ley (*bouche de la loi*), un recordatorio que no necesitan los jueces anglosajones quienes son considerados los oráculos del derecho (*oracles of the law*). En otras palabras, la buena fe solo sería el ancla legal, el salvavidas que necesitan los jueces civiles para que puedan fundamentar sus decisiones en alguna letra de la ley, y así no se encuentren en un callejón sin salida. Explicaba Kötz que el juez civilista que trabaja con un Código Civil es

⁴ SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». *Op. cit.*, p. 127.

⁵ Véase HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 471-498.

como alguien que se encuentra en un cuarto, que tiene permitido caminar dentro del mismo, pero sin salir.⁶

Partir de esta premisa que considera a la buena fe como un *faux-amis*, un *excluder* o un salvavidas, es fundamental para dejar de dar vueltas sobre el mismo lugar. No tiene sentido definir a la buena fe como lealtad, probidad, corrección, cooperación o similares. Al tratarse de un concepto indefinido, lo único que se puede hacer es definir a la buena fe en base a sus sinónimos, pero ello aún no nos brinda las respuestas que necesitamos.⁷ Mejor es reconocer que la misma no tiene un contenido fijo *ex ante* y que por ello debe ser llenada de contenido *ex post* en la práctica, y mejor aún si es considerado como un concepto negativo, de manera que en la práctica tampoco se busque un concepto positivo sino solo aquellas conductas que sean consideradas de mala fe.

2. MODELOS DE BUENA FE EN EL DERECHO COMPARADO

Como la buena fe no tiene un concepto uniforme, no existe una sola buena fe sino que la misma se presenta en distintas manifestaciones según las necesidades de cada jurisdicción nacional o instrumentos de uniformización, y a esto es lo que llamamos modelos de buena fe.⁸

⁶ KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50, p. 10.

⁷ MANIRUZZAMAN, A.F.M. «The concept of good faith in international investment disputes – the arbitrator's dilemma». En *Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, 2012, vol. 89, p. 16: «The concept of good faith has been a subject of perennial controversy since it was derived from the Roman legal equivalent “*bonas fides*”. Juristic views on and the legal conceptualization of the idea of good faith may often vary across the cultural divides and legal traditions. At a higher level of abstraction there may be a semblance of understanding that it is a moral principle and is reflective of all good senses such as honesty, good conscience, fairness, equity, reasonableness, equitable dealing or fair dealing, etc., but its application may cause the divergence of opinions. This has caused some uncertainty about the nature of the concept itself and the consequent unpredictability of the outcome of its application»; ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28, pp. 4-5: «It is not surprising that a definition of good faith proved to be frustratingly elusive despite that the concept of good faith appears to be easy to grasp as many terms in essence convey at least a similar duty. This is highlighted by the fact that a search reveals that the term good faith has been equated to: “unconscionability, fairness, fair conduct, reasonable standards of fair dealing, decency, reasonableness, decent behaviour, a common ethical sense, a spirit of solidarity, community standards of fairness” and “honesty in fact” the question is whether each of the terms describes the same phenomena namely good faith»; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, p. 128: «Hace poco cuando nos preguntábamos qué es la buena fe, no teníamos una respuesta clara. Decir que la que la buena fe es lealtad, cooperación, honestidad, solidaridad, entre otros, no es definir a la buena fe. Es como decir que un perro es un “can”. No se puede definir un concepto a través de sus sinónimos. El significado del concepto “perro” es un mamífero doméstico, y un sinónimo de tal concepto es precisamente “can”. Pero definir al concepto “perro” como “can” es un error. Normalmente esto es lo que ocurre con el concepto de buena fe. Cuando se define a la buena fe se piensa en sus sinónimos y no en su verdadero concepto. Y esto se debe precisamente porque estamos ante un concepto indeterminado por definición»; SHIEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En *Bepress Legal Series, Working Paper*, 2004, n.º 339, p. 5: «Pallets of paper and piles of toner cartridges have been expended on the topic with little advance being made toward any type of a consensus».

⁸ SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, pp. 4-5: «Although there are many articles, theses and the like comparing certain aspects of the principle in one or more legal systems, and there is of course a great abundance of scholarly analysis of certain issues which are solved in two or more legal systems by falling back on general clauses such as good faith and “*Treu und Glauben*”, there is—as far as I can see—no comprehensive and exhaustive treatment. This leads me to my first and very tentative thesis no. 1: If, in spite of the plentiful resources for legal research in the western world, we still have to wait for an exhaustive comparative analysis resulting, as mentioned before, in a set of rules common to all legal systems, it must be assumed that it will be impossible to satisfy this hope, because there is, in fact, no such common stock of concrete rules and applications of the principle. Being well aware of the provocation implicit in such a statement, I hasten to add as a tentative thesis no. 2 the suspected reasons for this embarrassing statement: The importance of the general principle of good faith and fair dealing and the details developed out of it depend on the structure and content of the specific legal system in which they are implemented, and on the concrete and specific contract in question. It is mainly the shortcomings and gaps of a certain legal system or of a particular contract that require the employment of the principle of good faith and fair dealing, and the development of special rules based on this principle, to “cure”, as it were, these shortcomings»; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». En *Journal of Law and Commerce*, 1999, n.º 2, vol. 18, p. 336: «Good faith differs in its scope and application depending on which legal tradition governs the particular commercial transaction. Civil law states tend to use a more expansive approach to the good faith obligation, applying it to both contract formation and performance. Common law states prefer a more narrow good faith duty applicable only to contract performance [...] The requirement of good faith in contracting is evident in a variety of circumstances in many different legal and social traditions. A more in depth discussion of various models will assist in determining the main requirements of a duty to act in good faith. Despite the differences on the surface, the duty of good faith is at its core, very similar throughout the world». En el Perú, Espinoza identifica a los siguientes modelos de buena fe: (a) buena fe esterilizada, (b) buena fe auxiliar del programa contractual, (c) buena fe solidaria, y (d) buena fe imperativa. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 114.

Debido a esta falta de uniformidad inherente, existen modelos de buena fe que varían según: (1) la fuerza que se reconoce a la buena fe, y (2) el momento de su intervención en la vida del contrato y la función que cumple. Esto se puede verificar analizando cómo la buena fe ha sido regulada en las codificaciones civiles e instrumentos de uniformización, y su vez, empleada en la práctica.

De esta manera, y conforme se puede apreciar de las diferentes técnicas legislativas, podemos diferenciar entre: (i) una buena fe precontractual, que aplica a las tratativas; (ii) una buena fe contractual, que se refiere a la ejecución del contrato; (iii) una buena fe interpretativa, como criterio legal de interpretación del contrato; (iv) una buena fe integrativa, para complementar el contrato; y (v) una buena fe correctiva, para limitar el ejercicio de los derechos.

Adicionalmente, téngase presente que se suele reconocer a la buena fe a través de una cláusula general. Esto es común con la buena fe contractual, que como su nombre dice, aplica a los contratos, pero también se observa que algunas jurisdicciones reconocen a la buena fe al inicio de la codificación civil (en las primeras disposiciones) y aplicable a todo tipo de relación jurídica (entonces, no limitada al contrato).

2.1. *Jurisdicciones nacionales*

a) *El reconocimiento de los civilistas*

Tallon decía que la buena fe es un tema eterno y de moda. Eterno porque el derecho no puede ser un monstruo frío divorciado de cualquier elemento moral, y de moda, sobre todo en el derecho de contratos, porque de ella se desprende un burbujeo de nuevas ideas que hace que siempre esté en vitrina.⁹

Partiendo de esta premisa, la buena fe es considerada como una de las normas más importantes del derecho privado europeo.¹⁰ Sin embargo, la buena fe civilista, aunque sea considerada como poderosa en general, no tiene la misma aplicación en todas las jurisdicciones europeas. Por ejemplo, la buena fe ha sido reconocida expresamente en las codificaciones francesas y alemanas, pero la misma no ha tenido el mismo protagonismo en ambas jurisdicciones. Desde el derecho comparado, Francia siempre fue considerada como un ejemplo del respeto a la letra del contrato, del *pacta sunt servanda*, mientras que Alemania era presentada como el ejemplo del intervencionismo contractual.

En Francia, la buena fe (*bonne foi*) estuvo regulada en el original artículo 1134 del Code Civil de 1804,¹¹ el cual contenía tres párrafos que señalaban lo siguiente:

Artículo 1134

Las convenciones válidamente celebradas tienen fuerza vinculante entre las partes que las hubieran celebrado.

⁹ Véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. De manera similar, Zimmermann y Whittaker consideran que la buena fe es «the queen of rules». ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-61.

¹⁰ Véase HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, n.º 3, pp. 551-572; MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 43-73; LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.

¹¹ «Art. 1134

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi».

Estas no pueden ser revocadas sino por mutuo acuerdo o por las causales que la ley establezca.

Deben ser ejecutadas de buena fe.¹²

La buena fe francesa estuvo subordinada al *pacta sunt servanda*, como si existiera una jerarquía normativa entre el primer, segundo y tercer párrafo del artículo 1134. La principal regla del derecho de contrato para los franceses era que lo acordado entre las partes era ley entre ellas. La segunda era la santidad contractual. Como tal, la buena fe no podía ir en contra de la letra del contrato; por el contrario, buena fe era lealtad a la palabra misma.¹³

Tanto fue el respeto del *pacta sunt servanda* que la teoría de la *imprévision* fue recién incorporada en el Code Civil según la Ordonnance 2016-131 conforme a su actual artículo 1195,¹⁴ y hasta que ocurrió tal reforma, la buena fe nunca fue admitida como la base legal que permitiera el ingreso de la *imprévision* vía la jurisprudencia suprema, sin perjuicio de las propuestas doctrinarias y alguna jurisprudencia no consolidada.

Actualmente, el artículo 1134 del Code Civil ha sido fragmentado en los actuales artículos 1103,¹⁵ 1104¹⁶ y 1193,¹⁷ el primero sobre el *pacta sunt servanda*, el segundo sobre la buena fe en general, que ahora la extiende expresamente a las tratativas (incluso la regulación de las tratativas y la buena fe precontractual cuenta con una norma específica adicional conforme al actual artículo 1112 del Code Civil),¹⁸ y el tercero sobre la santidad contractual.

Artículo 1103

Las convenciones válidamente celebradas tienen fuerza vinculante entre las partes que las hubieran celebrado.

Artículo 1104

Los contratos deben negociarse, formarse y ejecutarse de buena fe. Esta disposición es de orden público.

Artículo 1193

Los contratos solo pueden ser modificados o revocados por consentimiento mutuo de las partes, o por razones permitidas por la ley.

¹² Traducción del profesor José L. Gabriel (Pontificia Universidad Católica del Perú).

¹³ Véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». *Op. cit.* Explicaba Sheehy sobre la buena fe en Francia que «By way of contrast, the French civil code 1134 has been used with great restraint and its impact described as “shallow”». SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, p. 23. Por su parte, desde el derecho romano, Schermaier indicaba que «First, one must keep one’s word. According to the medieval jurists, one must do so as a matter of “faith”, “equity” and the *ius gentium*, a law binding upon all peoples. The jurists founded these conclusions on their Roman texts. A text ascribed to *Ulpian* linked *fides* in the sense of keeping one’s word with “natural equity” (*aequitas naturalis*). It said that a praetorian edict that enforced certain types of agreements rested on “natural equity” “for what is so much in accord with human faith as to observe that which men have agreed upon among themselves”». SCHERMAIER, Martin Josef. «*Bona fides* in Roman contract law». En WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 95-96.

¹⁴ «Art. 1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe».

¹⁵ «Art. 1103. Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits».

¹⁶ «Art. 1104. Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d’ordre public».

¹⁷ «Art. 1193. Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise».

¹⁸ «Art. 1112. L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu». Véase también el artículo 465 del Código Civil de Bolivia y el artículo 689 del Código Civil de Paraguay.

También es pertinente mencionar al original artículo 1135 del Code Civil¹⁹ (actual artículo 1194),²⁰ que reconocía a la equidad como fuente de integración del contrato, que a efectos prácticos, realizaba un rol similar a la buena de integrativa.

Artículo 1135

Los contratos obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza.

El original artículo 1135 francés es importante porque cuando diversas jurisdicciones latinas como Chile, Ecuador y Colombia, tomaron como referencia al Code Civil para importar a la buena fe, eligieron como base el texto del artículo 1135 y no del artículo 1134, de manera que se reemplazó a la «equidad» (integrativa) por la «buena fe» (en ejecución del contrato).²¹ Ello fue así porque el texto del artículo 1134 era muy escueto con relación a la buena fe, mientras que a través del artículo 1135 podía reconocerse un rol más amplio.

Es relevante destacar que en la versión original del Code Civil de 1804 no existió una norma específica destinada a la interpretación del contrato conforme a la buena fe en la sección destinada a la interpretación del contrato (artículos 1156-1164), y ello no cambió con la reforma del 2016 (artículos 1188-1192). Québec, una jurisdicción afrancesada, igualmente no contiene una norma específica para la interpretación del contrato de buena fe, pero sí una norma para la buena fe precontractual y contractual según el artículo 1375 del Civil Code.²²

La misma tendencia puede apreciarse en jurisdicciones latinas de tradición francesa. En Chile, Ecuador, Colombia, Bolivia y Uruguay, por ejemplo, se reconoció a la buena fe contractual (ejecución) pero no expresamente a una buena fe interpretativa. En estas jurisdicciones los Códigos Civiles reconocen una sección destinada a la interpretación de los contratos, como lo hizo el Code Civil de 1804, pero en tales disposiciones no se encuentra una norma que señale que los contratos deben interpretarse conforme a la buena fe, sin perjuicio de aquella otra norma legal que reconoce a la buena fe contractual (ejecución) como cláusula general (para algunos, esta disposición incluiría a la buena fe interpretativa). Las excepciones se encuentran en Brasil, Paraguay y Perú. El Código Civil de Brasil cuenta con un artículo 113 que regula la interpretación de los negocios jurídicos de buena fe,²³ el Código Civil de Paraguay cuenta con una sección sobre la interpretación del contrato —como las otras jurisdicciones latinas— con la diferencia que la última disposición de tal sección reconoce a la buena fe interpretativa (artículo 714),²⁴ mientras que el Código Civil del Perú contiene tres normas que regulan los criterios de interpretación del acto jurídico, siendo el primero de ellos el artículo 168 que tiene a la buena fe interpretativa (que se extiende al contrato).²⁵

¹⁹ «Art. 1135

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

²⁰ «Art. 1194. Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi».

²¹ Véase el artículo 1546 del Código Civil de Chile, el artículo 1589 del Código Civil de Ecuador y el artículo 1603 del Código Civil de Colombia. En otros casos, se mantuvo a la equidad, pero se agregó a la buena fe contractual como en el artículo 520 del Código Civil de Bolivia y el artículo 1291 del Código Civil de Uruguay.

²² «Art. 1375

The parties shall conduct themselves in good faith both at the time the obligation arises and at the time it is performed or extinguished».

²³ «Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração»

²⁴ «Artículo 714. Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso.

El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe».

²⁵ «Artículo 168. El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

Por su parte, los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC) reconocen a la buena fe interpretativa (artículo 76)²⁶ en la sección destinada a la interpretación del contrato (artículos 69-76), y además a la buena fe precontractual (artículo 10)²⁷ y la buena fe contractual (artículo 7).²⁸

A diferencia de la experiencia francesa, una historia distinta ocurrió en Alemania, cuyo artículo §242 del BGB²⁹ regula a la buena fe alemana (*Treu und Glauben*) de la siguiente manera:

§ 242 Ejecución de buena fe

El deudor está obligado a ejecutar la prestación de acuerdo a los requerimientos de la buena fe tomando en consideración los usos del tráfico.

Lo primero a tener en cuenta es que a diferencia del Code Civil, el BGB regula a la buena fe en una norma distinta a aquella que reconoce al *pacta sunt servanda*. Como vemos, esto no solo se debe a una técnica legislativa, sino que demuestra la filosofía subyacente que puede existir en una jurisdicción. Actualmente el Code Civil sí dedica dos normas distintas para la buena fe y el *pacta sunt servanda*, pero tradicionalmente y por mucho tiempo, ello no fue así. Como resultado, en Francia la buena fe estuvo al servicio de la obligatoriedad de los contratos, y no en contra de ella.

Segundo, a diferencia de la buena fe francesa, la buena fe alemana sí fue utilizada para, dirían algunos, «complementar» o «corregir» al *pacta sunt servanda*, o como preferirían decir otros, ir en contra de la letra del contrato. En efecto, ante la falta de reconocimiento expreso de la teoría de la *Geschäftsgrundlage* (base del negocio), y ante las necesidades urgentes ocasionadas por el cambio de circunstancias en épocas de guerras, los jueces alemanes tomaron a la buena fe del artículo §242 para fundamentar la resolución o adaptación del contrato ante tales circunstancias. Fue recién en el 2002 que la *Geschäftsgrundlage* encontró su propio lugar en el BGB conforme al artículo §313,³⁰ el cual fue simplemente un reconocimiento de lo que ya venían haciendo las cortes alemanas en virtud de la buena fe. Además, el BGB también cuenta con el artículo §157³¹ que reconoce a la buena fe interpretativa.

Como explica Schlechtriem sobre el rol de la buena fe en Alemania:

If one takes a commentary on 242 BGB in order to see what courts and literary contributions have made of this provision, one is immediately struck, if not shocked, by the abundance of cases, theories, detailed rules and sub-rules having sprung from it. Certainly the most frightening example is the 11th edition of the Staudinger commentary, where the commentator, *Dr. Weber*, dealt with this single provision in a tome of more than 2,000 pages. In leafing through this volume, one cannot avoid the impression that those scholars who advocated an abandonment of

²⁶ «Artículo 76. Interpretación conforme a la buena fe

En todo caso el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe».

²⁷ «Artículo 10. Libertad en las negociaciones

Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe».

²⁸ «Artículo 7. Buena fe

(1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe.

(2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno».

²⁹ «§242 Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern».

³⁰ «§313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

³¹ «§157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern».

most concrete legal provisions in favour of 242 BGB have already succeeded, for one can find a court decision or a scholarly theory applying the provision to almost every situation governed by the Civil Code, and in addition very often overriding the text and the meaning of special provisions. It seems as if the ironic remark often made with respect to Roman Law, as well as to the case law of the Anglo-Saxon countries, holds true to the consequences of the principle of «*Treu und Glauben*» under German law as well, namely that you can find a source (be it a court decision or a scholarly theory) for every solution imaginable or wanted, 242 BGB serving as the legal anchor to even the wildest propositions and results. The abundance is even more overwhelming if we not only regard «normative» supplementations but concrete ones in the interpretation of particular contracts under 157 BGB.³²

Estas dos experiencias demuestran el diferente rol que puede cumplir la buena fe en el derecho comparado, pero, sobre todo, llama la atención al graficar cómo el mismo concepto puede ser tan distinto según la jurisdicción que la implemente. En cierta manera, esto es posible porque la buena fe es inherentemente indefinida, y como tal, puede ser utilizada de manera restringida o amplia según el modelo que se adopte.

Posiciones intervencionistas como la alemana pueden encontrarse también en Italia y Holanda, mientras que posiciones restrictivas como la tradicional francesa se encuentra actualmente en Inglaterra, incluso más restrictiva en este último caso.

Italia no solo reconoce a la buena fe (*buona fede*) en su codificación civil, sino que además ha utilizado a la buena fe como la puerta para admitir el ingreso del principio constitucional de solidaridad, y así, colocarse como una de las jurisdicciones más intervencionistas en el derecho de contratos al permitir la reducción de la cláusula penal incluso de oficio o la nulidad de las arras que sean consideradas manifiestamente excesivas. Por ello, Pardolesi habla de una buena fe demoleadora en Italia.³³

A efectos de una comparación entre técnicas legislativas, mientras que en Francia el Code Civil inicialmente reconocía a la buena fe contractual junto con el *pacta sunt servanda* en una sola disposición legal, para luego separar a la buena fe y darle una disposición legal propia, actualmente en Italia el Codice Civile reconoce legalmente a la buena fe en tres normas para tres supuestos distintos: artículo 1337 (precontractual),³⁴ artículo 1366 (interpretación)³⁵ y artículo 1375 (contractual/ejecución).³⁶ Por otro lado, el Código Civil de Brasil reconoce a la buena fe para la interpretación de los negocios jurídicos (artículo 113)³⁷ y a la buena fe precontractual y contractual (artículo 422).³⁸ En el Perú se tiene una norma para la interpretación del contrato de buena fe (artículo 168)³⁹ y otra para la negociación, celebración y ejecución del contrato de buena fe (artículo 1362),⁴⁰ esta última similar al actual artículo 1104 del Code Civil.

³² SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». *Op. cit.*, pp. 7-8.

³³ PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, p. 2041.

³⁴ «Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

³⁵ «Art. 1366 Interpretazione di buona fede

Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede».

³⁶ «Art. 1375 Esecuzione di buona fede

Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

Comparando las Códigos Civiles franceses e italianos y la influencia del primero hacia el segundo, Cordero-Moss explicaba que «Because the Codice Civile was issued nearly a century and a half after the Code Civil, and society had gone through dramatic developments during that period, the Codice Civile contains a series of rules that modernise the original French model and mitigate its liberalism in favour of a larger attention to the social justice in legal relationships». CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, p. 17.

³⁷ «Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração».

³⁸ «Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé».

³⁹ «Artículo 168. El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

⁴⁰ «Artículo 1362. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Holanda también ha optado por un modelo fuerte de la buena fe en su codificación civil. Primero, el Burgerlijk Wetboek (BW) de 1992 —una codificación considerada como moderna en el derecho comparado— ya no emplea la denominación literal «buena fe» (*goede trouw*), sino que la misma ha sido reemplazada por la frase «razonabilidad y equidad» (*redelijkheid en billijkheid*).⁴¹ Segundo, la función integrativa de la buena fe estuvo reconocida expresamente en el original artículo 1135 del Code Civil a través de la equidad, y ello fue usado como referencia por diversas jurisdicciones, entre ellas, el artículo 1258 del Código Civil español que menciona a la equidad y la buena fe.⁴² Tercero, usualmente es la doctrina la que reconoce que la buena fe cumple una función integrativa del contrato, y también una función correctiva, y que bastaría con la buena fe en ejecución del contrato para tener por incluidas ambas funciones (ante la ausencia disposiciones específicas). En otras palabras, si en una jurisdicción existe una norma que señala que el contrato debe ejecutarse conforme a la buena fe, ello significaría que puede ser usada para integrar el contrato ante un vacío y para corregir o limitar el ejercicio de derechos.

Al respecto, en Holanda el BW tuvo la oportunidad de regular de manera clara, conjunta y con carácter general, a las funciones integrativa y correctiva de la buena fe⁴³ conforme a los artículos 6:244 y 6:248⁴⁵ del BW, y no se limitó a simplemente señalar que el contrato debe ejecutarse de buena fe:

Artículo 6:2. Razonabilidad y equidad en la relación entre acreedor y deudor

1. El acreedor y el deudor deben comportarse entre ellos de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.
2. Una regla vigente entre el acreedor y el deudor en virtud de la ley, la costumbre o el acuerdo no aplica en la medida que sea inaceptable en las circunstancias de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

Artículo 6:248. Efectos legales derivados de la ley, los usos y los estándares de razonabilidad y equidad

1. Un acuerdo no solo tiene los efectos legales que las partes han acordado, sino también aquellos que dada la naturaleza del acuerdo, surjan de la ley, de los usos o los estándares de razonabilidad y equidad.
2. Una regla a ser cumplida por las partes como resultado de su acuerdo, no aplica en la medida que dada las circunstancias sea inaceptable de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

Mientras que el artículo 6:(1) contiene la buena fe en ejecución, el artículo 6:248(1) a la buena fe integrativa y los artículos 6:(2) y 6:248(2) a la buena fe correctiva.

⁴¹ Véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». *Op. cit.*; DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, p. 410. De hecho, es usual que los comparatistas consideren que la buena fe y la equidad (incluso la *equity* inglesa) cumplen funciones similares para complementar el derecho. Véase LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. Londres: Stevens & Son Limited, 1951, pp. 32-34.

⁴² «Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

⁴³ Véase HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». *Op. cit.*, pp. 551-572; DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». *Op. cit.*, pp. 397-412; SMITS, Jan. «The Law of Contracts». En HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia y AKKERMANS, Bram (eds.). *Introduction to Law*. Second edition. Switzerland: Springer, 2017, p. 70.

⁴⁴ «Art. 6:2 Redelijkheid en billijkheid bij verbintenissen

1. Schuldéiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn».

⁴⁵ «Art. 6:248 Redelijkheid en billijkheid bij rechtsgevolgen van overeenkomst

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn».

Incluso, como muestra de la fuerza que puede tener la buena fe en el derecho holandés, la «razonabilidad y equidad» ha sido expresamente enunciada como uno de los fundamentos de la resolución o resolución del contrato ante la ocurrencia de circunstancias imprevistas (*onvoorziene omstandigheden*) de conformidad con el artículo 6:258(1) del BW:⁴⁶

Artículo 6:258 Circunstancias imprevistas

1. En virtud de un derecho de acción de una de las partes de un contrato, la corte puede cambiar los efectos legales del contrato o resolverlo en su totalidad o en parte si hay circunstancias imprevistas de tal naturaleza que la otra parte, de acuerdo a los estándares de razonabilidad y equidad, no pueda esperar una continuación sin cambios del contrato. La corte puede modificar o resolver el contrato con efecto retroactivo.

[...].

Esta opción legislativa llama la atención pues tenía sentido invocar a la buena fe cuando aún no se reconocía alguna teoría específica ante el cambio de circunstancias. El mejor ejemplo fue Alemania que usó a la buena fe como base legal, y actualmente, legislaciones que aún no reconocen por ley al cambio de circunstancias, como España y Chile, utilizan a la buena fe. Sin embargo, una vez que se reconoce una teoría concreta, ya no debe invocarse más a la buena fe. El artículo 1195 del Code Civil no hace referencia a la buena fe cuando regula a la *imprévision*, como tampoco lo hace el artículo §313 del BGB con la *Geschäftsgrundlage*, o el artículo 1467 del Codice Civile con la *eccessiva onerosità sopravvenuta*.⁴⁷ A pesar de ello, la opción legislativa holandesa hace expresa referencia a la buena fe cuando regula al cambio de circunstancias.

Al igual que Holanda en Europa, Portugal también puede considerarse como una jurisdicción europea que tiene un fuerte modelo de buena fe porque contiene una disposición general sobre el valor de los usos que sean conformes a la buena fe (artículo 3),⁴⁸ la buena fe precontractual (artículo

⁴⁶ «Art. 6:258 Onvoorziene omstandigheden bij rechtsgevolgen van overeenkomst

1. De rechter kan op vordering van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

[...].»

⁴⁷ «Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

⁴⁸ «Artigo 3

(Valor jurídico dos usos)

1. Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.

2. As normas corporativas prevalecem sobre os usos».

27),⁴⁹ buena fe integrativa (artículo 239),⁵⁰ buena fe correctiva (artículo 334),⁵¹ la buena fe contractual (artículo 762),⁵² e incluso menciona a la buena fe en la regulación de la imprevisión (artículo 437).⁵³

En Latinoamérica, Paraguay puede considerarse como una jurisdicción con un modelo fuerte de buena fe porque su Código Civil reconoce a una cláusula general de buena fe y la buena fe correctiva (artículo 372),⁵⁴ buena fe precontractual (artículo 689),⁵⁵ buena fe interpretativa (artículo 714)⁵⁶ y buena fe contractual (artículo 715).⁵⁷ Igualmente, Argentina con su Código Civil y Comercial, que contiene una cláusula general de buena fe (artículo 9)⁵⁸ y a la buena fe correctiva (artículo 10),⁵⁹ otra cláusula general de buena fe para la negociación, interpretación y ejecución del contrato (artículo 961),⁶⁰ una disposición específica para la buena fe precontractual (artículo 991),⁶¹ y una disposición específica para la buena fe interpretativa (artículo 1061).⁶²

También se debe resaltar el nuevo Código Civil de China, el cual cuenta con dos disposiciones (artículos 142 y 466) que hacen referencia a la buena fe interpretativa, dos disposiciones con cláusulas

- ⁴⁹ «Artigo 227
(Culpa na formação dos contratos)
1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.
2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498».
- ⁵⁰ «Artigo 239
(Integração)
Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta».
- ⁵¹ «Artigo 334
(Abuso do direito)
É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito».
- ⁵² «Artigo 762
(Princípio geral)
1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado.
2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé».
- ⁵³ «Artigo 437
(Condições de admissibilidade)
1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior».
- ⁵⁴ «Artículo 372.- Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente».
- ⁵⁵ «Artículo 689.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe».
- ⁵⁶ «Artículo 714. Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso.
El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe».
- ⁵⁷ «Artículo 715.- Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas».
- ⁵⁸ «Artículo 9.- Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe».
- ⁵⁹ «Artículo 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.
La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización».
- ⁶⁰ «Artículo 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor».
- ⁶¹ «Artículo 991.- Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato».
- ⁶² «Artículo 1061.- Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe».

generales de buena fe (artículos 7 y 509) y una disposición sobre la buena fe precontractual (artículo 500).⁶³

Finalmente, cabe mencionar que algunas jurisdicciones incluso cuentan con una norma que señala que se presume la buena fe con carácter general, como el artículo 3 del Código Civil de Suiza⁶⁴ o el artículo 6 del Código Civil de Cuba.

Artículo 3

1. La buena fe se presume cuando la ley hace depender de ella la creación o los efectos de un derecho.
2. Nadie puede invocar su buena fe si esta es incompatible con el cuidado que las circunstancias le exigen.

Artículo 6. La buena fe se presume cuando el Código la exige para el nacimiento o los efectos de un derecho.

La buena fe puede ser aplicada en todos lados como se observa en el *civil law*, y ello es así porque se trata de un concepto indeterminado.⁶⁵ Pero como dice Tallon,⁶⁶ que la buena fe siga siendo un concepto vago es una ventaja, pero también un peligro; por ello, decía que la buena fe debe ir con una publicidad como aquella que se exige a las bebidas alcohólicas: «tomar con moderación».⁶⁷

Estas diferentes opciones legislativas demuestran cómo es utilizada la buena fe y cuál es su protagonismo. Una jurisdicción puede hacer más uso de la buena fe que otra (que en su reemplazo puede usar otras instituciones legales). Explicaba Zimmermann que el hecho que se usen otros conceptos en lugar de la buena fe para lograr el mismo resultado, prueba que la buena fe va perdiendo fuerza.⁶⁸ Entonces si una jurisdicción tiene menos disposiciones que hacen referencia a la buena fe, es porque no la necesita al usar otras instituciones legales que permiten conseguir el mismo resultado. A veces se prefiere por soluciones alternativas a la buena fe para reducir la subjetividad o moralidad inherente a esta.

b) El rechazo de los anglosajones

Inglaterra es considerada como la jurisdicción más opuesta al concepto de buena fe, desde que prefiere a la seguridad y certidumbre jurídica incluso si ello llegase a producir situaciones injustas.⁶⁹ Como

⁶³ Véase CHEN, Lei; GE, Jiangqiu; HE, Jian; LIU, Zhicheng y XIONG, Bingwan (eds.). *The Civil Code of the People's Republic of China*. English Translation. Boston: Brill Nijhoff, 2021.

⁶⁴ «Art. 3

1 La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit.

2 Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui».

⁶⁵ Decía Flechtner que «Good faith» is a notoriously amorphous and variable concept». FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13, p. 301.

⁶⁶ Véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». *Op. cit.*

⁶⁷ Asimismo, explicaba Sheehy que: «Without a single unifying concept, arbitrary though it may be, the notion of Good Faith is a nebulous notion probably causing more grief than it resolves, introducing more uncertainty without the corollary benefit of improving justice or fairness». SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, p. 45.

⁶⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, p. 172.

⁶⁹ Véase GOODE, Roy. «The concept of "good faith" in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450; BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18, pp. 501-526. Explicaba Sims que «Hugh Mills once observed that «nothing unites the English like war. Nothing divides them like Picasso». In the context of contract law, it could be said that «nothing unites English lawyers like the belief in the unique nature of the common law. Nothing divides them like the issue of good faith». SIMS, Vanessa. «Good faith in English contract law: of triggers and concentric circles». En *Ankara Law Review*, 2004, n.º 2, vol. 1, p. 214.

decía Goode: «[...] the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice».⁷⁰

La filosofía del derecho inglés es que no existe un concepto general de buena fe en toda la vida del contrato,⁷¹ salvo algunos supuestos específicos. En un inicio, Lord Mansfield había señalado en el caso *Carter vs. Boehm* (1766) que la buena fe debería ser aplicada a todos los contratos:

The governing principle is applicable to all contracts and dealings. Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw the other into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary.⁷²

Sin embargo, este pronunciamiento fue interpretado de manera restrictiva y limitado al tipo de contrato que Lord Mansfield analizó en su momento, esto es, los contratos de seguro y reaseguros, como se evidencia en el caso *Pan Atlantic Insurance Co. Ltd vs. Pine Top Insurance Co. Ltd* (1995).⁷³ Actualmente, esta buena fe del derecho de seguros y reaseguros se denomina como *utmost good faith*, diferenciándose de la buena fe del derecho de contratos.

Posteriormente, y con la implementación en el derecho inglés de la Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC⁷⁴ que dio lugar a las Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1994 (SI 1994/3159) y 1999 (SI 1999/2083),⁷⁵ parecía que los ingleses tendrían que repensar su filosofía antibuena fe desde que tal Directiva implicaba reconocer el ingreso de la buena fe al derecho inglés para el derecho de consumo, porque la buena fe era reconocida como uno de los criterios para considerar cuándo un término contractual es abusivo.⁷⁶ Sin embargo, la historia no cambió. Dicho ingreso forzado en el papel no representó una aceptación en los hechos.

A pesar de ello, existen ciertos pronunciamientos que son usualmente invocados como antecedentes hacia un eventual reconocimiento de la buena fe en el derecho inglés,⁷⁷ aunque al final ello no ha generado realmente un cambio en la tendencia jurisprudencial inglesa. Uno de los antecedentes más importantes es el pronunciamiento de *Leggatt LJ en Yam Seng Pte. vs. International Trade Corp.* (2013), donde señaló:

⁷⁰ GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». *Op. cit.*

⁷¹ Originalmente, Lord Mansfield señaló en *Carter vs. Boehm* (1766) que la buena fe era un «governing principle [which] is applicable to all contracts and dealings». Sin embargo, con el paso de los años, ello quedó limitado a los contratos de seguro y la hoy conocida *utmost good faith* (*uberrima fides*).

⁷² *Carter vs. Boehm* [1766] 3 Burr 1905.

⁷³ *Pan Atlantic Insurance Company LTD vs. Pine Top Insurance Company* [1995] 1 A.C. 501.

Véase CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, vol. 17, n.º 2, 2009, p. 159.

⁷⁴ Cuyo artículo 3(1) señala que «A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer».

⁷⁵ Cuya definición de «Unfair terms» señala lo siguiente: «5.- (1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer. (2) A term shall always be regarded as not having been individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term. (3) Notwithstanding that a specific term or certain aspects of it in a contract has been individually negotiated, these Regulations shall apply to the rest of a contract if an overall assessment of it indicates that it is a pre-formulated standard contract. (4) It shall be for any seller or supplier who claims that a term was individually negotiated to show that it was. (5) Schedule 2 to these Regulations contains an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair».

⁷⁶ Un antecedente se encontraba en el Bills of Exchange Act 1882 que hacía mención al *good faith* en su regulación de letras de cambio, cheques y pagarés, aunque esta buena fe es distinta a la del derecho de contratos. Cartwright reflexiona sobre el derecho inglés y considera que hay cosas que deben cambiarse, entre ellas, la clásica posición contra la buena fe. CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». *Op. cit.*, pp. 155-175.

⁷⁷ Véase STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 131-142; LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 de octubre de 2016, pp. 1-18; LEGGATT, George. «Negotiation in good faith: adapting to changing circumstances in contracts and English contract law». En *Jill Poole Memorial Lecture*, 19 de octubre de 2018, Aston University, pp. 1-24.

[...] refusing, however, if indeed it does refuse, to recognise any such general obligation of good faith, this jurisprudence would appear to be swimming against the tide [...] the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced.⁷⁸

Sin embargo, a su vez reconocía que:

I doubt that English law has reached the stage, however, where it is ready to recognise a requirement of good faith as a duty implied by law, even as a default rule, into all commercial contracts. Nevertheless, there seems to me to be no difficulty, following the established methodology of English law for the implication of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties.⁷⁹

Por otro lado, y a lo largo de los años, se ha evidenciado una defensa más intensa en favor de la buena fe por parte de la doctrina inglesa,⁸⁰ sobre todo frente a los *relational contracts*⁸¹ (contratos de duración), relaciones fiduciarias y otros supuestos específicos. Al respecto, Leggett LJ señaló lo siguiente en el caso *Al Nehayan vs. Kent* (2018):

The legitimate expectations which the law should protect in relationships of this kind are embodied in the normative standard of good faith. Although the observations that I made in the *Yam Seng* case about the scope for implying duties of good faith in English contract law have provoked divergent reactions, there appears to be growing recognition that such a duty may readily be implied in a relational contract.⁸²

Sin embargo, actualmente se mantiene la posición estricta inglesa sobre la inexistencia de la buena fe en el derecho de contratos, y en todo caso, de reconocerse su presencia, la buena fe solo tendría un rol secundario y al servicio del *pacta sunt servanda*, al estilo tradicional francés. Por ello, algunos comentaristas como McKendrick⁸³ consideran que el problema no está en el reconocimiento mismo de la buena fe, sino en cómo la misma es empleada en la práctica. Formalmente, la buena fe ha entrado en el derecho inglés mediante la implementación de una Directiva comunitaria, sin embargo, en la práctica parece que nunca entró, al menos como lo entendería un civilista.

Al final del día, a pesar que se puedan reconocer ciertos avances tanto por la doctrina como por la jurisprudencia inglesa en favor del reconocimiento de la buena fe, lo cierto es que Inglaterra tiene un claro objetivo: permanecer como el centro financiero del mundo y la opción de ley aplicable (*governing law clause*) en contrato internacionales, y ello solo será posible si mantiene su filosofía de respeto estricto de los contratos, que es incluso más rígida y extrema que otra jurisdicción anglosajona de importancia, como lo es la americana. Solo pensemos en el *brexít* y sus razones, entre ellas, la preferencia por la autonomía y soberanía inglesa incluso por encima de la Unión Europea.⁸⁴ De manera más específica, la preferencia por la autonomía y soberanía inglesa sobre otras jurisdicciones se aprecia en el derecho de contratos y la no ratificación de la CISG⁸⁵ por parte del Reino Unido (UK),⁸⁶ siendo

⁷⁸ *Yam Seng Pte Ltd vs. International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Véase POWELL, Raphael. «Good faith in contracts». En *Current Legal Problems*, 1956, n.º 1, vol. 9, pp. 16-38; BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49, pp. 111-157; STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52, pp. 1-36; MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and common laws». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 72-111.

⁸¹ Para un estudio comparado sobre la aplicación de la buena fe en los *relational contracts*, véase GALLETI, Shida. «Contract Interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches». En *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2014, n.º 2, vol. 47, pp. 248-275; MALTESE, Demetrio y FARINA, Marco. «Theory of firm and organisational contracts: the remedial aspects of good faith». En *European Business Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 27, pp. 51-83.

⁸² *Al Nehayan vs. Kent* [2018] EWHC 333 (Comm) (22 February 2018).

⁸³ MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 40.

⁸⁴ Sobre los aspectos legales y económicos del *brexít*, véase recientemente KÄMMERER, Jörn Axel y SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.). *Brexit: Legal and economic aspects of a political divorce*. Edward Elgar Publishing, 2021.

⁸⁵ United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods.

⁸⁶ Véase MOSS, Sally. «Why the United Kingdom has not ratified the CISG». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-6, vol. 25, pp. 483-485.

una de las razones la incompatibilidad de ciertos extremos de la CISG con el derecho inglés, entre ellas, el reconocimiento de la buena fe⁸⁷ (a pesar de la literalidad restrictiva de la CISG en su artículo 7(1), en la práctica existe jurisprudencia que defiende la existencia de un verdadero deber de buena fe bajo la CISG a pesar de lo que dice su texto expreso, algo que es tomado como una *red flag* para los ingleses).

Aunque la CISG es un instrumento de uniformización de perfil más anglosajón en ciertos extremos a diferencia de los PICC⁸⁸ y PECL,⁸⁹ para los ingleses la CISG no es lo suficientemente anglosajona en su totalidad, y el reconocimiento de la buena fe en su artículo 7(1), aunque sea restrictiva, es uno de los motivos que explican la negativa del Reino Unido de ratificarla, y tal posición se mantiene a la fecha. Entonces, queda clara la posición inglesa frente a la buena fe, por más intentos que se puedan observar en la doctrina o incluso en cierta jurisprudencia minoritaria.

Otras jurisdicciones del Reino Unido, o fuera de ella que siguen de cerca el desarrollo legal del derecho inglés, han seguido su posición o se han apartado de ella. En Escocia —una jurisdicción

⁸⁷ SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, p. 4: «While the USA has included it in its Uniform Commercial Code, the UK has found it to be a sufficiently onerous obligation so as to make acceptance of the CISG unpalatable»; HOFMANN, Nathalie. «Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe». En *Pace International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 22, p. 153: «Another possible criticism is the vagueness of some of the Convention's provisions, such as Article 7 on statutory interpretation and good faith. Given the initial lack of English case law regarding these provisions in contrast to the large number of cases decided under the Sale of Goods Act, English lawyers are cautious about favoring the Convention without knowing how English courts would apply and interpret it»; NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SME». En *Pace International Law Review*, 2012, n.º 3, vol. 3, pp. 69-110, pp. 94-95: «The second immediate problem that skeptical English lawyers spot when reading Article 7 of the CISG is the use of the term "good faith" as a suggestion of a positive legal requirement in an international contractual relationship. The conflict here appears from the fact that, in English law, there is no general positive duty of good faith imposed on the parties to a contract»; SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business*, 2012, vol. 9, p. 120: «In order to appreciate some of the difficulties with interpreting the concept of good faith it is important to have an understanding of the legislative history of Article 7(1). The current drafting of Article 7(1) has been described as a «statesman-like compromise» because, theoretically, the concept of good faith is treated quite differently in civil law and common law jurisdictions. The approach to good faith in the German civil code is often cited as an example because it clearly defines the principle of good faith; this then forms the basis of all obligations, not only those arising in contract and tort law but also property, public law and procedural law. The antithesis of this position is arguably found in the United Kingdom's approach where there is no general principle of good faith and most certainly not for precontractual obligations»; GEORGIADOU, Katerina. «Apathy vis-à-vis the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in the UK and two proposed strategies for CISG's incorporation in the UK legal order». En *Pace International Law Review*, 2012, vol. 3, n.º 8, p. 266: «Moreover, even though UK importers and exporters are allowed to create contracts under CISG terms, they often unfortunately choose to opt out mostly because they prefer to employ the old and familiar Sale of Goods Act of 1979». Por el contrario, véase HOOLEY, Richard. «Book reviews: Good faith in English law by J.F. O'Conor». En *The Cambridge Law Journal*, 1990, n.º 3, vol. 49, p. 515: «A general doctrine of good faith appeared to have little play in this brave new world. But times have changed. It cannot be long before the United Kingdom ratifies the UN Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) and, when interpreting it, courts will be asked to observe «good faith in international trade» (Article 7(1))»; STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*, p. 135: «There are international portents of change in relation to notions of good faith and fair dealing. On 11 April 1980 the representatives of 62 states (including representatives of the United Kingdom) approved the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. [...] No international convention will ever completely satisfy all countries. But the text of the Vienna Sales Convention represents a satisfactory compromise between contrasting points of view. Hopefully, there will shortly be a ministerial announcement that the United Kingdom will ratify the convention. If the will to ratify this convention now is absent, our businessmen will be placed at a disadvantage in international commerce. The Vienna Sales Convention bears the badge of neutrality, and it will prove popular among businessmen worldwide. If the United Kingdom does not ratify the convention now, commercial realities will compel ratification later»; NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero: «My conclusion therefore is that there are indeed grounds for an English lawyer to feel disquiet about the Convention and the way in which it is developing. But this is no longer a ground, if it ever was one, for refusing to ratify the Convention. On the contrary, it is a ground for ratifying quickly, so that the experience of English lawyers and of the English Commercial Court may influence the way in which the Convention is applied»; FORTE, Angelo. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: reason and unreason in the United Kingdom». En *University of Baltimore Law Review*, 1997, n.º 3, vol. 26, p. 64: «Even the requirement of good faith, an underdeveloped aspect of both English and Scots law, is not an unknown concept in either system. That there exists a problem in achieving uniform application of the UN Convention is a statement of the obvious. It is a problem which our judiciary have acknowledged already in dealing with the interpretation of other conventions. It is a problem to which they have found solutions. Interpretation of the UN Convention would pose no greater difficulties for judges and lawyers in the United Kingdom than it already does for their counterparts elsewhere. It is a fallacy to think that they are not equal to the task». Sin embargo, la ratificación de la CISG por parte del Reino Unido aún no ha ocurrido.

⁸⁸ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*.

⁸⁹ *Principles of European Contract Law*.

mixta— se tiene al caso *Smith vs. Bank of Scotland* (1997)⁹⁰ en favor de la buena fe, sin embargo, dicho caso no generó mayor impacto y actualmente el derecho escocés está más cerca de la posición inglesa.⁹¹ Con un mayor avance en favor de la buena fe, en Australia se tiene lo resuelto por Justice Priestley en *Renard Construction vs. Minister for Public Works* (1992)⁹² y el pronunciamiento de Justice Finn en *South Sydney District Rugby League Football Club vs. News Ltd* (South Sydney) (2000).⁹³ A pesar de tales casos, no existe aún una posición definitiva ni es claro cómo debe aplicarse la buena fe,⁹⁴ aunque esto podría cambiar en el futuro sobre todo si tenemos en cuenta que Australia es signataria de la CISG, y como tal, reconoce a la buena fe conforme al artículo 7(1) de la CISG.⁹⁵ Por su parte, Canadá se apartó de la filosofía inglesa y en el caso *Bhasin vs. Hrynew* (2014)⁹⁶ la Corte Suprema reconoció a la buena fe como un principio general organizador (*general organising principle*).⁹⁷

El derecho americano, por el contrario, representa un modelo intermedio siendo una jurisdicción del *common law*. Por un lado, se aparta de la posición estricta y antibuena fe del derecho inglés porque la buena fe sí se encuentra reconocida tanto en la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts como «good faith and fair dealing», así como en la anterior sección §1-203 —actual sección §1-304 cuyo texto es el mismo— del Uniform Commercial Code (UCC) como «good faith» a secas (aunque en su definición se hace mención al «*fair dealings*»), en ambos casos solo para la etapa de ejecución del contrato (*performance and enforcement*) y no para las tratativas.

§205 Duty of Good Faith and Fair Dealing

Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.

§1-203 Obligation of Good Faith

Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.

§ 1-304 Obligation of Good Faith

Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.

Además, la anterior sección §1-201(b)(20) del UCC definía a la *good faith* como «honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing», mientras que la anterior sección §2-103(1)(b) como «honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade». Actualmente, la sección § 1-201(b)(20) señala que la buena fe «except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing».

⁹⁰ *Smith vs. Bank of Scotland* [1997] S.C. (H.L.) 111.

⁹¹ Véase MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 5-38; MACQUEEN, Hector L. «Good faith». *Op. cit.*, pp. 43-73; MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23, pp. 301-331.

⁹² *Renard Constructions (ME) Pty Ltd vs. Minister for Public Works* [1992] 26 NSWLR 234.

⁹³ *South Sydney District Rugby League Football Club Ltd vs. News Ltd* [2000] 177 ALR 611.

⁹⁴ Véase CARLIN, Tyrone M. «The rise (and fall?) of implied duties of good faith in contractual performance in Australia». En *University of New Wales Law Journal*, 2002, n.º 1, vol. 25, pp. 99-123; ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239; ABDULLAH, Nurhidayah. *Good faith in contractual performance in Australia*. Singapore: Palgrave Macmillan, 2020.

⁹⁵ Véase NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SME». *Op. cit.*, p. 100.

⁹⁶ *Bhasin vs. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494.

⁹⁷ Véase O'BYRNE, Shannon Kathleen. «The implied term of good faith and fair dealing: recent developments». En *Canadian Bar Review*, 2007, n.º 2, vol. 86, pp. 193-246; O'BYRNE, Shannon y COHEN, Ronnie. «The contractual principle of good faith and the duty of honesty in *Bhasin vs. Hrynew*». En *Alberta Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 53, pp. 1-34; MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». *Op. cit.*, pp. 301-331. También BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178.

Incluso se considera que dado que Karl Llewellyn fue uno de los principales redactores del UCC, la buena fe conforme a la UCC estaría inspirada en la buena fe alemana del §242 del BGB,⁹⁸ lo cual explica la rareza de que el derecho americano, siendo una jurisdicción del *common law*, contenga —primero— una codificación y —luego— que en tal codificación esté reconocida de manera expresa y general la buena fe para la ejecución del contrato (conforme a la anterior sección §1-203 del UCC), y adicionalmente, contenga varias disposiciones específicas que hacen referencia a la buena fe como si se tratase de una codificación del *civil law*.⁹⁹

Lo anterior podría explicar por qué el UCC contiene una norma similar a la que se encuentra en instrumentos de uniformización de perfil civilista como los PECL o PICC, que señala que no se puede limitar o excluir por pacto el deber de buena fe. En efecto, la actual sección §1-302(b) —antes sección §1-102(3)— del UCC señala que las partes no pueden excluir a la buena fe pero sí pactar un estándar al respecto:

§ 1-302. Variation by agreement

[...]

- (b) The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable. Whenever [the Uniform Commercial Code] requires an action to be taken within a reasonable time, a time that is not manifestly unreasonable may be fixed by agreement.

Es necesario advertir que, a pesar de tal reconocimiento en el UCC, la buena fe americana no tiene el poder que se observa en ciertas jurisdicciones europeas, a pesar de que en el derecho americano la buena fe esté reconocida en un código.¹⁰⁰

Por ejemplo, la anterior sección §2-615 del UCC¹⁰¹ regulaba a la *impracticability* con efectos liberatorios, no siendo procedente la adaptación o renegociación del contrato como sí es ampliamente admitida en jurisdicciones civilistas (piénsese en la alemana, francesa y holandesa). Sin embargo, el comentario 6 a la anterior sección §2-615 señalaba que ante un cambio de circunstancias podría incorporarse un término al contrato en virtud de la buena fe cuando la terminación del contrato no resulte la mejor solución:

⁹⁸ Véase FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, p. 339.

⁹⁹ Véase PRIESTLEY, L. J. «A Guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law». En *University of New South Wales Law Journal*, 1989, n.º 1, vol. 12, pp. 17-18; ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». *Op. cit.*, p. 215; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁰ Al respecto, Flechtner explicaba que «Thus the UCC general good faith obligation has been treated as a relatively weak background or interpretative principle lacking sufficient independence to support a cause of action for breach unless the breach can be attached to another legal rule, or a particular express or implied contract provision. This undoubtedly reflects the traditional distrust in the English common law tradition, which is the foundation for U.S. contract law, of the vagueness of the good faith concept, and the sense that a strong good faith principle would give judges a dangerous power to create contractual obligations to which the parties had not actually agreed. The interpretation of the UCC general good faith obligation as a limited and subsidiary interpretative principle stands in contrast to the assertive role for good faith envisioned by the drafters of the PECL». FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». *Op. cit.*, p. 310.

¹⁰¹ «§2-615 Excuse by Failure of Presupposed Conditions

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer».

In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of «excuse» or «no excuse», adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their promises, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith.

A pesar de ello, en el derecho americano la buena fe no ha sido utilizada para adaptar al contrato como si ocurrió en Europa, siendo la única excepción reportada el caso Aluminum Co. of America (Alcoa) vs. Essex Group (1980),¹⁰² el cual incluso fue considerado por Dawson¹⁰³ en su momento como un caso grotesco y un monumento solitario en un paisaje desolado.

Curiosamente, aunque la buena fe precontractual no está generalmente reconocida en el derecho americano, algunas cortes americanas la han «encontrado» en algunos casos en el contexto de operaciones de *mergers and acquisitions* (M&A), como en Hoffman vs. Red Owl Stores (1965),¹⁰⁴ Teachers Insurance & Annuity Association of America vs. Tribune Co. (1987)¹⁰⁵ y SIGA Technologies Inc. vs. PharmAthene (2013),¹⁰⁶ e incluso la discutir la responsabilidad precontractual.¹⁰⁷

El dato anterior es interesante porque demuestra el rol cíclico que puede tener la buena fe en el derecho comparado según sus funciones: mientras que jurisdicciones civilistas, acostumbradas a sobreexplotar a la buena fe, pueden sentir la necesidad de usar menos a la buena fe, jurisdicciones anglosajonas que no usan mucho a la buena fe, pueden ver la necesidad de usarla más.¹⁰⁸

2.2. Instrumentos de uniformización

Los instrumentos de uniformización¹⁰⁹ también reconocen sus propios modelos de buena fe, lo cual dependerá de si predomina una perspectiva más civilista o anglosajona al respecto. Por un lado, tenemos a los PICC (Unidroit Principles of International Commercial Contracts) y PECL (Principles of European Contract Law), en donde ambos contienen la misma norma general de buena fe en sus artículos 1.7¹¹⁰ y 1:201,¹¹¹ respectivamente, que señalan que las partes deben comportarse conforme a la buena fe y que ellas no pueden excluir ni limitar este deber, esto es, son normas imperativas. Al respecto, es importante resaltar que los PECL y PICC utilizan la denominación «*good faith and fair dealing*» en su versión en inglés para referirse a la buena fe (al español se traduce como «buena fe» a secas).

¹⁰² Aluminum Co. of America vs. Essex Group, Inc., 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

¹⁰³ DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, p. 26.

¹⁰⁴ *Hoffman vs. Red Owl Stores, Inc.* 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965).

¹⁰⁵ *Teachers Ins. & Annuity Asso. vs. Tribune Co.* – 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

¹⁰⁶ *SIGA Techs. Inc. vs. Pharmathene, Inc.* – 67 A.3d 330 (Del. 2013).

¹⁰⁷ Véase GARCÍA LONG, Sergio. «Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacifico, 2018.

¹⁰⁸ Véase GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». *Op. cit.*, pp. 113-134; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175.

¹⁰⁹ A veces se discute si es mejor «armonización» en lugar de «uniformización». Ello dependerá, en realidad, del mismo instrumento o del empleo que se haga del término. Por ejemplo, se podría decir que los PECL buscan la armonización de las jurisdicciones europeas (todas bajo la misma guía, pero no iguales), mientras que la CISG pretende crear un derecho internacional que se aplique de manera uniforme (un mismo derecho por encima de las jurisdicciones nacionales). Véase BENATTI, Francesca. «Los proyectos de armonización y las reformas europeas del derecho de contratos: el difícil encuentro entre tradición y modernidad». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 25-41

¹¹⁰ «Article 1.7

(Good faith and fair dealing)

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty».

¹¹¹ «Article 1:201: Good Faith and Fair Dealing

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

(2) The parties may not exclude or limit this duty».

Un dato importante es el número de disposiciones que hacen referencia a la buena fe. Los PECL son aplicados en la Unión Europea, mientras que los PICC tienen una proyección más amplia al aplicarse a los contratos internacionales y ser *lex mercatoria*, donde intervienen partes civilistas como anglosajonas, y como tal, no pueden omitir la posición anglosajona que es restrictiva frente a la buena fe. Por tal razón, los PICC contienen menos disposiciones que emplean a la buena fe (6 disposiciones) a diferencia de los PECL que contienen varias disposiciones al respecto (19 disposiciones en las partes I, II y III), algo que ya advertía Hugh Beale¹¹² (uno de los editores generales de los PECL) cuando señalaba, partiendo de su posición inglesa, que los PECL contienen muchas disposiciones que hacen referencia a la buena fe, algo que él no se había percatado en su momento y que debería revisarse. Debe advertirse que a pesar de que los PICC contengan menos disposiciones que los PECL que mencionan a la buena fe, en el fondo los PICC reconocen un amplio rol a la buena fe ya que tales pocas disposiciones tienen carácter general.

Por un lado, existen casos donde los PICC y PECL emplean a la buena fe en el mismo contexto. Mientras el artículo 4.8(2)(c) de los PICC¹¹³ reconoce a la buena fe como fuente para complementar el contrato ante la ausencia de un término contractual y el artículo 5.1.2(c)¹¹⁴ a los términos implícitos según la buena fe, el artículo 6:102(c) de los PECL¹¹⁵ también reconoce que pueden existir términos implícitos conforme a la buena fe. Igualmente, ambos instrumentos reconocen a la buena fe precontractual según el artículo 2:301 de los PECL¹¹⁶ y el artículo 2.1.15 de los PICC.¹¹⁷

Por otro lado, existen casos donde ambos instrumentos regulan el mismo supuesto de hecho, pero de manera distinta con relación a la buena fe. Mientras que el artículo 1:106 de los PECL¹¹⁸ señala que su primer párrafo que su texto debe ser interpretado y desarrollado conforme a ciertos criterios,

¹¹² Véase BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clauses». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

¹¹³ «Article 4.8
(Supplying an omitted term)
[...]
(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to
[...]
(c) good faith and fair dealing;
[...].»

¹¹⁴ «Article 5.1.2
(Implied obligations)
Implied obligations stem from
[...]
(c) good faith and fair dealing;
[...].»

¹¹⁵ «Article 6:102: Implied Terms
In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from
[...]
(c) good faith and fair dealing».

¹¹⁶ «Article 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith
(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.
(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

¹¹⁷ «Article 2.1.15
(Negotiations in bad faith)
(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party».

¹¹⁸ «Article 1:106: Interpretation and Supplementation
These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application.
Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are so far as possible to be settled in accordance with the ideas underlying the Principles. Failing this, the legal system applicable by virtue of the rules of private international law is to be applied».

entre ellos, la necesidad de promover la buena fe, los PICC contienen la misma norma sobre la interpretación de su texto en el artículo 1.6 pero este no hace mención expresa a la buena fe,¹¹⁹ habiendo quedado la mención a la buena fe solo en el artículo 1.7 de los PICC como deber que se impone a las partes, a diferencia de los PECL que sí mencionan a la buena fe respecto a la interpretación de su texto (artículo 1:106) y luego a la buena fe como deber contractual (artículo 1:201).

Igualmente, mientras el artículo 5:102(g) de los PECL reconoce a la buena fe como criterio de interpretación del contrato,¹²⁰ el equivalente artículo 4.3 de los PICC no menciona expresamente a la buena fe.¹²¹ Curiosamente, ambos artículos 5:102 de los PECL y 4.3 de los PICC listan criterios de interpretación de la (a) hasta la (f), los cuales son muy similares por no decir iguales, con la gran diferencia que los PECL contienen un criterio (g) que es precisamente el que se refiere a la buena fe, lo cual está ausente en los PICC cuyo artículo 4.3 solo llega hasta el criterio (f).¹²²

Con relación a la libertad de contratar y la libertad de definir el contenido de los contratos, ello se encuentra reconocido tanto en el artículo 1.1 de los PICC¹²³ como en el artículo 1:102 de los PECL,¹²⁴ con la diferencia que en los PECL se hace expresa referencia a que tales libertades deben ser ejercidas conforme a los requerimientos de la buena fe, lo cual no se indica expresamente en los PICC, y se agrega que por contrato puede pactarse en contra de los PECL a menos que se diga lo contrario, tal y como ocurre, por ejemplo, con el artículo 1:201 de los PECL que indica que las partes no pueden limitar o excluir el deber de buena fe.

Finalmente, los PECL contienen algunas disposiciones ausentes en los PICC, como aquella del artículo 8:109 sobre la buena fe correctiva con relación a la exclusión o restricción de remedios.¹²⁵

Así como los PICC buscaron una perspectiva más equilibrada con relación a la buena fe partiendo de una visión internacional (tal vez más en la forma que en el fondo), a diferencia de los PECL que son más civilistas y limitado a la Unión Europea (donde la buena fe es poderosa), en el otro extremo se encuentra la interesante propuesta de la CISG (United Nations Convention on Contracts

¹¹⁹ «Article 1.6

(Interpretation and supplementation of the Principles)

(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

(2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles».

¹²⁰ «Article 5:102: Relevant Circumstances

In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to:

[...]

(g) good faith and fair dealings».

¹²¹ «Article 4.3

(Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

(a) preliminary negotiations between the parties;
 (b) practices which the parties have established between themselves;
 (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
 (d) the nature and purpose of the contract;
 (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
 (f) usages».

¹²² Véase CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹²³ «Article 1.1

(Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its contents».

¹²⁴ «Article 1:102: Freedom of Contract

(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

(2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles».

¹²⁵ «Article 8:109: Clause Excluding or Restricting Remedies

Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction».

for the International Sale of Goods) con su famoso y altamente discutido artículo 7(1), que es la única disposición de todo el texto de la CISG que hace expresa referencia a la buena fe.

La CISG tenía el objetivo de uniformizar el derecho de la compraventa a nivel internacional, para lo cual, se contó con la participación de expertos del *civil law* y *common law*. Cuando fue momento de discutir sobre la inclusión de la buena fe en la CISG, hubo una clara oposición por parte de las jurisdicciones anglosajonas, quienes preferían por la seguridad y certeza, lo cual no podría conseguirse a través de conceptos indeterminados o de carácter moral como la buena fe. Además, como el objetivo de la CISG era promover una interpretación autónoma de su texto en base a su carácter internacional y la necesidad de promover su uniformización, era lógico que se tuviera que rechazar conceptos ambiguos con muchos significados, como la buena fe.

Al final, y después de varios proyectos de texto, la buena fe solo fue enunciada en el artículo 7 sobre la interpretación y suplementación del texto de la CISG, en específico, en el primer párrafo dedicado a la interpretación:¹²⁶

Article 7

- (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of *good faith in international trade*.
- (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law. (Énfasis agregado)

En virtud de tal redacción, la opción de la CISG consiste en no reconocer a la buena fe como deber entre las partes sino exclusivamente como criterio de interpretación del mismo texto de la CISG,¹²⁷ lo cual es distinto a la interpretación del contrato.¹²⁸ Esta posición restrictiva de la buena fe sería amigable para un contexto de contratación internacional y con fines de uniformización. Entre no reconocer a la buena fe o hacerlo en diversas disposiciones, el artículo 7(1) fue el punto medio, a efectos de lograr que partes civilistas y anglosajonas lleguen a un acuerdo.¹²⁹

Fijese que a diferencia de la CISG, los PECL tienen al artículo 1:106(1) que es una imitación del artículo 7(1) de la CISG, pero adicionalmente los PECL contienen a los artículos 2:301, 1:201 y 5:102(g) que regulan a la buena fe precontractual, la buena fe contractual y la buena fe como criterio

¹²⁶ Véase KLEIN, John. «Good faith in international transactions». En *Liverpool Law Review*, 1993, vol. 15, pp. 115-141; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, pp. 342-343; SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, pp. 3-4.

¹²⁷ Véase STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*, pp. 131-142; FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47-64; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. *Op. cit.*, pp. 134-135; ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321; WALT, Steven D. «The modest role of good faith in uniform sales law». En *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, pp. 37-73; CHIANALE, Angelo. «The “CISG” as a model law: a comparative approach». En *Singapore Journal of Legal Studies*, March 2016, pp. 29-45; BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115.

¹²⁸ Esta diferencia es similar a la distinción entre la interpretación de la ley y la interpretación del contrato. Al respecto, véase LANATTA GUILHEM, Rómulo E. «La justicia en la interpretación de la ley». En *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985, pp. 293-299; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1612-1614. Cabe mencionar, que a su vez, la interpretación de los testamentos, al involucrar al derecho de familia, puede presentar otras particularidades. Véase LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación de testamentos». En *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1992, pp. 549-578.

¹²⁹ Véase EORSI, Gyula. «Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1979, n.º 2/3, vol. 27, pp. 311-323; FERRARI, Franco. «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Laws». En *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994, n.º 2, vol. 24, pp. 183-228; ZELLER, Bruno. «Four-corners – The methodology for interpretation and application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *Pace Law School, Working Paper*, 2003; BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». *Op. cit.*, pp. 98-115.

de interpretación del contrato, respectivamente, normas que no existen en el texto de la CISG. Por tal motivo, existe una fuerte posición que defiende que el texto de la CISG es prueba suficiente de que la buena fe solo existe al momento de interpretar a la CISG, de manera que no existiría la buena fe precontractual,¹³⁰ la buena fe contractual ni la buena fe como criterio de interpretación del contrato.

A pesar del escueto texto del artículo 7(1) de la CISG que contiene una clara posición anglosajona antibuena fe, el debate no ha quedado cerrado en torno a la aplicación de la buena fe bajo la CISG. En efecto, se discute hasta cinco alternativas sobre cómo podría aplicarse la buena fe en base a la limitada literalidad del artículo 7(1) de la CISG: (i) la buena fe solo sirve para interpretar a la CISG conforme a su artículo 7(1); (ii) la buena fe es un deber contractual que se impone a las partes a pesar del restrictivo artículo 7(1); (iii) la buena fe es un principio general de la CISG que se aplica conforme al artículo 7(2); (iv) la buena fe puede ser relevante para interpretar el contrato conforme al artículo 8 de la CISG; y (v) la buena fe puede aplicarse como parte de la *lex mercatoria* conforme al artículo 9 de la CISG.¹³¹

Sin perjuicio del debate existente en torno a la buena fe en la CISG, lo cierto es que la CISG presenta uno de los modelos de buena fe más restrictivos a nivel de instrumentos de uniformización. Ello, a su vez, muestra cómo el mismo concepto puede tener tanto protagonismo en un lado, y ser tan rechazado en otro.

Finalmente, los OHADAC Principles on International Commercial Contracts, de clara posición anglosajona, no reconoce a la buena fe en ninguna de sus manifestaciones, ni precontractual, contractual, interpretativa, integrativa o correctiva. No existe ninguna disposición sobre la buena fe a lo largo del texto de los Principios OHADAC.¹³² Por el contrario, sí regula expresamente al *pacta sunt servanda* en su artículo 1.2, y al respecto, en los comentarios a tal artículo explica la importancia del *pacta sunt servanda* como principal regla del derecho de contratos y de su posición en contra de la buena fe.

¹³⁰ Con relación a la buena fe precontractual, incluso Hungría propuso en 1977 un texto que señalaba que «In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith». Sin embargo, ella fue rechazada por UNCITRAL. Véase EÖRSI, Gyula. «Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods». *Op. cit.*, pp. 313-314; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. *Op. cit.*, p. 134; KLEIN, John. «Good faith in international transactions». *Op. cit.*, pp. 115-141.

¹³¹ Estas cinco alternativas son desarrolladas en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y GARCÍA LONG, Sergio. «Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG». En *Prudentia Iuris*, 2022, n.º 93, pp. 139-178. Sobre las diferentes posiciones en torno a la buena fe bajo la CISG, véase en general EÖRSI, Gyula. «General provisions». En GALSTON, Nina M. y SMIT, Hans (eds.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Matthew Bender, 1984; SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986, p. 39; FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, pp. 47-64; MAGNUS, Ulrich. «Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht. Ein Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht». En *The Rabal Journal of Comparative and International Private Law*, 1995, n.º 3/4, vol. 59, pp. 469-494; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, pp. 333-354; ZELLER, Bruno. «Good faith – The scarlet pimpernel of the CISG». En *International Trade and Business Law Review*, 2000, vol. 6, pp. 227-246; ZELLER, Bruno. «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws». En *Pace International Law Review*, 2000, n.º 1, vol. 12, pp. 79-106; SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, pp. 1-47; SCHLECHTRIEM, Peter y BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*. Heidelberg: Springer, 2009, p. 50; ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». *Op. cit.*, pp. 1-28; JING TAI, Clare y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Commercial morality in place of good faith – An analysis of the utility of good faith in the context of the CISG, using article 40 as an example». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 377-413; HUNG GIL, Freddy Andrés. «Breve estudio sobre la buena fe. A propósito del cuadragésimo aniversario de la Convención de Viena». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 341-360.

¹³² SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *Objectives of the OHADAC Principles relating to international commercial contracts: formation, validity and interpretation*, s.f. Recuperado de <<https://www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/56/0/objectives-of-the-ohadac-principles-relating-to-international-commercial-contracts-formation-validity-and-interpretation.sanchez-lorenzo-sixto.pdf>>, p. 2: «On one hand, the imperative nature of the Principles is reduced to the minimum expression required by International Public Law criteria. And on the other hand, the principle of free will likewise strengthens the values of legal certainty and foreseeability of the parties in international transactions. The Sword of Damocles does not weigh upon contractual agreements, typical in *civil law* legal systems, by imposing the generic, required obligations of good faith, loyalty or equity. These general clauses, like the abuse of the right, are not considered to be regulating or interpreting principles of a general scope. On the contrary, more objective criteria have been opted for, such as reasonableness or common business sense when establishing the rules of the contract construction».

Article 1.2: Pacta sunt servanda

Contract parties are bound to perform the agreed obligations according to contractual terms.

COMMENT

Like Article 1.1, Article 1.2 of the OHADAC Principles has a basically programmatic character. As a legal institution, the contract is an agreement that creates obligations between the parties and its essence is its binding character or enforceability. The pacta sunt servanda principle evidences this inherent characteristic of contracts.

[...]

As a general principle, enforceability of contracts is subject to exceptions and modifications that are common in comparative law, such as those derived from a change of circumstances (hardship), force majeure and estoppel. This Article thus corresponds to a common ground in the legal systems comprised in the OHADAC area.

However, the Principles are limited to the enforceability of the contracts. In civil law systems it is common to find a general principle that extends the binding character of contracts to obligations that are not grounded on the parties' will or on the contract itself, but on objective reasons related to morality, equity, good faith or fairness [...]

The OHADAC Principles have opted to omit rules or general principles related to a duty of conduct according to good faith, contractual fairness or cooperation principle during the conclusion or performance of contracts. Firstly, the Principles, as mentioned in the Introduction, do not regulate pre-contractual or negotiation obligations, where consideration of good faith, fairness and cooperation plays a significant role in civil law systems. Secondly, as far as the contract's performance is concerned, the scope of good faith, abuse of law or estoppel reappears in the interpretative question and, especially, in the filling in of gaps, as well as in determining the effects of some clauses, such as integration clauses. The OHADAC Principles aim to remit the regulation of these questions to the respective chapters, but renounce to state general principles that do not respect the minimum common denominator principle, which is the basis of these Principles. (Énfasis agregado)

En consecuencia, los Principios OHADAC no regulan a la buena fe como sí lo hacen los PECL y los PICC. Incluso la OHADAC es más restrictiva que la CISG y su artículo 7(1). El equivalente al artículo 7 de la CISG es el numeral V del Preámbulo de la OHADAC, que en ella solo se hace mención al carácter internacional de la OHADAC, sin referencia alguna a la buena fe:

PREAMBULE

[...]

v. These Principles will be uniformly interpreted in accordance with their international scope.

A manera de conclusión, estas diversas técnicas legislativas demuestran que, en un primer momento, puede ser importante definir cómo regular a la buena fe, si darle una norma general o varias disposiciones normativas, y así definir su ámbito de aplicación. Pero en un segundo momento, será igual de relevante, e incluso más importante, observar cómo se presenta su aplicación en la práctica una vez que tiene reconocimiento legal, esto es, si será aplicada de manera restrictiva o amplia.

3. LA INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE BUENA FE

Como la buena fe puede estar reconocida a través de diversos modelos, cumple diferentes funciones según la jurisdicción específica. A pesar de las diferencias, se considera que en el derecho privado europeo puede identificarse un núcleo común que permite explicar para qué sirve la buena fe en el derecho de contratos. Este núcleo está formado por las siguientes funciones de la buena fe: (1) inter-

pretar, (2) complementar, y (3) corregir.¹³³ La buena fe interpretativa abarca la primera función, mientras que la buena fe como deber contractual (o buena fe contractual) involucra a la segunda y tercera. Realizar esta clasificación es importante para comprender cómo debe ser aplicada la buena fe durante la vida del contrato, y así, evitar ir en contra de lo pactado por las partes y su común intención.

Explicaba Schlechtriem sobre el derecho alemán y la complejidad de la buena fe en tal jurisdicción, que la mejor opción para explicar a la buena fe es hacerlo desde sus funciones:

In my classes on the law of obligations and in explaining the meaning and function of 242 BGB, I, therefore, follow the analysis of *Franz Wieacker* which is shared by other authors and colleagues as well. *Wieacker* has worked out that in order to understand 242 BGB—and in order to make it teachable to students—we have to distinguish functions and values. It is this distinction that I regard as being helpful not only in channelling the mass of German cases and theories in regard to «Treu und Glauben», but also to get a first and very tentative understanding of how principles of good faith and fair dealing might work in the context of a certain legal text such as the Unidroit Principles or the CISG.¹³⁴

En el caso del derecho peruano, la doctrina nacional no ha sido clara al momento de explicar en qué consiste interpretar un contrato de buena fe, siendo que en la mayoría de los casos se ha confundido o se mezcla a la buena fe interpretativa (que no es un deber) con la buena fe contractual (que sí es un deber), invocándose de manera indistinta a los artículos 168 y 1362 del Código Civil.¹³⁵ Sin embargo, ambas son historias distintas que deben ser diferenciadas para comprender cómo opera la función interpretativa y las funciones integrativa y correctiva de la buena fe.¹³⁶

¹³³ HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». *Op. cit.*, pp. 554-555; HARTKAMP, Arthur S. «The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, p. 65; MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». *Op. cit.*, pp. 5-38; DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». *Op. cit.*, pp. 410-411; STORME, Matthias E. «Good faith and the contents of contracts in European private law». En ESPILAU ESPILAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 17-30; HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 477; BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». *Op. cit.*, p. 207; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». *Op. cit.*, p. 129. Explicaba Schlechtriem: «In my classes on the law of obligations and in explaining the meaning and function of 242 BGB, I, therefore, follow the analysis of *Franz Wieacker* which is shared by other authors and colleagues as well. *Wieacker* has worked out that in order to understand 242 BGB—and in order to make it teachable to students—we have to distinguish functions and values. It is this distinction that I regard as being helpful not only in channelling the mass of German cases and theories in regard to “Treu und Glauben”, but also to get a first and very tentative understanding of how principles of good faith and fair dealing might work in the context of a certain legal text such as the Unidroit Principles or the CISG». SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». *Op. cit.*, p. 8.

¹³⁴ SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». *Op. cit.*, p. 8.

¹³⁵ Entre los comentaristas que hacen un uso indistinto entre los artículos 1362 y 168 del Código Civil peruano véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *Derecho & Sociedad*, 2002, n.º 19, pp. 146-164; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato». En *Vniversitas*, diciembre 2003, n.º 106, pp. 519-562; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «Artículo 168». En *Código Civil comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004; OSTERLING PARODI, Felipe. *Interpretación de la ley y los contratos*. Lima: Estudio Osterling, 2007, pp. 1-9; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». *Op. cit.*, pp. 1602-1628; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1641-1655; CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En *Derecho y Cambio Social*, 2008, n.º 13, año 5; LEYVA SAAVEDRA, José. «Interpretación de los contratos». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2009, n.º 27, pp. 443-475; GILES PONCE, Carlos. «Interpretación del acto jurídico». En LAZARTE ZABARBURÚ, Marina (ed.). *El negocio jurídico*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 2014, pp. 125-144; SILVA SANTISTEBAN, Marco. «La interpretación de los contratos a la luz de la normatividad civil vigente. A propósito de la Casación n.º 4036-2016-Arequipa». En *La Ley*, 6 de abril 2020.

¹³⁶ Espinoza distingue correctamente entre la buena fe como «dealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado» de conformidad con el artículo 1362 del Código Civil peruano, de la buena fe como «criterio hermenéutico» según el artículo 168 del Código Civil peruano. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. *Op. cit.*, p. 113. Igualmente, Lohmann parece distinguir las funciones interpretativa, integrativa y correctiva de la buena fe cuando explicaba que «Así, pues, en un primer momento la buena fe objetiva, como criterio de interpretación de la declaración, determina el contenido negocial. En un segundo momento, solamente cuando la interpretación sea insuficiente, la buena fe se integra en la voluntad concreta para completarla o aclararla y, llegado el supuesto, corregirla con el sentido convencional de conducta leal que el intérprete debe conocer o averiguar». LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1688.

Teniendo en cuenta lo anterior, y de manera general, fíjese que el tema no es tan sencillo como para decir que la buena fe como deber contractual incluye necesariamente a la buena fe como criterio de interpretación. Cuando una norma dice que las partes deben comportarse de buena fe ello no incluye el reconocimiento de un criterio legal de interpretación conforme a la buena fe, así como el hecho de que se reconozca legalmente a la interpretación de buena fe, no implica el reconocimiento de un deber contractual de buena fe. El mejor ejemplo de ello es la CISG a nivel de instrumentos de legislación, que como tal, tiene en cuenta y parte de cómo los derechos nacionales regulan a la buena fe. Por ello, la redacción del artículo 7(1) de la CISG fue una opción bien pensada y cuidadosamente redactada para que quede claro que la buena fe para la CISG solo sirve como criterio de interpretación del mismo texto de la CISG, y no como deber contractual, que es algo totalmente distinto.

Por el lado del *common law*, se parte de la supuesta inexistencia de la buena fe como concepto (piénsese en Inglaterra) o de su reconocimiento expreso, pero de limitada aplicación práctica (piénsese en Estados Unidos de América). Otras jurisdicciones como Escocia o Australia muestran cierta aceptación hacia la buena fe, aunque dicha posición no se consolida aún.

Por el lado del *civil law*, esta técnica legislativa restrictiva que se observa en la CISG o la posición antibuena fe de ciertas jurisdicciones anglosajonas, no ha sido pasada por alto, y en efecto, mientras que algunas primeras codificaciones civiles (como la francesa) no tuvieron una norma expresa para la interpretación del contrato de buena fe, posteriores codificaciones se percataron de este vacío, y para evitar cualquier discusión al respecto, incluyeron expresamente una norma que reconoce a la buena fe como criterio legal de interpretación del contrato junto con aquella otra norma que reconoce, a su vez, a la buena fe como deber contractual durante tratativas y/o la ejecución del contrato.

Lo anterior nos demuestra que existen modelos de buena fe, y que es un desacierto pretender justificar doctrinariamente un modelo de buena fe que no encuentre soporte en la ley. Cada jurisdicción nacional es distinta y cada una de ellas ha optado un modelo específico de buena fe. No hay nada más peligroso en el derecho que un profesor que solo ve las cosas desde un solo punto de vista, sea porque solo ve su derecho nacional o porque se inspira en una jurisdicción extranjera. Por el contrario, el derecho comparado nos enseña que las diversas jurisdicciones pueden identificar el mismo problema, pero resolverlo de distintas maneras; e incluso si deciden resolverse a través de la misma solución, puede ser que dicha solución sea aplicada de diferente manera. El uso de la buena fe es un buen ejemplo de esto.

3.1. Interpretación del contrato de buena fe

a) El criterio legal de interpretación de buena fe

Sin perjuicio de los debates doctrinarios al respecto, es importante prestar atención al dato legislativo de las codificaciones civiles del *civil law*. Si bien se puede decir que virtualmente toda jurisdicción del *civil law* cuenta con una norma legal que reconoce a la buena fe contractual (ejecución) y con carácter general, no todas contienen disposiciones adicionales que reconocen a la buena fe en otras etapas del *iter* contractual o para otras funciones específicas.

Lo anterior no es solo un dato legislativo, sino que demuestra cuál es la posición de cierta jurisdicción con relación a la buena fe y el sentimiento del derecho de contratos. Una jurisdicción nacional solidarista reconocerá legamente (i) diversas disposiciones generales sobre la buena fe; y, (ii) diversas disposiciones específicas sobre el uso de la buena fe en casos concretos. De manera opuesta, una jurisdicción nacional individualista optará por lo contrario. De lo anterior dependerá el modelo de buena fe aplicable y de qué tan fuerte es la buena fe en la jurisdicción correspondiente.

Por ejemplo, una jurisdicción como la italiana que actualmente reconoce a la buena fe precontractual, contractual e interpretativa, tendrá un modelo más fuerte de buena fe que el tradicional modelo francés que solo reconoció a la buena fe para la ejecución del contrato y en la misma disposición

que reconoció al *pacta sunt servanda* y la santidad contractual. Por ello, uno no puede omitir la premisa que mientras la mayoría de codificaciones civiles reconocen una cláusula general de buena fe contractual (ejecución), no todas reconocen a su vez una disposición adicional que disponga que el contrato deba interpretarse de buena fe. Si bien algunos podrían considerar suficiente el reconocimiento de la cláusula general de buena fe contractual para incluir en ella a la función interpretativa del contrato (y también a las funciones integrativa y correctiva), uno no puede omitir que el reconocimiento legal y expreso de estas funciones significará que en cierta jurisdicción la buena fe es más fuerte que en aquellas que solo tienen la cláusula general.

En el derecho comparado puede identificarse a las siguientes jurisdicciones cuyos Códigos Civiles reconocen legalmente a la buena fe interpretativa: Código Civil de Alemania (§157), Código Civil de Brasil (artículo 113), Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (artículos 961 y 1061), Código Civil de Paraguay (artículo 714), y Código Civil de Perú (artículo 168). Asimismo, los siguientes instrumentos de uniformización reconocen expresamente a la buena fe interpretativa: PECL (artículo 5:102), DCFR¹³⁷ (artículo II- 8:102), TransLex Principles¹³⁸ (n.º 1.1.1), y PLDC (artículo 76).

Al respecto, cabe destacar el nuevo Código Civil de China que cuenta con dos disposiciones (artículos 142 y 466) que hacen referencia a la buena fe interpretativa, adicionales a las dos cláusulas generales de buena fe (artículos 7 y 509) y a la buena fe precontractual (artículo 500).¹³⁹

Art. 142

A manifestation of intent involving a counter-party shall be interpreted in light of the wording, relevant clauses, nature and purpose of the conduct, custom, as well as the principle of good faith, in order to determine the meaning of such manifestation of intent.

A manifestation of intent involving no counter-party shall not be rigidly interpreted in light of its wording, but shall instead be interpreted in light of the relevant clauses, nature and purpose of the conduct, custom, as well as the principle of honesty and trustworthiness, in order to determine the genuine intent of the actor.

Art. 466

If there is a dispute between the parties over the meaning of any clause of the contract, the rules specified in Article 142(1) of this Civil Code apply to ascertain the true meaning of the disputing clauses.

Where a contract is concluded in two or more languages and it is agreed that all versions are equally authentic, the words and expressions in each version are construed as having the same meaning. In the case of any discrepancy in the literal expressions used in the different language version, they shall be interpreted in the light of the related term of the contract, the nature and purpose of the contract, and the principle of good faith.

b) La común intención de las partes

En el *civil law* se reconoce un enfoque subjetivo, y como tal, la labor interpretativa no se limita y detiene en la literalidad del contrato porque el objetivo es encontrar la común intención de las partes. Si existen otros aspectos que pueden ser de ayuda para lograr tal objetivo, el intérprete no puede limitarse al texto del contrato. Por el contrario, el *common law* tiene un enfoque objetivo porque le da preferencia al texto del contrato, y en caso de duda, le da valor a la intención de una parte que prima sobre la otra en virtud del conocimiento de tal intención y lo que entendería un hombre razonable en las circunstancias dadas.

¹³⁷ Draft Common Frame of Reference.

¹³⁸ Principles on Transnational Law.

¹³⁹ Se usa la versión traducida al inglés en CHEN, Lei; GE, Jiangqiu; HE, Jian; LIU, Zhicheng y XIONG, Bingwan (eds.). *The Civil Code of the People's Republic of China*. Op. cit.

Sea cual fuese el enfoque, téngase en cuenta que se permite salir del texto para regresar nuevamente al texto. El punto de partida es la letra del contrato, pero también su punto de llegada. En virtud de la interpretación no se puede manipular el contrato para que diga algo distinto a lo que señala expresamente su letra. Si se va más allá del contrato, habrá que verificar si el texto soportará o no lo encontrado más allá de su letra.¹⁴⁰

La búsqueda de la común intención de las partes como objetivo de la labor interpretativa, es usualmente reconocida por las codificaciones civiles e instrumentos de uniformización como la primera y más importante regla hermenéutica. Tales disposiciones son claras en señalar que el intérprete no se puede limitar al texto del acuerdo, sino que hay que llegar a la común intención de las partes.

En Francia, el original artículo 1156 del Code Civil¹⁴¹ (ahora artículo 1188),¹⁴² señalaba lo siguiente:

Artículo 1156

En las convenciones se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos que en él se hubieren expresado.¹⁴³

El artículo 1425 del Civil Code de Québec¹⁴⁴ señala lo siguiente:

Artículo 1425

En la interpretación de un contrato se buscará la intención común de las partes más que la adhesión al significado literal de las palabras.

El artículo 1281 del Código Civil de España señala lo siguiente:

Artículo 1281

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

El artículo §133 del BGB señala lo siguiente:

§ 133 Interpretación de una declaración de intención

Al interpretar una declaración de voluntad, debe explorarse la voluntad real y no atenerse en el sentido literal de la expresión.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Explicaba Galletti que «[...] the principle of good faith, which completes the rules on contractual interpretation under Italian law (as under German law), is traditionally conceived as a tool to use sparingly, in particular to avoid courts having to “re-write” the contract for the parties. In other words, good faith and reasonableness, although guiding the overall interpretation of the contract, should at no point become a solution for the parties’ “sloppiness”». GALLETTI, Shida. «Contract Interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches». *Op. cit.*, p. 254.

¹⁴¹ «Art. 1156. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes».

¹⁴² «Art. 1188. Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation».

¹⁴³ Traducción de profesor José L. Gabriel (Pontificia Universidad Católica del Perú).

¹⁴⁴ «Art. 1425

The common intention of the parties rather than adherence to the literal meaning of the words shall be sought in interpreting a contract».

¹⁴⁵ «§133 Auslegung einer Willenserklärung

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften».

El artículo 1362 del Codice Civile señala lo siguiente:

Artículo 1362.- Intención de los contratantes

En la interpretación del contrato se debe indagar cuál fue la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar el comportamiento integral incluso después de la conclusión del contrato.¹⁴⁶

En América se puede observar la presencia de diversas técnicas legislativas para reconocer la búsqueda de la común intención de las partes en la labor interpretativa.

El artículo 1560 del Código Civil de Chile:

Artículo 1560. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

El artículo 1603 del Código Civil de Ecuador:

Artículo 1603. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

El artículo 1618 del Código Civil de Colombia:

Artículo 1618. Prevalencia de la intención

Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

El artículo 1298 del Código Civil de Uruguay:

Artículo 1298. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos.

El artículo 510 del Código Civil de Bolivia:

Artículo 510. Intención común de los contratantes

I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato.

El artículo 708 del Código Civil de Paraguay:

Artículo 708. Al interpretarse el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de parte y no limitarse al sentido literal de las palabras.

Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato.

¹⁴⁶ «Art. 1362 Intenzione dei contraenti
 Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.
 Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto».

El artículo 1431 del Código Civil de El Salvador:

Artículo 1431. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

El artículo 2496 del Código Civil de Nicaragua:

Artículo 2496. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido natural de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

Respecto a los instrumentos de uniformización de perfil civilista, se puede observar que la tendencia está en no limitarse al texto del contrato, aunque ello no se hace exclusivamente en base a estándares subjetivos como la común intención de la parte. Por un lado, la CISG prefiere por un régimen objetivo que se basa en el conocimiento o la razonabilidad sin hacer mención a la común intención de las partes, mientras que los PICC, PECL y DCFR parten de la subjetividad (reconocen a la común intención) para luego inclinarse hacia la objetividad (también se basan en el conocimiento y la razonabilidad).

Por un lado, el artículo 8 de la CISG tiene un enfoque objetivo respecto a la interpretación del contrato al darle preferencia a la intención de una parte que es conocida por la otra o que no podía ignorar, y a lo que podría entender un hombre razonable en las circunstancias dadas.

Article 8

- (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent *where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.*
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a *reasonable person* of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.
- (3) In determining the intent of a party or the understanding a *reasonable person* would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties. (Énfasis agregado)

El enfoque de la CISG es similar al que se encuentra reconocido en la sección §201 del Restatement (Second) of Contracts, el cual parte de la premisa que si bien ambas partes pueden darle el mismo significado a una cláusula del contrato, también será usual que se presenten situaciones donde ello no sea así, y en consecuencia, deba primar la intención de una parte sobre la otra.

§ 201. Whose Meaning Prevails

- (1) Where the parties have attached the same meaning to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with that meaning.
- (2) *Where the parties have attached different meanings to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with the meaning attached by one of them if at the time the agreement was made*
 - (a) *that party did not know of any different meaning attached by the other, and the other knew the meaning attached by the first party; or*
 - (b) *that party had no reason to know of any different meaning attached by the other, and the other had reason to know the meaning attached by the first party.*

- (3) Except as stated in this Section, neither party is bound by the meaning attached by the other, even though the result may be a failure of mutual assent. (Énfasis agregado)

Por otro lado, el artículo 4.1 de los PICC, aunque admite criterios objetivos (artículo 4.2), parte de la subjetiva común intención de las partes:

Article 4.1

(Intention of the parties)

- (1) *A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.*
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

Article 4.2

(Interpretation of statements and other conduct)

The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.

If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances. (Énfasis agregado)

De manera similar al artículo 4.1 de los PICC, el primer párrafo del artículo 5:101 de los PECL y el primer párrafo del artículo II.- 8:101 del DCFR, parten de la común intención de las partes, aunque luego hacen referencia a criterios objetivos:

Article 5:101: General Rules of Interpretation

- (1) *A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.*
- (2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party could not have been unaware of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
- (3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

II.- 8:101: General rules

- (1) *A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.*
- (2) If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party's intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
- (3) The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it:
- (a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or

- (b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning. (Énfasis agregado)

Finalmente, los PLDC mantienen una clara posición subjetiva al reconocer que el contrato debe interpretarse para encontrar la común intención de las partes (artículo 69), y aunque lista criterios a tener en cuenta en la labor interpretativa, indica que ello es para encontrar la común intención de las partes (artículo 70), a diferencia de los otros instrumentos de uniformización que regulan objetivos que se enfocan en el conocimiento y la razonabilidad. Esta sería una muestra de la posición subjetiva latinoamericana, aún ajena a los estándares objetivos del *common law* y de ciertos instrumentos de uniformización.

Artículo 69.- Intención común de las partes

El contrato debe interpretarse de acuerdo con la intención común de las partes.

Artículo 70.- Criterios para la determinación de la intención común de las partes

Para determinar la común intención de las partes se deben tener en cuenta, entre otros criterios:

- a) Las reglas de interpretación acordadas por las partes.
- b) La conducta de las partes durante las etapas de formación, perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- c) Las conductas anteriores, concomitantes o posteriores de las mismas partes en otros contratos sobre el mismo objeto.
- d) La calificación, el objeto y la causa del contrato.
- e) Los usos del lugar de la celebración del contrato. (Énfasis agregado)

De esta manera, los derechos nacionales del *civil law* parten de una premisa subjetiva al considerar que si bien el objeto de la interpretación es lo expresado en el contrato, ello es solo el punto de partida porque el objetivo es encontrar la común intención de las partes, lo cual implica realizar un análisis más profundo, por encima de la literalidad, para encontrar la verdadera relación entre «intención» y «declaración».

Por el contrario, el *common law* parte de una premisa formalista y textual, al considerar que la común intención de las partes se encuentra en lo redactado en el contrato, de manera que se asume que la «intención» está en la «declaración».¹⁴⁷ Esto es coherente con el hecho que muchos contratos son *boilerplate*,¹⁴⁸ en el sentido que los «nuevos» contratos se basan en contratos anteriores que les sirven de base, de manera que muchas cláusulas solo se repiten y copian sin mayor análisis. Por ello, se advierte que en la práctica, dado que ciertas cláusulas solo se copian, nadie sabe lo que realmente significan. Bajo este escenario, tiene sentido preferir por una interpretación literal del contrato al no existir realmente un contexto. Además, téngase en cuenta la existencia, en el *common law*, de reglas como la *four corners rule*, *plain meaning rule* o *parol evidence rule*, y de cláusulas estandarizadas como la *merger clause*, *entire agreement clause*, *no reliance clause*, o *no-oral modification clause*, que apuntan a reforzar el respecto del texto del contrato sobre cualquier otra circunstancia.

El formalismo o textualismo tiene como principal exponente a Inglaterra, la jurisdicción más estricta en tal sentido, aunque este rígido análisis podría ser mitigado por el entendimiento del *reasonable man* conforme a lo resuelto por Lord Hoffmann en *Investors Compensation Scheme vs. West*

¹⁴⁷ Véase LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. Op. cit., pp. 54-56; SMITS, Jan. «The Law of Contracts». Op. cit., pp. 67-68; BENATTI, Francesca. «En defensa del textualismo contractual: una lección del *common law*». En *Foro Jurídico*, 2022, n.º 20, Derecho Civil, pp. 21-34.

¹⁴⁸ Véase CHOI, Stephen J.; GULATI, Mitu y SCOTT, Robert E. «The black hole problem in commercial boilerplate». En *Duke Law Journal*, 2017, n.º 1, vol. 67, pp. 1-77.

Bromwich Building Society (1998),¹⁴⁹ donde se aprecia un paso en favor del contextualismo. Para un inglés, el uso del *reasonable man* significaría un apartamiento de la letra del contexto, lo cual podría verse —bajo esta perspectiva— como un acercamiento hacia el subjetivismo. Sin embargo, los pronunciamientos de la UK Supreme Court en *Arnold vs. Britton* (2015)¹⁵⁰ y *Marks & Spencer vs. BNP Paribas Securities Services Trust Company* (2015)¹⁵¹ parecen representar un retorno al textualismo.¹⁵²

Finalmente, téngase presente la reforma francesa del 2016, que con relación a los derechos nacionales, muestra un cambio de la subjetividad hacia un régimen más «objetivo». El original artículo 1156 del Code Civil señalaba que «En las convenciones se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos que en él se hubieren expresado». Ahora, con la reforma francesa el artículo 1156 ha sido reemplazado por el actual artículo 1188, cuyo primer párrafo contiene la misma regla que el artículo 1156 pero agrega un nuevo segundo párrafo que hace expresa mención al hombre razonable inspirado en los principios instrumentos de uniformización:

Artículo 1188

El contrato se interpreta de acuerdo con la común intención de las partes antes que conforme al sentido literal de los términos que en él se hubieren expresado.

Cuando esta intención no pudiera ser determinada, el contrato se interpretará según el sentido que le otorgaría una *persona razonable* que estuviese en la misma situación.¹⁵³ (Énfasis agregado)

Por ello, cuando se dice que la interpretación es «subjetiva» o «objetiva», es necesario preguntarnos cuál es el punto de partida. Si solo se va a considerar al *civil law*, se puede decir que allí la interpretación es «objetiva» porque parte del contrato, aunque luego se precise que los criterios de interpretación son «subjetivos» porque finalmente la misión es encontrar la común intención de las partes. Pero si se hace un análisis comparado que tiene en cuenta al *common law*, entonces la interpretación del *civil law* es «subjetiva» a diferencia del *common law*. Tales discusiones de etiquetas en torno a si algo es «objetivo» o «subjetivo» solo tiene sentido a efectos explicativos, mas no para definir una característica determinante. Frente a este escenario, es mejor considerar, como lo hacen los comparatistas, que el *civil law* le da preferencia al «contexto» mientras que el *common law* es más formalista y le da preferencia al «texto».

En el Perú, curiosamente no existe alguna norma clara como las que existen en otras jurisdicciones nacionales o instrumentos de uniformización, en el sentido que la común intención de las partes no se limita al texto, sino que va más allá. En todo caso, se considera que deben leerse de manera sistemática los siguientes artículos del Código Civil peruano a efectos de justificar la primacía de la común intención de las partes: el artículo 168 («El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe»), el segundo párrafo del artículo 1361 («Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla») y el artículo 1362 («Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes»)¹⁵⁴

¹⁴⁹ *Investors Compensation Scheme Ltd vs. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896.

¹⁵⁰ *Arnold vs. Britton* [2015] UKSC 36.

¹⁵¹ *Marks and Spencer plc vs. BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Ltd* [2015] UKSC 72.

¹⁵² Sobre la interpretación del contrato conforme al derecho inglés, véase VIGLIONE, Filippo. «L'interpretazione del contratto nel *common law* inglese. Problemi e prospettive». En *Rivista di Diritto Civile*, 2008, n.º 1, pp. 133-171.

¹⁵³ Traducción del profesor José L. Gabriel (Pontificia Universidad Católica del Perú).

¹⁵⁴ De esta manera, se indica que no puede considerarse la posición inicial de Fernando Vidal, quien señalaba que en el Perú se optó por una opción estrictamente objetiva sobre el objeto de la interpretación, a pesar de que el artículo 168 del Código Civil no es una norma aislada. (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989, 220-221). Su aparente estricta objetividad terminaría siendo relativizada, hacia la subjetividad, por los artículos 1361 y 1362 del Código Civil que hacen referencia a la voluntad común o común intención de las partes, como lo explicó Max Arias-Schreiber. (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». En *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Gnilbem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 48-49). Con una opinión más reciente, Fernando Vidal parece haber matizado su posición inicial. (VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». *Op. cit.*, pp. 1650-1651).

Aunque no debe obviarse la presunción del artículo 1361, que va en contra de la posición subjetiva que se observa en el *civil law*, y que hace que el derecho peruano se acerque más a un régimen objetivo.

Al respecto, y para evitar una interpretación sistemática de diversas normas peruanas, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2019) propuso dividir el actual artículo 168 de la siguiente manera: (1) el artículo 168 estaría destinado a reconocer la común intención de las partes (para estar en sintonía con la mayoría de jurisdicciones civilistas), y (2) se crearía un nuevo artículo 168-A para la buena fe interpretativa.

Artículo 168.- Interpretación de la voluntad declarada

El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya expresado en él.

En ningún caso, la interpretación se deberá limitar al sentido literal de las palabras, debiéndose evaluar el comportamiento del autor o los autores del acto jurídico de forma integral.

Artículo 168-A.- Interpretación conforme a la buena fe

El acto jurídico recepticio deberá ser interpretado de acuerdo con las reglas de la buena fe.

Nuevamente, y sin perjuicio de esta propuesta de reforma, téngase presente la particularidad del derecho peruano conforme a la ley vigente: (1) por un lado, no existe una norma que señala que la común intención de las partes no se limita al texto del contrato, y (2) por otro lado, sí tiene una norma particular que indica que se presume que la común intención de las partes está en el texto del contrato. En otras palabras, mientras que en el derecho comparado se presume que la común intención de las partes va más allá del contrato, en el Perú se presume que la común intención de las partes está en el contrato. En base a lo anterior, ¿acaso el derecho peruano no parece acercarse más a modelos anglosajones que a jurisdicciones civilistas? Desde una perspectiva comparada, se puede observar que en el derecho peruano prima el texto sobre el contexto.

Finalmente, teniendo en cuenta que en el *civil law* el objeto de interpretación es la declaración, aunque ligada a la común intención de las partes, corresponde definir cómo realizar dicha interpretación. Para ello, la ley aplicable define criterios legales de interpretación del contrato. Mientras que en el derecho comparado es usual que las codificaciones civiles definan criterios particulares de interpretación del contrato, en el derecho peruano solo se regulan criterios generales de interpretación del acto jurídico conforme a los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil, que por extensión son aplicables a los contratos. Adicionalmente, en el Libro de Contratos del Código Civil se suelen encontrar algunas reglas particulares de interpretación como la conocida regla *contra proferentem* conforme al artículo 1401 del Código Civil peruano (aunque enfocada en relaciones de consumo).

Esta no es una buena técnica legislativa pues el contrato es un negocio jurídico particular que necesita de sus propias reglas de interpretación, y en todo caso, regular la interpretación del acto jurídico en solo tres artículos es muy escueto. Basta con revisar las principales codificaciones civiles al respecto para percatarnos de las reglas que existen en otras jurisdicciones y que brillan por su ausencia en el derecho peruano.¹⁵⁵ En Latinoamérica, diversos Códigos Civiles cuenta con una sección específica destinada a la interpretación del contrato como se observa en Chile (artículos 1560-1566), Ecuador (artículos 1603-1609), Colombia (artículos 1618-1624), Bolivia (artículos 510-518), Uruguay (artículos 1297-1307) y Paraguay (artículos 708-714). Lo anterior no existe en el Código Civil peruano.

¹⁵⁵ Arias-Schreiber y Lohmann criticaban que la interpretación del acto jurídico haya quedado formulada en solo tres artículos (168, 169 y 170) del Código Civil peruano de 1984, cuando en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981 figuraban hasta ocho artículos (23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30) al respecto. Véase ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». *Op. cit.*, pp. 43-46; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». *Op. cit.*, 1660.

Por ejemplo, el Código Civil peruano no cuenta con la regla de la interpretación útil, la cual sí está expresamente reconocida en el actual artículo 1191 del Code Civil,¹⁵⁶ la cual señala que si un término tiene más de un significado, debe preferirse por aquella que produzca un efecto sobre aquella que no produzca efecto alguno. La misma regla se encuentra reconocida en el artículo 1367 del Codice Civile¹⁵⁷ y el artículo 1428 del Civil Code of Québec.¹⁵⁸ Al respecto, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2019) identificó este vacío y propuso el nuevo artículo 170-A «Conservación del acto jurídico en la interpretación», el cual señala que «El acto jurídico o las disposiciones contenidas en él deben interpretarse en el sentido en el cual se conserven sus efectos». Esta disposición sería una adicional al actual artículo 170 peruano que regula la interpretación según la naturaleza y objeto del acto.¹⁵⁹

c) *La buena fe al servicio del pacta sunt servanda*

Dentro de este contexto del *civil law* donde se debe encontrar cuál fue la común intención de las partes, incluso yendo más allá del texto del contrato, la buena fe interpretativa no puede ser usada como una excepción a lo anterior, sino como una reconfirmación de la literalidad del contrato y la común intención de las partes.

Lo primero a tener en cuenta es que la buena fe como criterio de interpretación no es la buena fe como deber contractual que opera en la etapa de ejecución del contrato, como también es distinta a otras funciones de la buena fe.

Cuando uno interpreta un contrato lo que hace es definir la voluntad de las partes, lo cual es muy distinto al deber de buena fe que deben cumplir las partes al momento de ejecutar el contrato. La interpretación consiste en entender el pacto, mientras que la ejecución pone en vida al contrato (en sus términos y condiciones). Estos dos momentos permiten apreciar con mayor claridad las distintas funciones que puede cumplir la buena fe.

A diferencia de la buena fe contractual que puede presentar —como se evidencia en jurisdicciones civilistas— una mayor intervención en el contenido del contrato, la buena fe interpretativa cumple un rol más «modesto» en comparación con la buena fe contractual, pero a la misma vez uno fundamental. Es modesto en el sentido que vía la interpretación del contrato no se puede introducir nuevos términos al mismo ni imponer restricciones al ejercicio de los derechos, como sí ocurre con la buena fe integrativa y correctiva en la etapa de ejecución contractual. La buena fe interpretativa cumple el rol fundamental de garantizar el cumplimiento del contrato según los términos y condiciones que fueron pactados. En otras palabras, la labor de la buena fe interpretativa es reconfirmar el principio del *pacta sunt servanda* para proteger las expectativas razonables de las partes que se derivan de lo que fue expresamente acordado y redactado en el contrato.¹⁶⁰

¹⁵⁶ «Art. 1191. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun».

¹⁵⁷ «Art. 1367 Conservazione del contratto
Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno».

¹⁵⁸ «Art. 1428. A clause is given a meaning that gives it some effect rather than one that gives it no effect».

¹⁵⁹ «Artículo 170. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto». Este criterio de interpretación también se encuentra presente, por ejemplo, en los Códigos Civiles de España (artículo 1286), Chile (artículo 1563), Ecuador (artículo 1606) y Colombia (artículo 1621).

¹⁶⁰ REITER, B. J. «Good faith in contracts». En *Valparaiso University Law Review*, 1983, n.º 4, vol. 17, p. 714: «A substantial element of what constitutes reasonable expectations is «good faith» defined as what the makers of «right conduct» (the parties, the industry, custom, relevant social expectations) accept as being properly done in this sort of case»; STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*, p. 131: «The aim of any mature system of contract law must be to promote the observance of good faith and fair dealing in the conclusion and performance of contracts. The first imperative of good faith and fair dealing is that contracts ought to be upheld. But there is another theme of good faith and fair dealing: the reasonable expectations of honest men must be protected»; WADDAMS, S. M. «Good faith, unconscionability and reasonable expectations. En *Journal of Contract Law*, 1995, vol. 9, pp. 67-68: «For whenever it can be said that one party must act in good faith in exercising contractual rights, it can, with equal force, be said that the other party must also act in good faith in not

Como recuerda de manera clara el comentario c) a la sección §201 del Restatement (Second) of Contracts:

c. Mutual understanding. Subsection (1) makes it clear that the primary search is for a common meaning of the parties, not a meaning imposed on them by the law. To the extent that a mutual understanding is displaced by government regulation, the resulting obligation does not rest on «interpretation» in the sense used here. The objective of interpretation in the general law of contracts is to carry out the understanding of the parties rather than to impose obligations on them contrary to their understanding: «*the courts do not make a contract for the parties*». Ordinarily, therefore, the mutual understanding of the parties prevails even where the contractual term has been defined differently by statute or administrative regulation. But parties who used a standardized term in an unusual sense obviously run the risk that their agreement will be misinterpreted in litigation. (Énfasis agregado)

Esta es la primera y principal función tradicional de la buena fe, que a nivel legislativo se encontraba expresamente enunciada en el original artículo 1134 del Code Civil de 1804, que regulaba al *pacta sunt servanda*, la santidad contractual y a la buena fe, en su primer, segundo y tercer párrafo, respectivamente. Este orden no fue aleatorio, sino que representó una jerarquía entre reglas. La buena fe no podía ir en contra del contrato que era ley entre las partes y que solo ellas podían modificarlo o terminarlo. Al respecto, no deben pasarse por alto aquellas técnicas legislativas que optaron por regular a la buena fe junto con el *pacta sunt servanda*, y se debe comprender que ello es distinto a regular a la buena fe en una disposición autónoma e independiente. En efecto, con la reforma francesa del 2016, el derecho contractual francés buscó apartarse del formalismo según el original artículo 1134 para reconocer un mayor rol a la buena fe contractual. Para ello, se separó a la buena fe del *pacta sunt servanda* mediante la partición del original artículo 1134 en los artículos 1103 (el contrato es ley entre las partes), 1104 (buena fe en negociación, celebración y ejecución del contrato) y 1193 (santidad contractual).

La experiencia francesa nos enseña que hay casos donde la buena fe sigue atada al *pacta sunt servanda* y este es un modelo que aún existe y que no puede ser interpretado como otros modelos que le reconocen un rol más fuerte a la buena fe. Por ejemplo, el artículo 26 de la Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) reconoce al *pacta sunt servanda* y la buena fe en la misma disposición:

Article 26

«*Pacta sunt servanda*»

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

attempting to claim a contractual performance that has not been promised. My conclusion is that good faith plays an important part in determining the reasonable expectations of the parties, and in determining the fairness of their agreements, but that an overriding duty of good faith, independent of the concepts of expectation and fairness, needs to be handled with care»; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, p. 352: «By compiling these domestic interpretations, good faith can be defined as an expectation of each party to a contract that the other will honestly and fairly perform his duties under the contract in a manner that is acceptable in the trade community. The duty of good faith is an international doctrine that requires parties to an international transaction to act reasonably, as they would expect the other party to act. This definition is international in spirit and captures the best of domestic definitions around the world. Good faith is a lot like the golden rule: treat others as you wish to be treated. Performing contract duties in a manner which is honest, fair, and reasonable will almost always be considered good faith performance»; YEE, Woo Pei. «Protecting parties' reasonable expectations: a general principle of good faith». En *Oxford University Commonwealth Journal*, 2001, n.º 2, vol. 1, p. 224: «To conclude, the main attraction of determining the standard of good faith with reference to reasonable expectations is that it would not entail a significant rethinking of contract law because the commercial terms still would be determined by the presumed intention of the parties»; FEINMAN, Jay M. «Good faith and reasonable expectations». En *Arkansas Law Review*, 2014, n.º 3, vol. 67, p. 526: «There is nothing special about the doctrine of good faith. It is continuous with the rest of contract doctrine. Although it is distinct from other doctrines, it is only distinct in the same way that the rules about formation are distinct from the rules about consideration. Good faith is simply another embodiment of the basic principle of contract law —the protection of reasonable expectations—. The application of that principle through the good faith obligation leads to the proper understanding of the content of the doctrine and a rejection of many of the ways that courts improperly cabin it».

Igualmente, el primero párrafo del artículo 31 de la VCLT, que regula la interpretación de los tratados, regula a la buena fe como criterio de interpretación, pero vinculado al significado ordinario del texto del tratado, teniendo en cuenta su objeto y propósito:

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Por el contrario, otros textos no hacen referencia a la buena fe cuando se trata de regular al *pacta sunt servanda*, como el artículo 1.3 de los PICC¹⁶¹ y el artículo 1.2 de los Principios OHADAC.¹⁶² En el caso de los PICC, ello se hizo para asignar a la buena fe en una disposición aparte; en el caso de la OHADAC, para eliminar cualquier referencia a la buena fe.

En el derecho peruano, el artículo 168 del Código Civil, la norma general de la interpretación del acto jurídico,¹⁶³ señala primero lo que es materia de interpretación (la declaración expresa) —que además incluye al criterio de interpretación literal— y luego indica cómo debe interpretarse lo que es materia de interpretación (según la buena fe):¹⁶⁴

Artículo 168

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

A su vez, el artículo 1362 del Código Civil peruano regula a la buena fe precontractual y contractual, pero también hace referencia a la común intención de las partes (a diferencia del actual artículo 1104 del Code Civil que se limita a regular exclusivamente a la buena fe):

¹⁶¹ «Article 1.3

(Binding character of contract)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles».

¹⁶² «Article 1.2: *Pacta sunt servanda*

Contract parties are bound to perform the agreed obligations according to contractual terms».

¹⁶³ Véase VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Op. cit., 220-221; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». Op. cit., p. 1648.

¹⁶⁴ Véase LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1994, p. 263; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». Op. cit., p. 1678.

Artículo 1362

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Por lo anterior, se considera que en el derecho peruano el artículo 1362 del Código Civil debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 1361 cuando se refiere a la común intención de las partes, en específico con su segundo párrafo:¹⁶⁵

Artículo 1361

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

En otras palabras, y según el modelo peruano, la común intención de las partes parte del texto y aunque pueda proyectarse al contexto debe regresar a la literalidad del acuerdo, y la buena fe tiene la misión de reconfirmarlo, en el sentido de que si las partes pretenden escaparse del texto, la buena fe debe reconducirlos a ello.¹⁶⁶ A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, el derecho peruano tiene una común intención objetiva.

Así es como debe entenderse el vínculo entre el *pacta sunt servanda* y la buena fe. Se trata de una relación de complementariedad. La buena fe no modificada al contrato, sino lo reconfirmada. Interpretar y ejecutar el contrato de buena fe no significaría salirse del contrato. Si alguien hace algo distinto de lo que dice el contrato, entonces actúa de mala fe porque no cumple con lo acordado. Cuando uno dice que la buena fe consiste en actuar de manera honesta y justa, entiéndase que no es ni honesto ni justo quien se aparta del contrato.

d) Razonabilidad y buena fe

Cuando se interpreta el contrato, debe tenerse presente el respeto de las expectativas razonables de las partes, lo cual parte de la literalidad del contrato, pero puede apoyarse en cierto contexto, pero no cualquier contexto sino el que es razonable según las circunstancias del caso. Resalta el conocimiento que pueda tener una parte sobre la intención de la otra y la confianza que se pueda generar, y que

¹⁶⁵ Véase MORALES HERVIAS, Rómulo. «La “común intención” de las partes en la interpretación de los contratos». En *Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Ius et Veritas, 2014, p. 94.

¹⁶⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. *Op. cit.*, pp. 221-222: «El principio de la buena fe es el que gobierna toda la labor de hermenéutica. Pero no debe entenderse como la buena fe del intérprete. Se trata de la buena fe de los manifestantes de la voluntad que ha dado contenido al acto jurídico y, en el caso de actos unilaterales, también de la de sus destinatarios. El principio de la buena fe lo vinculamos por eso, a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, y también, al comportamiento de los que por su vinculación al acto jurídico son partes de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse. Es una buena fe que debe evidenciarse y ponerse de manifiesto ante el intérprete y este no la puede apreciar de otro modo que no sea “en lo expresado” y “desde lo expresado” para su valoración objetiva»; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». *Op. cit.*, pp. 1617-1617: «La buena fe dentro del mercado consiste, entonces, precisamente en lo contrario de lo que plantea la buena fe “objetiva” o moralista: no apunta a valores trascendentes o independientes de la voluntad de las partes —un concepto abstracto y absoluto de justicia o de solidaridad social— sino que se dirige precisamente y solamente a aclarar la voluntad de las partes. Dentro de este sentido, actuar con buena fe es permitir que la libre voluntad de las partes se manifieste de la manera más diáfana y, luego de haber sido concertada en una voluntad común a través de un contrato, se cumpla de manera cabal, sin triquiñuelas. Así, actuar con buena fe en la ejecución de un contrato es cumplir con el contrato, llevar adelante esa voluntad acordada que dio origen a la relación contractual»; BARCHI VELA CHAGA, Luciano. «La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1784: «Para Carresi, la interpretación de buena fe no se aplica cuando la común intención de las partes conste de manera cierta; es decir, que no sería lícito al intérprete apartarse de lo que la común intención de las partes determina, bajo la excusa que ella nos lleva a resultados no conformes con la buena fe; sería atribuir al intérprete la potestad de “manipular” el contrato».

permita aclarar lo que se dejó en la letra fría del contrato. Es vinculante lo que es razonable entre las partes según sus propios comportamientos.¹⁶⁷

Las partes pueden redactar una cláusula cuyo texto pueda parecer definitivo, sin embargo, tal pacto tiene una historia y antecedentes que pueden servir como guía de interpretación para entender cuál fue la intención al momento de redactar la cláusula. Si las partes no pactaron algo distinto o en contra, entonces el comportamiento de las partes en la negociación, celebración y ejecución del contrato podría ser relevante como guía para entender qué dice el contrato en sus letras, o en todo caso, qué significado debe prevalecer. Por ello, diversos instrumentos de uniformización se enfocan en el conocimiento y la razonabilidad cuando se trata de la interpretación del contrato.

Si bien a veces no se hace expresa mención a la buena fe, la buena fe interpretativa puede ser considerada en tal sentido, esto es, que interpretar el contrato de buena fe significa respetar el texto y el contexto razonable, siempre dentro de las cuatro esquinas del contrato, y no con carta libre para proponer cualquier interpretación. Todo esto para lograr el respecto a las expectativas de las partes según lo pactado.

De hecho, es común considerar que la buena fe puede lograr los mismos resultados que la razonabilidad, con la diferencia que se recomienda usar a la razonabilidad para evitar las subjetividades inherentes al uso del concepto de buena fe. En efecto, en jurisdicciones anglosajonas se usa el concepto de *reasonableness* en lugar de *good faith*,¹⁶⁸ y así se prefiere por un concepto más objetivo y neutral que uno que involucre acepciones éticas y morales,¹⁶⁹ aunque ambos conceptos puedan funcionar de manera similar en la práctica.¹⁷⁰ Sin perjuicio de esta diferencia de perspectivas, se debe llegar al mismo objetivo: vía interpretación no se puede modificar el contrato.

¹⁶⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Op. cit., p. 264: «Por lo “expresado”, sin embargo, no debe entenderse única y exclusivamente las palabras utilizadas. Aunque sea una obligación para el declarante hacer saber su voluntad con palabras o expresiones adecuadas, no es labor del intérprete —según el espíritu del artículo [168]— fijar el significado gramatical de estas, sino lo que con ellas realmente se quiso significar [...] El artículo [168] es de aplicación no solamente a los negocios que consten por escrito, sino también a todos aquellos que aparezcan consumados al haberse expresado la voluntad por cualquiera de los medios legalmente admitidos, esto es, manifestación expresa o tácita, ejecución de un hecho material, o silencio. Para precisar la intención del agente por lo manifestado o expresado, se deberá apreciar su comportamiento total, incluso posterior a la conclusión del acto. Comportamiento total, qué duda cabe, no es únicamente el anterior y el posterior a la expresión de la voluntad, sino igualmente conducta coetánea a través de la cual se materializa y evidencia —se expresa, dice el artículo— la voluntad con mayor o menor fidelidad»; BATTISTA Ferri, Giovanni. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2002, pp. 412-413: «En concreto, el principio de buena fe, expresado en el artículo 1366 Cód. Civ., se limitaría a manifestar, exclusivamente, la protección de la confianza, entendida en el sentido de que “se debe acoger, de entre los posibles significados de la declaración, aquel que el destinatario, razonablemente, podía y tenía que atribuirle, sobre la base de reglas comunes del lenguaje y del particular modo de comunicar y de entenderse con la otra parte”»; AVENDANO, Jorge. «Metodología de la interpretación de la ley y el contrato. La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1596: «Asimismo, la Buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, esto es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más acorde con la confianza que se hubiera podido suscitar en la contraparte»; JIMÉNEZ VARGAS-MAGHUCA, Roxana. «La interpretación como búsqueda de una verdad». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1831: «En general, la labor del intérprete consiste en desentrañar la voluntad común, pero muchas veces al recurrir al principio de buena fe se va más allá de la voluntad de los contratantes, por cuanto mediante esta se considera no solo lo que las partes entendieron, sino lo que *debieron* entender si hubieran actuado con cuidado, diligencia y previsión, conforme al estándar de comportamiento de una persona razonable colocada en la misma situación que los contratantes, esto es, un elemento objetivo que, al ser un *deber ser*, tiene un carácter normativo, ya que persigue la conducta socialmente exigible de las partes en base al estándar de razonabilidad».

¹⁶⁸ Véase VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850.

¹⁶⁹ Por ello, explicaba Steyn que «Throughout the web of English contract law the criterion of the reasonable man's response predominates. In the civil law greater account is taken of subjective factors. This emphasis of English law on an objective approach to contractual issues tends to make England somewhat infertile soil for the development of a generalized duty of good faith in the performance of contracts». STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». Op. cit., p. 132.

¹⁷⁰ Por ejemplo, explica Galletti que «The fact that English contract law —with its emphasis on objective interpretation— might start from an adversarial approach and has no general duty of good faith, does not constitute an impediment for judges to apply their good sense in ensuring that the contract becomes the fair framework for people's dealings. As one judge [Lord Steyn] who has been educated and exposed to both the civil and common law influences of the South African mixed legal system has said, there is, in the end, “not a world of difference” between the principle of good faith and “the reasonable expectation of the parties”».

Al respecto, un dato curioso es que ciertos instrumentos de uniformización de perfil civilista regulan de manera conjunta tanto a la buena fe como a la razonabilidad. Por ejemplo, los PECL regulan en su artículo 1:201 a la buena fe mientras que en su artículo 1:302 a la razonabilidad. De igual manera, el DCFR regula en su artículo i.- 1:103 a la buena fe mientras que en su artículo i.- 1:104 a la razonabilidad. Consideramos que reconocer ambos conceptos es innecesario.

La buena fe por sí sola ya genera suficientes confusiones por su indeterminación como para que junto a ella se agregue a otro concepto indeterminado como la razonabilidad¹⁷¹ (aunque este pueda considerarse como «más objetivo»). Ambos conceptos siguen siendo indeterminados, con lo cual, si se reconocen a ambos, se deberá definir cómo se relacionan dos conceptos que no tienen contenido fijo, lo cual no tiene sentido. Por ello, la mejor opción es reconocer a solo uno de ellos, y de preferencia solo a la razonabilidad. Y fíjese que preferir a la razonabilidad sobre la buena fe no es un capricho de etiquetas o de gustos: la expectativa razonable no necesita de argumentos de honestidad, lealtad, cooperación, y otros aspectos morales que son inherentes a la noción de buena fe y que permitirían que el juez imponga su propia visión.

Finalmente, lo interesante del uso del conocimiento y la razonabilidad en la interpretación del contrato es que permite darle objetividad la subjetividad de la común intención de las partes, pero, sobre todo, nos lleva a una discusión más profunda sobre lo que realmente es materia de interpretación contractual y cuál es su misión, según los diferentes modelos de *civil law* y *common law*. Si el objeto de interpretación está en el texto del acuerdo al estilo anglosajón, en ciertos casos se podrá decir que realmente no hay una común intención de las partes si es más realista asumir que las partes pueden haber acordado en usar ciertas palabras en el contrato pero que ello no significa que ambas hayan pensado en el mismo significado para tales palabras. De manera similar, si a través de la interpretación contractual se debe encontrar la común intención de la partes al estilo civilista, ello serviría solo como premisa desde que los principales instrumentos de uniformización no se limitan a ella sino que también incluyen dentro de la labor interpretativa el conocimiento que pueda tener una parte sobre la intención de la otra y lo que se pueda entender conforme a un hombre razonable, de manera que nos volvemos a alejar de la común intención de las partes para encontrar la intención de una parte que será vinculante frente a la otra.¹⁷²

GALLETI, Shida. «Contract Interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches». *Op. cit.*, p. 257. Asimismo, comparando el *common law* de Canadá con el *civil law* de Québec, Grammond explica que «Moreover, the principles of interpretation examined above may just as easily be explained on the basis of good faith as on the basis of reasonable expectations. Thus, you act in bad faith if you advance an interpretation that defeats the purpose of the contract, one that is contradicted by your conduct, or one that leads to an unusual result that you did not disclose in advance». GRAMMOND, Sébastien. «Reasonable expectations and the interpretation of contracts across legal traditions». En *The Canadian Business Law Journal*, 2010, n.º 3, vol. 48, p. 363. Al respecto, advierte Cartwright lo siguiente, reflexionando sobre la necesidad de revisar el derecho de contratos inglés: «For example, the answer to the “good faith” question is sometimes said to be that we reject the general principle of good faith, but we use other language (such as “reasonableness”) and other particular techniques to achieve a similar result. But such statements are misleading. First, because they can give the civil lawyer the idea that English law is not really very different but just uses different ways of achieving the same result. This is sometimes true but is often not. Second, because even in those cases where English law can use other techniques to soften the inherited general principles, it is simply not good enough to do that without being more open about how the underlying approach to the old principles is shifting. Only if we are more open about it can we address the extent to which there should be a general reassessment of the principles themselves. That is the purpose that a more general review would serve». CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». *Op. cit.*, p. 171.

¹⁷¹ Sobre la indeterminación de la razonabilidad, Smith incluso llega a decir que «The idea that contract law does and should protect the reasonable expectations of the parties is essentially a slogan. The language of “reasonableness” aside, the appeal of the phrase lies precisely in its ambiguity». SMITH, Stephen A. «“The reasonable expectations of the parties”: an unhelpful concept». En *Canadian Business Law Review*, 2010, n.º 3, vol. 48, p. 367.

¹⁷² Como ejemplo, resulta interesante prestar atención sobre cómo las diferencias culturales podrían generar conflictos entre las partes al momento de interpretar un contrato. Si un local se compromete a vender sándwich en un centro comercial, ¿incumple si empieza a vender burritos? En un caso se discutió si la cultura gastronómica podría ser invocada para justificar que un burrito es un sándwich; si fuese así, no habría incumplimiento. Casos como este ponen en evidencia que al final de la labor interpretativa lo que se hace es decidir qué intención unilateral prima sobre la otra, lo cual descarta que haya una común intención (al menos con relación al término en disputa). Véase GRONDONA, Mauro. «Sobre el tema de la interpretación de los contratos y las diferencias culturales, es decir: ¿es el “burrito” un “sándwich”? (Observaciones aparentemente semisérias de un jurista europeo entre el derecho privado, la sociología y la antropología del derecho)». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

e) *La interpretación conforme al conocimiento y la razonabilidad*

Los principales instrumentos de uniformización se han enfocado en el conocimiento y la razonabilidad para definir cuál es la intención que debe primar en la interpretación contractual. Así, la interpretación empieza por el texto, pero se extiende a lo que una parte comunica con su comportamiento y que es conocido por la otra, y en caso ello no se pueda terminar, aplicará lo que hubiera entendido el hombre razonable.

El artículo 8 de la CISG es la norma madre que ha inspirado a los principales instrumentos de uniformización respecto a cómo regular la interpretación de los contratos. Una particularidad de la CISG es que no hace expresa mención a la común intención de las partes sino a la intención de una parte que se vuelve vinculante para la otra. En este sentido, el artículo 8 de la CISG señala que prima la intención de una parte si la otra la conoció o no podía ignorar cuál era esa intención, y en caso esto no fuera aplicable, debe aplicarse el entendimiento que tendría una persona razonable en tales circunstancias. De esta manera, la CISG opta por una posición objetiva que se aparta de la subjetividad de la común intención de las partes.

Article 8

- (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent *where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.*
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to *the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.*
- (3) In determining the intent of a party or the understanding a *reasonable person* would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties. (Énfasis agregado)

Posteriormente, los PICC tomaron en consideración al artículo 8 de la CISG pero se agregó de manera expresa la referencia a la común intención de las partes. En consecuencia, aunque el artículo 8 de la CISG fue replicado en el artículo 4.2 de los PICC, el artículo 4.1 de los PICC inicia señalando que el contrato debe ser interpretado según la común intención de las partes. Como resultado, se opta por una posición que parte de la subjetiva común intención para luego buscar reducir dicha subjetividad con el estándar del hombre razonable o la intención unilateral de una parte que es conocida por la otra.

Article 4.1

(Intention of the parties)

- (1) A contract shall be interpreted according to the *common intention of the parties.*
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that *reasonable persons* of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

Article 4.2

(Interpretation of statements and other conduct)

- (3) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention *if the other party knew or could not have been unaware of that intention.*

- (4) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a *reasonable person* of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances. (Énfasis agregado)

Por su parte, el artículo 5:101 de los PECL fusiona en una sola disposición a los artículos 4.1 y 4.2 de los PICC, al señalar primero que el contrato debe interpretarse según la común intención de las partes para luego decir bajo qué situaciones la intención de una parte es vinculante a la otra o cuándo se aplica el entendimiento del hombre razonable.

Article 5:101: General rules of Interpretation

- (1) A contract is to be interpreted according to the *common intention of the parties* even if this differs from the literal meaning of the words.
- (2) If it is established that one party intended the contract to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract *the other party could not have been unaware of the first party's intention*, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
- (3) If an intention cannot be established according to (1) or (2), the contract is to be interpreted according to the meaning that *reasonable persons* of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances. (Énfasis agregado)

El artículo II.- 8:101 del DCFR sigue la misma tendencia que el artículo 5:101 de los PECL:

II.- 8:101: General rules

- (1) A contract is to be interpreted according to the *common intention of the parties* even if this differs from the literal meaning of the words.
- (2) If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract *the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party's intention*, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.
- (3) The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a *reasonable person* would give to it:
- (a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or
- (b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning. (Énfasis agregado)

Finalmente, los Principios OHADAC tienen una técnica legislativa distinta. Como se trata de un instrumento de influencia anglosajona, parte del reconocimiento de la regla *in claris non fit interpretatio* para dar preferencia al texto del contrato (artículo 4.1.1) y luego regula la aplicación de la regla del hombre razonable, que tendrá en consideración, entre otras circunstancias, la intención de una parte que se convierte en vinculante para la otra (artículo 4.1.2).

Article 4.1.1: In claris non fit interpretatio

1. When the conditions or terms of a contract are clear, they will be interpreted according to their *literal meaning*.
2. A contract term will not be considered clear if it is capable of different meanings or, in the light of the context of the contract, it is inferred that such a term or expression is due to a manifest mistake.

Article 4.1.2: General criterion of interpretation

1. Contracts and statements of the parties will be interpreted according to the meaning that a *reasonable person* of the same kind as the parties would give them in similar circumstances.
2. In particular, in the interpretation of a contract and the statements of the parties, the following circumstances will be considered:
 - a) *The intent of a party, insofar as that intent was known or should or could have been known by the other party.*
 - b) The concurrent circumstances at the conclusion of the contract and during its execution.
 - c) Commercial usages and practices between the parties.
 - d) Commercial usages and the meaning of contractual terms in the trade concerned.
 - e) General usages in international trade.
 - f) The object of the contract.
 - g) Business common sense. (Énfasis agregado)

Se debe señalar que los Principios OHADAC no hacen mención a la común intención de las partes porque optan por apartarse de la opción civilista que le da primacía a la búsqueda de la común intención sobre el texto de las cláusulas del contrato, y a pesar de ello, permite acudir a otros aspectos del contexto, pero siempre desde una perspectiva objetiva (objeto del contrato, usos comerciales, sentido común de negocio, entre otros).

Como vemos, mientras que la CISG y OHADAC parten de una perspectiva objetiva, incluso unilateral, respecto a la interpretación del contrato, otros instrumentos de uniformización de perfil civilista prefieren por una perspectiva bilateral al partir de la común intención de las partes, sin prescindir de la posibilidad que la intención unilateral de una parte pueda ser vinculante para la otra o según el entendimiento del hombre razonable.

Sobre la intención unilateral, es pertinente destacar la regla del *forthright negotiator* que se encuentra reconocida en la sección § 201(2) del Restatement (Second) of Contract,¹⁷³ la cual fue altamente discutida —y con ello, «revivida»— en el caso *United Rentals vs. RAM Holdings* (2007)¹⁷⁴ resuelto por la Corte Suprema de Delaware, un caso donde se discutió sobre la adquisición de una empresa según un contrato de *leveraged buyout* - LBO.

En virtud del *forthright negotiator*, si la evidencia extrínseca no permite encontrar la común intención de las partes, la corte podrá considerar el entendimiento subjetivo de una de las partes si fue objetivamente manifestada y fue o debió ser conocida por la otra parte.¹⁷⁵ En el caso concreto, se pactó una cláusula ambigua (*termination fee*) pero se probó que en las negociaciones una de las partes le comunicó a la otra cuál era su entendimiento de tal cláusula, y la otra no lo negó y calló. Frente a ello,

¹⁷³ «Where the parties have attached different meanings to a promise or agreement or a term thereof, it is interpreted in accordance with the meaning attached by one of them if at the time the agreement was made (a) that party did not know of any different meaning attached by the other, and the other knew the meaning attached by the first party; or (b) that party had no reason to know of any different meaning attached by the other, and the other had reason to know the meaning attached by the first party».

¹⁷⁴ *United Rentals, Inc. vs. Ram Holdings, Inc.* – 937 A.2d 810 (Del. Ch. 2007).

¹⁷⁵ Véase KNAPP, Tobias L. y ZIEGLER, Richard F. «“Forthright negotiator” is not an oxymoron in Delaware». En *New York Law Journal*, 2008, n.º 76, vol. 239, pp. 1-2; LEINWAND, David y GOLDFELD, Victor. «Stresses on the new LBO deal architecture: United Rentals goes to court». En *Pratt's Journal of Bankruptcy Law*, 2008, n.º 2, vol. 4, pp. 170-178; ADAMS, Ken. «The forthright negotiator principle and creative ambiguity». En *Adams on Contract Drafting*, 13 de enero 2009; DUHL, Gregory M. «Conscious ambiguity: slaying Cerberus in the interpretation of contractual inconsistencies». En *University of Pittsburgh Law Review*, 2009, n.º 1, vol. 71, pp. 71-116; VALCKE, Catherine. «*United Rentals vs. R-AM Holdings* as transplant failure: strategic ambiguity, good faith and forthright negotiator principle in US contract law». En *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2015, vol. 15, pp. 49-86.

la corte consideró que debería primar la interpretación subjetiva que fue objetivamente manifestada, aunque no haya quedado de manera expresa en el contrato.¹⁷⁶ Entonces, se premió al negociador directo (*forthright negotiator*).

Con relación al conocimiento, los PECL van incluso más allá para imputar sobre una de las partes el conocimiento de algún tercero del que se vale, conforme a lo señalado en el artículo 1:305:

Article 1:305: Imputed Knowledge and Intention

If any person who with a party's assent was involved in making a contract, or who was entrusted with performance by a party or performed with its assent:

- (a) knew or foresaw a fact, or ought to have known or foreseen it; or
- (b) acted intentionally or with gross negligence, or not in accordance with good faith and fair dealing, this knowledge, foresight or behaviour is imputed to the party itself.

De esta manera, la parte no puede excusarse alegando que el tercero que usa es una persona diferente a ella, y que por ello no debe responder; por el contrario, se le imputa el conocimiento del tercero.

Algo similar ocurre en la práctica en los contratos de M&A, donde es usual incluir una definición del término «conocimiento», o se incluye una «cláusula de conocimiento» o de «conocimiento imputado», por el cual, se pacta que el conocimiento de una de las partes es el conocimiento que tiene un tercero. Por ejemplo, cuando se señala que el conocimiento del vendedor mayoritario es el conocimiento que razonablemente debería tener el administrador. Así, el vendedor no puede excusarse alegando que no supo algo.¹⁷⁷

Estos ejemplos demuestran cómo el conocimiento que tiene una parte sobre la intención de la otra resulta vinculante al momento de interpretar el contrato. Al final queda claro que el uso del contexto no se hace solo para encontrar una «común intención», que puede no existir, sino para aclarar la intención unilateral de una parte que se impone sobre la otra. Mientras que un civilista podría considerar que este conocimiento se vuelve vinculante frente a la otra por las reglas de la buena fe, un anglosajón preferiría no invocar cláusulas generales.

f) *El oportunismo y las expectativas contractuales*

En el *civil law* se admite que la buena fe pueda integrar o corregir el contrato, lo cual va más allá de la sola interpretación del contrato. Entonces, ¿cómo diferenciamos a la buena fe interpretativa de la buena fe integrativa y correctiva? Como hemos indicado, la buena fe interpretativa tiene un rol más modesto pero esencial; su importancia está en servir al *pacta sunt servanda*, y ello implica respetar las expectativas razonables que surgen del contrato y que las partes esperaban obtener en virtud de los términos contractuales que negociaron. El objetivo es evitar que las partes se comporten de manera oportunista,¹⁷⁸ esto es, apartándose del acuerdo contractual, obviando las cuatro esquinas del contrato a efectos de obtener un beneficio que no corresponde. Solo si se garantiza que el contrato se ejecutará

¹⁷⁶ Al respecto, recordamos las reflexiones de Battista Ferri cuando decía que «Paradójicamente, por lo tanto, son precisamente los criterios de interpretación del contrato, que parecen ser los menos subjetivos, los que también pueden transformarse en instrumentos para la relevancia de los motivos que han inducido a las partes a celebrar el acto». BATTISTA Ferri, Giovanni. *El negocio jurídico*. Op. cit., p. 405.

¹⁷⁷ Véase GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, pp. 282-283.

¹⁷⁸ Véase MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic análisis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n.º 18, pp. 149-177. Explicaba Schermaier que «Whereas *fides* was understood as remaining faithful to one's word, *bona fides* was applied to ascertain the content of contracts concluded. Faithfulness to one's word is a precondition of any legal intercourse, and *Cicero* therefore describes it as *fundamentum iustitiae*. *Bona fides* in comparison does not demand performance itself, but by requiring the parties to act honestly, influences the way performance is made». SCHERMAIER, Martin Josef. «*Bona fides* in Roman contract law». Op. cit., p. 78.

respetando sus términos y condiciones, las partes podrán materializar las razonables expectativas que se proyectaron con la suscripción del contrato.¹⁷⁹

Esta lectura de la buena fe contra el oportunismo fue ampliamente desarrollada por Steven J. Burton en la experiencia americana y conocida como *forgone opportunities* (oportunidades perdidas), la cual es tradicionalmente considerada tanto por el mismo Burton, como por otros, como una tesis alternativa y opuesta a la propuesta de Summers, aunque Farnsworth explicaba que ambas son complementarias.¹⁸⁰ Al respecto, un dato relevante a tener en cuenta es que ni Burton ni Summers propusieron un concepto positivo de buena fe —a diferencia de la tendencia civilista—, y a pesar de ello, explicaron cómo debe ser entendida para ser aplicada en la práctica.¹⁸¹

La tesis de Burton consiste en explicar que con la suscripción de un contrato se encuentra involucrado un costo de oportunidad con relación a la ejecución contractual.¹⁸² Quien acuerda en «x», pierde la oportunidad de acordar en «y», y como tal, si pactó «x» debe ejecutar el contrato en virtud de «x» (pues es lo que se pactó) y no según «y» (que es lo que se dejó de pactar). Al respecto, actúa de mala fe quien no respeta los términos contractuales con el fin de recapturar las oportunidades perdidas al celebrar el contrato en ciertos términos. Solo si el contrato se ejecuta conforme a sus términos, esto es, de buena fe, las partes verán protegidas sus expectativas razonables.

Pensemos en un contrato de arrendamiento. Las partes acuerdan una renta de 1000 y el pago de servicios por 200, lo cual incluye el pago del «mantenimiento del edificio», cuyo costo es trasladado al arrendatario. Durante la ejecución del contrato, la junta de propietarios decide aprobar lo siguiente: (1) pintar el edificio, lo cual significa que cada propietario deberá asumir un costo extraordinario de 500; y, (2) aumentar la cuota de mantenimiento mensual de 200 a 300. Al respecto, el propietario le indica a su arrendatario que como en el contrato asumió el «mantenimiento del edificio», entonces debe asumir ambos costos.

¿Cómo debe interpretarse el contrato cuando se hace referencia a que el arrendatario debe asumir el «mantenimiento de edificio»? Si la buena fe significa que el contrato debe ejecutarse conforme a la literalidad de sus términos y respetando las razonables expectativas de las partes para evitar comportamientos oportunistas, entonces al arrendatario le corresponde asumir ningún costo adicional. Cuando el contrato dice «mantenimiento del edificio», debe entenderse el «mantenimiento ordinario del edificio» desde que el contrato es uno temporal y de uso. El costo de la pintura del edificio es uno extraordinario y que beneficia al propietario, mientras que el aumento de la cuota ordinaria mensual de mantenimiento representa un incremento de la contraprestación, lo cual es finalmente una modificación del contrato porque las partes definieron el pago de 200 por concepto de servicios, incluido el mantenimiento. En este caso, la buena fe interpretativa impediría que el contrato de arrendamiento

¹⁷⁹ Explicaba Farnsworth, con relación a la *good faith performance* conforme al UCC, lo siguiente: «In each of these instances “good faith” would appear to be used in the sense of good faith performance. And each represents a specific application of the general obligation of good faith – resulting in an implied term of the contract requiring cooperation on the part of one party to the contract so that another party will not be deprived of his reasonable expectations». FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, p. 669.

¹⁸⁰ Véase FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

¹⁸¹ De manera similar, Zeller y Andersen explican que «It has been argued that a definition of good faith is elusive. This paper argues that while this may be correct, it is not wholly relevant, as theory and jurisprudence indicate that a definition is simply not needed». ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». *Op. cit.*, p. 28.

¹⁸² BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94, p. 372. «Traditionally, the expectation interest is viewed as comprising the property, services, or money to be received by the promisee. This Article suggests that it also encompasses the expected cost of performance to the promisor. This expected cost consists of alternative opportunities forgone upon entering a particular contract»; BURTON, Steven J. «More on good faith performance of a contract: a reply to Professor Summers». En *Iowa Law Review*, 1984, n.º 2, vol. 69, p. 499: «In my view, courts generally do not use the good faith performance doctrine to override the agreement of the parties. Rather, the good faith performance doctrine is used to effectuate the intentions of the parties, or to protect their reasonable expectations, through interpretation and implications». Véase también BURTON, Steven J. «Good faith performance of a contract within article 2 of the Uniform Commercial Code». En *Iowa Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 67, pp. 1-30; BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice views». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35, pp. 1533-1564; BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 210-218.

sea ejecutado de tal manera que se aparte de sus términos y así vulnere las expectativas razonables de las partes, en específico, para aumentar el costo del contrato en perjuicio del arrendatario.¹⁸³

Esta referencia al respecto de las expectativas razonables conforme a la buena fe se encuentra enunciada, a manera de ejemplo, en el comentario (a) de la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts que regula a la buena fe contractual:

[...] Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an *agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party*; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving «bad faith» because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances. (Énfasis agregado)

Entonces, si vemos que la buena fe interpretativa debe ser entendida en términos de razonabilidad, su labor consiste en reconfirmar la *pacta sunt servanda*, y como tal, debe primar la literalidad del contrato, y en todo caso, solo puede salirse del contrato para encontrar el significado del contrato, y no otro.

Esta idea tan simple parece ser usualmente ignorada por los operadores jurídicos, sea de manera inconsciente u oportunista. Al respecto, sería recomendable que tal regla simple estuviera reconocida de manera expresa en las codificaciones civiles. De hecho, en el Perú la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984 elaboró el Proyecto de Código Civil, cuyo Título III de su Libro VI desarrolló las normas destinadas a la interpretación de los contratos en cuatro artículos, destacando entre ellos el artículo 1435 que señalaba lo siguiente:

Artículo 1435. Los jueces no pueden crear contratos para las partes bajo pretexto de interpretación.¹⁸⁴

La buena fe interpretativa debe servir para evitar que las partes se comporten de manera oportunista y pretendan ejecutar el contrato en virtud de una interpretación que contradiga la literalidad del contrato y la razonabilidad. La labor de la buena fe interpretativa es reconducir y regresar a las partes al contrato cuando ellas pretendan salirse del mismo.

g) Sobre la prelación entre criterios de interpretación

Resulta pertinente realizar algunos comentarios en torno a la supuesta jerarquía entre criterios subjetivos de interpretación, esto es, entre aquellos que se enfocan en descubrir la común intención de las partes conforme al modelo civilista. Para ello, se tendrá como referencia al derecho peruano.

¹⁸³ Explicaba Farnsworth que «For example, it has been said that the duty of good faith performance enjoins each party “to do nothing destructive of the other party’s right to enjoy the fruits of the contract and to do everything that the contract presupposes they will do to accomplish its purpose”». FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». *Op. cit.*

¹⁸⁴ Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Interpretación del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1631-1638. Por ello, no compartimos la opinión de Bullard cuando señala que «Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido a lo que las partes no solo no dijeron, sino nunca quisieron decir. En ese sentido muchas veces interpretar es en realidad un acto de creación de nuevas reglas contractuales, simplemente porque las partes quisieron precisamente usar un lenguaje ambiguo, o porque el lenguaje del contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo. Como se verá durante el desarrollo de la presente sección, en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual. la diferencia es más de matiz. En la integración se cubre un vacío en el contrato. pero en la interpretación se cubre un vacío de precisión». BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual». En BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 396. Lo explicado por Bullard —incluso sin su intención— puede generar confusión y una indebida práctica contractual. A efectos de la buena fe, interpretación y ejecución son distintas. El estándar de aplicación es distinto. En la interpretación se aclara algo que ya está presente (la voluntad declarada es el objeto de la interpretación). En la integración se modifica el contrato, sea porque se suministra un término nuevo ante un vacío contractual o porque se «descubres» un término implícito (*implied terms*). Asimilar a la interpretación e integración porque en ambas se llena un vacío es llegar a una generalidad en exceso, como decir que una paloma y un avión no tienen mayores diferencias porque ambas vuelan. Sobre la necesaria distinción entre interpretación e integración del contrato, véase MELICH ORSINI, José. «La interpretación de los contratos y de los actos jurídicos en el nuevo Código Civil peruano y en la legislación venezolana». En *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 281-293.

Primero, se considera que los criterios de interpretación son mandatos jurídicos que siempre deben aplicarse. En otras palabras, son obligatorios y no facultativos.¹⁸⁵ Segundo, es usual que se considere que la labor interpretativa debe realizarse a través de un método, en el sentido que hay criterios más importantes que otros, que se aplican de manera prioritaria y excluyente.¹⁸⁶ Nuestra opinión es que tal prelación o jerarquía carece de sentido en la práctica.

Si uno presta atención a lo que se analiza con cada criterio de interpretación, podrá concluir que todos son aplicables, o mejor aún, que siempre serán tomados en cuenta cuando se interpreta un contrato a efectos de encontrar la «común intención» o «voluntad común» de las partes,¹⁸⁷ el cual es el objetivo de la labor interpretativa en diversas jurisdicciones del *civil law*.

Si estamos ante un caso donde aplica con perfección la regla *in claris non fit interpretatio*, no habrá lugar para proceder a la interpretación del texto. Sin embargo, siempre habrá algo que pueda interpretarse.¹⁸⁸ El gran reto de los abogados transaccionales es que el contrato diga lo mismo independientemente de quién lo lea. Pero —y precisamente— el problema no es el contrato, sino las personas que hacen de intérpretes. El mismo texto no será leído de la misma manera por un peruano que por un ciudadano de la época de la Unión Soviética.¹⁸⁹

Entonces, si es necesario interpretar el contrato y el objetivo es encontrar la común intención de las partes conforme al enfoque civilista, una vez abierta la puerta para la interpretación serán aplicables todos los criterios legales, según sean necesarios y con los matices respectivos, porque cada uno de ellos serán imprescindibles —por lógica— para encontrar la común intención de las partes.

En el Perú los criterios legales de interpretación del acto jurídico (y por extensión, del contrato) se encuentran regulados en los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil: (1) interpretación literal; (2) interpretación global; (3) interpretación de buena fe; (4) interpretación sistemática; e, (5) interpretación funcional¹⁹⁰ (también se tiene la regla *contra proferentem* según el artículo 1401 para relaciones de consumo).

¹⁸⁵ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». *Op. cit.*, p. 42; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». *Op. cit.*, pp. 1660-1661.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 149: «De las reglas legales de interpretación precedentemente indicadas, puede afirmarse que entre las mismas existe un *orden de prelación* que coloca las más importantes, en primer lugar, por lo que puede entenderse que la regla interpretativa de la voluntad declarada y de la común intención de las partes primero y, la regla de interpretación según la buena fe después, corresponde para el acto jurídico en general y, para el contrato en particular, respectivamente, los dos principales criterios de interpretación. Debajo de ellas se encuentra la regla de interpretación sistemática y, por último, la regla de interpretación funcional del contrato, no siendo producto de la casualidad el orden que legislativamente han guardado en el Título IV del Libro del Acto Jurídico»; CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». *Op. cit.* Por el contrario, Bullard explica que la secuencia lógica para interpretar los contratos debe consistir en una retroalimentación entre textualismo y contextualismo según sea necesario, que involucran a la interpretación literal, sistemática, funcional, la búsqueda de la intención de las partes, la buena fe, las conductas de las partes, la práctica comercial, la función del contrato, la conservación, entre otros criterios y guías, que se aplicarán según sea necesarias. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «De acuerdo de que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual». *Op. cit.*, pp. 395-438. Sobre la interpretación contractual conforme al análisis económico, véase también DE LUCA, Valerio. «L'interpretazione del contratto nell'analisi economica del diritto». En IRTI, Natalino (ed.). *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Padova: Cedam, 2000, pp. 475-511.

¹⁸⁷ Véase MORALES HERVÍAS, Rómulo. «La "común intención" de las partes en la interpretación de los contratos». *Op. cit.*, pp. 81-94.

¹⁸⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». *Op. cit.*, p. 1684: «Del texto del artículo 168 no debe llegarse a la conclusión que si las expresiones son claras el negocio no debe ser interpretado. Se aplicaría así el brocardo *in claris non fit interpretatio*, apoyado en un texto del *Digesto* (D. 32.25.1), según el cual si no hay ambigüedad en las palabras, *non debet admitti voluntatis questio*. No creemos, sin embargo, que esta sea la correcta solución. Por el contrario, porque pueden ser expresiones muy claras por sí, pero ser polivalentes o manifiestamente contrarias a la intención, las palabras sí pueden ser objeto de interpretación, especialmente cuando haya indicios de que la voluntad pudiera ser diversa a la luz de las circunstancias concurrentes».

¹⁸⁹ Véase DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La muerte del legislador». En *Advocatus*, 2009, n.º 21, pp. 341-357.

¹⁹⁰ Adicionalmente, Lohmann explicaba cómo podría considerarse a la equidad dentro de la interpretación y ejecución de los contratos cuando es pactada. Esto plantea un interesante caso para determinar cómo debe interpretarse un contrato cuando las partes pactan algún criterio de interpretación de fuente convencional distinto a los regulados por la ley. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Equidad e interpretación en los contratos». En *Temas de derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1991, pp. 77-96.

Para interpretar un contrato primero hay que leerlo, entonces debemos enfocarnos en el texto (interpretación literal). Pero también es relevante el comportamiento de las partes pues ellas se comportan conforme a lo que hayan pactado (interpretación global). Además, al momento de interpretar la letra del contrato se debe rechazar aquellas lecturas oportunistas (interpretación de buena fe). A su vez, como estamos ante una unidad contractual, las cláusulas del contrato nunca se redactan y pactan de manera aislada pues forman parte de una voluntad mayor y más compleja, con lo cual, cuando se interpreta una cláusula se debe tener en cuenta a las otras cláusulas del acuerdo que podrían ayudar a entender su texto (interpretación sistemática). Finalmente, la correcta interpretación del contrato no puede omitir la naturaleza y objeto del mismo (interpretación funcional).

Visto de esta manera, no se puede decir que si el texto del contrato es claro, nos debemos limitar a la interpretación literal y excluir la aplicación de los demás criterios, o que si es evidente cuál es la naturaleza del pacto, no puede ser interpretada en virtud de las otras cláusulas del acuerdo. En la práctica, todos los criterios deben ser aplicados por la simple razón que para interpretar el contrato no se puede prescindir de su texto, contexto, sistematicidad y funcionalidad.

Seguramente habrá ocasiones donde la interpretación funcional o sistemática nos den la respuesta final, pero ello no debe hacerse bajo la premisa que exista una jerarquía entre criterios que implique que si se aplica uno ya no sea necesario o no deba aplicarse otro criterio.

Finalmente, se considera que si una vez realizado esta labor hermenéutica enfocada en la voluntad expresa de las partes no fuera posible encontrar la común intención, se deberá proceder con criterios de interpretación ajenos (se dice «objetivos») a la voluntad de las partes.¹⁹¹ Esto podría ocurrir en teoría, sin embargo, no debe ser una solución en la práctica. Vía interpretación, nadie puede suplir la voluntad de las partes. O las partes renegocian y siguen adelante con su contrato, o simplemente se quedan ellas mismas atrapadas. No puede intervenir un tercero para conservar un contrato distinto al que fue pactado por las partes en aplicación de criterios ajenos a la voluntad declarada. Consideramos que si se diera el caso, el juez no puede aplicar estos criterios. Esto dejaría de ser interpretación para convertirse en integración. Será responsabilidad de las partes ponerse de acuerdo o terminar el contrato, pero no pueden trasladarle la tarea a un juez y menos vía interpretación del contrato. El juez no puede modificar el contrato salvo en aquellos casos expresamente reconocidos por ley (como en la excesiva onerosidad o la lesión conforme al derecho peruano, por ejemplo).

Al respecto, téngase presente una particular regla de interpretación que existe en ciertas jurisdicciones civiles: si no puede encontrarse el sentido de una cláusula, la cláusula no tendrá efectos o el contrato será nulo, según corresponda. Esto es preferible en lugar de imponer un sentido ajeno al contrato, y a su vez, genera incentivos en las partes para que ellas mismas se pongan de acuerdo frente al sentido de la cláusula en disputa. Véase el artículo 1604 del Código Civil de Guatemala y el artículo 1585 del Código Civil de Honduras.¹⁹²

Artículo 1604. Cuando por los términos en que está concebido el contrato, no pueda conocerse la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, *la obligación carece de valor.*

Artículo 1585

Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

¹⁹¹ Véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 162.

¹⁹² Una disposición similar al artículo 1585 del Código Civil de Honduras sobre la nulidad del contrato cuando la interpretación se refiere al objeto principal del contrato, está en el artículo 1140 del Código Civil de Panamá, artículo 1857 del Código Civil Federal de México y el artículo 2505 del Código Civil de Nicaragua.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre *el objeto principal del contrato*, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención de los contratantes, *el contrato será nulo*. (Énfasis agregado)

3.2. Ejecución del contrato de buena fe

a) Buena fe versus lealtad

¿Por qué existe un deber de buena fe que se impone a las partes? ¿Cuál es el objetivo de la buena fe como deber en las relaciones contractuales? Ante ello, resulta esencial distinguir a las relaciones contractuales de las relaciones fiduciarias.

En un contrato las partes son adversariales, en el sentido que cada una de ellas entra en el contrato para satisfacer su propio interés individualista. En una compraventa, el vendedor busca vender al mayor precio posible mientras que el comprador busca adquirir pagando poco. A pesar de tales intereses contrapuestos, ambas partes logran colaborar entre sí para generar valor social. Dado que cada parte persigue la satisfacción de su propio interés, y con ello, obtener el mayor valor posible del contrato —o como dicen los economistas, obtener la mayor porción del pastel— es que el derecho impone un deber para mitigar los intereses individuales de las partes, y este es el deber de buena fe.

Lo que hace la buena fe es atemperar los intereses adversariales de las partes para evitar situaciones donde no se respeten las razonables expectativas de las partes según lo pactado, y así, se pueda reconducir el comportamiento de las partes a lo que se pactó expresamente en el contrato.¹⁹³

Por otro lado, existen las relaciones fiduciarias, donde las partes no son adversariales desde que una de ellas subordina su interés al servicio de la otra. Estas son las relaciones de agencia. El agente realiza una labor por encargo, cuenta e interés del principal y, como tal, el agente subordina su interés durante toda la relación al servicio del interés del principal. Los seguros y mandatos son ejemplos clásicos. Veamos el caso de los administradores de sociedades anónimas. Un administrador debe dar prioridad al interés de la sociedad y de sus accionistas, no pudiendo sobreponer su interés o dar preferencia indebida a algunos accionistas sobre otros, caso contrario, se presentará un conflicto de interés. Frente a este escenario, que presume que el administrador subordina su interés en favor de la contraparte, la buena fe deviene en insuficiente y, en consecuencia, surgen deberes más fuertes conocidos como deberes fiduciarios, entre ellos, el deber de lealtad.

Teniendo en cuenta la distinción entre deberes contractuales y deberes fiduciarios, no es correcto hablar de la buena fe como sinónimo de lealtad dentro de las relaciones contractuales, pues la lealtad —si quisiéramos decir, la verdadera lealtad entre partes— solo está presente en las relaciones fiduciarias. Las partes contractuales no se deben lealtad entre ellas, salvo lo pactado en el contrato, en el sentido que la lealtad es al contrato y no a las partes mismas. Un comprador que quiere cobrar el mayor precio posible a cambio de enajenar el producto menos atractivo de su inventario, no le debe lealtad al vendedor, quien, a su vez, quiere pagar lo menos por el mejor producto. En todo caso, una vez definido un precio y un producto específico, las partes le deben lealtad al acuerdo.

Fíjese que la lealtad puede incluir a la buena fe pero la buena fe no a la lealtad. En el campo de los deberes fiduciarios, el derecho americano reconoce que junto con los deberes de cuidado (*care*) y lealtad (*loyalty*), también existe el de buena fe (*good faith*). Mientras que algunos consideran que la buena fe forma parte del *business judgment rule*¹⁹⁴ (regla de juicio empresarial), por el cual, los directores no son responsables por los daños ocasionados por decisiones informadas, otros señalan que la buena fe es

¹⁹³ Véase FINN, Paul. «Contract and the fiduciary principle». En *UNSW Law Journal*, 1989, vol. 12, pp. 76-97; STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». *Op. cit.*, pp. 1-36; ZUSMAN TINMAN, Shoshana. «La buena fe contractual». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 19-30.

¹⁹⁴ Véase EISENBERG, Melvin A. «The Duty of Good Faith in Corporate Law». En *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006, vol. 31, pp. 1-76.

un efecto del deber de lealtad y que no sería un deber independiente,¹⁹⁵ aunque también se considera que la lealtad se fundamenta en la buena fe.¹⁹⁶

A pesar de ello, es usual que se mencione a la lealtad como parte del contenido de la buena fe.¹⁹⁷ En principio esto no es errado. Solo téngase en cuenta que la buena fe alemana es denominada bajo la expresión *Treu und Glauben*, que en español significa 'lealtad y fe'. Entonces, invocar indistintamente a la buena fe y lealtad es algo que siempre se ha hecho en el *civil law*. Sin embargo, el problema está en el significado del concepto «lealtad» y de cómo el mismo debe ser entendido dentro del derecho de contratos. Mientras la lealtad sea una lealtad al texto del contrato y no frente a la otra parte, no hay inconveniente. Buena fe significa ser leal a lo pactado y cumplir estrictamente lo pactado;¹⁹⁸ por el contrario, buena fe no significa tomar en consideración los intereses de la otra parte salvo que estemos ante una relación fiduciaria.

Por tales motivos, el concepto de «lealtad», sobre todo cuando es usado como sinónimo de buena fe, debe ser precisado en la actualidad pues genera confusiones si tenemos en cuenta, por un lado, la posición adversarial de las partes en las relaciones contractuales, y por el otro, la naturaleza de las relaciones fiduciarias. ¿Se trata de una lealtad distinta? ¿Debemos distinguir entre una «lealtad contractual» y una «lealtad fiduciaria»? ¿O será mejor extirpar a la lealtad del concepto de buena fe? De por sí, ya es una práctica indeseable definir un concepto general en virtud de otro concepto general, pues así entramos en un remolino de conceptos generales sin llegar a algún destino fijo.

Por ejemplo, por un lado, cuando se habla de «lealtad», algunos consideran que las partes se deben fidelidad entre ellas, mientras que, por otro lado, se indica que la «lealtad» debe aplicarse en el momento de la formación de la voluntad del declarante hasta su formalización en el texto del contrato, en el sentido que las partes deben elegir los signos distintos que permitan expresar correctamente la común voluntad de las partes.

Si bien las partes contractuales no se deben lealtad porque priman sus intereses adversariales, sí se deben buena fe entre ellas, en el sentido de no llevar hasta el extremo la persecución de sus legítimos intereses individualistas. Por ello, mejor es pensar a la buena fe como *corrección* y no como lealtad, caso contrario, estaremos insinuando que un comprador le debe lealtad a su vendedor (pagando voluntariamente de más, por ejemplo) y viceversa, o que un propietario le debe lealtad a su arrendatario

¹⁹⁵ Véase STRINE, Leo E. Jr.; HAMERMESH, Lawrence A.; BALOTTI, Franklin R. y GORRIS, Jeffrey M. «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law». En *The Georgetown Law Journal*, 2010, vol. 98, pp. 629-696.

¹⁹⁶ Véase JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Deberes fiduciarios de los directores». En *Estudios de derecho societario en homenaje al doctor Oswaldo Huindschopf Exebio*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 375-408.

¹⁹⁷ Entre los comentaristas que mencionan que la buena fe incluye a la lealtad, véase MÉLICH ORSINI, José. «La interpretación de los contratos y de los actos jurídicos en el nuevo Código Civil peruano y en la legislación venezolana». *Op. cit.*, pp. 281-293; ARANA COURREJOLLES, Carmen. «La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984». En *Themis*, 1987, n.º 9, pp. 81-86; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. «Interpretación del contrato». *Op. cit.*, pp. 1631-1638; BARCHI VELAACHAGA, Luciano. «La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». *Op. cit.*, pp. 1765-1815; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La interpretación como búsqueda de una verdad». *Op. cit.*, pp. 1817-1950; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». *Op. cit.*, pp. 1641-1655; LEYVA SAAVEDRA, José. «Interpretación de los contratos». *Op. cit.*, pp. 443-475; BERNAL FANDINO, Mariana. «El principio general de la buena fe y el derecho de contratos (especial referencia a la doctrina de los actos propios)». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 225-240; LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno. «Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetivo y función social de los contratos en el derecho privado brasileño». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 243-287.

¹⁹⁸ HOFMANN, Nathalie. «Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe». *Op. cit.*, p. 159: «When the Roman philosopher, politician and lawyer Marcus Tullius Cicero, explained to his son Marcus that the "foundation of justice [was] good faith" he referred to "truth and fidelity to promises and agreements"; MANIRUZZAMAN, A.F.M. «The concept of good faith in international investment disputes – the arbitrator's dilemma». *Op. cit.*, p. 16: «It needs to be stressed that cooperation should not be understood in the sense of familial relationship such as motherly love or brotherly affections, but must be confined to the contractual relationship, hence the notion of good faith as a framework concept, ie fidelity to the bargain, as mentioned earlier»; NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SMEs». *Op. cit.*, p. 101: «In 2001, the Court of Appeal of Wellington analysed the principle of good faith and its development in common law with reference to Article 7 of the UN Convention in the case of Bobux Marketing vs. Raynor Marketing. The ruling Judge Thomas established that the principle of good faith is to be understood as "a loyalty to a promise" and that it should be perceived as an obligation at least in long-term contracts».

(dándole preferencia para renovar el contrato, por ejemplo) o viceversa, lo cual, no tiene sustento en la práctica, salvo el respeto de algún pacto del cual pueda derivarse cierta «lealtad». Fuera del pacto, las partes solo deben comportarse entre ellas de buena fe, lo cual será relevante para atemperar los intereses individualistas de cada una de ellas, pero no como un síntoma de lealtad.

Entonces, la lealtad no debe considerarse más dentro del concepto de la buena fe, y en todo caso, si se considera que algo de lealtad se deben las partes, debe ser entendida según lo pactado en el contrato.

b) La cláusula general de buena fe contractual

La buena fe siempre está presente en las codificaciones civiles, sobre todo la buena fe contractual o en ejecución del contrato y con carácter de cláusula general. ¿Pero qué significa la buena fe en ejecución del contrato? Una forma de enfocar a la buena fe es en virtud de sus funciones interpretativa, integrativa y correctiva.

Por un lado, acá se distingue a la buena fe como criterio de interpretación de la buena fe en ejecución del contrato (que incluye la labor integrativa y correctiva). Por otro lado, nos preguntamos si existe alguna diferencia entre una codificación civil que reconoce a la cláusula general de buena fe contractual de una que además reconoce disposiciones normativas específicas para la buena fe integrativa y correctiva. No es lo mismo que una norma diga que «los contratos deben ejecutarse de buena fe» (al estilo de cláusula general), a que diga que «los contratos obligan no solo a lo pactado sino a lo que se derive de la buena fe» (en clave integrativa), a que diga «no pueden ejercerse los derechos de forma contraria a la buena fe» (en clave correctiva). Tal vez para algunas jurisdicciones no haya realmente mayor distinción, pero para otras sí. Al final, la respuesta dependerá de cada jurisdicción nacional y del entendimiento de la doctrina y el desarrollo jurisprudencial.

Pero si algo debe quedar claro es que una jurisdicción con un mayor número de disposiciones normativas que hacen referencia a la buena fe es una jurisdicción con un modelo más fuerte de buena fe, y la inversa, esto es, una jurisdicción con menos disposiciones normativas sobre la buena fe tendrá un modelo moderado o débil de buena fe. Por ejemplo, no se pueden considerar como iguales a los PECL que tienen 19 disposiciones sobre la buena fe (en sus partes I, II y III) que la CISG que solo tiene una disposición. Igualmente, la buena fe será más fuerte en una jurisdicción nacional con varias normas sobre la buena fe, sobre todo si tienen alcance general. Si una jurisdicción nacional tiene una cláusula general de buena fe contractual (como Perú), seguramente la misma podría ser invocada para integrar o corregir el contrato, pero esta intervención en el contrato podrá ser más intensa en jurisdicciones que tengan disposiciones adicionales como —por ejemplo— la buena fe correctiva (como Paraguay). En otras palabras, un juez peruano no podría ser tan intervencionista como uno paraguayo en virtud de la buena fe, y a la inversa, un juez paraguayo podría justificar una mayor intervención en el contrato que uno peruano.

Consideramos que el dato legislativo no debe ser omitido. En ciertos casos tal vez la presencia de una cláusula general de buena fe sea suficiente para la intervención judicial (piénsese en Alemania), pero lo mismo no ocurrió ni ocurre en todos lados. Este dato legislativo puede servir para bien o para mal. Un litigante puede recordarle a un juez o árbitro que su jurisdicción tiene diversas disposiciones generales sobre la buena fe y en mayor número en comparación a otras jurisdicciones, y que como tal, no debe temer en aplicar la buena fe; a la inversa, otro litigante le puede advertir al juez o árbitro que su jurisdicción no es tan solidarista y que como muestra de ello su derecho nacional cuenta con menos disposiciones normativas que hacen referencia a la buena fe en comparación de otras jurisdicciones, y que debe pensarlo dos veces —si es tres o más, mejor— antes de aplicar la buena fe para integrar o corregir el contrato. Por ello, es importante prestar atención a la letra de la ley y ver cómo ha sido redactada cuando se refiere a la buena fe.

c) La función integrativa de la buena fe

Con relación a los derechos nacionales, debemos tomar como referencia a los originales artículos 1134 y 1135 del Code Civil de 1804. La primera norma enunciaba, de manera breve, a la buena fe contractual en su tercer párrafo, mientras que la segunda norma a los términos que se integran al contrato además de lo pactado.

Artículo 1134

[...]

Deben ser ejecutadas de buena fe.

Artículo 1135

Los contratos obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza.

Posteriormente, diversas jurisdicciones civilistas tomaron como referencia al original artículo 1135 para redactar su propia norma sobre la buena fe. Entre las importaciones realizadas se puede distinguir algunas que simplemente reemplazaron la mención de la equidad por la buena fe, de manera que quedó una buena fe integrativa, de aquellas que ajustaron la redacción para que se entienda que los contratos deben ser ejecutados de buena fe, y no simplemente que hay términos que pueden derivarse de la buena fe (ante vacíos en el contrato).

El primer párrafo del artículo 1109 del Código Civil de Panamá se limita a reemplazar a la equidad por la buena fe, de manera que parece que solo queda una buena fe integrativa y no una buena fe contractual (ejecución).

Artículo 1109.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

[...].

De manera similar, véase el artículo 1769 del Código Civil Federal de México:

Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Por el contrario, el artículo 1417 del Código Civil de El Salvador es claro en regular a la buena fe contractual y no se limita a reemplazar a la equidad por la buena fe, y por ello, empieza su redacción señalando que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

Artículo 1417. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Igualmente, véase el artículo 1519 del Código Civil de Guatemala, el cual también señala de manera clara que los contratos deben ejecutarse de buena fe:

Artículo 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Incluso, de manera más extensa, el artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala que la buena fe aplica a la celebración, interpretación y ejecución del contrato:

Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Con relación a los instrumentos de uniformización, es ilustrativo enfocarnos en los PICC. Lo primero que debemos tener en cuenta es que no es lo mismo que el contrato carezca de un término contractual específico a que sí exista uno, pero implícito.

Existen casos donde las partes no pactaron algo en el contrato, y por ello, se puede verificar la existencia un vacío contractual. Esto puede ocurrir cuando los costos de transacción son altos, de manera que impide que las partes puedan ponerse de acuerdo. Pero también podría ocurrir que las partes estuvieron de acuerdo en que no estaban de acuerdo, y como tal, prefirieron de manera consciente en no regular algo, sea porque no querían gastar en negociar o simplemente porque no les preocupaba la contingencia respectiva (tal vez por su baja probabilidad de ocurrencia o bajo impacto). Aquí estaríamos ante un vacío estratégico,¹⁹⁹ entiéndase, un vacío consciente y voluntario, que se trata como un vacío cuando en realidad no lo es porque el vacío mismo es parte del acuerdo entre las partes.

Sea cual fuese el escenario, se reconoce la existencia de un vacío fáctico en el contrato que podría interrumpir la ejecución contractual. Para solucionar este problema, las partes podrían renegociar y así llegar a un acuerdo sobre cómo complementar el contrato. Esta siempre será la mejor solución: la renegociación espontánea del contrato. Las partes ahorraron *ex ante* en costos de transacción para asumirlos *ex post* en caso fuese necesario (por ejemplo, ante la materialización de una contingencia que esperaban que no ocurriese y que por ello no tuvo regulación contractual).

Sin embargo, habrá casos en que las partes no podrán llegar a un acuerdo, por las razones que fuesen. Ante ello, la norma jurídica debe proveer alguna solución sobre cómo llenar ese vacío contractual con la incorporación de un término nuevo, siempre que ello fuese necesario para darle funcionalidad al contrato y seguir con su ejecución. Para ello, debe fijarse criterios y fuentes que permitan llenar dicha incompletitud a través de una integración *ex lege*.²⁰⁰

Por otro lado, podría ocurrir que no estemos ante un vacío contractual sino ante un término que está en el contrato, pero de manera implícita. Las partes no habrían incluido un término expreso porque lo consideraban obvio. El problema es que la obviedad se materializó en un término que no quedó claro, y que como tal, podría dar lugar a una controversia sobre cuál es el término implícito que debe considerarse que se desprende del mismo contrato.

Los términos implícitos, para ser correctamente diferenciados de los términos omitidos, deben ser entendidos conforme al derecho inglés. Para los ingleses, un *implied term by fact* no es una excepción al *pacta sunt servanda* pues el término implícito se derivada del acuerdo expreso de las partes. Lo que hacen las cortes es «encontrar» algo que ya está en el contrato. Por tal motivo, el test creado por las cortes inglesas es uno que va en dicho sentido y que consiste en verificar la presencia de dos presupuestos: el *business efficacy* y el *goes without saying*. En virtud de estos dos presupuestos, existirá un término implícito si el mismo es necesario para darle eficacia al contrato y si se trata de un término tan obvio

¹⁹⁹ Sobre los vacíos estratégicos en el derecho de contratos, véase TRIANTIS, George G. «The efficiency of vague contract terms: a response to the Schwartz-Scott theory of U.C.C. Article 2». En *Louisiana Law Review*, 2002, n.º 4, vol. 62, pp. 1065-1079; CHOI, Albert y TRIANTIS, George. «Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions». En *The Yale Law Journal*, 2010, n.º 5, vol. 119, pp. 848-1121.

²⁰⁰ Véase FARINA, Marco. «Integración del contrato “incompleto” en el ordenamiento italiano». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre 2015, n.º 29, pp. 113-139.

que está allí sin que se diga de manera expresa.²⁰¹ De esta manera, los ingleses demuestran su filosofía en favor del respecto de lo pactado.

Algunos consideran que los *implied terms* son realmente una ficción legal porque al final lo que se hace es suministrar un término contractual que no está en el contrato, y que por ende, se trataría de una labor integrativa del contrato como se reconoce ampliamente en el *civil law*.²⁰² Sin embargo, los ingleses parten de la premisa que un *implied term* solo consiste en identificar algo que ya es obvio y que está en el contrato, desde que un juez inglés no tiene autoridad para modificarlo, solo para interpretar lo que se pactó. Así, se inicia en el contrato y se termina en el contrato. Se crea una excepción al *pacta sunt servanda* sin reconocerla como tal.

Si tenemos en cuenta esta restrictiva perspectiva inglesa desde el derecho comparado, podemos distinguir entre los casos donde existe un vacío que requiere ser complementado con un término nuevo (al estilo civilista), y aquellos casos donde no se suministra un término nuevo, sino que se encuentra uno que ya estaba en el contrato, solo que implícito. Entonces, mientras que ante un vacío contractual la solución consiste en proveer un nuevo término para el contrato (lo cual significa una modificación del mismo), en el *implied term* el mismo no significa modificar el acuerdo sino encontrar el término que está en el contrato pero que no fue formulado de manera clara. En ambos casos, si las partes no se ponen de acuerdo en cómo solucionar su controversia, deberán someterse a lo que dice la ley para definir cuál es el término omitido que debe complementar el contrato o cuál es el término implícito que se derivada del pacto expreso.

Los PICC regulan ambos supuestos. Mientras que el artículo 4.8 regula a los términos omitidos, el artículo 5.1.2 reconoce a los términos implícitos. Un dato particular es que ambas normas reconocen a la buena fe como fuente para incorporar un nuevo término contractual o para encontrar el término implícito. Ambos supuestos son parte de la función integrativa de la buena fe que —según los matices— permite proveer un término contractual.

Article 4.8

(Supplying an omitted term)

- (1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.
- (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to
 - (a) the intention of the parties;
 - (b) the nature and purpose of the contract;
 - (c) *good faith and fair dealing*;
 - (d) reasonableness.

²⁰¹ PARRY, David Hughes. *The Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1959, p. 39: «So long as the courts adhered to the view that the object of implying a term was to give effect to the parties' intention, they had of necessity to recognise that they could not imply a term which would contradict or vary the express terms of a contract. In other words, positively, a term could only be implied if it was necessary in the business sense to give efficacy to the contract as intended by the parties and it could confidently be said that the term left to be implied, though unexpressed, was so clear and obvious that it went without saying. And, negatively, no term could be implied if it would conflict or be inconsistent with the intention of the parties as expressed in their agreement».

²⁰² Véase MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». *Op. cit.*, pp. 5-38; HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, pp. 1660-1691.

Article 5.1.2

(Implied obligations)

Implied obligations stem from

- (a) the nature and purpose of the contract;
- (b) practices established between the parties and usages;
- (c) *good faith and fair dealing*;
- (d) reasonableness. (Énfasis agregado)

La influencia inglesa al momento de regular a las *implied obligations* como distintas de las *omitted terms*, se observa en el comentario al artículo 5.1.2 de los PICC, que hace referencia al *obvious* y el *goes without saying*, presupuesto del derecho inglés para encontrar un *implied term*.

This Article describes the sources of implied obligations. Different reasons may account for the fact that they have not been expressly stated. *The implied obligations may for example have been so obvious, given the nature or the purpose of the obligation, that the parties felt that the obligations «went without saying».* Alternatively, they may already have been included in the practices established between the parties or prescribed by trade usages according to Article 1.9. Yet again, they may be a consequence of the principles of good faith and fair dealing and reasonableness in contractual relations. (Énfasis agregado)

Por otro lado, debemos destacar que mientras los artículos 4.8 y 5.1.2 de los PICC hacen expresa referencia a la buena fe como fuente de integración del contrato, por el contrario, los mismos PICC no enuncian expresamente a la buena fe cuando se trata de su labor interpretativa. Cuando se trata de la interpretación de los PICC, el artículo 1.6(1) no enuncia expresamente a la buena fe, como sí lo hace el artículo 7(1) de la CISG o el artículo 1:106 de los PECL. Cuando se trata de la interpretación del contrato, el artículo 4.3 de los PICC tampoco enuncia expresamente a la buena fe interpretativa, como sí lo hace el artículo 5:102(g) de los PECL.

Algunos podrían considerar que tales omisiones se subsanarían en virtud del artículo 1.7 de los PICC que señala que las partes debe comportarse de buena fe y que ellas no pueden excluir o limitar este deber. Sin perjuicio de ello, es correcta la técnica legislativa de los PICC en torno a la buena fe interpretativa ya que la misma no puede ir en contra del *pacta sunt servanda*, a diferencia de la buena fe integrativa que sí permite proveer un término contractual, sea uno omitido o uno implícito. Entonces, tiene sentido enunciar expresamente a la buena fe para la ejecución del contrato, pero no para la interpretación del mismo, desde que en este último caso solo se reconfirma la regla del *pacta sunt servanda*, la cual ya se encuentra expresamente reconocida.

Adicionalmente, téngase en cuenta que los PICC regulan a los contratos internacionales, donde pueden participar tanto partes civilistas como anglosajonas. Como tal, si tenemos en cuenta la posición antibuena fe que caracteriza a ciertas jurisdicciones anglosajonas (sobre todo la inglesa), mencionar a la buena fe interpretativa puede ser innecesario si solo reconfirmará al *pacta sunt servanda*, e incluso podría asustar a los anglosajones. Enunciarla expresamente tiene más desventajas que beneficios. Por el contrario, la función integrativa de la buena fe sí representa una novedad para los anglosajones, sobre todo con relación al término omitido, y por ello, se justificaría su enunciación expresa a manera de advertencia.

d) La función correctiva de la buena fe

Con relación a las jurisdicciones nacionales, se puede observar que existen codificaciones civiles que no solo señalan que el contrato debe ser ejecutado de buena fe, sino que se enfocan en el ejercicio de los derechos para indicar que los mismos deben ser ejercidos de buena fe o que no es válido el ejercicio

de un derecho contrario a los límites de la buena fe. Incluso algunas disposiciones normativas hacen referencia al abuso del derecho junto con la buena fe. Eventualmente, en una jurisdicción que no tiene una disposición específica sobre la buena fe correctiva, pero sí sobre la prohibición del abuso del derecho, podría concluirse que la presencia de esta suple la ausencia de aquella. De hecho, se considera que una manifestación de abuso del derecho es cuando se infringe la buena fe.

La función correctiva de la buena fe encuentra reconocimiento expreso en el artículo 7 del Civil Code de Québec:²⁰³

Artículo 7

Ningún derecho puede ser ejercido con la intención de perjudicar a otro o de forma excesiva e irrazonable, y por tanto contraria a las exigencias de la buena fe.

El artículo 372 del Código Civil de Paraguay también reconoce a la buena fe correctiva:

Artículo 372. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.

El artículo 334 del Código Civil de Portugal señala lo siguiente:

Artículo 334

(Abuso de derechos)

El ejercicio de un derecho es ilegítimo cuando su titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o la finalidad social o económica de dicho derecho.

El artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala lo siguiente:

Artículo 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Una jurisdicción con una redacción fuerte en favor de la buena fe correctiva es Holanda. Véase los artículos 6:2(1) y 6:248(2) del BW:

Artículo 6:2. Razonabilidad y equidad en la relación entre acreedor y deudor

[...]

2. Una regla vigente entre el acreedor y el deudor en virtud de la ley, la costumbre o el acuerdo no aplica en la medida que sea inaceptable en las circunstancias de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

²⁰³ «Art. 7

No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner, and therefore contrary to the requirements of good faith».

Artículo 6:248. Efectos legales derivados de la ley, los usos y los estándares de razonabilidad y equidad

[...]

2. Una regla a ser cumplida por las partes como resultado de su acuerdo, no aplica en la medida que dada las circunstancias sea inaceptable de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

Una disposición particular es aquella que se encuentra en el artículo 1185 del Código Civil de Venezuela, que está dedicado a la culpa extracontractual pero que en su redacción hace referencia a «los límites fijados por la buena fe» como fuente de la indemnización.

Artículo 1185

El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.

Con relación a los instrumentos de uniformización, cabe destacar el artículo III- 1:103 del DCFR que contiene la cláusula general de buena fe, pero que a diferencia de sus equivalentes en los PICC (artículo 1.7) y PECL (artículo 1:201), cuenta con una redacción más amplia y específica que hace expresa mención a la función de la buena fe para corregir o limitar los derechos.

III- 1:103: Good faith and fair dealing

- (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship.
- (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act.
- (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for nonperformance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defense which that person would otherwise have.

También se debe destacar el artículo 8:109 de los PECL, el cual regula una limitación a los pactos de restricción o exclusión de remedios frente al incumplimiento: que sean contrarios a la buena fe (esto es, buena fe correctiva).

Article 8:109: Clause Excluding or Restricting Remedies

Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.

Un buen ejemplo de cómo la buena fe correctiva puede limitar el ejercicio de los derechos se encuentra en los derechos de terminación. Por un lado, en el *civil law* existe el remedio de la resolución por incumplimiento, el cual procede ante la verificación de un evento de incumplimiento y debe ejercerse a través del procedimiento resolutorio regulado por ley o el pacto. Por otro lado, las partes también pueden pactar otros remedios liberatorios del contrato, sobre todo ante la ausencia de algún incumplimiento. Estos derechos de terminación suelen denominarse como receso o desistimiento del contrato, según la jurisdicción nacional. Mientras algunas codificaciones civiles como la peruana no tienen una norma con carácter general que regule a estos derechos de terminación (pero sí normas

que regulan supuestos específicos), otras jurisdicciones tienen una norma general como el artículo 1373 del Codice Civile que regula al *recesso unilaterale* y define sus contornos.²⁰⁴

Si tomamos como referencia el artículo 1373 italiano, vemos que la ley define las características de este derecho de terminación, pero de manera supletoria, de manera que serán las partes quienes determinarán finalmente el contenido del derecho. Y si la ley nacional no regula este derecho de manera supletoria, serán las partes las responsables de pactarlo.

De manera general, la estructura contractual de los derechos de terminación se caracteriza por lo siguiente: (1) puede pactarse en favor de ambas partes o de solo una de ellas; (2) puede ejercerse ante la ocurrencia de eventos específicos o de manera libre y a discreción (*ad nutum*); (3) puede ejercerse con o sin pre aviso; y, (4) puede ejercerse con o sin pago de una compensación.

Las partes serán las que definirán la estructura del derecho de terminación. Es con ocasión de este pacto que han surgido discusiones en torno al carácter abusivo que podría representar cierto derecho de terminación. Por ejemplo, no es lo mismo pactar un derecho de terminación en favor de ambas partes, ante la verificación de un evento específico, que deba ejercerse con un pre aviso de treinta días y con el pago de una compensación previamente definida en el contrato, que un derecho de terminación en favor de una sola de las partes, que puede ejercerse en cualquier momento, sin mención de causa y sin pago de compensación alguna. En este último caso, se considera que la buena fe puede ser invocada para limitar el ejercicio del derecho pactado, aunque tal limitación no haya sido acordada por las partes.²⁰⁵

Por el contrario, la posición en el derecho inglés toma en cuenta otras consideraciones. Desde que se parte del respeto absoluto de lo pactado y de la prohibición de los jueces de modificar el acuerdo, los derechos de terminación convencionales se ejecutan en sus términos y condiciones, aunque puedan ser muy beneficiosas para una de las partes (si asumimos que fueron negociados en igualdad de condiciones). En estos casos no se puede invocar la existencia de una restricción si no ha sido pactada.

Un caso muy ilustrativo es *Union Eagle Ltd vs. Golden Achievement Ltd (1997)*.²⁰⁶ El comprador realizó un pago en adelanto por el 10 % del precio, que también cumplía la función de depósito. En el contrato se pactó que si el comprador incumplía cualquier disposición del contrato, el vendedor podría terminarlo y retener el depósito. Las partes pactaron que el saldo del precio debía pagarse hasta las 5 pm del 30 de septiembre. Sin embargo, el comprador ofreció el pago 10 minutos después. Ante ello, el vendedor alegó incumplimiento, terminó el contrato y retuvo el depósito. Por su parte, el

²⁰⁴ «Art. 1373 Recesso unilaterale
Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione.

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita.

È salvo in ogni caso il patto contrario».

²⁰⁵ Véase KLEIN, John. «Good faith in international transactions». *Op. cit.*, pp. 115-141; FRANZONI, Massimo. *Degli effetti del contratto*. Volume I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale. Milán: Giuffrè Editore, 1998; BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «Algunas consideraciones sobre el recesso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786». En *Advocatus*, 2008, n.º 19, pp. 291-321; MORALES HERVIAS, Rómulo. «¿Existe el derecho de desistimiento o la terminación unilateral del contrato?». En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius et Veritas, 2014, pp. 483-492; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La tutela del derecho al desligamen del contrato. Breve estudio sobre los mecanismos resolutorios y su diferencia con el recesso como remedio contractual alternativo». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 560-679.

²⁰⁶ *Union Eagle Ltd vs. Golden Achievement Ltd [1997] UKPC 5*. Véase también BRIDGE Michael. «Freedom to exercise contractual rights of termination». En GULLIFER, Louise y VOGENAUER, Stefan (eds.). *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*. London: Hart Publishing, 2014, pp. 87-104; RANDALL, John. «Express termination clauses in contracts». En *The Cambridge Law Journal*, 2014, n.º 1, vol. 73, pp. 113-141.

comprador demandó el cumplimiento específico del contrato. Lord Hoffmann le dio la razón al vendedor pues se tenía que respetar lo pactado por las partes, en otras palabras, consideró que la tardanza de 10 minutos en el pago era un incumplimiento de lo redactado en el contrato.²⁰⁷

Casos como el citado demuestran la lógica del derecho inglés. Se prefiere por dar seguridad y certeza a las partes al costo de reconfirmar situaciones que puedan parecer injustas. Se toleran estos casos para que las partes puedan saber cuáles son sus derechos. De nada sirve a las partes definir sus propias reglas de juego si luego tales reglas podrán ser revisadas por un tercero ajeno al juego. Si las reglas pueden ser revisadas entonces las partes no sabrán cuáles son las verdaderas reglas que deben cumplir. Por el contrario, si se respeta estrictamente lo pactado, las partes sabrán que sus reglas son las que ellas mismas pactaron, aunque luego en su aplicación alguna pueda parecer abusiva.

Sin perjuicio que la buena fe no exista como concepto general en el derecho de contratos inglés, ello no quiere decir que no haya ningún tipo de control frente a las discrecionalidades contractuales (*contractual discretions*), entre ellas, los derechos de terminación (aunque advertimos que se discute si los derechos de terminación realmente son discreciones). En efecto, a pesar de su formalismo y respecto estricto de lo pactado, en el derecho inglés se puede ejercer un control sobre el ejercicio caprichoso, arbitrario o irracional de discrecionalidades, y de esta manera, se suple la ausencia de una cláusula general de buena fe.²⁰⁸ Aunque debe precisarse que este control es uno menos riguroso que el que correspondería a la buena fe. Si se quiere decir —como indica Bridge— es una «forma pálida de buena fe».²⁰⁹

Fíjese que al final, la buena fe correctiva, al limitar el ejercicio de los derechos, lo que hace realmente es integrar el contrato porque incorpora un nuevo término al contrato (una restricción no pactada). Si —por ejemplo— se pacta un derecho de terminación sin preaviso y la buena fe exige que haya un preaviso, lo que se hace es modificar el contrato, en específico, para incluir una limitación en el ejercicio de un derecho.

4. REFLEXIONES FINALES

Vemos que la buena fe, al ser un concepto indefinido, puede presentarse a través de diversos modelos. Estos modelos pueden diferenciarse según su intervención en el contrato (precontractual y ejecución contractual) o las funciones que se le reconozcan (interpretativa, integrativa y correctiva). Incluso ciertas jurisdicciones nacionales podrían regular otras manifestaciones o funciones de la buena fe. De esta manera, cada jurisdicción definirá el modelo de buena fe que más le convenga.

El dato legislativo no puede omitirse. Ya no debe discutirse si la buena fe existe o no. Incluso en el derecho inglés, a pesar de que se considere que no existe la buena fe en el derecho de contratos, al menos existe una buena fe para el derecho de consumo, aunque pueda pasar desapercibida. En todo caso, la discusión está en verificar el modelo de buena fe según el derecho nacional, y esto usualmente es ignorado por los defensores de la buena fe porque se considera que toda buena fe es la misma, y ello no es así. La doctrina podrá tener una opinión, pero ello no es vinculante. En todo caso, las cortes podrán crear derecho más allá de la letra de la ley, pero aún en este caso habrá que diferenciar entre la jurisprudencia aislada y la consolidada. Cualquiera sea el escenario, no se debe perder de vista cómo la ley civil regula a la buena fe. Esto incluso es más evidente en la actualidad por los instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Una jurisdicción nacional tendrá un modelo más fuerte de buena fe si cuenta con diversas disposiciones normativas generales y específicas, mientras que tendrá un modelo moderado o débil si se

²⁰⁷ MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». *Op. cit.*, pp. 56-57. Véase también COURTNEY, Wayne. «Good faith and termination: the English and Australian experience». En *Journal of Commonwealth Law*, 2019, vol. 1, pp. 185-226.

²⁰⁸ Véase BRIDGE, Michael G. «Limits on contractual freedom». En *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2019, n.º 3, vol. 7, pp. 387-412. También BRIDGE, Michael G. «The exercise of contractual discretion». En *Law Quarterly Review*, 2019, vol. 135, pp. 227-248.

²⁰⁹ BRIDGE, Michael G. «Limits on contractual freedom». *Op. cit.*, p. 402.

verifica lo contrario. Entonces, la discusión ya no se enfoca en si la buena fe existe sino en qué manifestaciones o funciones pueden ser invocadas en los hechos.

A veces se considera que bastaría una cláusula general de buena fe contractual para que la buena fe sirva para todo. Ello no es así porque dependerá del entendimiento según el derecho aplicable. Tanto Alemania como Estados Unidos de América reconocen a la buena fe en ejecución del contrato en un código, pero no la usan de la misma manera. Igualmente, Francia tuvo una buena fe contractual que no fue utilizada como la buena fe alemana. Por ello, lo más importante es definir cómo la buena fe puede ser aplicada en los casos concretos y si ello tiene soporte en la ley aplicable. Queda claro que una jurisdicción nacional permitirá una mayor intervención en los contratos si además de la cláusula general de buena fe contractual cuenta con una disposición adicional sobre la buena fe integrativa o correctiva, por ejemplo; al contrario, si una jurisdicción nacional no cuenta con la misma técnica legislativa, no puede invocar un rol más amplio de la buena fe que el que se reconoce conforme a la ley nacional.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDULLAH, Nurhidayah. *Good faith in contractual performance in Australia*. Singapore: Palgrave Macmillan, 2020.

ADAMS, Ken. «The forthright negotiator principle and creative ambiguity». En *Adams on Contract Drafting*, 13 de enero 2009.

ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321.

ARANA COURREJOLLES, Carmen. «La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984». En *Themis*, 1987, n.º 9, pp. 81-86.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». En *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 17-50.

AVENDAÑO, Jorge. «Metodología de la interpretación de la ley y el contrato. La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1591-1600.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786». En *Advocatus*, 2008, n.º 19, pp. 291-321.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1765-1815.

BATTISTA Ferri, Giovanni. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2002.

BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218.

BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18, pp. 501-526.

BEALE, Hugh. «The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider». En MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.). *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin American Contract Law*. Portland: Hart Publishing, 2017, pp. 265-283.

BENATTI, Francesca. «En defensa del textualismo contractual: una lección del *common law*». En *Foro Jurídico*, 2022, n.º 20, Derecho Civil, pp. 21-34.

BENATTI, Francesca. «Los proyectos de armonización y las reformas europeas del derecho de contratos: el difícil encuentro entre tradición y modernidad». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 25-41.

BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. «El principio general de la buena fe y el derecho de contratos (especial referencia a la doctrina de los actos propios)». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 225-240.

BRIDGE Michael. «Freedom to exercise contractual rights of termination». En GULLIFER, Louise y VOGENAUER, Stefan (eds.). *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*. London: Hart Publishing, 2014, pp. 87-104.

BRIDGE, Michael G. «Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426.

BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450.

BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115.

BRIDGE, Michael G. «Limits on contractual freedom». En *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2019, n.º 3, vol. 7, pp. 387-412.

BRIDGE, Michael G. «The exercise of contractual discretion». En *Law Quarterly Review*, 2019, vol. 135, pp. 227-248.

BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49, pp. 111-157.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual». En BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 395-438.

BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94, pp. 369-404.

BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice view». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35, pp. 1533-1564.

BURTON, Steven J. «Good faith performance of a contract within article 2 of the Uniform Commercial Code». En *Iowa Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 67, pp. 1-30.

- BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 210-218.
- BURTON, Steven J. «More on good faith performance of a contract: a reply to Professor Summers». En *Iowa Law Review*, 1984, n.º 2, vol. 69, pp. 497-512.
- CARLIN, Tyrone M. «The rise (and fall?) of implied duties of good faith in contractual performance in Australia». En *University of New Wales Law Journal*, 2002, n.º 1, vol. 25, pp. 99-123.
- CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, vol. 17, n.º 2, 2009, pp. 155-175.
- CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En *Derecho y Cambio Social*, 2008, n.º 13, año 5.
- CHEN, Lei; GE, Jiangqiu; HE, Jian; LIU, Zhicheng y XIONG, Bingwan (eds.). *The Civil Code of the People's Republic of China*. English Translation. Boston: Brill Nijhoff, 2021.
- CHIANALE, Angelo. «The “CISG” as a model law: a comparative approach». En *Singapore Journal of Legal Studies*, March 2016, pp. 29-45.
- CHOI, Albert y TRIANTIS, George. «Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions». En *The Yale Law Journal*, 2010, n.º 5, vol. 119, pp. 848-1121.
- CHOI, Stephen J.; GULATI, Mitu y SCOTT, Robert E. «The black hole problem in commercial boilerplate». En *Duke Law Journal*, 2017, n.º 1, vol. 67, pp. 1-77.
- CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 1-38.
- COURTNEY, Wayne. «Good faith and termination: the English and Australian experience». En *Journal of Commonwealth Law*, 2019, vol. 1, pp. 185-226.
- DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, pp. 1-38.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Interpretación del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1631-1638.
- DE LUCA, Valerio. «L'interpretazione del contratto nell'analisi economica del diritto». En IRTI, Natalino (ed.). *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*. Padova: Cedam, 2000, pp. 475-511.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La muerte del legislador». En *Advocatus*, 2009, n.º 21, pp. 341-357.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1602-1628.

- DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, pp. 397-412.
- DUHL, Gregory M. «Conscious ambiguity: slaying Cerberus in the interpretation of contractual inconsistencies». En *University of Pittsburgh Law Review*, 2009, n.º 1, vol. 71, pp. 71-116.
- EISENBERG, Melvin A. «The Duty of Good Faith in Corporate Law». En *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006, vol. 31, pp. 1-76.
- EÖRSI, Gyula. «General provisions». En GALSTON, Nina M. y SMIT, Hans (eds.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Matthew Bender, 1984.
- EÖRSI, Gyula. «Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1979, n.º 2/3, vol. 27, pp. 311-323.
- ESPIÑOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- FARINA, Marco. «Integración del contrato “incompleto” en el ordenamiento italiano». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre 2015, n.º 29, pp. 113-139.
- FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47-64.
- FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170.
- FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, pp. 666-679.
- FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». En *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, vol. 87, pp. 217-294.
- FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- FEINMAN, Jay M. «Good faith and reasonable expectations». En *Arkansas Law Review*, 2014, n.º 3, vol. 67, pp. 525-570.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *Derecho & Sociedad*, 2002, n.º 19, pp. 146-164.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La tutela del derecho al desligamen del contrato. Breve estudio sobre los mecanismos resolutorios y su diferencia con el receso como remedio contractual alternativo». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 560-679.
- FERRARI, Franco. «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law». En *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994, n.º 2, vol. 24, pp. 183-228.
- FINN, Paul. «Contract and the fiduciary principle». En *UNSW Law Journal*, 1989, vol. 12, pp. 76-97.

- FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13, pp. 295-337.
- FORTE, Angelo. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: reason and unreason in the United Kingdom». En *University of Baltimore Law Review*, 1997, n.º 3, vol. 26, pp. 51-66.
- FRANZONI, Massimo. *Degli effetti del contratto*. Volume I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale. Milán: Giuffrè Editore, 1998.
- GALLETTI, Shida. «Contract Interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches». En *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2014, n.º 2, vol. 47, pp. 248-275.
- GARCÍA LONG, Sergio. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, pp. 113-134.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175.
- GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.
- GEORGIAIDOU, Katerina. «Apathy vis-à-vis the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in the UK and two proposed strategies for CISG's incorporation in the UK legal order». En *Pace International Law Review*, 2012, vol. 3, n.º 8, pp. 256-277.
- GILES PONCE, Carlos. «Interpretación del acto jurídico». En LAZARTE ZABARBURÚ, Marina (ed.). *El negocio jurídico*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 2014, pp. 125-144.
- GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- GRAMMOND, Sébastien. «Reasonable expectations and the interpretation of contracts across legal traditions». En *The Canadian Business Law Journal*, 2010, n.º 3, vol. 48, pp. 345-365.
- GRONDONA, Mauro. «Sobre el tema de la interpretación de los contratos y las diferencias culturales, es decir: ¿es el “burrito” un “sándwich”? (Observaciones aparentemente semiserias de un jurista europeo entre el derecho privado, la sociología y la antropología del derecho)». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «Artículo 168». En *Código Civil comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.
- HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, n.º 3, pp. 551-572.
- HARTKAMP, Arthur S. «The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 65-72.

HESELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 471-498.

HOFMANN, Nathalie. «Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe». En *Pace International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 22, pp. 145-182.

HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, pp. 1660-1691.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009.

HOOLEY, Richard. «Book reviews: Good faith in English law by J.F. O'Connor». En *The Cambridge Law Journal*, 1990, n.º 3, vol. 49, pp. 515-517.

HUNG GIL, Freddy Andrés. «Breve estudio sobre la buena fe. A propósito del cuadragésimo aniversario de la Convención de Viena». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 341-360.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Deberes fiduciarios de los directores». En *Estudios de derecho societario en homenaje al doctor Osvaldo Hundskopf Excebio*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 375-408.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La interpretación como búsqueda de una verdad». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Gríjley, 2007, pp. 1817-1950.

JING TAI, Clare y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Commercial morality in place of good faith – An analysis of the utility of good faith in the context of the CISG, using article 40 as an example». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 377-413.

KÄMMERER, Jörn Axel y SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.). *Brexit: Legal and economic aspects of a political divorce*. Edward Elgar Publishing, 2021.

KLEIN, John. «Good faith in international transactions». En *Liverpool Law Review*, 1993, vol. 15, pp. 115-141.

KLEIN, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Editorial Civitasm 1997.

KNAPP, Tobias L. y ZIEGLER, Richard F. «“Forthright negotiator” is not an oxymoron in Delaware». En *New York Law Journal*, 2008, n.º 76, vol. 239, pp. 1-2.

KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50, pp. 1-15.

LANATTA GUILHEM, Rómulo E. «La justicia en la interpretación de la ley». En *Libro homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1985, pp. 293-299.

LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.

LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. Londres: Stevens & Son Limited, 1951.

LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 de octubre de 2016, pp. 1-18.

LEGGATT, George. «Negotiation in good faith: adapting to changing circumstances in contracts and English contract law». En *Jill Poole Memorial Lecture*, 19 de octubre de 2018, Aston University, pp. 1-24.

LEINWAND, David y GOLDFELD, Victor. «Stresses on the new LBO deal architecture: United Rentals goes to court». En *Pratt's Journal of Bankruptcy Law*, 2008, n.º 2, vol. 4, pp. 170-178.

LEYVA SAAVEDRA, José. «Interpretación de los contratos». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2009, n.º 27, pp. 443-475.

LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno. «Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetivo y función social de los contratos en el derecho privado brasileño». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 243-287.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Equidad e interpretación en los contratos». En *Temas de derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1991, pp. 77-96.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación de testamentos». En *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1992, pp. 549-578.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1657-1708.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1994.

MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic análisis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n.º 18, pp. 149-177.

MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 5-38.

MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 43-73.

MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23, pp. 301-331.

MAGNUS, Ulrich. «Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht. En Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht». En *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1995, n.º 3/4, vol. 59, pp. 469-494.

MALTESE, Demetrio y FARINA, Marco. «Theory of firm and organisational contracts: the remedial aspects of good faith». En *European Business Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 27, pp. 51-83.

MANIRUZZAMAN, A.F.M. «The concept of good faith in international investment disputes – the arbitrator's dilemma». En *Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, 2012, vol. 89, pp. 16-18.

MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and *common laws*». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 72-111.

MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 39-61.

MÉLICH ORSINI, José. «La interpretación de los contratos y de los actos jurídicos en el nuevo Código Civil peruano y en la legislación venezolana». En *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 281-293.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «¿Existe el derecho de desistimiento o la terminación unilateral del contrato?». En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius et Veritas, 2014, pp. 483-492.

MORALES HERVIAS, Rómulo. «La “común intención” de las partes en la interpretación de los contratos». En *Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Ius et Veritas, 2014, pp. 81-94.

MOSS, Sally. «Why the United Kingdom has not ratified the CISG». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-6, vol. 25, pp. 483-485.

NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SME». En *Pace International Law Review*, 2012, n.º 3, vol. 3, pp. 69-110.

O'BYRNE, Shannon Kathleen. «The implied term of good faith and fair dealing: recent developments». En *Canadian Bar Review*, 2007, n.º 2, vol. 86, pp. 193-246.

O'BYRNE, Shannon y COHEN, Ronnie. «The contractual principle of good faith and the duty of honesty in *Bhasin vs. Hrynew*». En *Alberta Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 53, pp. 1-34.

OSTERLING PARODI, Felipe. *Interpretación de la ley y los contratos*. Lima: Estudio Osterling, 2007, pp. 1-9.

PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, pp. 2039-2042.

PARRY, David Hughes. *The Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1959.

POWELL, Raphael. «Good faith in contracts». En *Current Legal Problems*, 1956, n.º 1, vol. 9, pp. 16-38.

POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». En *Journal of Law and Commerce*, 1999, n.º 2, vol. 18, pp. 333-354.

PRIESTLEY, L. J. «A Guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law». En *University of New South Wales Law Journal*, 1989, n.º 1, vol. 12, pp. 4-29.

RANDALL, John. «Express termination clauses in contracts». En *The Cambridge Law Journal*, 2014, n.º 1, vol. 73, pp. 113-141.

- REIFTER, B. J. «Good faith in contracts». En *Valparaiso University Law Review*, 1983, n.º 4, vol. 17, pp. 705-734.
- SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business*, 2012, vol. 9, pp. 118-124.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *Objectives of the OHADAC Principles relating to international commercial contracts: formation, validity and interpretation*, s.f. Recuperado de <<https://www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/56/0/objectives-of-the-ohadac-principles-relating-to-international-commercial-contracts-formation-validity-and-interpretation.sanchez-lorenzo-sixto.pdf>>.
- SCHERMAIER, Martin Josef. «Bona fides in Roman contract law». En WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 63-92.
- SCHLECHTRIEM, Peter y BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*. Heidelberg: Springer, 2009.
- SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986.
- SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En *Bepress Legal Series, Working Paper*, 2004, n.º 339, pp. 1-47.
- SILVA SANTISTEBAN, Marco. «La interpretación de los contratos a la luz de la normatividad civil vigente. A propósito de la Casación N.º 4036-2016-Arequipa». En *La Ley*, 6 de abril 2020.
- SIMS, Vanessa. «Good faith in English contract law: of triggers and concentric circles». En *Ankara Law Review*, 2004, n.º 2, vol. 1, pp. 213-232.
- SMITH, Stephen A. «“The reasonable expectations of the parties”: an unhelpful concept». En *Canadian Business Law Review*, 2010, n.º 3, vol. 48, pp. 366-388.
- SMITS, Jan. «The Law of Contract». En HAGE, Jaap; WALTERMANN, Antonia y AKKERMANS, Bram (eds.). *Introduction to Law*. Second edition. Switzerland: Springer, 2017, pp. 53-77.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato». En *Vniversitas*, diciembre 2003, n.º 106, pp. 519-562.
- STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52, pp. 1-36.
- STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, 1991, vol. 6, pp. 131-142.
- STORME, Matthias E. «Good faith and the contents of contracts in European private law». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 17-30.

STRINE, Leo E. Jr.; HAMERMESH, Lawrence A.; BALOTTI, Franklin R. y GORRIS, Jeffrey M. «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law». En *The Georgetown Law Journal*, 2010, vol. 98, pp. 629-696.

SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 195-267.

SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 118-136.

SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, pp. 810-840.

TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

TRIANDIS, George G. «The efficiency of vague contract terms: a response to the Schwartz-Scott theory of U.C.C. Article 2». En *Louisiana Law Review*, 2002, n.º 4, vol. 62, pp. 1065-1079.

VALCKE, Catherine. «*United Rentals vs. RAM Holdings* as transplant failure: strategic ambiguity, good faith and forthright negotiator principle in US contract law». En *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2015, vol. 15, pp. 49-86.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y GARCÍA LONG, Sergio. «Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG». En *Prudentia Iuris*, 2022, n.º 93, pp. 139-178.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Gríjley, 2007, pp. 1641-1655.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989.

VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850.

VIGLIONE, Filippo. «L'interpretazione del contratto nel *common law* inglese. Problemi e prospettive». En *Rivista di Diritto Civile*, 2008, n.º 1, pp. 133-171.

WADDAMS, S. M. «Good faith, unconscionability and reasonable expectations. En *Journal of Contract Law*, 1995, vol. 9, pp. 55-68.

WALT, Steven D. «The modest role of good faith in uniform sales law». En *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, pp. 37-73.

YEE, Woo Pei. «Protecting parties' reasonable expectations: a general principle of good faith». En *Oxford University Commonwealth Journal*, 2001, n.º 2, vol. 1, pp. 195-229.

ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28, pp. 1-28.

ZELLER, Bruno. «Four-corners – The methodology for interpretation and application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *Pace Law School, Working Paper*, 2003.

ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239.

ZELLER, Bruno. «Good faith – The scarlet pimpernel of the CISG». En *International Trade and Business Law Review*, 2000, vol. 6, pp. 227-246.

ZELLER, Bruno. «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws». En *Pace International Law Review*, 2000, n.º 1, vol. 12, pp. 79-106.

ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-61.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, pp. 107-185.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «Interpretando al intérprete». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1951-1970.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «La buena fe contractual». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 19-30.

CAPÍTULO 2

EL (DESAPERCIBIDO) MODELO ANGLOSAJÓN DE BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Sumario: 1. Hacia una lectura cierta (y basada en la ley) de la buena fe en el derecho de contratos.— 2. Contratos entre iguales vs. contratos entre desiguales.— 3. Diferente filosofía contractual.— 4. La letra del derecho.— 4.1. Las codificaciones civiles.— a) Francia.— b) Alemania.— c) Italia.— d) Entre la cláusula general y la buena fe integrativa.— e) La buena fe correctiva.— f) Estados Unidos de América.— 4.2. Los instrumentos internacionales de derecho uniforme.— a) Principles of European Contract Law (PECL).— b) Draft Common Frame of Reference (DCFR).— c) Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC).— d) Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC).— e) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).— f) Principles on International Commercial Contracts (Principios OHADAC).— 5. La buena fe en el derecho contractual peruano: ¿cuál fue el modelo adoptado por el legislador de 1984?— 5.1. Las normas peruanas sobre la buena fe.— 5.2. La buena fe subordinada.— a) La cláusula general peruana de buena fe.— b) La buena fe interpretativa peruana.— c) La peruana común intención de las partes.— 5.3. El modelo restrictivo de buena fe en el Perú.— 6. Descubrimientos de la cartografía legal a la buena fe.— 7. Referencias bibliográficas.

1. HACIA UNA LECTURA CIERTA (Y BASADA EN LA LEY) DE LA BUENA FE EN EL DERECHO DE CONTRATOS

Cuando se discute sobre qué es la buena fe y cuál es el rol que cumple en el derecho de contratos, es usual que se manejen discursos generales y ambiguos. En cierta manera, esto se justifica por el hecho mismo que la buena fe, como concepto, es uno general. Se trata de una cláusula general¹ que solo hace

¹ Sobre las cláusulas generales normativas y la buena fe como una de ellas, véase ECKI, Christian. «Algunas observaciones alemanas acerca de la “buena fe” en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 41-52; MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 43-73; GRONDONA, Mauro. *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*. Torino: G. Giappichelli, 2011; BENATTI, Francesca. «Note a margine di un convegno su “norme aperte e limiti ai poteri del giudice”». En *Liber Amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e Mercato*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2013; SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. *Good faith. En Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2015; SCHOPF OLEA, Adrián. «La buena fe contractual como norma jurídica». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, n.º 31, pp. 109-153; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas». En *Revista de Ciencias Sociales*, 2018, n.º 73, pp. 63-94; LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que accogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*. Madrid: Dykinson, 2019; ARANEDA CONDEZA, Carla Denisse. «Cláusula de integración y el principio de buena fe». En *Revista Justicia y Derecho*, 2019, n.º 2, vol. 2, pp. 15-32; BENATTI, Francesca. «La funzione delle clausole generali nel diritto privato». En *Banca Borsa Titoli Di Credito: Rivista Di Dottrina E Giurisprudenza*, 2021, n.º 3, vol. 74; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 493-555. También téngase presente la literatura que hace referencia a un principio general de buena fe. Véase WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982; GALINDO GARFÍAS, Ignacio. «El principio de la buena fe en el derecho civil». En *Estudios de derecho civil*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 721-742; BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178; NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre, 2006, n.º 11, pp. 79-125; BERNAL FANDIÑO, Mariana. «El principio general de la buena fe y el

referencia a la buena fe y que deberá ser aplicada al caso concreto para encontrar su contenido. Esto no es una novedad pues existen otras cláusulas generales reconocidas por las leyes nacionales como la equidad, buenas costumbres, enriquecimiento injustificado, entre otros; de allí que estas sean denominadas como cláusulas normativas generales. A su vez, la práctica contractual también ha propuesto otras cláusulas generales como los mejores esfuerzos (*best efforts*), MAC (*Material Adverse Change*) o MAE (*Material Adverse Effect*), entre otros.²

En el *civil law* el problema no está en el reconocimiento mismo de la buena fe (la cual incluso está presente en jurisdicciones anglosajonas que intentan apartarse de la posición inglesa que rechaza a la buena fe), sino en cómo determinar su contenido. Virtualmente todas las codificaciones civiles e instrumentos internacionales de uniformización de perfil civilista reconocen a la buena fe, pero lo hacen de diferente manera y sin definir un contenido. Este es el punto relevante a tener en cuenta porque la buena fe siempre estará presente; entonces, lo determinante es cómo será aplicada y para ello no se puede desconocer el dato legislativo empleado (se trate de una norma de *soft* o *hard law*). El derecho contractual comparado e internacional nos demuestra que existen diversos modelos de buena fe según la letra del derecho.³ A pesar de ello, es usual que se ignore o se pase por alto este dato y se propongan aplicaciones de la buena fe de manera indistinta, sin precisar cuál fue el modelo adoptado, tomando como referencia la buena fe de jurisdicciones extranjeras, aunque ello represente un modelo ajeno y distinto.

El objetivo de esta sección es explicar que existen diversos modelos de buena fe (i) que pueden tener intensidades distintas; (ii) que se caracterizan por aplicarse a diferentes etapas del *iter* contractual, y (iii) que cumplen funciones diferentes. El tipo de buena fe dependerá del modelo que haya sido adoptado y ante ello el punto de partida es la letra del legislador.

En el caso del derecho peruano⁴ es usual que se preste atención a doctrina extranjera para darle contenido a la buena fe según el Código Civil peruano de 1984, pero ello se hace obviando la letra del

derecho de contratos (especial referencia a la doctrina de los actos propios). En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 225-240; CHAMIE, José Félix. «Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídico colombiana». En *Derecho PUCP*, junio-noviembre, 2018, n.º 80, pp. 187-237.

² Sobre las cláusulas generales convencionales en la contratación corporativa y financiera, véase GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016; GARCÍA LONG, Sergio. «La estructura contractual de los financiamientos bancarios». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Normas Jurídicas, 2019, pp. 55-96; GARCÍA LONG, Sergio. «Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado». En *Revista de Derecho - Facultad de Derecho UCSC*, 2021, n.º 39, pp. 125-161; GARCÍA LONG, Sergio. «Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera». En *Forseti, Revista de Derecho*, 2022, n.º 15, vol. 11, pp. 92-116.

³ Véase los trabajos publicados en BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995; BROWNSWORD, Roger; HIRD, Norma J. y HOWELLS, Geraint (eds.). *Good faith in contract. Concept and context*. Dartmouth: Ashgate, 1999; FORTE, Angelo. (ed.). *Good faith in contract and property*. Portland: Hart Publishing, 1999; ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; SHOHAN ISLAM, Sk.; ADNAN ISLAM, Planner Sk. y UDDIN AHAMED, Mohsin (eds.). *Law of contract in UK and Singapore: Issue of Good Faith*. Lambert Academic Publishing, 2015. Sobre la buena fe en el derecho privado europeo, véase también HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 471-498. Sobre literatura en español (aunque a veces enfocado en jurisdicciones nacionales determinadas), véase DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965; FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984; NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus, 2011; CORDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2014; BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2015; FACCO, Javier Humberto. *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones históricas comparativas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017; ARANCIBIA MATTAR, Jaime (ed.). *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile) 1990-2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. También MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015; MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no Direito Civil*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

⁴ Sobre la buena fe en el Perú, conforme a los artículos 168 y 1362 del Código Civil, véase, en general, a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol.

legislador peruano. Por ejemplo, no se puede pretender una interpretación alemana o italiana de la buena fe en el Perú si la ley peruana no es similar a la italiana o alemana. Por el contrario —como veremos—, la letra utilizada por el legislador peruano en los artículos 168, 1361 y 1362 del Código Civil peruano es tal que permite concluir que el modelo adoptado es uno restrictivo, más cercano a modelos anglosajones. De esta manera, en el Perú no deben proponerse interpretaciones amplias que vayan en contra de la ley misma para contravenir el contrato.⁵

2. CONTRATOS ENTRE IGUALES VS. CONTRATOS ENTRE DESIGUALES

Un primer aspecto a tener presente es que la ley contractual no tiene la misma intensidad en todas las relaciones contractuales por la simple razón que existen categorías distintas de contratos. En ciertos casos la ley contractual es aplicada con mayor intensidad que en otras. Bajo esta premisa, la buena fe no tiene la misma fuerza en todo tipo de relaciones contractuales.

XI. Primera Parte - Tomo II]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 19-100; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. «La fuerza de la buena fe». En ALTERINI, Atilio Anibal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (eds.). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra Editores y Editorial Temis, 2000, pp. 273-286; LÓPEZ SANTOS, Demetrio. «La buena fe contractual». En *Revista de Investigación UNMSM, Facultad de Derecho y Ciencia Política*, diciembre 2000, n.º 3, año 2, pp. 9-27; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Análisis sistemático del concepto de buena fe en el Código Civil de 1984». En *Advocatus*, 2000, n.º 2, pp. 139-156; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *Derecho & Sociedad*, 2002, n.º 19, pp. 146-164; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La unidad del concepto general de buena fe y su trascendencia en el derecho moderno». En SOTO COAGUILA, Carlos A. y JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (eds.). *Contratación privada*. Lima: Jurista Editores, 2002; HARO SEIJAS, Juan José. «¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe». En *Advocatus*, 2002, n.º 7, pp. 122-146; SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato». En *Viveritas*, diciembre 2003, n.º 106, pp. 519-562; LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En *Themis*, 2004, n.º 49, pp. 127-152; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Desacralizando la buena fe en el derecho». En CORDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2005, pp. 19-46; ZUSMAN TINMAN, Shoshana. «La buena fe contractual». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 19-30; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad reconstruida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 31-42; OSTERLING PARODI, Felipe. «Interpretación de la ley y los contratos». En *Revista Athina*, septiembre 2007, pp. 1-9; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1641-1655; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1657-1708; DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. «Interpretación del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1631-1638; BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1765-1815; LEYVA SAAVEDRA, José. «Interpretación de los contratos». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2009, n.º 27, pp. 443-475; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El principio de la buena fe». En *Advocatus*, 2011, n.º 24, pp. 245-260; CHAN ARELLANO, Alfredo. «Solo estamos saliendo: sobre la buena fe en la etapa de tratativas». En *Ius Et Veritas*, 2011, n.º 43, pp. 44-57; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las perspectivas de modernización del derecho de obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana». En *Ius Et Veritas*, 2014, n.º 48, pp. 106-128; CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail F. «Revalorando la cláusula general de buena fe. El incumplimiento esencial en la resolución contractual». En *Actualidad Civil*, marzo 2016, vol. 21, pp. 218-246; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, pp. 113-134; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175; MORALES HERVIAS, Rómulo. «Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano». En *Ius Et Veritas*, 2018, n.º 57, pp. 170-189; GUTIERREZ CAMACHO, Walter. «Artículo 168». En *Código Civil comentado*. Tomo VII. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 650-656; BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo. «Artículo 1362». En *Código Civil comentado*. Tomo VII. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 106-161.

⁵ Como muestra de la posición pro buena fe de la doctrina peruana, véase varios de los trabajos publicados recientemente en CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). «¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil». Lima: Gaceta Jurídica, 2021. En el evento de presentación de tal obra colectiva se recordaron las monografías de los profesores De los Mozos y Ordoqui, conocidas y estudiadas por la doctrina peruana pro buena fe. (DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Op. cit.; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos*. Op. cit. También véase ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «La buena fe contractual y el principio de transparencia». En *Athina*, 2016, vol. 12, pp. 199-216; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «El deber de renegociar el contrato de buena fe en épocas del COVID-19». En *Ius Et Praxis*, 2019-2020, n.º 50-51, pp. 31-43).

Cooter y Schäfer⁶ explican, desde una perspectiva económica, que los contratos pueden diferenciarse de la siguiente manera: (1) contratos relaciones o sociales; (2) contratos privados; y, (3) contratos públicos. Los primeros se refieren a aquellos contratos que se rigen por reglas sociales (entiéndase, contratos atípicos) y que se mantienen al margen del derecho. Ante un incumplimiento funcionarían bien como sanciones sociales el ostracismo, la reputación y reciprocidad, entre otros. Los segundos se refieren a los contratos entre privados, a estos efectos, entre personas que negocian en igualdad de condiciones (*at arm's length*). En este caso aplica la ley de contratos con toda su fuerza (la ley civilista) y ante un incumplimiento podrán alegarse los remedios legales. Los terceros se refieren a los contratos que representan un interés más allá de los privados y que hacen necesaria la aplicación de un régimen regulatorio adicional al general. A estos efectos, podemos considerar a los contratos de consumo o laborales, donde la presencia de una parte débil justifica la aplicación de un régimen contractual adicional y tuitivo que le otorgue mayor intensidad al derecho contractual para proteger a la parte que no puede negociar en igualdad de condiciones.



Conforme a la clasificación anterior, podemos observar que la aplicación de la buena fe no será la misma. Si estamos ante un contrato entre iguales (B2B o *Business to Business*), la buena fe no puede ser invocada para beneficiar indebidamente a alguna de las partes. En principio, si las partes pudieron negociar libremente, deben limitarse a cumplir lo pactado porque acordaron en ello. La buena fe no puede ser invocada para justificar un incumplimiento de lo pactado. Una parte no puede exigir el estricto cumplimiento del contrato cuando le conviene, pero luego alegar la buena fe para oponerse a un término contractual cuando no le conviene.

Por el contrario, en las relaciones de consumo (C2B o *Consumer to Business*) se reconoce a la buena fe como uno de los criterios controladores frente a las cláusulas abusivas, entiéndase, aquellas que no fueron libremente negociadas por una parte y cuya aplicación le produce un perjuicio injustificado. Por ejemplo, mientras que en una relación entre iguales se debe respetar una cláusula de aceleración o de vencimiento anticipado del plazo, la misma podría ser considerada como una cláusula abusiva en un crédito hipotecario entre un banco y un consumidor si la aceleración le permitirá al banco cobrar todo el préstamo y ejecutar la garantía ante el incumplimiento de una sola cuota. Tal situación sería considerada como contraria a la buena fe.

Vale mencionar que para ciertos comentaristas la distinción entre relaciones entre iguales (B2B) y desiguales (C2B) no es definitiva porque se propone un híbrido, que consistiría en la presencia de una posición desigual incluso entre partes iguales.⁷ Ello se podría evidenciar con la presencia de una cláusula que, a pesar de haber sido negociado entre partes iguales, produzca un perjuicio irrazonable en una de ellas.

Entonces, si bien la buena fe está reconocida en la ley civilista y en la ley de consumidor, no tiene la misma intensidad y fuerza en ambos tipos de relaciones. Su rol debe ser limitado en contratos celebrados entre partes iguales, pero más intenso en contratos con una parte débil.

⁶ COOTER, Robert y SCHÄFER, Hans-Bernd. *Solomon's knot: How law can end the poverty of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2011, pp. 83-84.

⁷ Véase PATTI, Paolo. «Unfair terms control in business-to-business contracts». En *The Italian Law Journal*, 2019, n.º 02, vol. 05, pp. 581-611; MÓMBERG, Rodrigo. «El control de las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales en el derecho chileno». En ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (ed.). *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar: Thomson Reuters, 2020, pp. 623-634.

3. DIFERENTE FILOSOFÍA CONTRACTUAL

En el derecho comparado se puede observar que existe un sentimiento distinto en torno a la buena fe y lo que ello representa, y esto se explica por la misión que cumple el derecho de contratos.⁸

Como explican McKendrick y Qaio:

La buena fe ha sido una especie de niño problemático en el derecho contractual. Algunos sistemas jurídicos, procedentes en su mayoría del derecho anglosajón, han visto la buena fe con recelo, cuando no con hostilidad. Por otro lado, algunos sistemas jurídicos, en su mayoría de naturaleza civil [...] consideran a la buena fe como un componente esencial de cualquier derecho contractual y no pueden tolerar su ausencia.⁹

En el *civil law* se da preferencia a las nociones de justicia y solidarismo, y ello se extiende al derecho de contratos.¹⁰ Y esto no es solo una preferencia de la doctrina o la jurisprudencia sino también de la letra misma del codificador. Por ejemplo, mientras el original artículo 1135 del Código napoleónico hizo mención a la equidad (*équité*) como criterio de integración del contrato (lo cual fue adoptado por otras jurisdicciones civilistas que a la fecha la reconocen), el artículo 421 del Código Civil de Brasil señala que la libertad de contratar se ejercerá dentro de los límites de la función social del contrato (*função social do contrato*).¹¹ Bajo este marco normativo, no hay mayor complicación en invocar a la buena fe y darle un contenido social.

Por el contrario, en el *common law* se mantiene la filosofía del derecho inglés¹² que rechaza expresamente a la buena fe en toda la vida del contrato (tratativas y ejecución contractual) conforme a *Walford vs. Miles* (1992),¹³ para darle preferencia a la seguridad y certeza jurídica, incluso si ello genere situaciones concretas injustas. Como explicaba Roy Goode: «la previsibilidad del resultado legal de un caso es más importante que la justicia absoluta».¹⁴

El derecho inglés tiene particular relevancia en el derecho comparado e internacional por el importante rol que cumple en la contratación internacional al ser usualmente designado como ley aplicable en contratos internacionales y porque Londres es el centro financiero del mundo. Uno de los atractivos de la ley inglesa es que es formalista y le da preferencia a *pacta sunt servanda* y a la libertad

⁸ Véase BENATTI, Francesca. «Notas sobre la buena fe desde una perspectiva comparada». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 469-484.

⁹ MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qaio. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and common laws». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 72.

¹⁰ Véase TERNERA BARRIOS, Francisco. «El concepto de justicia contractual». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2007, n.º 1/2, pp. 287-301; NAVARRETTA, Emanuela. «El contrato “democrático” e la giustizia contrattuale». En RAMÍREZ GASTÓN B, Germán y VARSÍ ROSPIGLOSI, Enrique (eds.). *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre disciplinas*. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2019, pp. 451-483.

¹¹ Sobre la función social del contrato en el derecho de contratos brasileño, véase MARISTRELLO PORTO, Antônio José y THEVENARD GOMES, Lucas. «Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e Aprofundamentos». En *Economic Analysis of Law Review*, julio-diciembre 2010, n.º 2, vol. 1, pp. 196-212; LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno. «Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetiva y función social de los contratos en el derecho privado brasileño». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo 1. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 241-288.

¹² Sobre la posición antibuena fe del derecho inglés, véase BRIDGE, Michael G. «Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426; O'CONNOR, J.F. *Good faith in English law*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1990; BEALE, Hugh. «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 231-261; SIMS, Vanessa. «Good faith in English contract law: of triggers and concentric circles». En *Ankara Law Review*, 2004, n.º 2, vol. 1, pp. 213-232; BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450; BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18, pp. 501-526; PIERS, Maud. «Good faith in English Law – Could a rule become a principle?». En *Tulane European And Civil Law Forum*, 2011, vol. 26, pp. 123-169; MCKENDRICK, Ewan. «Good faith in the performance of a contract in English law». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 196-208.

¹³ *Walford vs. Miles* [1992] 2 AC 128.

¹⁴ GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, p. 12.

contractual y, en consecuencia, rechaza conceptos generales y ambiguos como la buena fe, se opone a reconocer valor legal a deberes precontractuales y a deberes contractuales superfluos como la renegociación, no reconoce a la *hardship* como excusa contractual, mucho menos admite la posibilidad de que una corte pueda intervenir en un contrato para modificarlo ante un cambio de circunstancias. Estas son premisas que definen el sentimiento estricto del derecho inglés y que es visto como un atractivo. Por ello, influye en otras jurisdicciones del *common law* e incluso en instrumentos internacionales de derecho uniforme de perfil anglosajón y, por ende, también es estudiado por abogados civilistas.¹⁵

Se debe advertir que en el derecho inglés no es pacífico el rechazo de la buena fe en la doctrina y la jurisprudencia,¹⁶ ya que se insiste en que sería conveniente reconocer un rol más amplio de la buena fe para el derecho de contratos (sobre todo en *relational contracts* o contratos de duración).¹⁷ Lo mismo se discute en otras jurisdicciones anglosajonas que siguen al derecho inglés pero que intentan apartarse de ella con relación al tradicional rechazo de la buena fe (Escocia, Canadá y Australia, por ejemplo).¹⁸

Sin embargo, en el global los ingleses siguen considerando que la buena fe no existe en el derecho de contratos. Como señaló Bingham LJ en *Interfoto Picture Library Ltd vs. Stiletto Visual Programmes Ltd.* (1989),¹⁹ el derecho inglés prefiere soluciones específicas en lugar de apoyarse en la buena fe:

En muchos sistemas del *civil law*, y quizás en la mayoría de los sistemas jurídicos fuera del mundo del *common law*, el derecho de las obligaciones reconoce un principio primordial según el cual, al celebrar y ejecutar contratos, las partes deben actuar de buena fe. [...] El derecho inglés, característicamente, no se ha comprometido con ese principio primordial, sino que ha desarrollado soluciones fragmentarias en respuesta a problemas demostrados de injusticia.²⁰

Este sentimiento inglés ha perdurado incluso después de la implementación de la Directiva 93/13/EEC sobre Cláusulas Abusivas en Relaciones de Consumo, el cual usa a la buena fe como parte del análisis para concluir si una cláusula es abusiva o no.²¹ Como tal, la implementación de la Directiva implicaba la introducción de la buena fe en el derecho inglés. A pesar de ello, el derecho inglés sigue siendo formalista y respetuoso del *pacta sunt servanda*.

¹⁵ Véase BIRCHAM, Alex; CAHILL, Gillian y WETHERED, Tom. «English contract law for Spanish lawyers. Article one – English law contractual interpretation». En *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2020, n.º 54, pp. 225-233; BIRCHAM, Alex; CAHILL, Gillian y WETHERED, Tom. «English contract law for Spanish lawyers. Article two – Good faith in English law governed contracts». En *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2021, n.º 55, pp. 250-259.

¹⁶ Véase los casos *Carter vs. Boehm* (1766), *Petromec Inc. vs. Petroleo Brasileiro SA Petrobras* (2006), *Yam Seng Pte. vs. International Trade Corp.* (2013), *MSC Mediterranean Shipping Co vs. Cottonex* (2015) (primera instancia), y *Nehayan vs. Kent* (2018).

¹⁷ Véase JACKSON, Shy. «Good faith under English law: evolution or revolution?». En *Derecho & Sociedad*, noviembre 2020, n.º 55, pp. 33-51.

¹⁸ Véase en general por el *common law* inglés y otras jurisdicciones anglosajonas, a STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 131-142; COLLINS, Hugh. «Good Faith in European Contract Law». En *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, n.º 2, vol. 14, pp. 229-254; BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49, pp. 111-157; ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239; CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, 2009, n.º 2, vol. 17, pp. 155-175; WHITTAKER, Simon. «Good Faith, Implied Terms and Commercial Contracts». En *Law Quarterly Review*, 2013, n.º 3, vol. 129, pp. 451-469; LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 October, 2016, pp. 1-18; BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». *Op. cit.*, pp. 167-178; ENMAN-BEECH, John. «The subjects of *Bashin*: good faith and relational contracts». En *Journal of Law and Equality*, 2017, vol. 13, pp. 1-30; HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretations». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, pp. 1660-1691; MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23, pp. 301-331.

¹⁹ *Interfoto Picture Library Ltd vs. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433.

²⁰ STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*, p. 132.

²¹ Véase TEUBNER, Gunther. «Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences». En *The Modern Law Review*, 1998, n.º 1, vol. 61, pp. 11-32; BEALE, Hugh. «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts». *Op. cit.*, pp. 231-262.

También debe tenerse como referencia la no ratificación de la CISG²² por parte de Inglaterra. Entre las razones de tal posición está el hecho de no tener que lidiar con ciertos conceptos civilistas, entre ellos, la buena fe, aunque la CISG cuente con un modelo restrictivo de buena fe que solo sirve como criterio de interpretación del texto de la CISG y, como tal, podría considerarse como un modelo amigable para los ingleses.²³

El sentimiento pro buena fe del *civil law* es más evidente en el derecho internacional conforme a los instrumentos de uniformización, cuya preparación y redacción fue la oportunidad para incluir disposiciones expresas que usualmente no están en las codificaciones civiles pero que la doctrina considera que pueden derivarse de la buena fe, como lo es la razonabilidad y los deberes de renegociación, mitigación y cooperación. En efecto, los instrumentos de uniformización de perfil civilista cuentan con disposiciones expresas que las reconocen. En los PECL²⁴ el artículo 1:202 regula al deber de cooperación, el artículo 1:302 a la razonabilidad, el artículo 6:111 a la renegociación en la *hardship* y el artículo 9:504 a la mitigación de daños (en la forma de no compensación de daños ocasionados por el acreedor). En los Principios TransLex²⁵ el artículo 1.2.1 regula a la razonabilidad, el artículo IV.6.9 al deber de cooperación, el artículo VII.4 al deber de mitigación y los artículos IV.6.7 y VIII.2 a la renegociación en la *hardship*. En los PICC²⁶ el artículo 5.1.3 regula al deber de cooperación, el artículo 6.2.3 a la renegociación en la *hardship* y el artículo 7.4.8 al deber de mitigación. En el DCFR²⁷ el artículo III-1:104 regula al deber de cooperación, el artículo III-1:110 a la renegociación en la *hardship* y el artículo III-3:704 a la mitigación de daños (en la forma de no compensación de daños ocasionados por el acreedor). En los PLDC²⁸ el artículo 84 regula a la renegociación en la *hardship* y el artículo 109 al deber de mitigación.

Este diferente sentimiento en torno al derecho de contratos y la buena fe no representa solo un contraste entre *civil law* y *common law* pues dentro del mismo *civil law* la buena fe no es la misma. No existe un concepto unitario civilista de buena fe contractual.²⁹ Por ello, la discusión no está en si existe la buena fe o no sino en cuál es el modelo de buena fe adoptado. Se han empleado diferentes técnicas legislativas en los códigos civiles del *civil law* y en los diversos instrumentos internacionales de uniformización. Con relación a los códigos civiles, por ejemplo, no es lo mismo que la buena fe sea reconocida de manera autónoma y como cláusula general a que sea reconocida junto con el *pacta sunt servanda*. Con relación a los instrumentos internacionales de uniformización es interesante apreciar la opción adoptada por aquellos que tienen un perfil más anglosajón que civilista, y como tal, que optan por un modelo restrictivo de buena fe que se considera más apropiado para la contratación internacional entre partes contratantes civilistas y anglosajonas.

4. LA LETRA DEL DERECHO

Para entender qué es la buena fe y cuál es su rol, primero se debe mirar al derecho comparado a efectos de apreciar que existen diversos modelos de buena fe según la ley aplicable. Esto se puede observar en las codificaciones civiles (ley nacional) y en los instrumentos internacionales de derecho uniforme. Si bien en la mayoría de casos se reconoce de manera expresa a la buena fe, no se trata de la misma

²² Acrónimo de United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

²³ Véase NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; HOFMANN, Nathalie. «Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe». En *Pace International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 22, pp. 145-182; NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SMEs». En *Pace International Law Review*, 2012, n.º 3, vol. 3, pp. 69-110.

²⁴ Acrónimo de Principles of European Contract Law.

²⁵ TransLex Principles o Principles on Transnational Law.

²⁶ Acrónimo de Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

²⁷ Acrónimo de Draft Common Frame of Reference.

²⁸ Acrónimo de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

²⁹ STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52, p. 3; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». *Op. cit.*, pp. 555-556. Esto también es discutido con relación a la buena fe subjetiva y objetiva. Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo II]. *Op. cit.*, pp. 34-39.

buena fe. Partir de estas diferencias es fundamental porque —por ejemplo— bajo una ley nacional no podría justificarse una lectura amplia de la buena fe, inspirada en un modelo extranjero, si la letra del legislador no lo permite o soporta.

Según la letra del derecho, los modelos de buena fe pueden diferenciarse según (i) su aplicación en determinada etapa del *iter* contractual, y (ii) sus funciones. En el primer caso podemos estar ante la buena fe precontractual (tratativas) y la buena fe contractual (ejecución).³⁰ En el segundo caso, podemos estar ante la buena fe interpretativa, buena fe integrativa y buena fe correctiva, las cuales representan el núcleo duro de las funciones de la buena fe en el *civil law*, sin perjuicio que puedan identificarse otras funciones de la buena fe en cierta jurisdicción nacional (por ejemplo, como base de la *Geschäftsgrundlage* o como límite de las cláusulas limitativas de responsabilidad).³¹ Todas estas manifestaciones de la buena fe pertenecen al derecho de contratos.

³⁰ En este comentario no nos enfocaremos en el análisis de la buena fe precontractual, salvo mención a las disposiciones normativas que la reconocen. Por el contrario, nos enfocaremos en la buena fe en ejecución del contrato y sus funciones. Para un análisis comparado de la buena fe y la responsabilidad por ruptura de tratativas, nos remitimos a la literatura existente. Véase KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. «*Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study». En *Harvard Law Review*, 1964, n.º 3, vol. 77, pp. 401-449; NEDZEL, Nadia E. «A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability». En *Tulane European & Civil Law Forum*, 1997, vol. 12, pp. 97-157; VAN ERP, Sjef. «A European *culpa in contrahendo* doctrine? Towards a model of contract as a legal relationship and situation-specific duties to inform». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 67-78; VIGURI PEREA, Agustín. «Análisis de derecho comparado sobre la *culpa in contrahendo*». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 79-88; NOVOA, Rodrigo. «*Culpa in contrahendo*: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)». En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2005, n.º 3, vol. 22, pp. 583-612; BARASNEVICIUS QUAGLIATO, Pedro. «The duty to negotiate in good faith». En *International Journal of Law and Management*, 2008, n.º 5, vol. 50, pp. 213-225; MONSALVE CABALLERO, Vladimir. «The legal and historical panorama of culpa in contrahendo at contractual negotiations». En *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, enero-julio 2013, n.º 39, pp. 126-148; KOVAC, Mitja. «Culpa in contrahendo, promissory estoppel, pre-contractual good faith and irredeemable acts». En *Asian Journal of Law and Economics*, 2018, n.º 1, vol. 10. También, sobre la buena fe y el incumplimiento de documentos preliminares o precontractuales (no vinculantes o vinculantes), véase FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». En *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, vol. 87, pp. 217-294; SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Precontractual liability and preliminary agreements». En *Harvard Law Review*, 2007, n.º 3, vol. 120, pp. 661-707; GARCÍA LONG, Sergio. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 193-257. Como tema de agenda, usualmente en el derecho privado se estudia mucho a la buena fe en el derecho de contratos pero se omite a la buena fe en el arbitraje, sea como deber aplicable a los árbitros y centros institucionales (una buena fe procesal), o sobre el entendimiento de la buena fe para resolver el fondo de una controversia en arbitrajes internacionales comerciales y de inversiones. Véase CREMADES, Bernardo M. «Good faith in international arbitrations». En *American University International Law Review*, vol. 27, 2012, n.º 4, pp. 761-788; MANIRUZZAMAN, A.F.M. «The concept of good faith in international investment disputes – the arbitrator's dilemma». En *Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, 2012, vol. 89, pp. 16-18; HENRIQUES, Duarte G. «The role of good faith in arbitration: are arbitrators and arbitral institutions bound to act in good faith?». En *ASA Bulletin*, septiembre 2015, n.º 3, pp. 514-532; ZELLER, Bruno y LIGHTFOOT, Richard. «Good faith: An ICSID Convention requirement». En *Victoria University Law and Justice Journal*, 2018, vol. 8, pp. 17-31.

³¹ Sobre las funciones de la buena fe, véase en Europa a HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, pp. 554-555; FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47-64; STORME, Matthias. «Good faith and contents of contracts in European private law». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 17-30; HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 477; FU, Junwei. *Modern European and Chinese Contract Law*. La Haya: Wolters Kluwer, 2011, p. 63. Por Latinoamérica, véase a FACCO, Javier Humberto. «Good faith en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (¿Un punto de contacto entre *common law* y *civil law*?)». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, n.º 22, pp. 149-167; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». *Op. cit.*, pp. 493-555; CAMPOS MICIN, Sebastián. «Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2021, n.º 37, pp. 105-159; MORALES HERVIAS, Rómulo. «Buena fe interpretativa y buena fe integrativa en el derecho de contratos». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 151-179. Desde el *common law*, véase REITER, B. J. «Good faith in contracts». En *Valparaiso University Law Review*, 1983, vol. 17, pp. 705-734.

4.1. *Las codificaciones civiles*

a) *Francia*

El original artículo 1134 del Código napoleónico reconoció a la buena fe (*bonne foi*) para la ejecución del contrato en su tercer párrafo, después del *pacta sunt servanda* (primer párrafo) y la santidad contractual (segundo párrafo), en ese orden.

Artículo 1134

Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre los que los han hecho.

Solo pueden revocarse por mutuo consentimiento o por las causas que autoriza la ley.

Deben cumplirse de buena fe.

El orden empleado por el legislador francés no fue aleatorio sino intencional y consciente. La principal regla del derecho de contratos es el *pacta sunt servanda*, y como tal, debía ir al inicio del artículo 1134, seguido de la santidad contractual y al final la buena fe. Este orden representó una jerarquía, de manera que la buena fe no podía contravenir a las reglas anteriores sino aplicarse al servicio de ellas.³²

Bajo este marco normativo la buena fe no fue usada para contravenir la letra del contrato, ni siquiera ante un excepcional cambio de circunstancias.³³ La *Cour de cassation* fue clara en el famoso caso de Canal de Craponne de 1876, donde indicó:

[...] no corresponde a los tribunales, por más equitativa que ello pudiera parecerles, tomar en sus decisiones la consideración del tiempo como circunstancia para modificar los convenios entre las partes y sustituir con cláusulas nuevas aquellas que habían sido libremente aceptadas por los contratantes.³⁴

Sin perjuicio de cierta jurisprudencia que defendía la posibilidad de invocar a la buena fe como base legal del cambio de circunstancias, la *imprévision* recién fue expresamente reconocida desde el 2016 en el nuevo artículo 1195 del Código Civil francés. A su vez, con tal reforma se reconoció un rol más amplio de la buena fe que la tradicional posición del derecho francés según el Código napoleónico, en virtud a nuevos desarrollos jurisprudenciales y comentarios en favor de la buena fe por parte de los comentaristas. Para tales efectos, el original artículo 1134 fue dividido. La buena fe fue extraída y rescatada del artículo 1134 para ser ubicada en una norma propia y no junto (ni supeditada) al *pacta sunt servanda* conforme al nuevo artículo 1104, el cual incluso señala que se trata de una disposición de orden público. A su vez, el *pacta sunt servanda* quedó en el artículo 1103.³⁵ Adicionalmente, la buena fe

³² Véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En *Bepress Legal Series, Working Paper*, 2004, n.º 339, p. 23.

³³ Esta discusión nos lleva incluso a reflexionar sobre la libertad contractual y el eventual poder que podría tener un juez para corregir los contratos. Ello dependerá de la concepción que se tenga sobre la buena fe. Si se parte de un modelo débil de buena fe, las partes podrán definir libremente el contenido de los contratos en base a normas dispositivas y los jueces deberán limitarse a cumplir los contratos en sus términos pactados. Por el contrario, si se parte de un modelo fuerte de buena fe, las partes no podrán oponerse a ciertas normas jurídicas de carácter imperativo y el juez podrá corregir el contrato alegando la buena fe (como ocurrió ante casos de excesiva onerosidad). Véase GRONDONA, Mauro. «Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, n.º 22, pp. 135-147; BENATTI, Francesca. «Libertad contractual: una mirada comparada». En ROMERO CASILLA, Anthony Julio; FLORES ZERPA, Allen Martí y PAUCARCHUCO GONZALES, Frank James (eds.). *Libro en homenaje jurídico al año del bicentenario del Perú: 200 años de independencia*. Lima: Amachaq Escuela Jurídica, 2021, pp. 419-425.

³⁴ ROWAN, Solène. «The new French law of contracts». En *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, n.º 4, vol. 66, p. 820.

³⁵ El segundo párrafo del artículo 1134 sobre la santidad contractual no fue replicado en su literalidad, tal vez por su fuerte lenguaje que daba a entender que nadie puede modificar ni resolver el contrato salvo las partes, ni siquiera una ley posterior. En todo caso, la reforma del 2016 parece preferir por un nuevo artículo 1102 que esté más enfocado en la libertad de contratar dentro de los límites de la ley.

precontractual fue reconocida de manera específica en el artículo 1112. Por otro lado, el original artículo 1135 que hace mención a la equidad como criterio de integración del contrato quedó como el artículo 1194.³⁶

Artículo 1103. Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para quienes lo han celebrado.

Artículo 1104. Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe. Esta disposición es de orden público.

Artículo 1112. La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. Ellas deben satisfacer imperativamente las exigencias de la buena fe.

Artículo 1194. Los contratos obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino también a todo aquello que se sigue de la equidad, el uso y la ley.³⁷

La idea que nos debe quedar del derecho francés es cómo se pasó de un modelo restrictivo de buena fe hacia uno más amplio. En ambos casos la buena fe estaba reconocida, pero no es lo mismo que la buena fe esté atada al *pacta sunt servanda* a que tenga autonomía propia.

b) Alemania

En Alemania se reconoció un fuerte rol de la buena fe (*Treu und Glauben*) conforme al artículo § 242 del Código Civil de Alemania (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), el cual contiene la cláusula general que señala lo siguiente:

§ 242 Ejecución de buena fe

El deudor está obligado a ejecutar la prestación de acuerdo a los requerimientos de la buena fe tomando en consideración los usos del tráfico.

A su vez, el artículo § 157 del BGB reconoce a la buena fe interpretativa:

§ 157 Interpretación de los contratos

Los contratos deben de interpretarse de acuerdo a la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico.

A diferencia de la buena fe francesa, la buena fe alemana sí fue utilizada por las cortes como la base legal para aplicar la doctrina de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) y así lograr la resolución o adaptación de contratos desequilibrados económicamente en épocas de guerra.³⁸ Posteriormente, tal doctrina fue recogida con autonomía en el artículo § 313 del BGB (*Störung der Geschäftsgrundlage*).

Como explican Schlechtriem, Zimmermann y Whittaker, tal ha sido el amplio uso de la buena fe que la misma es considerada como una «reina de reglas», ya que ha sido utilizada para justificar la

³⁶ Como dato comparativo, a la fecha los Códigos Civiles de Haití (artículos 925 y 926) y República Dominicana (artículos 1134 y 1135) mantienen las mismas reglas, en su literalidad, contenidas en los originales artículos 1134 y 1135 del Código napoleónico.

³⁷ La traducción al español se toma de CORTÉS MONCAYO, Edgar; HERRERA MORENO, Jorge y RIANO SAAD, Anabel. «Traducción de la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016». En RIANO SAAD, Anabel y FORTICHI, Silvana (eds.). *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones. Fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 671 y ss.

³⁸ HORN, Norbert. «Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Law». En HORN, Norbert (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Boston: Kluwer Law International, 1985, pp. 19-20; ZIMMERMANN, Reinhard. «Remedies for non-performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law». En *Edinburgh Law Review*, 2002, n.º 3, vol. 6, p. 283.

creación de diversas reglas y teorías específicas, tan diversas que lo único que tendrían en común sería su origen en la buena fe.³⁹

Fíjese que en el caso del derecho alemán, el protagonismo lo tuvieron las cortes, apoyadas por la doctrina. Para los alemanes bastó una disposición simple y general como el § 242 del BGB para que tuvieran un cheque en blanco que les habilite complementar la letra del derecho y así corregir los contratos cuando fuere necesario, aunque no existiera una disposición específica que se los permitiera.

En este contexto, resalta la explicación de Hesselink⁴⁰ sobre el rol de la buena fe en una jurisdicción civilista donde a los jueces se les enseña sobre la división de poderes y que ellos solo pueden aplicar el derecho, mas no crearlo porque no son legisladores. El juez es boca de la ley. Como explicaba Kötz, los jueces que trabajan con un código civil se sienten como alguien que está en una habitación, que tiene permitido caminar dentro de la habitación, pero no salir.⁴¹ Ante tal obstáculo, la buena fe les servía para superar esa camisa de fuerza y así crear derecho y complementar la letra del legislador. La buena fe servía como el *ius honorarium* del pretor romano o la *equity* inglesa para suplementar la letra fría y estricta de la ley.

Claramente, no toda jurisdicción nacional está o estuvo en la misma situación que Alemania para justificar la creación de derecho más allá de la ley en virtud de la buena fe. Los alemanes lo necesitaron porque fueron la parte perdedora durante la guerra; por el contrario, los aliados, entre ellos los ingleses y americanos, no lo hicieron porque no tuvieron tal necesidad. Por ello, es peligroso pretender importar los desarrollos sobre la buena fe del derecho alemán en una jurisdicción que no tiene las mismas necesidades y que incluso cuenta con una ley civil que prefiera al *pacta sunt servanda* sobre la buena fe.

c) Italia

Jurisdicciones civilistas como la italiana contienen una regulación normativa amplia sobre la buena fe. El Código Civil italiano de 1942 tiene diversas disposiciones generales que regulan a la buena fe (*buona fede*), entre ellas, la buena fe precontractual (artículo 1337), buena fe interpretativa (artículo 1366) y buena fe contractual (artículo 1375).⁴²

Artículo 1337 Negociaciones y responsabilidad precontractual

Las partes se comportarán de buena fe en el curso de las negociaciones y en la formación del contrato.

Artículo 1366 Interpretación de buena fe

El contrato se interpretará de buena fe.

³⁹ SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, pp. 7-8; ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-62. Por ejemplo, sobre deberes derivados de la buena fe, véase SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. «La buena fe contractual y deberes secundarios de conducta». En *Vniversitas*, diciembre 2004, n.º 108, pp. 282-315; MONSALVE CABALLERO, Vladimir. «La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción». En *Revista de Derecho*, diciembre 2008, n.º 30, pp. 30-74; BIANCA, Massimo. «La buena fe y el deber de información en la etapa de la formación del contrato, en el derecho europeo». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 595-604.

⁴⁰ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code. Op. cit.*, pp. 471-498.

⁴¹ KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50, p. 10.

⁴² Véase PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Turin: G. Giappichelli Editores, 2015; MIRMINA, Vincenzo. «La buona fede». En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, junio 2022, n.º 16 bis, pp. 376-395.

Artículo 1375 Ejecución de buena fe

Un contrato debe ser ejecutado de buena fe.

Adicionalmente, la jurisprudencia italiana ha sido protagonista en reconocer un rol incluso más amplio de la buena fe conforme al principio de solidaridad del artículo 2 de la Constitución italiana (el cual es anterior al Código Civil italiano), a efectos de permitir la modificación de la ley civilista y los contratos para —por ejemplo— permitir la reducción de las penalidades incluso de oficio (cuando de la ley italiana se entiende que debe ser a solicitud de parte) o para considerar nulas arras que sean manifiestamente excesivas (ante la ausencia de una disposición normativa que permita reducirlas, fueron tratadas como nulas).⁴³ De allí que se diga que la buena fe en la ley italiana tenga un poder demoleedor.⁴⁴

En el Perú se presta particular atención a la doctrina italiana (por el antecedente italiano de diversas disposiciones del Código Civil peruano de 1984),⁴⁵ pero tal es la atención de los peruanos que parecen conocerla mejor que los italianos mismos. Así lo reconocían algunos profesores italianos en los conocidos congresos internacionales de derecho civil que organiza el profesor Gastón Fernández Cruz en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En efecto, Juan Espinoza relató una de tales anécdotas con ocasión del prefacio al Nuevo Comentario del Código Civil Peruano bajo su dirección general:

¿Por qué la calificación de «Nuevo»? No se trata simplemente de un motivo cronológico: nos encontramos frente a una *visión generacional distinta*. En un congreso internacional realizado en Lima, tuve la oportunidad de conversar con un profesor italiano, quien se mostró verdaderamente admirado con la producción jurídica en nuestro medio; sin embargo, me dijo algo que me sonó a reproche: «A la doctrina peruana de derecho civil le falta *identidad*». Esta crítica se basó —en el hecho notorio— que, generalmente, los autores se centran en referentes de otras experiencias jurídicas, sin tener en cuenta —para bien o para mal— la producción nacional.⁴⁶

Pero no solo se suele omitir la opinión de los comentaristas nacionales sino también —y sin justificación alguna— la letra del legislador nacional. La doctrina peruana se emociona demasiado de la producción extranjera y omite completamente a la ley vigente. La doctrina no es fuente de derecho ni puede oponerse a la ley nacional.

Con relación a la buena fe, si se considera que el derecho italiano tiene un modelo de buena fe que debería seguirse en el Perú, el camino es la reforma legislativa. De hecho, el último Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019)⁴⁷ propuso ubicar a la buena fe en el Título Preliminar (artículo II) para resaltar su importancia.⁴⁸ Pero mientras dicha reforma no sea exitosa, esto es, se convierta en ley, no puede pretenderse en el Perú un rol más amplio de la buena fe que aquel que permite la letra del Código Civil peruano (artículos 168, 1361 y 1362), la cual —como se explica a mayor detalle más adelante— reconoce un modelo de buena fe restrictivo en comparación con la letra de otras codificaciones civiles. La doctrina no puede pasar por alto el texto de la ley. En todo caso, sí

⁴³ Véase D'AMICO, Giovanni. «Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"». En *Contratti*, 2014, vol. 10, pp. 926-937; CRISCUOLO, Fabrizio. «Constitutional Axiology and Party Autonomy». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, pp. 357-375.

⁴⁴ Véase PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, pp. 2039-2042.

⁴⁵ Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana». En *Ius Et Praxis*, 1994, n.º 23, pp. 9-21; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil». En *Derecho PUCP*, 2003, vol. 56, pp. 733-757; LEÓN HILARIO, Leysser. «La codificación civil en el Perú: algunas consideraciones críticas». En *Derecho PUCP*, 2004, vol. 57, pp. 245-262; BENATTI, Francesca. «Reflexiones sobre el Código Civil italiano y peruano». En *Advocatus*, n.º 38, 2020, pp. 21-25.

⁴⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Prefacio». ESPINOZA ESPINOZA, Juan (dir.). *Nuevo comentario del Código Civil peruano*. [Tomo I. Título Preliminar y derecho de las personas]. Lima: Instituto Pacífico, 2021, p. 7.

⁴⁷ Cuyo Grupo de Trabajo fue constituido por Resolución Ministerial n.º 0300-2016-JUS bajo la presidencia del profesor Gastón Fernández Cruz.

⁴⁸ «Artículo II.- Buena fe
Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe».

podría hacerlo la jurisprudencia, pero a la fecha en el Perú ello no ha ocurrido con relación a la buena fe.

d) Entre la cláusula general y la buena fe integrativa

Usualmente, se considera que si una ley nacional reconoce a la buena fe contractual como cláusula general, ello significa que la buena fe sirve para interpretar, integrar o corregir el contrato. Sin embargo, esta podría ser una conclusión apresurada si se tiene en cuenta que existen leyes nacionales que reconocen de manera expresa una disposición independiente para regular a la buena fe en sus funciones específicas, a diferencia de las que no tienen tales disposiciones normativas. Por ejemplo, en el derecho alemán el artículo § 242 del BGB reconoce a la cláusula general de buena fe contractual y además el artículo § 157 a la buena fe interpretativa. Por su parte, el derecho italiano cuenta con disposiciones independientes para la buena fe contractual como cláusula general (artículo 1375) y para la buena fe interpretativa (artículo 1366) y además para la buena fe precontractual (artículo 1337).

Como tal, en las jurisdicciones mencionadas se puede observar un reconocimiento expreso de la buena fe según el *iter* contractual (precontractual y contractual) y para la buena fe interpretativa (según su funcionalidad), pero que no se reconoce de manera expresa a la buena fe integrativa o la buena fe correctiva, como sí lo hacen otras jurisdicciones civilistas. Prestar atención a tales diferencias es esencial para observar que incluso dentro del *civil law* hay jurisdicciones civilistas que reconocen un modelo más fuerte de buena fe que el que puede existir en una jurisdicción vecina.

Claramente si una ley civil señala que el contrato no solo obliga a lo pactado sino también a lo que se derive de la buena fe (buena fe integrativa) y/o que los derechos no pueden ejercerse si contravienen a la buena fe (buena fe correctiva), estaremos ante un modelo fuerte de buena fe y que tiene un contenido más definido, a diferencia de una ley civil que solo indique que los contratos deben ejecutarse de buena fe sin mayor guía o descripción sobre en qué consiste que los contratos se ejecuten de buena fe.

Con relación a la buena fe integrativa, el punto de referencia es el original artículo 1135 del Código napoleónico, el cual partía de la regla que las disposiciones contractuales se derivan del pacto de las partes, pero también de la equidad, la ley y los usos.

Artículo 1135

Los contratos obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyen a la obligación, según su naturaleza.

Como la equidad también es una cláusula general que tiene como objetivo complementar la letra del derecho,⁴⁹ era usual considerar que allí estaría subsumida la función integrativa de la buena fe. A efectos prácticos, equidad y buena fe funcionaban de manera similar.

Con la recepción de la ley francesa en Latinoamérica,⁵⁰ diversas jurisdicciones latinas tomaron al Código napoleónico como referencia, pero realizaron algunas adaptaciones, entre ellas, lo referido a cómo reconocer a la buena fe. Ello también ocurrió en otras jurisdicciones civilistas del mundo. En general, podemos identificar ocho adaptaciones que ahora queremos resaltar. Algo que debemos adelantar de estas adaptaciones es que en la mayoría de casos se buscó reconocer a la buena fe en una

⁴⁹ Piénsese, por el ejemplo, en la creación por parte de la *Cour de cassation* de la acción general por enriquecimiento injustificado o *actio de in rem verso* ante la ausencia de una disposición normativa en el Código napoleónico, conforme el caso Patureau-Mira vs. Boudier de 1892, y basado en la *équité*.

⁵⁰ Véase RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; GUZMÁN BRITO, Alejandro. «La influencia del Código Civil francés en el derecho civil latinoamericano». En *Temas de Derecho*, enero-diciembre 2004, n.º 1-2, año XIX, pp. 13-35; MOMBERG URIBE, Rodrigo. «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: hacia la armonización y modernización del derecho privado en Latinoamérica». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y SEVERIN FUSTER, Gonzalo (eds.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el derecho europeo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2020, pp. 45-79.

disposición normativa independiente y autónoma de aquella que reconoce al *pacta sunt servanda*, para evitar que la buena fe esté subordinada a ella. Por ello, el punto de referencia fue el artículo 1135 francés y no el artículo 1134. En el camino, la opción del legislador estuvo entre reconocer a una cláusula general de buena fe o una buena fe integrativa del contrato.

La primera adaptación consistió en copiar a los artículos 1134 y 1135 franceses, pero sin hacer referencia a la buena fe. Esto ocurrió en Nicaragua y en el Código Civil de Perú de 1852.

La segunda adaptación consistió en simplemente copiar el artículo 1135 francés y agregar a la buena fe, junto a la equidad, como criterios de integración del contrato. Ello se observa en Etiopía.

La tercera adaptación consistió en eliminar a la equidad como criterio de integración del contrato y reemplazarla por la buena fe, de manera que quedó una buena fe integrativa. Ello se observa en Panamá y México.

La cuarta adaptación consistió en copiar el artículo 1135 francés, mantener a la equidad como criterio de integración del contrato y agregar —antes de la mención a la equidad— a la buena fe contractual como cláusula general. Ello ocurrió en Bolivia, Venezuela y Marruecos.

La quinta adaptación consistió en copiar el artículo 1135 francés con tres modificaciones relevantes: (i) se eliminó la referencia a la equidad como criterio de integración del contrato, (ii) se reemplazó a la equidad por la buena fe, y (iii) se cambió la redacción del artículo 1135 francés para introducir una buena fe contractual como cláusula general y no solo como buena fe integrativa del contrato. Esta adaptación del artículo 1135 francés se hizo en el Código Civil chileno de Andrés Bello, el cual —a su vez— influyó en otras leyes civiles latinas que a la fecha cuentan con tal adaptación como Ecuador, El Salvador, Honduras y Colombia.⁵¹

La sexta adaptación consistió en copiar el artículo 1135 francés, reemplazar a la equidad por la buena fe como criterio de integración del contrato, pero además agregar dos disposiciones adicionales, una con la cláusula general de buena fe y otra con la cláusula general de equidad. Ello ocurrió en España.

La séptima adaptación consistió en reconocer a la buena fe como cláusula general aplicable a la etapa precontractual y contractual en una sola disposición normativa. Este se puede apreciar en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2015.

La octava adaptación consistió en reconocer a la buena fe contractual como cláusula general y a la equidad como criterio de integración, pero junto con el *pacta sunt servanda*, todo en una sola disposición. Esto significa que la buena fe no es reconocida en una disposición independiente y autónoma, a diferencia de otros casos. Esto se puede observar en Uruguay y Libia.

Como hemos advertido, para reconocer a la buena fe no se tomó como referencia el texto del artículo 1134 del Código Civil napoleónico, que es la norma que reconocía a la buena fe contractual, sino que se tomó como base al texto del artículo 1135 que no hacía mención a la buena fe sino a la equidad y como criterio de integración del contrato. Claramente, se optó por esta alternativa porque la buena fe del artículo 1134 francés era una modesta y limitada en favor del *pacta sunt servanda*. Por el contrario, diversas jurisdicciones prefirieron en su momento por reconocer un modelo más amplio de buena fe, y para tales efectos, mejor fue tomar como referencia al artículo 1135 francés.

⁵¹ Sobre la influencia del Código Civil de Chile en Latinoamérica, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro. «El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile». En *Anuario de Derecho Civil*, 2006, n.º 3, vol. 59, pp. 1283-1302; NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales». En NAVIA ARROYO, Felipe y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y perspectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 234-293.

Respecto a la primera adaptación, se copiaron los artículos 1134 y 1135 franceses tal y como estaban, y se eliminó la referencia a la buena fe, quedando solo la equidad integrativa del contrato. El Código Civil de Nicaragua copió en sus artículos 2479 y 2480 a los artículos 1134 y 1135 del Código Civil napoleónico, pero con una gran omisión: se prescindió del tercer párrafo del artículo 1134 que hacía mención a la buena fe contractual. En este caso, se podría discutir si la introducción de la buena fe era innecesaria si ya estaba presente la equidad, la cual podría cumplir una función integrativa similar.

Artículo 2479. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Artículo 2480. Los contratos obligan tanto a lo que se exprese en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de esta.

Igualmente, el Código Civil de Perú de 1852 copió en sus artículos 1256 y 1257 a las normas francesas, salvo la parte que se refería a la buena fe y santidad contractual según los párrafos segundo y tercero del artículo 1134 francés.

Artículo 1256. Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y tienen fuerza de ley respecto de ellos.

Artículo 1257. Los contratos son obligatorios, no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza.

Respecto a la segunda adaptación, solo se agrega a la buena fe junto con la equidad, ambas como fuentes de integración del contrato. El artículo 1713 del Código Civil de Etiopía tomó como referencia al artículo 1135 francés y agregó a la buena fe:

Artículo 1713. Contenido del contrato

Las partes están obligadas por los términos del contrato y por los efectos accesorios que la costumbre, la equidad y la buena fe atribuyen a las obligaciones correspondientes, habida cuenta de la naturaleza del contrato.

Respecto a la tercera adaptación, se optó por eliminar a la equidad como criterio de integración y reemplazarla por la buena fe. El artículo 1109 del Código Civil de Panamá solo reconoce a la buena fe integrativa al haber reemplazado la equidad por la buena fe.

Artículo 1109. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Se exceptúa los actos y contratos enumerados en el artículo 1113, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él.

Igualmente, el artículo 1769 del Código Civil Federal de México.

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Respecto a la cuarta adaptación, se incluye a la buena fe con una redacción que pretende reconocerla como cláusula general y no solo como un criterio de integración del contrato. El artículo 520 del Código Civil de Bolivia tomó como referencia la redacción del artículo 1135 francés, mantuvo a la equidad como criterio de integración, pero agregó —antes de la mención a la equidad misma— a la buena fe contractual como cláusula general. Entonces, quedó la buena fe contractual como cláusula general y tres criterios de integración del contrato, la equidad, la ley y el uso.

Artículo 520. Ejecución de buena fe e integración del contrato

El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no solo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de esta según los usos y la equidad.

Según la norma boliviana, no habría buena fe integrativa del contrato (al menos de la especificidad de la letra de la ley), aunque podría considerarse que la misma estaría presente cuando la norma señala que «y obligan no solo a», de manera que bastaría con la mención anterior a la buena fe (entiéndase, contractual y como cláusula general). Por el momento, y sin omitir el debate respecto a cómo interpretar la letra de la ley, queremos enfocarnos en la técnica legislativa empleada por el legislador cuando quiso reconocer a la buena fe y cómo tal técnica puede producir diversos modelos de buena fe.

Igualmente, el artículo 1160 del Código Civil de Venezuela reconoció a la buena fe contractual como cláusula general y a la equidad como criterio de integración del contrato.

Artículo 1160

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.

Asimismo, con el artículo 231 del Código de Obligaciones y Contratos de Marruecos.

Artículo 231. Todo compromiso debe ser cumplido de buena fe, y obliga, no solo a lo que en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que la ley, los usos o la equidad otorgan a la obligación según su naturaleza.

Respecto a la quinta adaptación, ella es similar a la tercera con la diferencia que prescinde de la equidad para que solo quede la buena fe contractual como cláusula general y la ley y el uso como criterios de integración del contrato.

El artículo 1546 del Código Civil chileno tiene el siguiente texto:

Artículo 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Lo mismo se repitió en el artículo 1589 del Código Civil de Ecuador:

Artículo 1589. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

De igual manera con el artículo 1417 del Código Civil de El Salvador:

Artículo 1417. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Igualmente, con el artículo 1546 del Código Civil de Honduras, que incluso tiene la misma numeración que la equivalente norma chilena.

Artículo 1546

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Lo mismo con el artículo 1603 del Código Civil de Colombia, con dos diferencias: (i) se incluyó un título que señala que se trata de la buena fe en ejecución del contrato, y (ii) se prescindió de los usos como criterio de integración del contrato.

Artículo 1603. Ejecución de buena fe

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Respecto a la sexta adaptación, se debe observar la opción implementada en España. El Código Civil de España también tomó como referencia al Código napoleónico y copió al artículo 1135 francés en su artículo 1258, el cual se limitó a reemplazar a la equidad por la buena fe, de manera que quedó una buena fe integrativa y no una cláusula general, pero —a su vez— la cláusula general de buena fe quedó asignada en el artículo 7(1) del Código Civil español y cláusula general de equidad en el artículo 3(2).

Artículo 3

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.
2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

Artículo 7

Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Artículo 1258

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Respecto a la séptima adaptación, se extiende de manera expresa el ámbito de aplicación de la buena fe hacia las tratativas, en una sola cláusula general. El artículo 1328 del Código Civil peruano de 1936 reguló a la buena fe contractual como cláusula general:

Artículo 1328.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Posteriormente, el actual artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984 extendió la cláusula general de buena fe hasta las tratativas (negociación y celebración):

Artículo 1362

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Vale mencionar que adicionalmente el Código Civil peruano de 1984 reconoció un artículo 168 dedicado a la buena fe interpretativa: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

Igualmente, el primer párrafo del artículo 1198 del Código Civil argentino de 1869 reconoció a la buena fe como cláusula general aplicable a la celebración, interpretación y ejecución del contrato, aunque lo hizo de manera conjunta con la excesiva onerosidad de la prestación.

Artículo 1198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Luego, el actual artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2015 pretendió darle autonomía e independencia a la buena fe y la reguló en una disposición normativa aparte, aplicable a la celebración, interpretación y ejecución del contrato, y agregó que el contrato también obliga a lo que pueda desprenderse de lo razonable según un contratante cuidadoso y previsor.

Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Respecto a la octava adaptación, se mantuvo la equidad como criterio de integración, se incorporó a la buena fe contractual como cláusula general, pero lo anterior fue regulado en una sola disposición que enuncia en primer lugar al *pacta sunt servanda*. Esta técnica legislativa es similar a la empleada en el artículo 1134 del Código napoleónico que en su primer párrafo presentó al *pacta sunt servanda*, en el segundo a la santidad contractual y en el tercero a la buena fe. Este orden jerárquico tuvo como efecto darle preferencia al *pacta sunt servanda* sobre la buena fe.

El segundo párrafo del artículo 1291 del Código Civil de Uruguay reconoce a la buena fe contractual como cláusula general y a la equidad como criterio de integración del contrato (además de los usos y la ley), pero inicia con el primer párrafo presentando al *pacta sunt servanda* y con esa redacción fuerte al estilo francés de que «el contrato es ley entre las partes». Como resultado, el artículo 1291 uruguayo parece una fusión del primer párrafo del artículo 1134 y el artículo 1135 del Código napoleónico.

Artículo 1291. Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

Por su parte, el artículo 148 del Código Civil de Libia inicia con el primer párrafo que menciona al *pacta sunt servanda* junto con la buena fe, y prosigue con el segundo párrafo que reconoce a la equidad, la ley y los usos como criterios de integración del contrato.

Artículo 148

1. Un contrato debe ejecutarse de acuerdo con su contenido y respetando las exigencias de la buena fe.
2. Un contrato vincula a la parte contratante no solo en lo que respecta a sus condiciones expresas, sino también en todo aquello que, según la ley, los usos y la equidad, se considera, a la vista de la naturaleza de la obligación, una secuela necesaria del contrato.

Este repaso por la redacción de las leyes civilistas, sobre todo latinas, sirve para discutir sobre qué tipo de buena fe se ha reconocido en una jurisdicción específica, si acaso la buena fe contractual como cláusula general o en específico a la buena fe integrativa. Aunque pueda considerarse que la referencia a la buena fe como cláusula general sea suficiente para reconocer, a su vez, a las funciones de la buena fe en la etapa contractual, entendiéndose, interpretativa, integrativa y correctiva, no puede ignorarse la diversa técnica empleada por las diversas jurisdicciones nacionales y el impacto que ello puede tener sobre el modelo de buena fe adoptado. Nuevamente, la letra del legislador prima sobre la letra del profesor de derecho. Si podemos identificar hasta ocho adaptaciones de cómo regular a la buena fe, no puede concluirse que las ocho sean iguales. Los legisladores nacionales no modificaron la redacción del legislador francés y usaron los términos que emplearon por accidente.

e) La buena fe correctiva

Una novedad del Código Civil de Holanda (Burgerlijk Wetboek - BW) es que regula a la buena fe bajo la denominación «razonabilidad y equidad» (*redelijkheid en billijkheid*). Otra novedad del legislador holandés fue incluir disposiciones independientes y con una redacción clara y precisa que reconocen no solo a la buena fe como cláusula general o a la buena fe integrativa sino también a la buena fe correctiva, lo cual no se observa de manera expresa en otras leyes civiles. En efecto, el artículo 6:2 del BW señala en su primer párrafo a la buena fe como cláusula general y a continuación en su segundo párrafo indica que no pueden ejercerse derechos derivados del pacto, la ley o la costumbre de tal manera que sea contrario a la buena fe, mientras que el primer párrafo del artículo 6:248 reconoce a la buena fe integrativa y el segundo párrafo nuevamente a la buena fe correctiva.

Artículo 6:2. Razonabilidad y equidad en la relación entre acreedor y deudor

1. El acreedor y el deudor deben comportarse entre ellos de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.
2. Una regla vigente entre el acreedor y el deudor en virtud de la ley, la costumbre o el acuerdo no aplica en la medida que sea inaceptable en las circunstancias de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

Artículo 6:248. Efectos legales derivados de la ley, los usos y los estándares de razonabilidad y equidad

1. Un acuerdo no solo tiene los efectos legales que las partes han acordado, sino también aquellos que dada la naturaleza del acuerdo, surjan de la ley, de los usos o los estándares de razonabilidad y equidad.
2. Una regla a ser cumplida por las partes como resultado de su acuerdo, no aplica en la medida que dada las circunstancias sea inaceptable de acuerdo con los estándares de razonabilidad y equidad.

Este fuerte lenguaje usado por el legislador holandés despeja cualquier duda sobre el importante y amplio rol de la buena fe en el derecho de contratos.⁵² Ante cualquier controversia de las partes, no es necesario realizar mayor interpretación de la letra de la ley holandesa; basta con referirse a ella por su claridad.

Incluso, el artículo 6:258 del BW que reconoce a la *onvoorziene omstandigheden* (o *imprévision*) hace referencia en su primer párrafo a la buena fe como sustento de la adaptación o resolución del contrato ante el cambio de circunstancias, algo que no es usual en las modernas codificaciones civiles.⁵³

Artículo 6:258. Circunstancias imprevistas

1. En virtud de un derecho de acción de una de las partes de un contrato, la corte puede cambiar los efectos legales del contrato o resolverlo en su totalidad o en parte si hay circunstancias imprevistas de tal naturaleza que la otra parte, de acuerdo a los estándares de razonabilidad y equidad, no pueda esperar una continuación sin cambios del contrato. La corte puede modificar o resolver el contrato con efecto retroactivo.
2. La corte no modificará ni resolverá el contrato en la medida que las circunstancias imprevistas, en vista de la naturaleza del contrato o de la opinión común, deban quedar por cuenta de la parte que invoca estas circunstancias.
3. Para los efectos de este artículo, una persona a quien se le haya transferido un derecho u obligación del contrato, se equipara con una parte original de ese contrato.

La buena fe correctiva también tiene base legal expresa en una jurisdicción mixta como Quebec, conforme al artículo 7 de su Código Civil, mientras que la buena fe contractual como cláusula general se encuentra en el artículo 1375:

7. Ningún derecho puede ejercerse con la intención de perjudicar a otro o de forma excesiva e irrazonable, y por tanto contraria a las exigencias de la buena fe.

1375. Las partes se comportarán de buena fe tanto en el momento en que nazca la obligación como en el momento en que se cumpla o se extinga.

Respecto a los instrumentos de uniformización, cabe destacar el primer y tercer párrafo del artículo III.- 1:103 del DCFR. A diferencia de los PICC, PECL y PLDC, el DCFR no se limita a señalar que el contrato debe ejecutarse de buena fe, sino que profundiza en su desarrollo para señalar, entre otras cosas, que la buena fe debe verificarse en el ejercicio de los derechos y no solo en el cumplimiento de lo pactado (primer párrafo), y que el incumplimiento de la buena fe podría inhabilitar el ejercicio de otros derechos o remedios (tercer párrafo).

III.- 1:103: Buena fe contractual

- (1) Toda persona debe actuar de acuerdo con la buena fe y lealtad negocial fe en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual.

[...].

⁵² Véase SCHRAGE, Eltjo J. H. «The new Dutch Civil Code: some old, some new». En *Sri Lanka Journal of International Law*, 1992, vol. 4, pp. 99-120; TALLON, Denis. «The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point». En *European Review of Private Law*, 1993, vol. 1, pp. 189-199; VAN SCHILFGAARDE, Peter. «System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code». En *European Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 5, pp. 1-10; DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, pp. 397-412.

⁵³ Salvo el artículo 437 del Código Civil portugués. Incluso, el Código Civil de Argelia regula a la cláusula general de buena fe en el primer párrafo de su artículo 107 y en el tercer párrafo a la imprevisión. Algo similar se evidenciaba en el artículo 1198 del Código Civil argentino de 1869, cuyo primer párrafo regulaba a la buena fe contractual como cláusula general mientras que a partir del segundo párrafo a la excesiva onerosidad.

- (3) El incumplimiento de este deber no dará derecho directamente a los remedios por incumplimiento de una obligación, pero podrá impedir a la persona incumplidora el ejercicio de remedios, excepciones, u otros derechos de los que, de lo contrario, dispondría.

Finalmente, y según la ley aplicable, la ausencia de una disposición que regule a la buena fe correctiva podría ser reemplazada funcionalmente por la norma que prohíbe el abuso del derecho. Bajo esta postura, el abuso del derecho sería una aplicación concreta de la buena fe, de manera que cumpliría la misma tarea que la buena fe correctiva.

El primer párrafo del artículo 7 del Código Civil de España regula a la cláusula general de buena fe mientras que el segundo párrafo a la prohibición de abuso del derecho.

Artículo 7

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 2 del Código Civil de Suiza contiene la cláusula general de buena fe mientras que el segundo párrafo a la prohibición del abuso de derecho.

Artículo 2

1. Cada uno tiene que ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe.
2. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley.

De manera más clara, el artículo 334 del Código Civil portugués señala que el ejercicio de un derecho es ilegítimo cuando es contrario a la buena fe:

Artículo 334

(Abuso de derechos)

El ejercicio de un derecho es ilegítimo cuando su titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o la finalidad social o económica de dicho derecho.

Igualmente, mientras los artículos 9 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina reconocen a la buena fe como cláusula general, el artículo 10 siguiente reconoce a la prohibición de abuso del derecho y menciona en su segundo párrafo como un caso concreto de abuso la contravención a la buena fe.

Artículo 9. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Artículo 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

También téngase como referencia, en el derecho supranacional, a los Principios TransLex, de influencia alemana, que desarrollan a detalle la relación entre la buena fe correctiva y el abuso del derecho. El artículo I.1.1. de los Principios TransLex, el primero de todos, regula de manera amplia a la buena fe en el comercio internacional y en su comentario 4 señala que la buena fe puede ser utilizada para limitar el ejercicio de derechos, como lo hace la prohibición del abuso de derechos.⁵⁴

N.º I.1.1 - Buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional

- (a) Las partes de las transacciones comerciales internacionales deben actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial en el comercio internacional. Esta norma se aplica a la negociación, formación, ejecución e interpretación de los contratos internacionales.
- (b) Las normas y los requisitos impuestos a las partes por este Principio varían en función de las circunstancias individuales, como el sector comercial en el que operan las partes, su tamaño y grado de sofisticación profesional, y la naturaleza y duración del contrato.
- (c) Las partes no pueden excluir o limitar la aplicación de este Principio a su relación jurídica.

Comentario

[...]

4. Asimismo, el principio fundamental de la buena fe es la fuente de muchos otros principios y normas generales, aunque más específicos, del derecho mercantil transnacional, como el principio de la inviolabilidad de los contratos (*«pacta sunt servanda»*) como base del derecho contractual transnacional, la prohibición de comportamientos incoherentes, el deber de renegociar, el deber de notificar y cooperar con la otra parte, el derecho de compensación, las intenciones comunes de las partes como objetivo de toda interpretación de los contratos o la existencia de obligaciones contractuales implícitas. La buena fe también puede establecer límites al ejercicio de los derechos legales de las partes, por ejemplo, con respecto a la prohibición del abuso de derecho o el derecho de las partes a no cumplir. Antes de recurrir al principio general imperativo de la buena fe, siempre hay que tratar de aplicar estos principios y normas más específicos y concretos.

A su vez, el artículo I.1.4 de los Principios TransLex regula al abuso del derecho y en su comentario se indica que se trata de un clásico ejemplo de comportamiento contrario a la buena fe.

N.º I.1.4 - Abuso de derecho

Una parte no puede ejercer un derecho por el mero hecho de perjudicar a la otra parte o para conseguir un resultado desproporcionado con respecto al resultado previsto por el principio jurídico del que surge el derecho.

Comentario

Este principio ofrece un ejemplo clásico de un comportamiento contrario al principio general de buena fe y lealtad negocial.

El artículo 7.1 de los PICC regula a la cláusula general de buena fe sin hacer mención al abuso de derecho. Sin embargo, el comentario (2) a tal artículo señala que un caso típico de un comportamiento contrario a la buena fe es el abuso de derecho.

⁵⁴ Sobre la buena fe los Principios TransLex, y desde el análisis económico del derecho, véase LAVERDE, Santiago Dussan. «A commentary on the meaning of objective good faith in the Translex Principles through international arbitration: A Law & Economics approach». En *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, mayo-agosto 2021, n.º 2, vol. 13, pp. 164-179.

2. Abuso de derechos

Un ejemplo típico de comportamiento contrario al principio de buena fe y lealtad negocial es lo que en algunos sistemas jurídicos se conoce como «abuso de derecho». Se caracteriza por un comportamiento malintencionado de una parte que se produce, por ejemplo, cuando una parte ejerce un derecho con el único fin de perjudicar a la otra parte o con una finalidad distinta a la que se le había concedido, o cuando el ejercicio de un derecho es desproporcionado con respecto al resultado inicialmente previsto.

Se deberá revisar la ley nacional aplicable para concluir si el abuso del derecho puede considerarse como derivado de la buena fe, y en todo caso, si funcionalmente puede servir para obtener los mismos resultados que la buena fe correctiva.⁵⁵

Nuevamente, se puede observar que la misma buena fe no existe en una jurisdicción que solo contiene una cláusula general de buena fe, de aquella que además contiene una disposición normativa para la buena fe interpretativa, de aquella que también cuenta con una norma para la buena fe integrativa, de aquella que además reconoce a la buena fe integrativa. Como tal, y según la letra de la ley, el modelo de buena fe holandés puede considerarse como uno de los más fuertes.

f) Estados Unidos de América

El derecho americano es un caso interesante porque es un híbrido. La buena fe está reconocida para la ejecución contractual en la sección § 205 del Restatement (Second) of Contracts, bajo el título «Duty of good faith and fair dealings» (Deber de buena fe y lealtad negocial).

§ 205. Deber de buena fe y lealtad negocial

Todo contrato impone a cada una de las partes un deber de buena fe y lealtad en su ejecución y cumplimiento.

«*Good faith and fair dealings*» es una formulación particular que no cuenta con una traducción exacta para el *civil law*. Se considera que *fair dealing* (lealtad negocial o trato justo) representa un estándar objetivo de comportamiento, a diferencia de la buena fe que sería subjetiva. Sin embargo, la expresión «*good faith and fair dealings*» suele ser traducida simplemente como buena fe a secas ya que la lealtad negocial es considerada, en todo caso, como parte de la buena fe.

Por otro lado, más interesante es el hecho que la buena fe también esté regulada en un código americano, el Uniform Commercial Code - UCC.⁵⁶ La anterior sección § 1-203 —ahora sección § 1-304 pero con el mismo texto— contenía la cláusula general de buena fe, y a diferencia del Restatement, no usó la formulación «*good faith and fair dealing*» sino simplemente «*good faith*».

§ 1-203. Obligación de buena fe

Todo contrato o deber comprendido en este subtítulo impone una obligación de buena fe en su cumplimiento o ejecución.

§ 1-304. Obligación de buena fe

Todo contrato o deber dentro del Código Comercial Uniforme impone una obligación de buena fe en su cumplimiento y ejecución.

⁵⁵ En el derecho inglés, si bien se rechaza a la buena fe para dar preferencia al pacto de las partes, ello no significa que no exista un control en el ejercicio irracional de derechos. En principio, se admite el pacto de discreciones contractuales y se respecta su ejecutabilidad, sin embargo, se podría derivar un *implied term* de que el derecho no sea ejercicio de manera caprichosa y arbitraria. Esta vía legal permitiría obtener resultados similares a la buena fe correctiva, sin reconocer en primer lugar a la buena fe como cláusula general. Véase BRIDGE, Michael. «Limits on contractual freedom». En *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2019, n.º 3, vol. 7, pp. 387-412.

⁵⁶ La justificación de la existencia del UCC se encuentra explicada en LLEWELLYN, Karl. «Why a Commercial Code?». En *Tennessee Law Review*, 1953, vol. 22, pp. 779-785.

El comentario (1) a la actual sección § 1-304 explica que la buena fe le da contenido a otra obligación y que en virtud de ella no surge una obligación independiente y, en consecuencia, la buena fe sirve para interpretar el contrato dentro del contexto comercial en que se suscribió y ejecutó.

Esta sección no apoya una causa de acción independiente por no cumplir o hacer cumplir de buena fe. Más bien, esta sección significa que la falta de cumplimiento o ejecución de buena fe de un deber u obligación específica en virtud del contrato constituye un incumplimiento de dicho contrato o hace indisponible, en las circunstancias particulares, un derecho o facultad de reparación. Esta distinción deja claro que la doctrina de la buena fe se limita a orientar a los tribunales hacia la interpretación de los contratos en el contexto comercial en el que se crean, se ejecutan y se hacen cumplir, y no crea un deber independiente de equidad y razonabilidad que pueda incumplirse de forma independiente.

Además, la anterior sección § 1-201(19) definía «Buena fe» como «honestidad de hecho en la conducta o transacción en cuestión», mientras que conforme a la anterior sección § 2-103(1)(b) para el caso de los comerciantes se definía como «honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de lealtad negocial [*fair dealing*] en el comercio».⁵⁷ Fíjese que para el caso de los comerciantes, la definición de buena fe incluía expresamente a la lealtad negocial (*fair dealing*). La actual sección § 1-201(b)(20) señala que la buena fe «salvo que se disponga lo contrario en el artículo 5, se entiende la honestidad de hecho y la observancia de normas comerciales razonables de lealtad negocial».

Incluso, la anterior sección § 1-102(3) señalaba que ciertos deberes, entre ellos la buena fe, no pueden ser derogados por acuerdo de las partes, pero sí pueden definir un estándar para que los mismos sean cumplidos siempre que no sean manifiestamente irrazonables. En otras palabras, no se puede renunciar a la buena fe, pero sí definir el estándar de buena fe aplicable.

1-102. Propósitos; reglas de interpretación; variación por acuerdo

- (1) Este subtítulo se interpretará y aplicará liberalmente para promover sus propósitos y políticas subyacentes.
- (2) Los propósitos y políticas subyacentes de este subtítulo son
 - (a) simplificar, aclarar y modernizar la ley que rige las transacciones comerciales;

⁵⁷ Sobre todo, el derecho americano cuenta con importantes trabajos de los profesores Farnsworth, Summers y Burton, quienes representan el trípede de la buena fe americana, para los americanos y los comparatistas. Véase FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Codes». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, pp. 666-679; SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». *Op. cit.*, pp. 195-267; BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94, pp. 369-404; BURTON, Steven J. «Good faith performance of a contract within article 2 of the Uniform Commercial Codes». En *Iowa Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 67, pp. 1-30; SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, pp. 810-840; BURTON, Steven J. «More on good faith performance of a contract: a reply to Professor Summers». En *Iowa Law Review*, 1984, n.º 2, vol. 69, pp. 497-512; FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». *Op. cit.*, pp. 217-294; BURTON, Steven J. *Judging in good faith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992; FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice view». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35, pp. 1533-1564; FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170; FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, pp. 47-64; SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 118-136; SUMMERS, Robert S. «Good faith revisited: some brief remarks dedicated to the late Richard E. Speidel – Friend, co-author, and U.C.C. specialist». En *San Diego Law Review*, 2009, vol. 46, pp. 723-732; BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 210-218. También véase SPEIDEL, Richard E. «The “duty” of good faith in contract performance and enforcement». En *Journal of Legal Education*, 1996, n.º 4, vol. 46, pp. 537-545; LITVINOFF, Saul. «Good faith». En *Tulane Law Review*, 1996, n.º 6, vol. 71, pp. 1645-1674; HOUH, Emily M.S. «The doctrine of good faith in contract law: a (nearly) empty vessel». En *Utah Law Review*, 2005, n.º 103, pp. 1-56; MARKOVITS, Daniel. «Good faith as contract’s core value». En KLASS, Gregory; LETSAS, George y SAPRAI, Prince (eds.). *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: OUP Oxford, 2014, pp. 272-293.

- (b) permitir la continua expansión de las prácticas comerciales a través de la costumbre, el uso y el acuerdo de las partes;
 - (c) uniformizar el derecho entre las distintas jurisdicciones.
- (3) El efecto de las disposiciones de este subtítulo puede ser variado por acuerdo, excepto que se disponga lo contrario en este subtítulo y salvo que las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritas por este subtítulo no pueden ser eximidas por acuerdo, sino que las partes pueden, por acuerdo, determinar los estándares por los cuales el cumplimiento de tales obligaciones debe ser medido si tales estándares no son manifiestamente irrazonables.
- (4) La presencia en ciertas disposiciones de este subtítulo de las palabras «salvo acuerdo en contrario» o palabras de significado similar no implica que el efecto de otras disposiciones no pueda ser variado por acuerdo en virtud del apartado (3).
- (5) En este subtítulo, a menos que el contexto requiera otra cosa
- (a) las palabras en número singular incluyen el plural, y en el plural incluyen el singular;
 - (b) las palabras del género masculino incluyen el femenino y el neutro, y cuando el sentido lo indique las palabras del género neutro pueden referirse a cualquier género.

La sección § 1-102 se convirtió en la nueva sección § 1-302, que contiene un texto similar en su párrafo (b), que señala que no se puede excluir a la buena fe pero sí pactar el estándar de buena fe aplicable.

§ 1-302. Variación por acuerdo

- (a) Salvo que se disponga lo contrario en la subsección (b) o en otra parte del [Código Comercial Uniforme], el efecto de las disposiciones del [Código Comercial Uniforme] puede ser variado por acuerdo.
- (b) Las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado prescritas por [el Código de Comercio Uniforme] no pueden ser eximidas por acuerdo. Las partes, mediante acuerdo, pueden determinar los estándares por los que se medirá el cumplimiento de dichas obligaciones si dichos estándares no son manifiestamente irrazonables. Siempre que [el Código de Comercio Uniforme] requiera que una acción se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, podrá fijarse por acuerdo un plazo que no sea manifiestamente irrazonable.
- (c) La presencia en ciertas disposiciones del [Código de Comercio Uniforme] de la frase «a menos que se acuerde lo contrario», o palabras de significado similar, no implica que el efecto de otras disposiciones no pueda ser variado por acuerdo bajo esta sección.

A su vez, el UCC distinguió entre dos acepciones de buena fe, el *good faith purchase* y el *good faith performance*, que son los equivalentes a la buena fe subjetiva (reales) y buena fe objetiva (contratos) del *civil law*, las cuales fueron usadas a lo largo del texto original del UCC en diversas disposiciones específicas como la sección § 1-102(9) que define al «Buyer in ordinary course of business», sección § 1-208 sobre «Option to accelerate at will», sección § 2-305(2) sobre «Open price term», sección § 2-306 sobre «Output, requirements and exclusive dealings», sección § 2-311(1) sobre «Options and cooperation respecting performance», sección § 2-323(2)(b) sobre «Form of bill of lading required in overseas shipment; overseas», sección § 2-328(4) sobre «Sale by auction», sección § 2-402(2) sobre «Rights of seller's creditors against sold goods», sección § 2-403(1) sobre «Power to transfer; good faith purchase of goods; entrusting», sección § 2-506(2) sobre «Rights of financing agency», sección § 2-603(3) sobre «Merchant buyer's duties as to rightfully rejected goods», sección § 2-615 sobre «Excuse by failure of presupposed conditions», y otras.

Uno de los principales redactores del UCC fue Karl Llewellyn, quien conocía el derecho alemán, la *Treu und Glauben* del artículo § 242 y la *Geschäftsgrundlage* del artículo § 313 del BGB. Por ello, no debe sorprender que el derecho americano cuente con un código de influencia alemana y que tal

influencia se haya materializado —conforme al texto original— en el reconocimiento de la buena fe como cláusula general, que se haya empleado a la buena fe en exceso en diversas disposiciones específicas, y que incluso se hayan propuesto dos definiciones sobre qué es la buena fe,⁵⁸ algo que no ocurre ni en las codificaciones civiles del *civil law*.

Sin embargo, aunque uno pueda apreciar que el UCC hace un uso abundante de la buena fe, ello no significa que se trate de un modelo fuerte de buena fe como el alemán. Por ejemplo, la anterior sección § 2-615 «Excuse by failure of presupposed conditions», que regulaba a la *impracticability*, es una adaptación de la *Geschäftsgrundlage* del artículo § 313 del BGB.

2-615. Excusa por incumplimiento de las condiciones presupuestas

Salvo en la medida en que el vendedor haya asumido una obligación mayor y sin perjuicio de lo dispuesto en la sección anterior sobre el cumplimiento sustitutivo:

- (a) El retraso en la entrega o la falta de entrega total o parcial por parte de un vendedor que cumpla con los párrafos (b) y (c) no es un incumplimiento de su obligación en virtud de un contrato de venta si el cumplimiento según lo acordado se ha hecho impracticable por la ocurrencia de una contingencia cuya no ocurrencia era una suposición básica sobre la que se hizo el contrato o por el cumplimiento de buena fe de cualquier regulación u orden gubernamental extranjera o nacional aplicable, independientemente de que luego resulte ser inválida.
- (b) Cuando las causas mencionadas en el apartado a) solo afecten a una parte de la capacidad de ejecución del vendedor, este deberá repartir la producción y las entregas entre sus clientes, pero podrá incluir, a su elección, a los clientes habituales que no estén en ese momento bajo contrato, así como sus propias necesidades de fabricación posterior. El vendedor puede distribuir la producción de cualquier manera que sea justa y razonable.
- (c) El vendedor debe notificar al comprador, con la debida antelación, que se producirá un retraso o una falta de entrega y, cuando se requiera una asignación en virtud del apartado (b), la cuota estimada que se pone a disposición del comprador.

Conforme al párrafo (a) de la anterior sección § 2-615, el efecto de la *impracticability* es la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento del contrato. No se prescribían consecuencias preservatorias del contrato como la renegociación o la adaptación judicial, que son consecuencias típicas de la imprevisión o excesiva onerosidad en el *civil law*. Sin embargo, el comentario (6) a la anterior sección § 2-615 señalaba que si es necesario para evitar situaciones injustas, debería proceder la adaptación del contrato conforme a la buena fe.

En las situaciones en las que ni el sentido ni la justicia se ven favorecidos por ninguna de las dos respuestas cuando la cuestión se plantea en términos planos de «excusa» o «no excusa», es necesario la adaptación en virtud de las diversas disposiciones de este artículo, especialmente las secciones sobre la buena fe, sobre la inseguridad y la garantía y sobre la lectura de todas las disposiciones a la luz de sus promesas, y la política general de esta ley de utilizar los principios equitativos en favor de las normas comerciales y la buena fe.

A pesar de ello, en el derecho americano los contratos no se modifican ante un cambio de circunstancias. De hecho, el único caso reportado ha sido Aluminum Co. of America (Alcoa) vs. Essex Group (1980),⁵⁹ el cual fue considerado como un caso grotesco y un monumento solitario en un paisaje desolado,⁶⁰ ya que permaneció como excepcional. Entonces, a pesar de que el derecho americano cuenta con la buena fe y reconocida por un código, la misma no es usada de manera amplia ni tiene el poder de una buena fe civilista como la alemana. Como explica Flechtner:

⁵⁸ Véase WHITMAN, James. «Commercial law and the American *Volke*: A note on Llewellyn's German sources for the Uniform Commercial Code». En *The Yale Law Journal*, 1987, n.º 1, vol. 97, pp. 156-175; MAGGS, Gregory E. «Karl Llewellyn's fading imprint on the jurisprudence of the Uniform Commercial Code». En *University of Colorado Law Review*, 2000, vol. 71, pp. 1-47.

⁵⁹ Aluminum Co. of America vs. Essex Group, Inc., 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

⁶⁰ DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: The United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, p. 26.

Así, la obligación general de buena fe del UCC ha sido tratada como un principio interpretativo o de fondo relativamente débil que carece de la suficiente independencia para fundamentar una causa de acción por incumplimiento, a menos que este pueda vincularse a otra norma jurídica, o a una disposición contractual expresa o implícita concreta. Esto refleja, sin duda, la tradicional desconfianza en la tradición del common law inglés, que es la base del derecho contractual estadounidense, sobre la vaguedad del concepto de buena fe, y la sensación de que un principio de buena fe fuerte daría a los jueces un peligroso poder para crear obligaciones contractuales que las partes no habían acordado realmente. La interpretación de la obligación general de buena fe del UCC como un principio interpretativo limitado y subsidiario contrasta con el papel asertivo de la buena fe previsto por los redactores del PECL.⁶¹

Finalmente, aunque el Restatement y el UCC solo reconocen a la buena fe contractual (*performance and enforcement*) y excluyen a la buena fe precontractual, las cortes americanas han suplido este vacío en cierta manera. En principio, en las tratativas no surgen derechos y deberes entre las partes mientras no se haya suscrito un contrato y, en consecuencia, no hay responsabilidad entre ellas por ruptura de las tratativas. Esta es la perspectiva *all-or-nothing* sobre las negociaciones.⁶² En todo caso, la parte perjudicada podría accionar por *promissory estoppel*. Sin embargo, como advertía Scott, lo más interesante no está en la posibilidad de invocar *promissory estoppel* en las tratativas sino en prestar atención al desarrollo por parte de las cortes sobre la existencia de un deber de negociar de buena fe en documentos precontractuales, incluso no vinculantes (MOU, LOI, entre otros).⁶³ Ello se puede observar en los casos *Hoffman vs. Red Owl Stores* (1965), *Teachers Insurance & Annuity Association of America vs. Tribune Co.* (1987) y *SIGA Technologies Inc. vs. PharmAthene* (2013).⁶⁴

4.2. *Los instrumentos internacionales de derecho uniforme*

En el derecho contractual internacional tampoco se observa uniformidad —curiosamente— entre los diversos instrumentos internacionales de derecho uniforme.⁶⁵ Lo relevante de estos instrumentos es que parten del derecho comparado para proponer un derecho supranacional por encima de las jurisdicciones nacionales. Usualmente todos estos instrumentos cuentan con una disposición que señala que el mismo debe ser interpretado de manera autónoma y teniendo en cuenta su carácter internacional para promover la uniformidad en su aplicación. Para tal objetivo, se intenta no usar conceptos domésticos (*homeward trend bias*); sin embargo, a veces ello es inevitable.⁶⁶

Los diversos instrumentos internacionales hacen referencia a la buena fe —incluso, algunos precisan que se trata de una buena fe en el comercio internacional—, pero no todos regulan el mismo modelo de buena fe si se tiene como referencia las diversas manifestaciones que puede tener la buena fe: buena fe precontractual, buena fe contractual, buena de interpretativa, buena fe integrativa y buena

⁶¹ FLECHNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13, p. 310.

⁶² Véase FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». *Op. cit.*, pp. 217-294; SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Precontractual liability and preliminary agreements». *Op. cit.*, pp. 661-707.

⁶³ Véase SCOTT, Robert E. «*Hoffman vs. Red Owl Stores* and the Myth of Precontractual Reliance». En *Ohio State Law Journal*, 2007, vol. 68, pp. 71-101.

⁶⁴ *Hoffman vs. Red Owl Stores, Inc.* 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965); *Teachers Ins. & Annuity Asso. vs. Tribune Co.* – 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987); *SIGA Techs. Inc. vs. Pharmathene, Inc.* – 67 A.3d 330 (Del. 2013). Véase GARCÍA LONG, Sergio. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». *Op. cit.*, pp. 193-257.

⁶⁵ A veces se discute si es mejor hablar de «armonización» en lugar de «uniformización». En realidad, son ambos. Respecto a las jurisdicciones nacionales, un instrumento internacional promueve la armonización al proponer un derecho contractual modelo que sirva de guía para futuras reformas en los derechos nacionales, respetando las diferencias culturales y sin llegar a la uniformización. Respecto a la contratación internacional, un instrumento internacional busca la aplicación uniforme del mismo para crear con el tiempo un derecho único y autónomo de carácter supranacional que facilite la contratación internacional, lo cual no es posible si cada parte exigirá su propio derecho nacional como ley aplicable al contrato. Por ejemplo, los PICC pueden ayudar a interpretar y suplementar el derecho nacional, y a la misma vez, promover la uniformización de su aplicación en el ámbito internacional. De allí que todos los instrumentos internacionales tengan una disposición sobre la interpretación de su texto que exige interpretarlo teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformización en su aplicación.

⁶⁶ Véase FERRARI, Franco. «Tendencia nacionalista vs tendencia importadora en la jurisprudencia de la CVIM». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 199-218.

fe correctiva, incluso la buena fe interpretativo del respectivo instrumento internacional (no del contrato).

La presencia de diferentes modelos de buena fe se debe al perfil y ámbito de aplicación que pueda tener el respectivo instrumento de derecho uniforme. En la práctica contractual internacional interactúan partes del *civil law* y *common law*, y con ocasión de ello, entran en conflicto las diferentes filosofías sobre el derecho de contratos. Usualmente se considera que en el plano internacional se prefiere por la filosofía anglosajona restrictiva de la buena fe, el respecto del *pacta sunt servanda*, la desconfianza en conceptos ambiguos y en la intervención de las cortes para modificar el contrato. Como tal, los instrumentos internacionales que buscan ser —vale la redundancia— verdaderamente internacionales, tienen pocas o ninguna referencia a la buena fe.⁶⁷

Por el contrario, aquellos instrumentos que tienen como ámbito de aplicación jurisdicciones del *civil law*, no son verdaderamente internacionales porque no necesitan tomar en cuenta la posición anglosajona. Como consecuencia de lo anterior, cuentan con muchas referencias a la buena fe.

Por un lado, tenemos a los PECL, DCFR, PLDC y PICC, y en el otro lado, a la CISG y los Principios OHADAC.⁶⁸ Con relación a la buena fe, el DCFR (Libros I, II y III) contiene 25 disposiciones que hacen expresa mención a la buena fe, los PECL (partes I, II y III) cuentan con 19 disposiciones sobre la buena fe, los PLDC con 17 y los PICC con 6 disposiciones. En el otro extremo, la CISG cuenta con una sola disposición que hace referencia a la buena fe mientras que los Principios OHADAC no tienen ninguna.

Es interesante prestar atención a la diferente técnica legislativa que se emplea en los diferentes instrumentos internacionales, a efectos de discernir sobre la verdadera necesidad de hacer mención a la buena fe en materias que tal vez no necesitarían su mención. Zimmermann y Whittaker explicaban que la buena fe es una reina de reglas porque es usada como base legal para crear nuevas teorías, pero también es una plaga mortal porque contagia a diversas instituciones jurídicas que no necesitan estar conectadas a ella. Por ello, se recomienda limitar su uso.⁶⁹ Al final, el resultado es que se tiene a un montón de instituciones jurídicas que, a pesar de tener contenido propio y autonomía, y ser muy distintas entre ellas, son inconvenientemente vinculadas a la buena fe. En otras palabras, de alguna u otra manera se considera que tienen en común a la buena fe, aunque en común no tengan nada en realidad. El problema es que se teme cortar el cordón umbilical. Por ello, Kötz⁷⁰ considera que invocar a la buena fe es solo una práctica ociosa y solo para embellecer el fundamento legal.

Entonces, si con relación a la buena fe en Alemania, una de las jurisdicciones con el modelo más fuerte de buena fe, destacados comparatistas alemanes consideran que «ya fue suficiente», ¿no sería recomendable limpiar el derecho de contratos de menciones excesivas e innecesarias a la buena fe? Los instrumentos de derecho uniforme pudieron ser una oportunidad para realizar esta purificación. Algunos lo hicieron; otros no.

A continuación, se presenta el marco normativo de cada uno de los instrumentos internacionales mencionados, los cuales son presentados en un orden particular. En primer lugar, los PECL y luego el DCFR porque los PECL son el antecedente de aquel, aunque el segundo cuente con más disposiciones sobre la buena fe que el primero. Luego los PICC porque tienen menos disposiciones que los PECL, aunque los PICC sean su antecedente, y al final los PLDC por ser el más reciente cronológicamente hablando. Estos modelos civilistas serán confrontados con la CISG, que es el antecedente

⁶⁷ Véase ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321.

⁶⁸ OHADAC Principles on International Commercial Contracts.

⁶⁹ ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». *Op. cit.*, pp. 31-32. También en ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture two – The Transition from *civil law* to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era?». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, p. 86.

⁷⁰ KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». En CANE, Peter y STAPLETON, Jane (eds.). *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 250.

de todos los instrumentos antes mencionados y que solo cuenta con una disposición sobre la buena fe, y se concluye con los Principios OHADAC que están libres de la buena fe.

a) *Principles of European Contract Law (PECL)*

Los PECL (partes I, II y III) representan el instrumento de uniformización en materia contractual para la Unión Europea,⁷¹ y como tal, tenían que mostrar el sentimiento que tienen los civilistas en torno al derecho de contratos y ello significa un amplio reconocimiento de la buena fe, aunque ello sea lamentado por el profesor inglés Hugh Beale, uno de los editores generales.⁷²

En total, existen 19 disposiciones en los PECL que hacen referencia a la buena fe: artículos 1:102 (Libertad contractual), 1:106 (Interpretación e integración), 1:201 (Buena fe contractual), 1:302 (Definición de lo razonable), 1:305 (Imputabilidad e intención), 2:301 (Negociaciones contrarias a la buena fe), 3:201 (Poder expreso, implícito y transparente), 4:103 (Error esencial de hecho o de derecho), 4:107 (Dolo), 4:109 (Beneficio excesiva o ventaja injusta), 4:110 (Cláusulas abusivas no negociadas individualmente), 4:118 (Exclusión o restricciones de las acciones), 5:102 (Circunstancias relevantes), 6:102 (Términos implícitos), 6:111 (Cambio de circunstancias), 8:109 (Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela), 11:204 (Compromisos del cedente), 11:308 (La modificación no autorizada no es vinculante para el cesionario) y 16:101 (Interferencia con las condiciones).

Dentro de las 19 disposiciones citadas destacan aquellas sobre la buena fe como parte de la libertad contractual (artículo 1:102), la buena fe como criterio de interpretación de los PECL (artículo 1:106), la buena fe contractual como cláusula general (artículo 1:201), la buena fe precontractual (artículo 2:301), la buena fe interpretativa del contrato (artículo 5:102) y la buena fe integrativa (artículo 6:102).

Artículo 1:102: Libertad contractual

- (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y lealtad negocial, y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.
- (2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Artículo 1:106: Interpretación e integración

- (1) Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe y lealtad negocial, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de aplicación.
- (2) Las cuestiones que tengan cabida en el campo de aplicación de estos principios pero que no estén expresamente resueltas en ellos, se solventarán en lo posible de acuerdo con las ideas en que se basan los principios. En su defecto, se aplicará la normativa que corresponda conforme a las normas de derecho internacional privado.

Artículo 1:201: Buena fe y lealtad contractual

- (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe y lealtad contractual.

⁷¹ Véase BEALE, Hugh. «Transnational contract law: Lando's contribution and the way forward». En *European Review of Private Law*, 2020, n.º 3, vol. 28, pp. 465-486.

⁷² Véase BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The "good faith" clauses». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218. También LANDO, Ole. «Is good faith an overarching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.

(2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe

- (1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.
- (3) En especial es contrario a la buena fe y lealtad negocial que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Artículo 5:102: Circunstancias relevantes

Para interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente:

- (a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares.
- (b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato.
- (c) La naturaleza y objeto del contrato.
- (d) La interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas.
- (e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares.
- (f) Los usos.
- (g) Las exigencias de la buena fe y lealtad negocial.

Artículo 6:102: Términos implícitos

Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de:

- a) La intención de las partes.
- b) La naturaleza y el objeto del contrato, y
- c) La buena fe y lealtad negocial.

Primero, el comentario (a) del artículo 1:201 (Buena fe y lealtad negocial) señala que la buena fe es un principio básico que se encuentra a lo largo del texto de los PECL, en diversas de sus disposiciones. Algo que es necesario notar, y que demuestra la posición pro buena fe de los PECL, es que el comentario (a) pone ejemplos de disposiciones que se basan en la buena fe, entre ellas, disposiciones que hacen expresa referencia a la buena fe y otras que no, y que pesar de ello, se considera que están inspiradas en la buena fe, como el artículo 2:302 sobre información confidencial, el artículo 8:104 sobre la posibilidad de curar un incumplimiento y el artículo 9:102 sobre la improcedencia de la pretensión de cumplimiento cuando ello representa un esfuerzo o gasto irrazonable. Estas disposiciones no hacen referencia a la buena fe, pero el comentario (a) señala que son aplicaciones específicas de la buena fe. Esto demuestra el fuerte rol que los PECL reconocen a la buena fe.

A. Buena fe y lealtad negocial

Este artículo establece un principio básico que atraviesa los Principios. La buena fe y la lealtad negocial son requeridas en la formación, cumplimiento y ejecución de los deberes de las partes bajo un contrato, e igualmente en el ejercicio de los derechos de una parte bajo el contrato. Las aplicaciones particulares de esta regla aparecen en disposiciones específicas de los presentes Principios, tales como el deber de una parte de no negociar un contrato sin la intención real de llegar

a un acuerdo con la otra parte (artículo 2:301), de no revelar información confidencial proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones (artículo 2:302), y de no aprovecharse injustamente de la dependencia de la otra parte, de sus dificultades económicas o de otras debilidades (artículo 4:109). La buena fe y la lealtad negocial son un factor importante a la hora de determinar las cláusulas implícitas de un contrato (artículo 6:102); y otorgan al deudor el derecho a subsanar un cumplimiento defectuoso antes del plazo de ejecución (artículo 8:104) y a negarse a realizar el cumplimiento específico de una obligación contractual si ello le supone un esfuerzo y un gasto no razonables (artículo 9:102).⁷³

Segundo, el comentario (b) del artículo 1:201 profundiza sobre la importancia de la buena fe en los PECL y señala que la buena fe sirve para complementar a los PECL e incluso para sobreponerse a los mismos si la aplicación estricta de alguna de sus disposiciones pudiera generar un resultado injusto.

B. No se limita a normas específicas

El concepto es, sin embargo, más amplio que cualquiera de estas aplicaciones específicas. Se aplica en general como complemento del artículo 1:104 sobre Usos. Su propósito es hacer cumplir las normas comunitarias de decencia, equidad y razonabilidad en las transacciones comerciales, véase el artículo 1:108 sobre Razonabilidad. Complementa las disposiciones de los Principios, y puede prevalecer sobre otras disposiciones de estos Principios cuando su estricta observancia conduzca a un resultado manifiestamente injusto. Así, aunque el incumplimiento de una obligación sea fundamental porque el cumplimiento estricto de la obligación es de la esencia del contrato según el artículo 8:103, no se permitiría a una parte resolver por un incumplimiento trivial de la obligación.⁷⁴

Lo anterior es reconfirmado por el comentario (g), el cual señala que si la ejecución de un pacto válido producirá un resultado injusto, la corte evaluará el caso concreto para decidir si prima el pacto o la justicia, para lo cual deberá tomar en cuenta la seguridad jurídica.

G. Limitaciones del artículo 1:201

A veces existe un conflicto entre una norma legal y la justicia. La ley o una cláusula contractual, por lo demás válida, puede conducir, dadas las circunstancias, a un resultado manifiestamente injusto. Si en tales casos el tribunal debe dejar que la justicia prevalezca dependerá, entre otras cosas, de hasta qué punto la seguridad y la previsibilidad de las relaciones contractuales se verían afectadas si se dejara que la justicia se impusiera.⁷⁵

Tercero, fíjese que el artículo 1:201 no hace referencia a una buena fe a secas o a una buena fe en el comercio internacional (como la CISG y los PICC), sino que habla de una «buena fe y lealtad negocial», una formulación de perfil anglosajón y no civilista. Parece que ello fue resultado de la influencia del profesor inglés Hugh Beale, uno de los directores generales de los PECL (partes I y II), para que el concepto de buena fe sea más digerible para los anglosajones. *Fair dealing* le agrega objetividad a la buena fe (que al ser moralista, tiene carácter subjetivo).

La versión en inglés de los PECL usa la denominación «*good faith and fair dealing*» que a veces se traduce al castellano como «buena fe». Sin embargo, tal formulación debe traducirse necesariamente como «buena fe y lealtad negocial» (o «buena fe y trato justo») para no omitir esta particular técnica legislativa y la explicación que se hace de la misma en el comentario (e) del artículo 1:201.

Aunque es entendible la necesidad de darle objetividad al concepto de buena fe, consideramos que para un instrumento internacional de perfil civilista hubiera sido preferible usar la denominación omnicompreensiva «buena fe», incluso si la misma no es exacta para ciertas jurisdicciones civilistas como Alemania con «*Treu und Glauben*» (buena fe y fidelidad), Austria con «*redlichen Verkehrs*» (lealtad

⁷³ LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.). *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised*. Boston: Kluwer Law International, 2000, p. 113.

⁷⁴ *Idem*, p. 114.

⁷⁵ *Idem*, p. 116.

negocial o trato justo) y Holanda con «*redelijkheid en billijkheids*» (razonabilidad y equidad). Sin perjuicio de ello, el término común en español para el *civil law* es «buena fe» y no «buena fe y lealtad negocial». En todo caso, se considera que la lealtad negocial es parte de la buena fe, y por ello, bastaría con hacer referencia a la «buena fe».⁷⁶

El comentario (e) explica que «buena fe» es un concepto subjetivo mientras que «lealtad negocial» uno objetivo, pero precisa que esta buena fe («subjetiva») no es igual a la buena fe subjetiva que se usa en las adquisiciones de buena fe, la cual sería otra noción de buena fe subjetiva (si se quiere, más «subjetiva» aún). Esta distinción entre «buena fe» y «lealtad negocial» se hace desde una perspectiva comparada y teniendo presente la posición anglosajona sobre la buena fe, que siempre la considera como un concepto ambiguo y subjetivo, a diferencia de la lealtad negocial que se agrega para darle objetividad al comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato. Por ello, cuando la buena fe es regulada en la sección § 205 del Restatement (Second) of Contracts, es formulada como *good faith and fair dealing*. Sin perjuicio que esta perspectiva comparada sea correcta, para jurisdicciones civilistas de Europa basta con hacer referencia a la buena fe a secas, sobre todo si el comentario (e) explicará que la lealtad negocial es parte de la buena fe en jurisdicciones nacionales. En todo caso, se hubiera usado buena fe y precisado que se trataba de un estándar objetivo.

E. Distinción de la buena fe y la lealtad negocial

La «buena fe» significa honestidad y lealtad mental, que son conceptos subjetivos. Una persona, por ejemplo, no debería tener derecho a ejercer un recurso si hacerlo no le beneficia y su único propósito es perjudicar a la otra parte. El concepto de «lealtad negocial» se refiere a la observancia de la equidad de hecho, que es una prueba objetiva; véase, por ejemplo, la ilustración 3. En el idioma francés, ambos conceptos están cubiertos por la expresión «*bonne foi*» y en alemán por «*Treu und Glauben*».

El concepto de buena fe (*bonne foi*), tal como se establece en el artículo 1:201, es diferente de la «buena fe» de un comprador que adquiere bienes o documentos de titularidad sin tener conocimiento de las reclamaciones de terceros sobre los bienes o documentos. El artículo 1:201 no se refiere a las adquisiciones de buena fe. El concepto de buena fe en este artículo también es diferente del utilizado en el artículo 3:201(3), según el cual se considera que un representado ha otorgado poderes a un representante cuando su conducta induce al tercero de buena fe a creer que el representante tiene poderes.⁷⁷

Finalmente, el comentario (h) se pronuncia sobre el segundo párrafo del artículo 1:201 que señala que no es posible excluir o limitar a la buena fe.

H. El artículo 1:201 es obligatorio

El apartado (2) establece que las partes no pueden excluir mediante su acuerdo el deber de buena fe y lealtad negocial previsto en el apartado (1). Tampoco pueden modificar sus efectos. Sin embargo, lo que se entiende por buena fe dependerá en cierta medida de lo que hayan acordado las partes en su contrato. Así, las partes pueden acordar que incluso un incumplimiento técnico puede dar derecho a la parte perjudicada a rechazar el cumplimiento, cuando, por ejemplo, sus agentes pueden constatar un incumplimiento técnico, pero no si es una nimiedad o no.

Sin embargo, una parte no debe tener derecho a aprovecharse de una cláusula del contrato o de uno de estos Principios de una manera que, dadas las circunstancias, sería inaceptable según las normas de la buena fe y la lealtad negocial. El lenguaje contractual que otorga a una parte tal derecho no debe ser aplicado.⁷⁸

En conclusión, se puede observar que los PECL cuentan con un fuerte modelo de buena fe porque (i) se reconoce a la buena fe contractual como cláusula general; (ii) la buena fe es mencionada en diversas disposiciones específicas; (iii) se considera que la buena fe inspira a otras disposiciones

⁷⁶ FARNSWORTH, E. Allan. «A Common lawyer's view of his Civilian colleagues». En *Louisiana Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 57, p. 234.

⁷⁷ LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.). *Principles of European Contract Law. Parts 1 and II. Combined and revised. Op. cit.*, pp. 115-116.

⁷⁸ *Idem*, p. 116.

incluso si no la mencionan en su texto; (iv) la buena fe puede sobreponerse a las mismas disposiciones de los PECL o a un pacto válido si su ejecución producirá un resultado injusto; y, (v) la buena fe no puede ser excluida o limitada por parte.

b) Draft Common Frame of Reference (DCFR)

El DCFR sigue muy de cerca a los PECL, y con relación a la buena fe, también le reconoce un importante rol, incluso a mayor detalle en comparación de los PECL, su antecedente.⁷⁹ Sobre este mayor desarrollo es relevante tener en cuenta que el DCFR contiene 10 libros sobre diferentes materias de derecho privado,⁸⁰ y como tal, es un instrumento más amplio que aquellos enfocados exclusivamente en la parte general del derecho de contratos. Así mismo, el DCFR cuenta con una Introducción, Principios y Definiciones, que complementan y explican las reglas contenidas en los 10 libros. Por esta mayor amplitud y extensión, hubo la oportunidad de incluir mayores referencias a la buena fe.

De los 10 libros del DCFR cabe destacar, a estos efectos, el Libro I (Provisiones generales), Libro II (Contratos y otros actos jurídicos) y Libro III (Obligaciones y derechos correspondientes), que contienen en conjunto 25 disposiciones que hacen expresa mención a la buena fe: los artículos I-1:102 (Interpretación y desarrollo), I.- 1:103 (Buena fe y lealtad negocial), II.- 1:106 (Forma), II.- 3:301 (Negociaciones contrarias a la buena fe y lealtad negocial), II.- 6:103 (Apoderamiento), II.- 7:201 (Error), II.- 7:205 (Dolo), II.- 7:207 (Explotación indebida), II.- 7:215 (Exclusión y restricción de remedios), II.- 8:101 (Reglas generales de interpretación de los contratos), II.- 8:102 (Cuestiones relevantes), II.- 8:201 (Reglas generales de interpretación de otros actos jurídicos), II.- 9:101 (Términos de un contrato), II.- 9:201 (Efecto de la simulación), II.- 9:403 (Significado de «abusivo» en contratos entre empresarios y consumidores), II.- 9:404 (Significado de «abusivo» en contratos entre no empresarios), II.- 9:405 (Significado de «abusivo» en contratos entre empresarios), III.- 1:103 (Buena fe y lealtad negocial), III.- 1:106 (Derechos y obligaciones condicionales), III.- 1:110 (Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio de circunstancias), III.- 3:105 (Cláusula de exclusión o limitación de remedios), III.- 3:205 (Cuando el acreedor no tiene que dar al deudor la oportunidad de subsanación), III.- 3:711 (Cláusulas abusivas relativas al pago de intereses), III.- 5:112 (Garantías por parte del cedente) y III.- 5:119 (Cumplimiento en favor de una persona que no es el acreedor).

Como explican Eidenmüller, Faust, Grigoleit, Jansen, Wagner y Zimmermann:

En total, la buena fe y/o la lealtad negocial aparecen más de 20 veces en el texto del DCFR. Si esta omnipresencia fue planeada, la intención fue presumiblemente enfatizar la relevancia de la buena fe y la lealtad negocial en beneficio de aquellos que tradicionalmente no están familiarizados con esa noción, particularmente los abogados ingleses.⁸¹

En la Introducción y Principios del DCFR se encuentran diversos párrafos que ayudan a entender el propósito de las reglas del DCFR, entre ellas, el uso de la buena fe.

El párrafo 72 de la Introducción al DCFR se titula «Buena fe como ejemplo» (*Good faith as example*), y lo primero que llama la atención es que se refiere al «principio de buena fe» (*principle of good faith*), porque a lo largo del texto del DCFR se hace mención a la «buena fe y lealtad negocial» (*good faith and fair dealing*) sin hacer uso del término «principio». Por otro lado, a pesar de que el DCFR usa

⁷⁹ Sobre la buena fe en el DCFR, véase EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard. «The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems». En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, n.º 4, vol. 28, pp. 659-708; FU, Junwei. *Modern European and Chinese Contract Law*. Op. cit., pp. 61-66; TETTENBORN, Andrew. «Good faith, the DCFR and Shipping Law». En *European Journal of Commercial Contract Law*, 2015, n.º 1/2, pp. 67-76.

⁸⁰ Book I General provisions, Book II Contracts and other juridical acts, Book III Obligations and corresponding rights, Book IV Specific contracts and the rights and obligations arising from them, Book V Beneficial intervention in another's affairs, Book VI Non-contractual liability arising out of damage caused to another, Book VII Unjustified enrichment, Book VIII Acquisition and loss of ownership of goods, Book IX Proprietary security rights in movable assets, y Book X Trusts.

⁸¹ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard. «The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems». Op. cit., p. 674.

de manera excesiva las referencias a la buena fe, es consciente que la buena fe tiene un tratamiento distinto en el derecho comparado, y por ello, precisa que en ciertas jurisdicciones no existe una norma general sobre buena fe, sin perjuicio de la presencia de otras disposiciones que puedan obtener un resultado similar. En todo caso, será labor de los legisladores introducir las reformas necesarias para que las cosas queden claras en lugar de suponer.

72. La buena fe como ejemplo. El principio de buena fe puede servir de ejemplo. En muchas legislaciones se acepta el principio como fundamental, pero no tiene el mismo reconocimiento en las legislaciones de todos los Estados Miembros. En algunos sistemas no se reconoce como norma general de aplicación directa. Es cierto que estos sistemas contienen muchas normas particulares que cumplen la misma función que la exigencia de buena fe, en el sentido de que tienen por objeto evitar que las partes actúen de forma incompatible con la buena fe, pero no existe una norma *general*. Por lo tanto, el legislador europeo no puede suponer que cualquier requisito que decida imponer en los contratos de consumo para proteger a los consumidores se completará siempre con un requisito general de que las partes actúen de buena fe. Si quiere que un requisito general se aplique en el contexto particular, en todas las jurisdicciones, el legislador tendrá que incorporar el requisito en la Directiva con palabras expresas —como, por supuesto, hizo con la Directiva sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Consumo—. Alternativamente, tendrá que insertar en la Directiva disposiciones específicas para lograr los resultados que en algunas jurisdicciones se alcanzarían con la aplicación del principio de buena fe. Por ejemplo, al redactar o revisar una directiva que trate de la información precontractual, los legisladores querrán saber de qué tienen que ocuparse y qué está ya cubierto adecuadamente, y de forma razonablemente armoniosa, por la legislación de todos los Estados Miembros. Así, los principios generales sobre el error, el fraude y el suministro de información incorrecta constituyen el trasfondo esencial del *acquis* de los consumidores en materia de información precontractual. En este sentido, incluso una «guía del legislador» necesita declaraciones de los principios comunes que se encuentran en las diferentes leyes, y una nota de las variaciones. Necesita información sobre lo que está en las leyes existentes y lo que puede omitirse del *acquis* porque, de una forma u otra, todos los Estados Miembros ya lo tienen.⁸²

Por otro lado, en el Apartado de Seguridad Contractual (*Contractual Security*) se encuentra el Principio 17 «Los principales ingredientes» (*The main ingredients*) del DCFR, entre los cuales, se menciona a la buena fe en el segundo párrafo.

17. Los principales ingredientes. Los *Principes directeurs* identifican como los principales ingredientes de la seguridad contractual:

- (1) la fuerza obligatoria de los contratos (pero sujeta a la posibilidad de impugnación cuando un cambio imprevisible de las circunstancias perjudica gravemente la utilidad del contrato para una de las partes);
- (2) el hecho de que cada parte tiene deberes derivados de la lealtad contractual (es decir, comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe; cooperar cuando ello sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones; no actuar de forma incoherente con declaraciones o conductas anteriores en las que la otra parte haya confiado);
- (3) el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con los términos del contrato;
- (4) el hecho de que los terceros deben respetar la situación creada por el contrato y pueden confiar en dicha situación; y
- (5) el enfoque de «favorecer el contrato» (*faveur pour le contrat*) (según el cual, en cuestiones relativas a la interpretación, la nulidad o la ejecución, se prefiere un enfoque que dé efecto al contrato a otro que no lo haga, si este último es perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes).⁸³

⁸² VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans; BEALE, Hugh; HERRE, Johnny; HUET, Jérôme; STORME, Matthias; SWANN, Stephen; VARUL, Paul; VENEZIANO, Anna y ZOLL, Fryderyk (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Múnich: Sellier European Publisher, 2009, p. 43.

⁸³ *Idem*, p. 72.

A su vez, en el mismo Apartado se encuentra el Principio 23 «Buena fe y lealtad negocial» (*Good faith and fair dealing*), que se enfoca en la buena fe para precisar —y es importante la advertencia— que si bien la buena fe puede tener beneficios, también debe advertirse la incertidumbre e inseguridad que podría generar al tratarse de un concepto indefinido.

23. Buena fe y la lealtad negocial. Como reconocen los *Principes directeurs*, la seguridad contractual de una parte se ve reforzada por el deber de la otra de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Sin embargo, la contrapartida es que puede haber cierta incertidumbre e inseguridad para la persona que debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial, que son conceptos bastante abiertos. Además, el papel de la buena fe y la lealtad negocial en el DCFR va más allá de la provisión de seguridad contractual. Por lo tanto, estos conceptos se analizan más adelante en el apartado de justicia.⁸⁴

Finalmente, en el Apartado de Justicia (*Justice*) se encuentra el Principio 42 «No permitir que las personas se apoyen en su propia conducta ilegal, deshonesto o irracional» (*Not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct*), que profundiza en el contenido de la buena fe

42. No permitir que las personas se apoyen en su propia conducta ilegal, deshonesto o irracional. Hay varios ejemplos de este aspecto de la justicia en las disposiciones del DCFR sobre derecho contractual. Una idea recurrente e importante es que se espera que las partes actúen de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial. Por ejemplo, una parte que participa en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial y es responsable de las pérdidas causadas por el incumplimiento de este deber. Para las etapas posteriores de la relación se establece que:

Una persona tiene el deber de actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial al cumplir una obligación, al ejercer un derecho de ejecución, en la búsqueda o defensa de un recurso por incumplimiento, o en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o una relación contractual.

El incumplimiento de este deber no da lugar por sí mismo a la obligación de pagar daños y perjuicios, pero puede impedir que una parte ejerza o invoque un derecho, un recurso o una defensa. Los *Principes directeurs* dicen que «cada parte está obligada a actuar conforme a las exigencias de la buena fe y la lealtad negocial, desde la negociación del contrato hasta la aplicación de todas sus disposiciones». También tienen una disposición adicional sobre el cumplimiento: «Todo contrato debe cumplirse de buena fe. Las partes solo podrán hacer uso de los derechos y condiciones contractuales de acuerdo con el objetivo que justificó su inclusión en el contrato». En conjunto, estas disposiciones son ligeramente más amplias que las del DCFR, pero cabe dudar de que haya mucha diferencia en los efectos prácticos.

Hay muchas disposiciones específicas en el DCFR que pueden considerarse concreciones de la idea de que no se debe permitir que las personas se basen en su propia conducta ilícita, deshonesto o irrazonable. Un ejemplo es la norma según la cual el deudor no es responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este hubiera podido reducirlas adoptando medidas razonables. Otro ejemplo recurrente es el de la exigencia de avisar con antelación razonable antes de tomar ciertas medidas que podrían perjudicar los intereses de la otra parte. Y hay varias normas que permiten a una persona confiar en una situación aparente solo si lo hace de buena fe. Las normas relativas a los contratos anulables, incluso si su objetivo principal es garantizar que una parte pueda escapar de un contrato celebrado en ausencia de una verdadera libertad de contratación, tienen a menudo el efecto incidental de impedir que la otra parte obtenga una ventaja gracias a conductas como el fraude, la coacción o las amenazas.⁸⁵

Con relación a las reglas del DCFR que hacen mención a la buena fe, se debe destacar a la buena fe como criterio de interpretación del texto del DCFR (artículo I.- 1:102(3)(b)), la definición de buena fe y lealtad negocial (artículo I.- 1:103), la buena fe precontractual (artículo II.- 3:301), la buena fe interpretativa (artículos II.- 8:101(3)(b) y II.- 8:102(g)), la buena fe integrativa (artículo II.- 9:101(2)(c)) y la cláusula general de buena fe contractual (artículo III.- 1:103).

⁸⁴ *Idem*, p. 76.

⁸⁵ *Idem*, pp. 85-87.

I.- 1:102: Interpretación y desarrollo

- (1) Las presentes reglas se interpretarán y desarrollarán de modo autónomo y de acuerdo con su finalidad y sus principios inspiradores.
- (2) Se leerán a la luz de los instrumentos aplicables en garantía de los derechos de la persona y de las libertades fundamentales, así como de las normas constitucionales vigentes.
- (3) En su interpretación y desarrollo debe tenerse en cuenta la necesidad de promover:
 - (a) su aplicación uniforme;
 - (b) la buena fe y lealtad negocial; y
 - (c) la seguridad jurídica.
- (4) Los casos que entren en el ámbito de aplicación de estas reglas pero que no estén expresamente contemplados en ellas, se resolverán respetando en lo posible sus principios inspiradores.
- (5) En caso de conflicto, cuando a una situación concreta pueda aplicarse tanto una regla general como una regla especial, prevalecerá la regla especial.

I.- 1:103: Buena fe y lealtad negocial

- (1) La expresión «buena fe y lealtad negocial» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión.
- (2) En particular, es contrario a la buena fe y lealtad negocial que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta.

II.- 3:301: Negociaciones contrarias a la buena fe y lealtad negocial

- (1) Todas las personas tienen libertad para negociar y no se deriva responsabilidad alguna por el hecho de no llegar a un acuerdo.
- (2) La persona que ha entrado en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y lealtad negocial y de no romper las negociaciones contraviniendo la buena fe y lealtad negocial. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato.
- (3) Aquella persona que incumpla este deber responderá por cualesquiera daños ocasionados a la otra parte.
- (4) Concretamente, es contrario a la buena fe y lealtad negocial que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

II.- 8:101: Normas generales

- (1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común de las partes, incluso cuando esta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas.
- (2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o término del mismo y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o es razonable suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera.
- (3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable:
 - (a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores; o

- (b) si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato.

II.- 8:102: Cuestiones relevantes

- (1) En la interpretación del contrato se atenderá en especial a lo siguiente:
 - (a) las circunstancias en las que el acuerdo se celebró, incluidas las negociaciones preliminares;
 - (b) la conducta de las partes, incluida la subsiguiente a la celebración del contrato;
 - (c) la interpretación que las partes han dado a otras cláusulas o términos idénticos o similares a los del contrato y a las prácticas establecidas entre ellas;
 - (d) el sentido que habitualmente se confiere a dichas cláusulas y expresiones en el sector y la interpretación que se les haya podido dar previamente;
 - (e) la naturaleza y propósito del contrato;
 - (f) los usos; y
 - (g) la buena fe y lealtad negocial.
- (2) Si una persona no es parte del contrato, o por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera (por ejemplo, un cesionario), y ha confiado razonablemente y de buena fe en el significado aparente de contrato, deberán tenerse en cuenta las circunstancias mencionadas en los subapartados (a), (b) y (c) anteriores, si bien únicamente en la medida en que esta persona conocía o era razonable esperar que conociese tales circunstancias.

II.- 9:101: Términos de un contrato

- (1) Las cláusulas de un contrato pueden derivarse de un acuerdo expreso o tácito entre las partes, de la legislación, de prácticas establecidas entre las partes o de los usos.
- (2) Cuando sea necesario regular una cuestión que las partes no han previsto o no han estipulado, el juez podrá sugerir la inclusión de una cláusula adicional teniendo en cuenta sobre todo:
 - (a) la naturaleza y el propósito del contrato;
 - (b) las circunstancias en las que se celebró el contrato; y
 - (c) los requerimientos de la buena fe y lealtad negocial.
- (3) En la medida de lo posible, las cláusulas implícitas en virtud del apartado (2) deberán tener el sentido que las partes probablemente hubieran acordado de haberlo previsto.
- (4) El apartado (2) no será de aplicación si las partes optan deliberadamente por no tratar una cuestión determinada y aceptan las consecuencias de esta decisión.

III.- 1:103: Buena fe y lealtad negocial

- (1) Toda persona debe actuar de acuerdo con la buena fe y lealtad negocial en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual.
- (2) Este deber no puede excluirse o limitarse mediante contrato u otro acto jurídico.

- (3) El incumplimiento de este deber no dará derecho directamente a los remedios por incumplimiento de una obligación, pero podrá impedir a la persona incumplidora el ejercicio de remedios, excepciones, u otros derechos de los que, de lo contrario, dispondría.

El DCFR habla de *good faith and fair dealing* y la misma debe ser traducida como buena fe y lealtad negocial, y no como buena fe a secas. A pesar de ello, en la traducción al español del DCFR liderado por la profesora Carmen Jerez Delgado, se usa «buena fe contractual» como traducción de «*good faith and fair dealing*» y se agrega la palabra «principio» delante de «buena fe contractual», lo cual no existe en la versión original al inglés de las reglas del DCFR⁸⁶ (salvo en lo que se refiere al Párrafo 72 de la Introducción). Por ello, en este trabajo se toma como base la traducción al español mencionada, pero se prescinde de la palabra «principio» porque no corresponde con la versión original, y se usa «buena fe y lealtad negocial» porque el DCFR diferencia a la buena fe de la lealtad negocial en sus Definiciones.

En efecto, en la Definiciones del DCFR se listan los conceptos «buena fe» (*good faith*) y «buena fe y lealtad negocial» (*good faith and fair dealing*), el primero con un contenido subjetivo mientras que el segundo con uno objetivo.

Buena fe

La «buena fe» es una actitud mental caracterizada por la honestidad y la ausencia de conocimiento de que una situación aparente no es la verdadera.

Buena fe y lealtad negocial

La «buena fe y la lealtad negocial» es una norma de conducta caracterizada por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte en la transacción o relación en cuestión. (I.- 1:103).⁸⁷

La definición de «buena fe y lealtad negocial» del DCFR es similar a aquella que se encuentra en el derecho americano según la actual sección § 1-201(b)(20) del UCC, el cual define a la buena fe como «honestidad de hecho y la observancia de normas comerciales razonables de lealtad negocial», que incluye a la lealtad negocial en la definición de buena fe. La definición del artículo I.- 1:103 del DCFR también va en ese sentido.

También téngase presente la definición de «razonable» (*reasonable*), un término que es usado en exceso a lo largo del texto del DCFR, que usualmente es confundido con la buena fe y que es considerado como un concepto objetivo.

Razonable

Lo que es «razonable» debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de lo que se hace, las circunstancias del caso y los usos y prácticas pertinentes. (I.- 1:104)⁸⁸

⁸⁶ Véase JEREZ DELGADO, Carmen (ed.). *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015. Los Principios estuvieron a cargo del profesor Francisco Oliva Blázquez. El Libro I por la profesora Carmen Jerez Delgado. El Libro II, capítulos 1 y 5-9, por los profesores Esteve Bosch Capdevila y su equipo: capítulo 1, profesores Ana Giménez Costa y Héctor Simón Moreno; capítulo 5, profesor Andrés Cosiáls Ubach; capítulo 6, profesor Reyes Barrada Orellana; capítulo 7, profesor Esteve Bosch Capdevila; capítulo 8, profesor Neus Cortada i Cortijo; y, capítulo 9, profesora Amalia Blandino Garrido). El Libro II, capítulos 2 a 4, por las profesoras M.ª Paz García Rubio y Marta Otero Crespo. El Libro III capítulos 1 a 3 por el profesor Antonio-Manuel Morales Moreno y la profesora Beatriz Gregoraci Fernández. El Libro III capítulos 4 a 7 por el profesor Nieves Fenoy Picón y la profesora Beatriz Gregoraci Fernández.

⁸⁷ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans; BEALE, Hugh; HERRE, Johnny; HUET, Jérôme; STORME, Matthias; SWANN, Stephen; VARUL, Paul; VENEZIANO, Anna y ZOLL, Fryderyk (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Op. cit., p. 555.

⁸⁸ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans; BEALE, Hugh; HERRE, Johnny; HUET, Jérôme; STORME, Matthias; SWANN, Stephen; VARUL, Paul; VENEZIANO, Anna y ZOLL, Fryderyk (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Op. cit., p. 564.

Por la subjetividad que puede tener la buena fe, los anglosajones prefieren usar a la razonabilidad. Pero usarlas de manera conjunta en un instrumento del *civil law* podría ser innecesario, aunque se insiste en ello. En todo caso, debería reemplazarse razonabilidad por buena fe, aunque seguramente los civilistas no estarían de acuerdo con ello.⁸⁹

c) *Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*

Los PICC, a diferencia de los PECL y el DCFR, no se limitan a la Unión Europea porque su intención es aplicarse a los contratos internacionales.⁹⁰ Sin embargo, tienen un perfil principalmente civilista. Muestra de ello es que contiene 6 disposiciones que hacen referencia a la buena fe: artículos 1.7 (Buena fe y lealtad negocial), 2.1.15 (Negociaciones de mala fe), 4.8 (Integración del contrato), 5.1.2 (Obligaciones implícitas), 5.3.3 (Intromisión en el cumplimiento de la condición) y 5.3.4 (Obligación de preservar los derechos).⁹¹

Aunque en los PICC el número de disposiciones es menor en comparación con las 25 del DCFR y los 19 de los PECL, las 6 disposiciones de los PICC incluyen a normas de alcance general que reconocen a la buena fe contractual como cláusula general (artículo 1.7), la buena fe precontractual (artículo 2.1.15) y la buena fe integrativa, que incluso distingue entre casos de vacíos contractuales (artículo 4.8) y de términos implícitos (artículo 5.1). Esta distinción —que no está presente en los PECL— toma en cuenta la doctrina inglesa de los *implied terms* que parte de una ficción legal que asume que puede existir un término implícito que se deriva del pacto, como si no hubiera un vacío en el contrato (cuando en realidad sí lo hay), a diferencia de la integración civilista que es más amplia y admite la incorporación en el contrato de un término que no fue pactado (en sentido estricto, suple un vacío).⁹²

Artículo 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

⁸⁹ Sobre el rol de la razonabilidad en el derecho de contratos, véase VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspectives». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. «Las funciones de la razonabilidad en el derecho privado chileno». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2018, vol. 51, pp. 173-198.

⁹⁰ Los PICC son considerados por varios comentaristas como uno de los instrumentos internacionales más importantes por su alcance y objetivo de volverse un *restatement* de la contratación comercial internacional. Véase BONELL, Michael Joachim. «The Unidroit Principles and Transnational Law». En *Uniform Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 5, pp. 199-217; BONELL, Michael Joachim. «Symposium Paper: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future». En *Australian International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 17, pp. 177-184; MICHAELS, Ralf. «The Unidroit Principles as global background law». En *Uniform Law Review*, 2014, vol. 19, pp. 643-668.

⁹¹ Sobre la buena fe en los PICC, véase FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, pp. 47-64; HARTKAMP, Arthur S. «The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 65-72; GUTIÉRREZ-FALLA, Laureano F. «Good faith in commercial law and the Unidroit Principles of International Commercial Law». En *Penn State International Law Review*, 2005, n.º 3, vol. 23, pp. 507-520; CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 1-38.

⁹² Sobre esta contraposición entre *common law* y *civil law* con relación a la *implication* y la integración, véase VIGLIONE, Filippo. *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011; BENATTI, Francesca. «La *implication of terms in fact* y el deber de buena fe en el derecho inglés». En BARCHI VELAACHAGA, Luciano; LEÓN HILARIO, Leysser; CONTRERAS GRANDA, Vladimir; CAMPOS GARCÍA, Héctor; BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo; GARCÍA LONG, Sergio y BASALDÚA CHINCHA, Christian (eds.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

- (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
- (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
- (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 4.8

(Integración del contrato)

- (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
- (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:
 - (a) la intención de las partes;
 - (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
 - (c) la buena fe y la lealtad negocial;
 - (d) el sentido común.

Artículo 5.1.2

(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

Fíjese que la cláusula general de buena fe contractual de los PICC (artículo 1.7) hace referencia a una buena fe y lealtad negocial (*good faith and fair dealing*) en el comercio internacional, para distinguirla de la buena fe según las jurisdicciones nacionales. El objetivo es partir del carácter internacional de los PICC y así aplicar estándares internacionales, lo cual se extiende a la buena fe. Por ello, se debe preferir por una noción internacional de buena fe según sea requerido por el comercio internacional. Lo anterior es explicado por el comentario (3) al artículo 7.1 de los PICC.

3. «Buena fe y lealtad en el comercio internacional»

La referencia a la «buena fe y la lealtad negocial en el comercio internacional» aclara, en primer lugar, que en el contexto de los Principios los dos conceptos no deben aplicarse según las normas habitualmente adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales. En otras palabras, dichas normas nacionales solo pueden tenerse en cuenta en la medida en que se demuestre que son generalmente aceptadas entre los distintos sistemas jurídicos. Otra implicación de la fórmula utilizada es que la buena fe y la lealtad negocial deben interpretarse a la luz de las condiciones especiales del comercio internacional. En efecto, las normas de práctica comercial pueden variar considerablemente de un sector comercial a otro, e incluso dentro de un mismo sector comercial pueden ser más o menos estrictas en función del entorno socioeconómico en el que operan las empresas, de su tamaño y de su capacidad técnica, etc.

Cabe señalar que cuando las disposiciones de los Principios y/o los comentarios a los mismos se refieren únicamente a la «buena fe y la lealtad negocial» siempre deben entenderse como una referencia a la «buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional», tal y como se especifica en este artículo.

Además, vale mencionar que los PICC no reconocen de manera expresa a la buena fe como criterio de interpretación de los PICC y a la buena fe interpretativa, a diferencia de los PECL. El artículo 1.6 de los PICC es el equivalente al artículo 1:106 de los PECL, con la diferencia que en el primero no se menciona a la buena fe. Igualmente, el artículo 4.3 de los PICC es el equivalente del artículo 5:102 de los PECL, con la única diferencia que el primero no contiene el párrafo (g) que sí se encuentra en los PECL y que hace mención a la buena fe.

Artículo 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

- (1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
- (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Artículo 4.3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

- (a) las negociaciones previas entre las partes;
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- (f) los usos.

Aunque los PICC contengan menos disposiciones en comparación a los PECL que hacen referencia a la buena fe, aún se puede observar su perfil principalmente civilista en el fondo. Conforme al comentario (1) al artículo 1.7, la buena fe es fundamental en los PICC e inspira, de manera directa o indirecta, a diversas disposiciones de los PICC, incluso aquellas que no la mencionan de la manera expresa.

1. «La buena fe y lealtad negocial» como idea fundamental que subyace a los Principios

Hay una serie de disposiciones a lo largo de los diferentes capítulos de los Principios que constituyen una aplicación directa o indirecta del principio de buena fe y lealtad negocial. Véase sobre todo el artículo 1.8, pero ver también, por ejemplo, los artículos 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18 y 2.1.20; 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7 y 2.2.10; 3.2.2, 3.2.5 y 3.2.7; 4.1(2), 4.2(2), 4.6 y 4.8; 5.1.2 y 5.1.3; 5.2.5; 5.3.3 y 5.3.4; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2) y 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2, 7.1.6 y 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8 y 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4 y 9.1.10(1). Esto significa que la buena fe y la lealtad negocial pueden considerarse una de las ideas fundamentales que subyacen a los Principios. Al afirmar en términos generales que cada parte debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial, el apartado (1) de este artículo deja claro que incluso en ausencia de disposiciones especiales en los

Principios, el comportamiento de las partes a lo largo de la vida del contrato, incluyendo el proceso de negociación, debe ajustarse a la buena fe y la lealtad negocial.

Por su parte, el comentario (4) al artículo 7.1 señala que si bien la buena fe no puede ser excluida o limitada, las partes sí podrían pactar un estándar más exigente de buena fe (pero no uno menor).

4. El carácter imperativo del principio de buena fe y lealtad negocial

El deber de las partes de actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial es de naturaleza tan fundamental que las partes no pueden excluirlo o limitarlo contractualmente (apartado [2]). En cuanto a las aplicaciones específicas de la prohibición general de excluir o limitar el principio de buena fe y lealtad negocial entre las partes, véanse los artículos 3.1.4, 7.1.6 y 7.4.13.

Por otra parte, nada impide que las partes prevean en su contrato la obligación de observar normas de comportamiento más estrictas (véase, por ejemplo, el artículo 5.3.3).

Finalmente, el perfil civilista de los PICC también se puede observar en la regulación de la *hardship* con renegociación y la intervención de las cortes para adaptar el contrato (artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3), algo que es rechazado en jurisdicciones del *common law*. Entonces, aunque pretenda aplicarse a los contratos internacionales, habrá partes anglosajonas que preferirán que su contrato no se someta a los PICC para evitar que las cortes pueden intervenir para modificar el contrato, o en todo caso, se pactará en contra de las disposiciones sobre *hardship* de los PICC y en su lugar se incluirá una específica cláusula *hardship* de perfil anglosajón (que solo tenga efectos privados exoneratorios y/o liberatorios, sin la intervención de las cortes).⁹³

d) Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

Entre los PECL y los PICC podemos ubicar a los PLDC. Están en el medio —pero más cerca a los PECL y alejado de los PICC— porque los PLDC se aplican a la Latinoamérica civilista y contienen 17 disposiciones normativas sobre la buena fe: artículos 7 (Buena fe), 10 (Libertad en las negociaciones), 11 (De los daños en la negociación del contrato), 18 (Irrevocabilidad de la oferta), 19 (Caducidad de la oferta), 23 (Oportunidad de la Aceptación), 29 (Régimen del error), 37 (Excesiva desproporción), 42 (Nulidad total y parcial), 48 (Convalidación y prescripción), 51 (Efectos frente a terceros), 54 (Simulación frente a terceros), 60 (Actuación sin poder), 76 (Interpretación conforme a la buena fe), 79 (Momento del cumplimiento), 109 (Mitigación de perjuicios) y 120 (Restitución en dinero). Entre ellas, destacan la buena fe contractual como cláusula general (artículo 7), la buena fe precontractual (artículos 10 y 11) y la buena fe interpretativa del contrato (artículo 76).⁹⁴

Artículo 7. Buena fe

- (1) Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe.
- (2) Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno.

Artículo 10. Libertad en las negociaciones

Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe.

⁹³ Sobre las *cláusulas hardship* en la contratación internacional, véase GARCÍA LONG, Sergio. «Hardship en los contratos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, septiembre 2021, n.º 99, pp. 97-116; GARCÍA LONG, Sergio. «A single theory of impediments under the CISG: A Latin-American perspective». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 219-267.

⁹⁴ Sobre la buena fe en los PLDC, véase EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. «Expansión y límites de la buena fe objetiva - A propósito del "proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos"». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2013, n.º 21, pp. 137-216.

Artículo 11. De los daños en la negociación del contrato

- (1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.
- (2) También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.
- (3) En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado.

Artículo 76. Interpretación conforme a la buena fe

En todo caso el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe.

Fijese que la cláusula general de buena fe de los PLDC (artículo 7) no hace referencia a una buena fe en el comercio internacional, solo a la buena fe a secas.

Sobre la buena fe, Pizarro explica en la Presentación de los PLDC —entre otras cosas— que la buena fe es un principio que atraviesa a todo el texto de los PLDC y que para evitar la ambigüedad del concepto de buena fe se propone aplicaciones concretas como la buena fe en las tratativas:

Debe considerarse lo relativo a los principios generales, que el grupo definió: la libertad contractual, la fuerza obligatoria y la buena fe. Por cierto, debe reconocerse la libertad de los contratantes para celebrar los contratos y fijar su contenido, con los límites usuales, no solo el orden público o el derecho ajeno, sino también la buena fe, principio que atraviesa todos los principios. Y se recoge, por último, la obligatoriedad del contrato (artículo 6) que sin duda constituye un pilar de la contratación, pero no debe escabullirse el control al cual queda sometida esa obligatoriedad, a través de determinadas reglas que permiten extraer la noción de contrato. El derecho de los contratos no puede entenderse sin afirmar la libertad de las partes para modelar su contenido, decidir su celebración y escoger al contratante; lo mismo ocurre con la fuerza obligatoria y el principio de la buena fe, que si bien estos últimos pueden entrar en colisión a propósito del cumplimiento específico o la revisión por circunstancias sobrevinientes, es necesario que la palabra dada sea temperada, y en general, el derecho de los contratos, se equilibra con el principio de la buena fe. Ahora bien. Una de las preocupaciones de estos principios ha sido dotar de contenido a la buena fe, que no sea un concepto amplio e insalvable, dar ejemplos concretos de conductas que la contrarían y las consecuencias que acarrea su infracción. Así, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad precontractual, en que se reconoce el derecho a romper las negociaciones, pero si dicho retiro es contrario a la buena fe y causa un daño, este debe indemnizarse. Se ejemplifica indicando en el artículo 10 la libertad en las negociaciones, una manifestación de la libertad de contratación «(1) Las partes son libres de negociar el contrato y de retirarse en cualquier momento, pero esto y aquello deben hacerlo conforme a la buena fe». Y el artículo 11 al referirse al daño que merece indemnizarse nos señala que: «(1) El daño causado por el retiro de las negociaciones contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado. (2) También es obligado a esta reparación el que inicia una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar. (3) En ningún caso se indemniza la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado». He aquí manifestaciones específicas de la buena fe para evitar el recurso a la misma en forma indiscriminada generando incertidumbre.⁹⁵

⁹⁵ PIZARRO, Carlos. «Presentación». En DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (eds.). *Los Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, pp. 23-24. Sobre la elaboración y publicación de los PLDC, véase MORALES MORENO, Antonio Manuel. «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación». En *Anuario de Derecho Civil*, 2014, n.º 1, vol. 67, pp. 227-254; MORALES, María Elisa. «Informe sobre conferencia internacional “The future of contract law in Latin America”». En *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2015, n.º 3, vol. 2, pp. 221-225; MOMBORG, Rodrigo. «The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections». En *Latin American Legal Studies*, 2018, vol. 2, pp. 209-223; SCHULZE, Reiner. «Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law: A European Comment». En *Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative Law and National Law*, Special Issue 2018, pp. 15-29; ITHURRIA, María. «Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿dónde está lo latinoamericano?». En *Latin American Legal Studies*, 2021, vol. 9, pp. 295-299. Sobre el estado de la armonización del derecho privado en Latinoamérica antes de los PLDC, véase GARRO, Alejandro M. «Unification and harmonization of private law in Latin America». En *The American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, pp. 587-616.

Por un lado, consideramos apropiado —como ejemplo— el desarrollo realizado en los artículos 10 y 11 de los PLDC para darle contenido a la buena fe cuando es usada como buena fe precontractual. Sin embargo, lo mismo no se logra frente a la aplicación de otras supuestas manifestaciones de la buena fe (por ejemplo, lo referido a la oferta y aceptación, o sobre la nulidad total y parcial), las cuales podrían desarrollarse de manera autónoma y sin necesidad que sustentarse en la buena fe, para así evitar la plaga mortal advertida por Zimmermann y Whittaker.

e) *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*

Por otro lado, tenemos a la CISG, considerada como el instrumento internacional en materia contractual más exitoso a la fecha al contar con 94 Estados Miembros, y por haber sido el antecedente de otros importantes instrumentos como los PICC y PECL.⁹⁶ Como tal, la CISG es «verdaderamente» internacional en comparación con sus pares los PICC y PECL porque intentó llegar a un consenso respecto a diferentes materias donde delegados del *civil law* y *common law* defendían posturas contrarias, como lo es con relación a la buena fe. Como resultado, algunas disposiciones de la CISG fueron redactadas de manera particular, para llegar a un punto medio.⁹⁷ Esto fue como un mal necesario. Por el contrario, los PECL no tienen este problema porque se aplican a jurisdicciones del *civil law*, mientras que los PICC, aunque se refieren a los contratos comerciales internacionales, en muchas de sus disposiciones claves optan por un perfil civilista.

La CISG solo cuenta con una disposición que hace referencia a la buena fe. Para empezar, téngase presente que la CISG de 1980 es el antecedente de los PICC y PECL (en ese orden cronológicamente hablando), y a pesar de ello, estos se apartaron de su origen para reconocer un rol más amplio de la buena fe por el perfil civilista que los caracterizó. Por el contrario, la CISG se proyectaba a ser verdaderamente internacional, y para ello, debía superar algunas filosofías contractuales antitéticas, entre ellas, la preferencia o rechazo hacia la buena fe. Mientras que los presentantes del *common law* señalaban que la CISG no podía reconocer a la buena fe, los del *civil law* proponían reconocerla y con un rol amplio. Al final, y conforme quedó redactado en el artículo 7(1) de la CISG, la buena fe en el comercio internacional solo fue ubicada en la disposición sobre la interpretación de la CISG.⁹⁸

Artículo 7

- 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

[...].

Como tal, no existe en la CISG la buena fe precontractual, la buena fe contractual, la buena integrativa y la buena fe correctiva para el contrato de compraventa internacional. El artículo 7 de la CISG se replicó en el artículo 1:106 de los PECL que también hace mención a la buena fe (a secas) y en el artículo 1.6 de los PICC que no hace tal mención, pero adicionalmente, dado el silencio de la CISG, los PECL y PICC añadieron normas expresas para reconocer a la buena fe contractual como cláusula general, la buena fe precontractual y la buena fe integrativa. Si la CISG no contiene normas similares, no puede considerarse que la buena fe tenga un rol más allá de su artículo 7(1). Este es el

⁹⁶ Véase LANDO, Ole. «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2005, n.º 2, vol. 53, pp. 379-401; BONELL, Michael Joachim. «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2008, n.º 1, vol. 58, pp. 1-28.

⁹⁷ Véase EISELEN, Sieg. «The CISG as Bridge between *common law* and *civil law*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 612-628.

⁹⁸ Véase KOMAROV, Alexander S. «Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, vol. 25, pp. 75-85; SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, vol. 9, pp. 81-87; SALINAS ALCARAZ, Isabel Cristina. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the *common law*: the challenge of interpreting article 7». En *Iusta*, enero-junio 2014, n.º 40, pp. 57-93.

modelo restrictivo de buena fe en la contratación internacional. Bajo la CISG, la buena fe no es un deber que se aplique a las partes del contrato.⁹⁹

Sin perjuicio de lo anterior, ciertos expertos en la CISG consideran que es suficiente con la mención del artículo 7(1) para entender que allí se encuentra reconocida la buena fe como deber contractual aplicable a las partes, en el sentido que ellas deben comportarse de buena fe. Conforme a esta interpretación, no debería leerse el artículo 7(1) de la CISG en su sola literalidad.¹⁰⁰

A pesar de estos intentos interpretativos, lo cierto es que de la historia legislativa de la CISG queda claro que la intención fue reconocer un rol modesto de la buena fe, lo cual fue resultado de un consenso —o falso consenso— entre anglosajones y civilistas, como explicó famosamente Farnsworth al llamar al artículo 7(1) como un *statesmanlike compromise* (compromiso político).¹⁰¹ Los anglosajones no querían ninguna mención de la buena fe mientras que los civilistas querían su reconocimiento amplio. Al final, se hizo una sola referencia a la buena fe y en la disposición referida a la interpretación de la CISG. Como resultado, se tiene un modelo restrictivo de buena fe. Pero como se trató de un falso consenso, no pudo evitarse el debate entre los expertos de la CISG.¹⁰² Como señaló Honnold, la buena fe es un *faux-amis* (falso amigo).¹⁰³

Como protagonista en la redacción de instrumentos internacionales, Farnsworth resume el «consenso» del artículo 7(1) de la CISG en favor de posición anglosajona antibuena fe, a diferencia de los PICC donde se optó por la posición civilista pro buena fe:

¿Qué diferencias de fondo dividieron a los abogados anglosajones y a sus colegas civilistas en la UNCITRAL y en el Unidroit? Aunque hubo muchas, me limitaré a tres que surgieron tanto en la UNCITRAL como en el Unidroit y que fueron especialmente problemáticas: el deber de buena fe contractual, la disponibilidad del cumplimiento específico y la aplicabilidad de las cláusulas penales.

En primer lugar, examinamos la buena fe. El concepto de buena fe desempeña un papel importante en el derecho contractual civilista. El ejemplo más notable es el artículo 242 del Código Civil alemán, que exige a las partes que observen el *Treu und Glauben*, unas palabras que han dado lugar a una gran cantidad de jurisprudencia. Para los civilistas, la buena fe es un concepto de amplio alcance que abarca mucho más territorio que la disposición comparable del Uniform Commercial Code 1-203, que exige la buena fe en la ejecución de los contratos. El derecho inglés, en el extremo opuesto al de los civilistas, se niega rotundamente a reconocer cualquier deber de buena fe. Los abogados comunes de la UNCITRAL, incómodos con el vago y amplio concepto civilista de buena fe contractual, se negaron rotundamente a aceptar una disposición en la Convención de Viena que exigiera la buena fe contractual; los civilistas insistieron firmemente en la inclusión de dicha disposición. ¿Qué bando se impuso? Consideremos el artículo 7(1): «En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta... la necesidad de promover... la buena fe en el comercio internacional». ¿Qué hay que hacer con esto? El jurista anglosajón dirá que, dado que solo se refiere a la interpretación del Convenio, se trata de un compromiso inofensivo que no puede imponer un deber de buena fe a las partes contratantes. Pero algunos civilistas sugieren que es un caballo de Troya que permitirá a un juez o árbitro civil imponer un deber de

⁹⁹ En favor de la interpretación restrictiva de la buena fe limitada a su rol como criterio de interpretación de la CISG, véase FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, pp. 47-64; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009, pp. 134-135; BRIDGE, Michael G. «Good faith, the common law, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115; TEPEŠ, Nina y MARKOVINOVIĆ, Hrvoje. «The CISG and the good faith principle». En *Journal of Law & Commerce*, 2019-2020, vol. 38, pp. 11-34.

¹⁰⁰ En favor de una interpretación más amplia de la buena fe en la CISG, véase SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986, pp. 37-39; MAGNUS, Ulrich. «Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Institute for the Unification of Private Law, Principle of International Commercial Contracts». En *Pace Law School*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 89-95; LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». *Op. cit.*, pp. 841-854.

¹⁰¹ FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, p. 55.

¹⁰² Véase VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y GARCÍA LONG, Sergio. «Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG». En *Prudentia Iuris*, 2022, n.º 93, pp. 139-178.

¹⁰³ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. *Op. cit.*, p. 118.

buena fe a una parte contratante. No es un compromiso muy feliz entre los dos puntos de vista. ¿Qué dicen los Principios Unidroit? No hay compromiso alguno. De acuerdo con el artículo 1.7, cada parte «debe actuar con buena fe y lealtad negocial... Una clara victoria para los civilistas».¹⁰⁴

Incluso, existirían dos alternativas adicionales para intentar aplicar a la buena fe fuera del artículo 7(1). Por un lado, el artículo 8 de la CISG que se refiere a la interpretación del contrato, contiene una redacción amplia en su tercer párrafo que señala que se deberá tomar en cuenta «todas las circunstancias relevantes» para aplicar el estándar de la persona razonable, entre ellas, «las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes». Esta redacción sería leída por un civilista bajo la lógica de la interpretación global y la común intención de las partes, que toma en cuenta el comportamiento antes, durante y después de la celebración del contrato, y que usualmente es vinculado con la buena fe (lo cual podría generar un *homeward trend bias*).¹⁰⁵

Artículo 8

- 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
- 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
- 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Por otro lado, queda la posibilidad —al menos en teoría— de alegar el segundo párrafo del artículo 7 o el artículo 9 de la CISG para hacer aplicable la *lex mercatoria* a la CISG y/o el contrato (incluso también el artículo 8 cuyo tercer párrafo hace mención a los usos). Eventualmente, podría quedar abierta la puerta para que alguna conducta específica pueda ser exigida como derivada de las reglas de la buena fe en el comercio internacional siempre que la misma ya se haya vuelto previamente costumbre internacional y pueda ser alegada como tal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FARNSWORTH, E. Allan. «A Common lawyer's view of his Civilian colleagues». En *Louisiana Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 57, pp. 234-235.

¹⁰⁵ Véase ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28, pp. 24-27; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. «La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado». En MÉNDEZ SILVA, Ricardo (ed.). *Contratación y arbitraje internacionales*. México D. F.: UNAM, 2010, pp. 132-183; SMYTHE, Donald J. «Reasonable standards for contract interpretation under the CISG». En *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2016, vol. 25, pp. 1-28. Sobre el artículo 8 de la CISG también téngase presente la Opinión Consultiva n.º 3, Las Reglas de Exclusión de Prueba Oral y Previa, del Significado Común, la Cláusula de Integración del Contrato y la CISG del Consejo Asesor sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías («CISG-AC»), 23 de octubre de 2004. Relator: profesor Richard Hyland, Facultad de Derecho de Rutgers, Camden, NJ, Estados Unidos de América. Esta opinión consultiva fue adoptada por unanimidad por el CISG-AC en su séptima reunión en la ciudad de Madrid. La reproducción de esta Opinión Consultiva se encuentra debidamente autorizada.

¹⁰⁶ Sobre la *lex mercatoria* (incluidos los PICC) y la CISG, véase GARRO, Alejandro M. «The gap-filling role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG». En *Tulane Law Review*, 1994, n.º 5, vol. 68, pp. 1149-1190; PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the Unidroit Principles». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 4-28; OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Usages and practices in contracts for the international sale of goods». En *Viversitas*, julio-diciembre 2017, n.º 135, pp. 255-282; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda y VIDAL OLIVARES, Álvaro. «Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la *lex mercatoria*». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2018, n.º 34, pp. 233-275.

Artículo 7

[...]

- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 9

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Sin perjuicio de lo anterior, el último desarrollo sobre la buena fe bajo la CISG apunta hacia la reconfirmación del modesto y limitado rol de la buena fe según el artículo 7(1). En febrero de 2020 se emitió la Opinión 20 del Consejo Consultivo de la CISG, el cual rechaza la posibilidad de invocar a la buena fe para derivar un deber de renegociación ante la ocurrencia de *hardship*.

El artículo 79 de la CISG usa el término neutro «impedimento» para referirse a los casos en que una parte puede exonerarse del cumplimiento del contrato. En el fondo, lo que el artículo 79 regula es a la *force majeure*.

Artículo 79

- 1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o sus consecuencias.
- 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:
 - a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
 - b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.
- 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.
- 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
- 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Sin embargo, dado el uso del término «impedimento», y ante la ausencia de otra disposición que regulara a la *hardship*, los expertos discutían sobre la posibilidad de invocar *hardship* conforme al artículo 79 y de integrar, de alguna u otra manera, el texto de la CISG para que la *hardship* pudiera tener efectos

similares como los reconocidos por los PECL y PICC, esto es, renegociación y adaptación judicial del contrato, lo cual no es reconocido por el artículo 79 (pues estuvo pensado para la *force majeure*).¹⁰⁷

La Opinión 7 de octubre de 2007 del Consejo Consultivo de la CISG¹⁰⁸ consideró que era posible invocar *hardship* conforme al artículo 79. Sin embargo, quedaba aún una pregunta muy importante: ¿y cuáles serían las consecuencias? La Opinión 7 se pronunció al respecto en su último párrafo, el cual es el único que hace referencia a la buena fe. En tal párrafo se insinuó que podría invocarse al artículo 7(1) para derivar de él un deber de renegociación ante la ocurrencia de *hardship*.

40. La siguiente cuestión a abordar es la de establecer los contornos de las pautas correctivas que pueden seguirse para obtener el remedio o ayuda más apropiada tras describir la existencia de un *hardship*. Se puede inferir de la obligación de interpretar el Convenio de buena fe una obligación impuesta a las partes de renegociar los términos del contrato con el objetivo de restablecer un equilibrio de los cumplimientos. En caso de que las negociaciones fallen, no existen en el Convenio pautas para que un tribunal o un árbitro modifiquen o revisen los términos del contrato de manera que se restaure el equilibrio de los cumplimientos. Incluso si no se quisiera extender el principio de la buena fe escondido en el artículo 7(1) CISG para encontrar un equilibrio en los cumplimientos, se podría confiar en el artículo 79(5) para dejar abierta la posibilidad de que una Corte o Tribunal de arbitraje determinen qué se deben entre las partes, «adaptando» así los términos del contrato al cambio de circunstancias.

En el 2009 la Corte de Casación belga (*Hof van Cassatie*) resolvió el caso Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.¹⁰⁹ en un fallo altamente cuestionado, porque consideró que podía invocarse *hardship* conforme al artículo 79 de la CISG y que uno de sus efectos sería la aplicación de un deber de renegociación, pero para llegar a tal conclusión consideró que existía un vacío en la CISG que debía ser completado con la aplicación de las disposiciones sobre *hardship* de los PICC (artículos 6.2.1, 6.2.2. y 6.2.3), los cuales sí reconocen a la renegociación y la adaptación judicial del contrato.¹¹⁰

Finalmente, la Opinión 20 del Consejo Consultivo de la CISG de febrero de 2020¹¹¹ se pronunció sobre las consecuencias de invocar *hardship* bajo el artículo 79. Esta opinión tomó suya la postura de los profesores Schwenzler y Muñoz, quienes argumentaron en contra del deber de renegociación y la adaptación ante la ocurrencia de *hardship*.¹¹² En efecto, el punto 11 de la Opinión 20 señala que:

11. Conforme a la CISG, las partes no están obligadas a renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*hardship*).

A mayor detalle, el comentario 11.4 de la Opinión 20 corrigió lo señalado en la Opinión 7 y aclaró que la CISG no impone un deber de renegociación ante la *hardship*.

11.4. En los comentarios de la opinión número 7 del Consejo Consultivo de la CISG, se planteó la cuestión de si las partes tienen el deber de renegociar a la luz del mandato de interpretar la

¹⁰⁷ Véase TALLON, Denis. «Article 79». En BIANCA, Cesare Massimo y BONELLI, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987; BONELLI, Michael Joachim. «“Force majeure” and “hardship” nel diritto uniforme della vendita internazionale». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, vol. 4, pp. 543-571; SCHWENZLER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 39, pp. 709-726.

¹⁰⁸ Opinión n.º 7 de la CISG-AC, Exoneración de responsabilidad por daños bajo el artículo 79 de la CISG, Ponente: profesor Alejandro M. Garro, Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, Nueva York, Estados Unidos de América. Adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 11º encuentro en Wuhan, República Popular de China, el 12 de octubre de 2007.

¹⁰⁹ *Scafom International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.*, n.º C.07.0289.N (Hof van Cassatie 2009).

¹¹⁰ Véase VENEZIANO, Anna. «Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court». En *Uniform Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 15, pp. 137-149; DIMATTEO, Larry. «Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines». En *Pace International Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 27, pp. 258-305; FERRARI, Franco; GILLETTE, Clayton P.; TORSSELLO, Marco y WALT, Steven D. «The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG». En *Internationales Handelsrecht*, 2017, n.º 3, vol. 17, pp. 97-102.

¹¹¹ CISG-AC Opinión n.º 20, Excesiva Onerosidad (*Hardship*) conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Ponente: profesor doctor Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. Adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 27ª reunión en Puerto Vallarta, México del 2 al 5 de febrero de 2020.

¹¹² Véase SCHWENZLER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo. «Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship». En *Uniform Law Review*, 2019, n.º 1, vol. 24, pp. 149-174.

CISG de buena fe (artículo 7(1) CISG), pero sin entrar a más detalles. En esta opinión número 20 se aclara que, a menos que el contrato indique lo contrario, la CISG no impone a las partes la obligación de renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad.

En otras palabras, la Opinión 20 rechaza que la renegociación sea una consecuencia de invocar *hardship* y que tenga su fundamento en la buena fe, y en consecuencia, ratifica que la buena fe conforme al artículo 7(1) de la CISG tiene un rol limitado.¹¹³

f) *Principles on International Commercial Contracts (Principios OHADAC)*

Para concluir, están los Principios OHADAC que se aplica a jurisdicciones del Caribe de tradición anglosajona,¹¹⁴ y como tal, no reconoce a la buena fe. La filosofía de los Principios OHADAC fue darle toda la preferencia al *pacta sunt servanda* regulada en su artículo 1.2.

Artículo 1.2: *Pacta sunt servanda*

Las partes de un contrato se obligan al cumplimiento de las obligaciones pactadas en las condiciones previstas en el contrato.

Como muestra de la importancia al *pacta sunt servanda*, el comentario al artículo 1.2 de los Principios OHADAC es claro en explicar que la opción fue prescindir de la buena fe ya que la misma es usualmente usada para contravenir al *pacta sunt servanda*.

COMENTARIO:

El artículo 1.2 de los Principios presenta, al igual que el artículo 1.1, un carácter esencialmente programático. Como institución jurídica, el contrato es una forma convencional de establecer obligaciones entre las partes, y su esencia es el carácter vinculante, obligatorio o *enforceable*. El principio *pacta sunt servanda* refleja esta característica consustancial al contrato.

En los sistemas caribeños de tradición romano-germánica el principio se recoge con frecuencia en los códigos civiles, señalando que el contrato tiene «fuerza de ley» entre las partes o a través de una fórmula semejante (*ad ex.* artículo 1.602 CC colombiano; artículo 1.022 CC costarricense; artículo 233 CC cubano; artículo 1.134 CC dominicano y francés; artículo 1.519 CC guatemalteco; artículo 926 CC haitiano; artículo 6:248 CC holandés y surinamés; artículo 1.546 CC hondureño; artículo 1.796 CC mexicano; artículo 2.479 CC nicaragüense; artículo 1.109 CC panameño; artículo 1.210 CC portorriqueño; artículo 1.159 CC venezolano). El artículo 102 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones elaborado en 2013 por el Ministerio de Justicia lo recoge, al igual que los artículos 1.3 PU y II-1:103 DCFR. El principio *pacta sunt servanda* tiene en el *common law* su trasunto en el principio de *sanctity of contracts*, afirmado desde

¹¹³ En general, la discusión sobre la *hardship* bajo la CISG sigue dividida en varios aspectos, incluso respecto a si realmente puede ser invocada conforme al artículo 79. Recientemente, con ocasión de los 40 años de la CISG se publicaron varios trabajos que brindan opiniones distintas sobre la *hardship* bajo el artículo 79 de la CISG, lo cual demuestra el estado actual del debate. Ello es resumido en DIMATTEO, Larry A. «Legal tradition bias in interpreting the CISG: hardship as case in point». En BENATTI, Francesca; GARCIA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, p. 160: «*Postscript*. The author recommends the reading of the other chapters of this book for different perspectives on the issue of Article 79 and hardship. My chapter and Chapter 19 by Peter J. Mazzacano, “CISG Article 79 at 40: ‘Impediments’ to Uniform Interpretation,” argues that hardship is not an exemption under Article 79. Mazzacano asserts that: “With the exception of a small number of cases, there have been laudable efforts to interpret Article 79 in a strict manner — in a fashion that is more in harmony with the legal principle of *pacta sunt servanda*. That helps to explain why Article 79 defenses have rarely been successful. Generally, they have heeded to the mandate of Article 7, and have treated Article 79 as an autonomous provision, that is, without reference to national legal concepts.” For arguments that hardship is included in Article 79, see Chapters 10 and 27. Sergio Garcia Long, in “A Single Theory of Impediments under the CISG: A Latin-American Perspectives” (Chapter 10), argues that: “Force majeure and hardship can both be claimed as excuses under the same general requirements and have releasing effects without renegotiation or judicial intervention. The CISG has been the main character of this unification.” Finally, Maria Lubomira Kubica’s “Exemption of Liability for Damages: Hardship and the Rule from Art. 79 of the Vienna Convention” (Chapter 27) states that: “the Advisory Council reaffirms the applicability of Article 79 CISG to hardship cases.” *Bon appétits*.

¹¹⁴ Véase SANCHEZ LORENZO, Sixto. «Unidroit Principles and OHADAC Principles on International Commercial Contracts. Convergences and Divergences». En LEIBLE, Stefan y MIQUEL SALA, Rosa (eds.). *Legal Integration in Europe and America. International Contract Law and ADR*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018, pp. 69-106; BERMUDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLARROEL, Ivette. «Hacia la armonización del derecho mercantil en el Caribe: los Principios OHADAC sobre contratos comerciales internacionales». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre 2021, n.º 41, pp. 187-219.

antiguo tanto en la jurisprudencia inglesa [*Paradine vs. Jane* (1647)] como norteamericana [*Adams vs. Nichols* (1837)].

Como principio general, el carácter obligatorio del contrato encuentra asimismo excepciones y modulaciones que son comunes a los sistemas comparados, como las que derivan del cambio de circunstancias (hardship), los supuestos de fuerza mayor o la doctrina de los actos propios o estoppel. El precepto contiene, pues, un lugar común en los sistemas jurídicos comparados en el ámbito del territorio OHADAC.

Sin embargo, los Principios se circunscriben a la fuerza obligatoria del contrato. En los sistemas romano-germánicos es habitual la inclusión de una cláusula general que extiende el efecto obligacional a exigencias que no vienen impuestas por la voluntad de las partes ni por el contrato, sino por razones objetivas de moralidad, equidad, buena fe o lealtad negocial (artículo 1.603 CC colombiano; artículo 1.023 CC costarricense; artículo 1.135 CC dominicano y francés; artículo 1.546 CC hondureño; artículo 1.519 CC guatemalteco; artículos 925 y 926 CC haitiano; artículos 6:2 y 6:248 CC holandés y surinamés; artículo 1.796 CC mexicano; artículo 2.480 CC nicaragüense; artículo 1.109 CC panameño; artículo 1.210 CC portorriqueño; artículo 956 CC santaluciano; artículo 1.160 CC venezolano; artículos 3, 11 y 103 del Anteproyecto de Reforma del Derecho francés de obligaciones del Ministerio de Justicia del 2013]. La extensión señalada es visible asimismo en los EE. UU (secciones 1-203 UCC y 205 del *Second Restatement of Contracts*), y desde luego se ha retenido con profusión en los textos armonizadores del derecho contractual internacional (artículos 1.7 y 1.8 PU; artículos 1:201 y 1:202 PECL; artículo II-1:102.1 DFCR; artículos 2 y 3 CESL).

Los presentes Principios han optado por no introducir reglas o cláusulas generales sobre un deber de comportamiento en la celebración o cumplimiento del contrato conforme a la buena fe, la lealtad contractual o el principio de cooperación. Por una parte, los Principios no regulan, como se expone en la Introducción, la responsabilidad precontractual o negocial, donde la negociación conforme a la buena fe, la lealtad contractual y los deberes de cooperación despliegan un relevante papel en los sistemas romano-germánicos. En segundo lugar, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones contractuales, las manifestaciones del deber de comportamiento de buena fe, el abuso de derecho y la trascendencia de los actos propios o *estoppel* reaparecen al fijar el alcance de la interpretación y, sobre todo, de la integración del contrato, así como al determinar los efectos de determinadas cláusulas, como las cláusulas de integración. Los Principios optan por reconducir algunos aspectos vinculados a dichos principios a los capítulos referidos al tratamiento de tales cuestiones, pero renuncian a la formulación de un principio general que no se compadece con el principio del mínimo común denominador que persigue la redacción de estos Principios. *En efecto, el alcance del deber de buena fe y de la lealtad negocial es diverso según se adopte la óptica de los sistemas romano-germánicos o la perspectiva del common law.* En muchos puntos puede haber coincidencias notables, pero mientras que en los sistemas romano-germánicos puede primar una calificación contractual de la responsabilidad derivada de una actuación de mala fe, en el *common law*, cuando dichos efectos se reconocen, se subsumen en ciertos casos en el ámbito de la responsabilidad no contractual por daños. *Por otra parte, la omisión de estas cláusulas generales no impide que el intérprete extraiga consecuencias de una actuación desleal, contraria a la buena fe o abusiva, a partir de las reglas de interpretación del contrato contenidas en la sección primera del capítulo 4.* Como allí se señalará, existe un margen de oscilación inevitable dentro incluso de una misma jurisdicción estatal a la hora de considerar los elementos contextuales que ayudan a dilucidar las obligaciones establecidas por las partes y, sobre todo, de inferir «obligaciones implícitas». *Finalmente, la opción por introducir esas cláusulas generales resulta desaconsejable en términos de proporcionalidad. Al tiempo que provocaría un claro alejamiento de los Principios de la cultura jurídica de los territorios tributarios del common law, al no hallarse el juez de dichos territorios provisto de un bagaje suficiente para la aplicación de principios tan generales y poco familiares, su regulación tampoco garantiza una uniformidad de tratamiento en los sistemas involucrados. Incluso los sistemas romano-germánicos mantienen posiciones muy diferentes a la hora de alejarse de lo pactado por las partes sobre la base de consideraciones generales de buena fe o abuso de derecho (énfasis agregado).*

A diferencia de la CISG que al menos menciona a la buena fe en el comercio internacional en la disposición sobre la interpretación del texto de la CISG, los Principios OHADAC no hacen tal mención en su norma equivalente, el numeral V del Preámbulo:

PREÁMBULO

[...]

v. Los presentes Principios serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional.

Como vemos, mientras ciertos instrumentos internacionales de perfil civilista hacen muchas menciones a la buena fe, los Principios OHADAC no contienen ninguna referencia. Esta propuesta muestra una interesante opción de cómo puede regularse el derecho de contratos sin necesidad de apoyarse en conceptos generales y ambiguos, a efectos de lograr el mayor nivel de certeza y seguridad jurídica en favor de las partes contratantes en transacciones internacionales.

5. LA BUENA FE EN EL DERECHO CONTRACTUAL PERUANO: ¿CUÁL FUE EL MODELO ADOPTADO POR EL LEGISLADOR DE 1984?

5.1. *Las normas peruanas sobre la buena fe*

En el Perú la buena fe contractual como cláusula general está regulada en el artículo 1362 del Código Civil, mientras que el artículo 168 reconoce a la buena fe interpretativa.¹¹⁵ Además, ambas normas son leídas conjuntamente con el artículo 1361 que regula al *pacta sunt servanda*, al cual el artículo 1362 se remite cuando hace mención a la común intención de las partes.

Como antecedente de los actuales artículos 1361 y 1362,¹¹⁶ téngase presente que el Código Civil peruano de 1852 copió los originales artículos 1134 y 1135 franceses, pero con relación al 1134 solo copió el primer párrafo referido al *pacta sunt servanda* mientras que el 1135 fue replicado en su integridad (salvo la mención a los usos). Entonces, no hubo referencia a la buena fe en los artículos 1256 y 1257 peruanos de la época.

Artículo 1256. Los contratos producen derechos y obligaciones recíprocas entre los contratantes, y tienen fuerza de ley respecto de ellos.

Artículo 1257. Los contratos son obligatorios, no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza.

Posteriormente, el Código Civil peruano de 1936 empezó a la reconocer a la buena fe contractual como cláusula general en su artículo 1328, sin embargo, la técnica legislativa que se usó fue agregar a la buena fe en la disposición normativa sobre el *pacta sunt servanda*. Además, se incluyó la mención a la común intención de las partes. En otras palabras, no se trató de una buena fe autónoma e independiente.

¹¹⁵ Espinoza considera, como una tercera disposición normativa que reconoce a la buena fe, al artículo II del Título Preliminar del Código Civil sobre la prohibición del abuso de derecho, o bajo esta interpretación, buena fe correctiva. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las perspectivas de modernización del derecho de obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana». *Op. cit.*, pp. 110-111. La lectura de Espinoza parte del artículo 7 del Código Civil de España, el cual es una norma que no existe en el Perú y que en todo caso se propuso en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019). El primer párrafo del artículo 7 español contiene la cláusula general de buena fe mientras que el segundo párrafo al abuso del derecho, con lo cual, no hay mayor discusión sobre la vinculación de ambas normas. Por el contrario, el Código Civil peruano de 1984 no contiene una disposición similar. Fíjese que no se trata solo de una discusión doctrinaria pues admitir que el artículo II del Título Preliminar funciona como una buena fe correctiva, significa repotenciar el rol de la buena fe en el Perú. Distinto es el escenario si se considera, como acá se propone, que en el Perú no existe una disposición normativa que reconozca a la buena fe correctiva y que la buena fe de los artículos 168 y 1362 está subordinada al *pacta sunt servanda*. Entonces, no se trata de una discusión de etiquetas y sin relevancia práctica; todo lo contrario.

¹¹⁶ Sobre el artículo 1361 del Código Civil peruano de 1984, véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo I]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 417-435. Sobre el artículo 1362, véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo II]. *Op. cit.*, pp. 19-100.

Artículo 1328.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

El Código Civil peruano de 1984 pretendió reconocer un rol más importante a la buena fe para el derecho peruano. Sin embargo, no siguió a otras jurisdicciones de la época que sí regularon a la buena fe en una disposición normativa autónoma e independiente del *pacta sunt servanda*, como el artículo § 242 alemán, el artículo 1375 italiano o el artículo 520 boliviano. Lo que hizo el legislador peruano de 1984 fue dividir al artículo 1328 para separar al *pacta sunt servanda* de la buena fe, asignando el primero en el nuevo artículo 1361 y el segundo en el nuevo artículo 1362. Sin embargo, en el camino se realizaron agregados en ambas normas que en lugar de dividir las terminaron por atarlas más.

El artículo 1361 menciona en su primer párrafo al *pacta sunt servanda* pero a continuación agrega en su segundo párrafo la presunción de que la común intención de las partes es el pacto y quien niegue esa coincidencia tiene la carga de probarlo. A su vez, el artículo 1362 señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe (incluso añade que deben negociarse y celebrarse de buena fe, algo que no decía el artículo 1328 derogado) y ejecutarse —continúa— según la común intención de las partes, la cual, según el artículo 1361, se presume que corresponde al pacto. Adicionalmente, el legislador de 1984 reconoció expresamente a la buena fe interpretativa, pero no en una disposición autónoma e independiente (como el artículo § 157 alemán o 1366 italiano) sino junto con la precisión de que el objeto de la interpretación es el pacto y que se debe partir del texto del pacto,¹¹⁷ lo cual se desprende de una política por darle primacía al *pacta sunt servanda*.

Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Conforme a la letra del legislador peruano, y teniendo presente el texto de las codificaciones civiles en el derecho comparado y los instrumentos internacionales, uno podrá observar fácilmente lo siguiente:

- (1) En el Perú la buena fe (como cláusula general y buena fe interpretativa) no está regulada de manera independiente y autónoma (como sí ocurre en otras jurisdicciones) sino vinculado al pacto y el *pacta sunt servanda*,
- (2) En el Perú la común intención de las partes no está regulada en su noción subjetiva ni de manera independiente y autónoma (como sí ocurre en otras jurisdicciones) sino vinculado al pacto y el *pacta sunt servanda*, y
- (3) En el Perú no se reconoce expresamente a las funciones integrativa y correctiva de la buena fe (sin perjuicio de las opiniones doctrinarias al respecto).

Estos tres aspectos, y otros, son desarrollados a mayor detalle en las secciones siguientes.

¹¹⁷ LOHMANN LUCA DE TIENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1994, pp. 264-265.

5.2. *La buena fe subordinada*

a) *La cláusula general peruana de buena fe*

Las codificaciones civiles optaron por regular de manera independiente y autónoma a la buena fe en una disposición normativa distinta de aquella que presenta al *pacta sunt servanda*. El ejemplo más claro es el artículo 1134 del Código napoleónico que regulaba en su primer párrafo al *pacta sunt servanda*, en su segundo párrafo a la cantidad contractual y en su tercer párrafo a la buena fe contractual. Este orden representó una jerarquía normativa. Sin embargo, con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios posteriores, el derecho francés quiso apartarse de esta tradicional posición estricta en favor del respeto del *pacta sunt servanda* para reconocer un rol más importante de la buena fe, y para ello, en la reforma francesa del 2016 dividió el original artículo 1134 para rescatar a la buena fe de la misma. Como resultado, el *pacta sunt servanda* fue asignado en el nuevo artículo 1103 y la buena fe en el nuevo artículo 1104, pero una buena fe reformulada y repotenciada que ahora se aplica a la negociación, formación y ejecución del contrato (y no solo a la ejecución conforme al original artículo 1134).

Igualmente, si pensamos en otras cláusulas generales de buena fe como el artículo § 242 del BGB, el artículo 1375 del Código Civil italiano, el artículo 7(1) del Código Civil español o el artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, veremos que la buena fe está regulada de manera autónoma e independiente ya que tales disposiciones normativas se limitan a señalar que el contrato o un derecho «debe ejecutarse de buena fe», sin mayor calificación o agregado. Igualmente, en el plano internacional los artículos 7 de los PICC, 1:201 de los PECL, III.- 1:103 del DCFR, 1.1.1. de los Principios TransLex y 7 de los PLDC, enuncian cláusulas generales de buena fe que no están atadas al *pacta sunt servanda* ni hacen mención a ella.

Por el contrario, otras jurisdicciones nacionales regulan de manera conjunta a la buena fe con el *pacta sunt servanda*, como lo hace el legislador peruano, y se presenta primero al *pacta sunt servanda* y luego a la buena fe, no al revés. Se coloca primero al *pacta sunt servanda* porque es la regla más importante del derecho del contrato, la cual debe ser respetada incluso por la buena fe. Una parte ejecuta el contrato de buena fe cuando lo hace respetando lo acordado. Se trata de lealtad al contrato, no a las partes; quien se aparta del contrato no lo ejecuta de buena fe.

Por ejemplo, el artículo 715 del Código Civil de Paraguay señala que el pacto es ley entre las partes y que debe ser cumplido de buena fe, en ese orden, de manera similar como lo hizo el original artículo 1134 francés.

Artículo 715. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

Una disposición similar se encuentra en el artículo 1519 del Código Civil de Guatemala, el cual indica que el contrato obliga a las partes y que debe ser cumplido de buena fe y según la común intención de las partes, en ese orden.

Artículo 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Igualmente, el artículo 1291 del Código Civil de Uruguay regula en su primer párrafo al *pacta sunt servanda* y en su segundo párrafo a la buena fe como cláusula general junto con la equidad, el uso y la ley como criterios de integración del contrato.

Artículo 1291. Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

El primer párrafo del artículo 148 del Código Civil de Libia menciona al *pacta sunt servanda* junto con la buena fe y en su segundo párrafo regula a los criterios de integración del contrato.

Artículo 148

1. Un contrato debe ejecutarse de acuerdo con su contenido y respetando las exigencias de la buena fe.
2. Un contrato vincula a la parte contratante no solo en lo que respecta a sus condiciones expresas, sino también en todo aquello que, según la ley, los usos y la equidad, se considera, a la vista de la naturaleza de la obligación, una secuela necesaria del contrato.

También el artículo 762 del Código Civil de Portugal optó por regular en su primer párrafo al deber del deudor de cumplir la prestación a la que se obligó y en su segundo párrafo a la cláusula general de buena fe.

Artículo 762

(Principio general)

1. El deudor cumple la obligación cuando realiza la prestación a la que está obligado.
2. En el cumplimiento de la obligación, así como en el ejercicio del derecho correspondiente, las partes procederán de buena fe.

Finalmente, téngase como referencia al artículo 26 de la VCLT,¹¹⁸ el cual señala que el tratado es vinculante entre las partes y que debe ser cumplido de buena fe.

Artículo 26

«*Pacta sunt servanda*»

Todo tratado en vigor obliga a las partes que lo suscriben y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Una disposición normativa que regula de manera autónoma e independiente a la buena fe no puede ser leída de la misma manera que una disposición dedicada al *pacta sunt servanda* y que también hace mención a la buena fe. Si la buena fe está reconocida junto con el *pacta sunt servanda*, y para ser más específico, después del *pacta sunt servanda*, debe entenderse que la buena fe está a su servicio. En este escenario, ejecutar el contrato de buena fe es hacerlo respetando sus términos y condiciones. Este era el entendimiento tradicional de la buena fe como se desprendía del original artículo 1134 del Código napoleónico.¹¹⁹ Bajo una cultura donde la palabra y el honor tienen un valor importante, el respeto de lo acordado es fundamental, y ante ello, para reconfirmar y asegurarse que uno se comportaría según lo acordado es que se hacía referencia a la buena fe. Entonces, la buena fe es lealtad al contrato, no a las partes. La buena fe no era una vía legal para modificar al contrato.

En el Perú, la buena fe contractual como cláusula general se encuentra reconocida en el artículo 1362 del Código Civil peruano, la cual, no regula a la buena fe de manera autónoma e independiente sino junto con la «común intención de las partes». A su vez, conforme al artículo 1361 anterior que regula al *pacta sunt servanda*, se presume que la común intención de las partes coincide con el texto del pacto. En otras palabras, tenemos al artículo 1361 que señala que el contrato tiene fuerza vinculante

¹¹⁸ Acrónimo de Vienna Convention on the Law of Treaties.

¹¹⁹ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 563.

entre las partes y que se presume que la voluntad común está en el contrato, para que luego el artículo 1362 señale que el contrato debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes, de manera que regresamos al artículo 1361 que contiene la presunción de que la común intención se encuentra en el pacto.

Fíjese que otras disposiciones normativas regulan a la buena fe contractual de manera similar a como lo hizo el legislador peruano, pero sin hacer mención a la común intención de las partes. Por ejemplo, el actual artículo 1104 del Código Civil francés es muy similar al artículo 1362 peruano al señalar que «Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe»; nada más, sin hacer mención —a continuación— a la común intención de las partes, como sí lo hace la norma peruana. Igualmente, el artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala que «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe», sin mención adicional a la común intención de las partes. Entonces, la norma peruana no puede ser leída de la misma manera como sus pares equivalentes, como si la buena fe contractual tuviera autonomía.

b) La buena fe interpretativa peruana

El artículo 168 del Código Civil peruano señala que el acto jurídico (a estos efectos, el contrato) debe interpretarse «de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe». El objeto de interpretación es el contrato (posición objetiva),¹²⁰ debe partirse de su texto y ello debe interpretarse de buena fe. Otras normas que también reconocen a la buena fe interpretativa como el artículo § 157 del BGB o el artículo 1366 del Código Civil italiano lo hacen de manera independiente sin hacer referencia al pacto de las partes. Se limitan a señalar que el contrato «debe interpretarse de buena fe». Por el contrario, el artículo 168 peruano inicia señalando que el contrato se interpreta según lo pactado y luego hace mención a la buena fe.

Incluso el artículo 1361 reconfirma la objetividad del artículo 168 al señalar que se presume que la común intención de las partes está en el pacto, de manera que vía interpretación no se puede ir más allá de las cuatro esquinas del contrato, salvo que se pruebe exitosamente en contra de la presunción del artículo 1361. Nuevamente, la norma peruana no puede ser leída de la misma manera como sus pares equivalentes, como si la buena fe interpretativa tuviera autonomía.¹²¹

Vale mencionar que a diferencia del artículo 1362 que se refiere a las «reglas de la buena fe», el artículo 168 señala al «principio de la buena fe». Esta referencia a «principio» es usualmente invocada por entusiasmo por la doctrina pro buena fe para justificar un rol más importante de la buena fe en el derecho privado. Sin embargo, aunque se trate de un «principio» —si se quiere resaltar su valor— el mismo está a su vez subordinado a otro principio, en específico, el más importante del derecho de contratos: el *pacta sunt servanda*. Entonces, no cambia la conclusión.

¿Cómo se aplica el artículo 168 del Código Civil peruano? Como premisa, la buena fe interpretativa es distinta a la buena fe integrativa y correctiva, y como tal, no puede usarse a la primera para cumplir la labor de las otras.

La buena fe interpretativa está vinculada al pacto ya que el pacto es el objeto de interpretación, y ello significa que la buena fe sirve para reconducir al intérprete a las cuatro esquinas del contrato cuando se proponga una interpretación alternativa que no tenga soporte en el texto del contrato. Esto exige respetar las razonables expectativas de las partes. Ello ha sido desarrollado de manera clara en el *common law*.¹²²

¹²⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989, pp. 220-221.

¹²¹ También se propone una lectura objetiva y restrictiva del artículo 168 del Código Civil peruano en AGUAYO LÓPEZ, José. «La buena fe y la interpretación de los actos jurídicos». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 13-15.

¹²² Véase WADDAMS, S. M. «Good faith, unconscionability and reasonable expectations». En *Journal of Contract Law*, 1995, vol. 9, pp. 55-68; FEINMAN, Jay M. «Good faith and reasonable expectations». En *Arkansas Law Review*, 2014, n.º 3, vol. 63, pp. 525-270.

Respecto al derecho inglés, Lord Steyn fue claro cuando señaló que la buena fe tiene como labor respetar las expectativas razonables de los contratantes:

El objetivo de cualquier sistema maduro de derecho contractual debe ser promover la observancia de la buena fe y la lealtad negocial en la celebración y ejecución de los contratos. El primer imperativo de la buena fe y la lealtad negocial es que los contratos deben ser respetados. Pero hay otro tema de la buena fe y la lealtad negocial: las expectativas razonables de los hombres honestos deben ser protegidas.¹²³

Respecto al derecho americano, mientras la sección § 205 del Restatement (Second) of Contracts regula al *good faith and fair dealing*, el comentario (a) tal sección precisa cuál es el significado de la buena fe y explica que incluye el respecto de las expectativas justificadas de las partes.

a. Significado de «buena fe». La buena fe se define en el § 1-201(19) del Código Comercial Uniforme como «la honestidad de hecho en la conducta o transacción de que se trate». «En el caso de un comerciante» el Código Comercial Uniforme § 2 103(1)(b) establece que la buena fe significa «la honestidad de hecho y la observancia de normas comerciales razonables de trato justo en el comercio». La expresión «buena fe» se utiliza en diversos contextos, y su significado varía un poco según el contexto. El cumplimiento o ejecución de buena fe de un contrato hace hincapié en la fidelidad a un propósito común acordado y en la coherencia con las expectativas justificadas de la otra parte; excluye una variedad de tipos de conducta caracterizados como «malos porque violan las normas comunitarias de decencia, equidad o razonabilidad». El remedio apropiado para el incumplimiento del deber de buena fe también varía según las circunstancias.

En el plano internacional, téngase como referencia al artículo 31 de la VCLT, el cual formula como primera regla interpretativa que la buena fe debe aplicarse según el sentido corriente de los términos usados en el tratado.

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

[...].

Esta lectura de la buena fe interpretativa al servicio del pacto es conocida en el Perú por la doctrina nacional. Fernando Vidal explicaba lo siguiente:

El principio de la buena fe es el que gobierna toda la labor de hermenéutica. Pero no debe entenderse como la buena fe del intérprete. Se trata de la buena fe de los manifestantes de la voluntad que ha dado contenido al acto jurídico y, en el caso de actos unilaterales, también de la de sus destinatarios. El principio de la buena fe lo vinculamos por eso, a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, y, también, al comportamiento de los que por su vinculación al acto jurídico son partes de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse. Es una buena fe que debe evidenciarse y ponerse de manifiesto ante el intérprete y este no la puede apreciar de otro modo que no sea «en lo expresado» y «desde lo expresado» para su valoración objetiva.¹²⁴

De igual manera, Fernando de Trazegnies señalaba que:

La buena fe dentro del mercado consiste, entonces, precisamente en lo contrario de lo que plantea la buena fe «objetiva» o moralista: no apunta a valores trascendentes o independientes de la voluntad de las partes —un concepto abstracto y absoluto de justicia o de solidaridad social— sino que se dirige precisamente y solamente a aclarar la voluntad de las partes. Dentro de este sentido, actuar con buena fe es permitir que la libre voluntad de las partes se manifieste de la

¹²³ STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*, p. 131.

¹²⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. *Op. cit.*, pp. 221-222.

manera más diáfana y, luego de haber sido concertada en una voluntad común a través de un contrato, se cumpla de manera cabal, sin triquiñuelas. Así, actuar con buena fe en la ejecución de un contrato es cumplir con el contrato, llevar adelante esa voluntad acordada que dio origen a la relación contractual.¹²⁵

En consecuencia, la buena fe interpretativa no puede ser invocada para alterar o modificar el contrato (buena fe integrativa) o para limitar el ejercicio de los derechos de las partes (buena fe correctiva); solo sirve para asegurar que las partes interpreten el contrato según los términos del contrato y partiendo del significado corriente que tienen las palabras usadas. Al respecto, recordemos la regla del artículo 1435 del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, una regla que debería estar presente en toda codificación civil:

Artículo 1435. Los jueces no pueden crear contratos para las partes bajo pretexto de interpretación.

Esta buena fe interpretativa en respecto de las expectativas razonables funciona de manera similar al estándar de hombre razonable. Esta técnica legislativa se puede apreciar en los instrumentos internacionales de uniformización y recientemente ha sido recepcionado por el Código Civil francés con la reforma del 2016.

En su momento el estándar de la razonabilidad en la interpretación fue propuesto por el artículo 8 de la CISG y luego fue replicado en el artículo 4.2 de los PICC, artículo 5:101 de los PECL y artículo II.- 8:101 del DCFR, en los términos de que una cláusula del contrato debe ser interpretada según la intención de una parte si la otra conocía de tal intención, o en todo caso, según el entendimiento de un hombre razonable en tales circunstancias.

Con la reforma francesa del 2016, se aprovechó para incluir esta técnica legislativa en materia de interpretación contractual en el nuevo artículo 1188 del Código Civil francés, a diferencia del original artículo 1156 que solo hacía referencia a la común intención de las partes, que es la formulación que aún está vigente en diversas jurisdicciones nacionales.

Artículo 1188

El contrato se interpreta según la común intención de las partes más que deteniéndose en el sentido literal de sus términos.

Cuando dicha intención no puede ser descubierta, el contrato se interpreta según el sentido que le daría una persona razonable puesta en la misma situación.

Debido al limitado rol que cumple la buena fe según el texto del actual artículo 168 peruano, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) propuso rescatar a la buena fe del artículo 168 y reasignarla en un nuevo artículo 168-A que regule de manera independiente a la buena fe interpretativa. Esta propuesta del Anteproyecto reconfirma que el artículo 168 es limitado, caso contrario, la propuesta no tendría justificación. Otro dato relevante es que elimina el término «principio» (de buena fe) por «reglas» (de la buena fe).

CÓDIGO CIVIL VIGENTE	ANTEPROYECTO
	Artículo 168-A.- Interpretación conforme a la buena fe <i>El acto jurídico recepticio deberá ser interpretado de acuerdo con las reglas de la buena fe.</i>

Exposición de motivos.- El Grupo de Trabajo considera que la buena fe, en la hipótesis que se está regulando, es un criterio hermenéutico para la interpretación del acto jurídico, pero que

¹²⁵ De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1617.

no tiene un alcance general, ya que en tanto la aplicación de la buena fe está orientada a determinar si una declaración de voluntad produce confianza en la otra parte, entonces solo podrá ser de aplicación en los actos jurídicos de carácter recepticio.

c) La peruana común intención de las partes

La común intención de las partes es regulada en diversas codificaciones civiles e instrumentos de uniformización para señalar que la labor interpretativa no se limita al pacto o la literalidad del acuerdo, sino que debe extenderse hasta encontrar el verdadero acuerdo o la común intención de las partes. Ello significa ir más allá de las cuatro esquinas del acuerdo y tomar en cuenta el comportamiento global de las partes antes, durante y después de la ejecución del contrato, incluso si ello tuviese como resultado llegar a un significado distinto del que se desprende de la palabra usada.

El original artículo 1156 del Código napoleónico señalaba que uno no se puede quedar en el sentido literal del pacto porque debe preferirse a la común intención de las partes.

Artículo 1156

En los contratos, se debe buscar cuál fue la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de las palabras.

Igualmente, el artículo 1425 del Código Civil de Quebec siguió al artículo 1156 francés.

1425. En la interpretación de un contrato se buscará la intención común de las partes y no la adhesión al significado literal de las palabras.

El artículo § 133 del BGB también le da preferencia a la común intención de las partes sobre la literalidad del pacto.

§133 Interpretación de una declaración de intención

Al interpretar una declaración de voluntad, debe explorarse la voluntad real y no atenerse en el sentido literal de la expresión.

El artículo § 914 del Código Civil de Austria (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - ABGB) contiene una disposición similar a su equivalente alemán, con la particularidad que hace referencia a la «lealtad negocial» o «trato justo» (*redlichen Verkehrs*) como equivalente de la buena fe.

Reglas de interpretación de los contratos

§ 914

En la interpretación de los contratos, no hay que atenerse al significado literal de la expresión, sino que hay que averiguar la intención de las partes y entender el contrato de acuerdo con la práctica de la lealtad negocial.

El artículo 1362 del Código Civil italiano es incluso más claro porque hace expresa mención al comportamiento integral de las partes incluso después de concluido el contrato.

Artículo 1362 Intención de los contratistas

En la interpretación del contrato se debe indagar cuál fue la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar el comportamiento integral incluso después de la conclusión del contrato.

Por el contrario, en el Perú la común intención de las partes¹²⁶ está regulada de manera restrictiva: se hace mención a la común intención, pero atada al *pacta sunt servanda*. El artículo 1361 del Código Civil peruano señala que «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos» y que «Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes». En otras palabras, el punto de partida es el contrato y el punto de llegada también el contrato. «Quien niegue esa coincidencia debe probarla». A su vez, el artículo 1362 señala que «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según [...] [la] común intención de las partes», y conforme a la presunción del artículo 1361, ello significa que el contrato debe negociarse, celebrarse y ejecutarse conforme a lo pactado. Así, se reconfirma la primacía del *pacta sunt servanda*. La común intención peruana es objetiva, y no subjetiva como otras jurisdicciones nacionales.

Por ello, no puede considerarse que en el Perú la común intención de las partes sea subjetiva y permita suavizar la rigurosidad del *pacta sunt servanda* de conformidad con los artículos 168 y 1361 del Código Civil peruano, porque tales normas siguen haciendo mención al pacto.¹²⁷ La redacción usada por el legislador de 1984 es rígida, estricta y objetiva; no es de carácter subjetivo como otras disposiciones equivalentes.

Tan cierto es que la común intención de las partes en el Perú es objetiva, que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) propuso una modificación al artículo 168 para que en ella se hiciera mención a la noción subjetiva de común intención, como está en otras leyes civiles nacionales y, además, propuso quitar la referencia a la buena fe del artículo 168 para que sea asignada en un nuevo artículo 168-A y así tenga autonomía e independencia.

CÓDIGO CIVIL VIGENTE	ANTEPROYECTO
<p>Interpretación objetiva</p> <p>Artículo 168. - El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.</p>	<p>Artículo 168. - Interpretación de la voluntad declarada</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya expresado en él. 2. En ningún caso, la interpretación se deberá limitar al sentido literal de las palabras, debiéndose evaluar el comportamiento del autor o los autores del acto jurídico de forma integral.

Exposición de motivos.- La principal modificación que se ha realizado en el presente artículo se encuentra en haber eliminado a la buena fe como parámetro de interpretación general aplicable a todos los actos jurídicos, para darle un alcance más restringido de conformidad con lo que se establecerá en el artículo 168-A.

Sin perjuicio de lo anterior, se especifica el ámbito de aplicación de la interpretación de la voluntad declarada, de modo que se precisa que el mismo no se restringe a la interpretación literal,

¹²⁶ Por un lado, hay quienes consideran que la mención a la «común intención de las partes» en el Código Civil de 1984 fue correcta (De la Puente y Lavalle), aunque no basta con la sola mención porque deja sobre la mesa la discusión sobre qué noción —objetiva o subjetiva— de común intención fue adoptada por el legislador. A pesar de que el legislador de 1984 no optó por replicar una norma similar al 1156 del Código Civil napoleónico o el artículo 1362 del Código Civil italiano, es común que en la doctrina peruana se considere que la común intención de las partes debe tener en cuenta el comportamiento antes, durante y después de la ejecución del contrato (Torres Vásquez). Lo cierto es que la forma cómo se incluyó a la común intención de las partes en la ley peruana no fue la correcta porque fue fragmentada (León), y si ello fue así, parece que la intención del legislador peruano fue apartarse de la noción subjetiva que adoptaron diversas codificaciones civiles en el derecho comparado para optar por una posición estricta y objetiva en favor del respeto del *pacta sunt servanda*. Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo I]. *Op. cit.*, pp. 434-435; LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». *Op. cit.*, pp. 143-144; TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Teoría general del contrato*. Tomo I. Lima: Instituto Pacífico, 2012, p. 77. Al final, el legislador de 1984 hizo una mezcla que tuvo como producto una disposición de carácter objetivo por el cual la común intención de las partes corresponde al pacto. El artículo 1361 peruano no tiene una redacción subjetiva como sus pares equivalentes en el derecho comparado.

¹²⁷ Esta postura fue defendida por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». En *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guillén*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 48-49. También de manera más reciente por MORALES HERVIAS, Rómulo. «La “común intención” de las partes en la interpretación de los contratos». En *Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Ius et Veritas, 2014, p. 94.

sino que incluye la valoración del comportamiento que el autor o autores del acto jurídico despliegan antes, durante y después de la celebración del mismo.

5.3. *El modelo restrictivo de buena fe en el Perú*

Teniendo en cuenta que en el Perú no existen disposiciones normativas que regulen de manera autónoma e independiente a la buena fe, no se puede pretender que la buena fe peruana tenga la misma fuerza que la buena fe alemana, holandesa o italiana, que sí cuentan con disposiciones autónomas. Si este es el escenario, una buena fe dependiente del *pacta sunt servanda* no puede ser invocada para modificar el contrato (función integrativa) o para limitar el ejercicio de derechos (función correctiva) con la misma fuerza e intensidad que sí podría ocurrir en Alemania, Holanda o Italia. Bajo un modelo restrictivo como el peruano, el punto de partida y de llegada es el acuerdo, y la buena fe no puede ser invocada para contradecirlo sino para reconfirmarlo.

Por un lado, el Código Civil peruano no tiene una norma similar al original artículo 1135 francés o sus equivalentes en América (por ejemplo, Panamá y México) que reconocen a la buena fe integrativa, y por otro lado, tampoco cuenta con una disposición como el artículo 6:2 y 6:248 del BW respecto a la buena fe correctiva; en todo caso, se tiene al artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano que regula la prohibición de abuso del derecho, la cual, sin embargo, no hace referencia a la buena fe como sí lo hacen el artículo 334 del Código Civil de Portugal o el artículo 10 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

Si el Perú no cuenta con una norma específica que reconoce a la buena fe integrativa y a la correctiva, y encima las normas que reconocen a la buena fe (artículos 138 y 1362) no son autónomas sino dependientes del *pacta sunt servanda*, entonces no puede usarse a la buena fe para contravenir o modificar al contrato ni para limitar el ejercicio de derechos. En todo caso, si ello fuera viable, sería de manera excepcional y limitada, y no al estilo de una buena fe alemana o conforme a otro modelo fuerte de buena fe.

Teniendo en cuenta estas limitaciones, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) propuso incluir a la buena fe en el artículo II del Título Preliminar con el fin de resaltar su importancia, pero sobre todo, y conforme se desprende de la redacción de la propuesta de artículo II, precisar que los derechos deben ejercerse conforme a la buena fe (esto es, buena fe correctiva).

CÓDIGO CIVIL VIGENTE	ANTEPROYECTO
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	Artículo II.- Buena fe <i>Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.</i>

Exposición de motivos.- La regulación actual no contiene una disposición normativa, de alcance general, que contemple a la buena fe como parámetro de conducta en el ejercicio de derecho y el cumplimiento de deberes, existiendo solamente referencias específicas (en la regulación de contratos, por ejemplo) a lo largo del Código.

El Grupo de Trabajo pretende, con esta disposición normativa, tomando como antecedente la propuesta de la Comisión de 2006, generar un efecto hermenéutico preciso: que la invocación de la buena fe por los ciudadanos a favor de una correcta y limpia aplicación del derecho tenga un respaldo normativo expreso.

Las propuestas realizadas por el Anteproyecto no son antojadizas. Son la muestra de lo que falta en el Perú según una postura solidarista del derecho de contratos. Pero mientras dicho Anteproyecto no sea exitoso, el derecho peruano queda tal y como está, y en su estado actual la buena fe está al servicio y subordinada al *pacta sunt servanda* conforme a los artículos 168, 1361 y 1362 del Código Civil peruano.

6. DESCUBRIMIENTOS DE LA CARTOGRAFÍA LEGAL A LA BUENA FE

Después de haber navegado por diversas jurisdicciones nacionales e instrumentos internacionales, podemos identificar los siguientes hallazgos:

- 1) la buena fe es prescindible,
- 2) no existe un modelo unitario de buena fe en el *civil law*,
- 3) el *civil law* no propone una definición normativa de buena fe,
- 4) el concepto de buena fe debe descubrirse de manera inductiva, y
- 5) es mejor preferir por reglas específicas en lugar de conceptos generales.

En primer lugar, debemos dejar de lado los romanticismos de que la buena fe es un principio, y como tal, que basta una simple mención en la ley nacional o que incluso ante la usencia de alguna mención igual estaría presente al ser estructural y parte de los principios generales del derecho. La creencia de una buena fe universal no tiene sustento en el derecho comparado e internacional. Muestra de ello es el rechazo del derecho inglés hacia la buena fe como parte de su filosofía contractual en favor de la seguridad y certeza jurídica, lo cual ha posicionado al derecho inglés como la opción preferida por las partes como ley aplicable a contratos internacionales, y Londres como centro financiero del mundo.

Igualmente, los Principios OHADAC no hacen mención a la buena fe mientras que la CISG, el instrumento de uniformización más exitoso del mundo, solo tiene una referencia a la buena fe y en su artículo 7(1) referido a la interpretación del texto de la CISG. Si la buena fe fuera tan universal e indispensable, los derechos anteriores no tendrían vida o estarían destinados al fracaso. Por el contrario, son los más exitosos. Entonces, la buena fe es prescindible.

Si tenemos en cuenta que no todos aman a la buena fe, desde una perspectiva comparada se debería admitir la posibilidad de pactar en contra de la buena fe. Las jurisdicciones civiles son muy extremas al respecto porque consideran que el deber de buena fe no puede excluirse ni limitarse, lo cual incluso se dice de manera expresa en los PICC (artículo 7.1(2)), PECL (artículo 1:201(2)) y DCFR (artículo III.- 1:103 (2)). En todo caso, un punto medio sería el optado por el UCC (actual sección § 1-302(b)), el cual señala que no se puede renunciar al deber de buena fe, pero sí se puede definir el estándar aplicable para una obligación concreta, lo cual permite definir la fuerza que tendrá el deber de buena fe, sea uno flexible o reforzado según lo necesiten las mismas partes para su propio contrato. El legislador no puede considerar que debe existir la misma buena fe para todos los casos sin tener en consideración las particularidades de la operación concreta. Se puede definir que los contratos deban ejecutarse de buena fe pero debe quedar en las partes la libertad de definir el estándar de buena fe.

En segundo lugar, si nos limitamos al *civil law*, la presencia de la buena fe es indiscutible. Sin embargo, la buena fe no es unitaria y, como tal, existen diversos modelos de buena fe a lo largo de las jurisdicciones nacionales. Es un error considerar que porque una ley nacional hace mención a la buena fe ello sea suficiente para desprender de tal referencia cualquier funcionalidad de la buena fe. La buena fe puede aplicarse en las tratativas y también en la ejecución del contrato, y en esta última puede cumplir las funciones interpretativa, integrativa y correctiva. Incluso en ciertas jurisdicciones se considera que existen otras funciones de la buena fe (como en Alemania con la *Geschäftsgrundlage*). Si la buena fe puede ser tan variada, una sola mención es insuficiente para concluir cuál es el contenido de la buena fe.

La complicación es mayor si se considera que la buena fe debe estar ubicada y regulada en las primeras disposiciones del Código Civil para que sea aplicable a todo el derecho privado. Ello no tiene sentido porque asume que existe un concepto unitario de buena fe cuando es claro que la buena fe

subjetiva es distinta a la buena fe objetiva, y de la buena fe registral; y que dentro del mismo derecho de contratos la buena fe puede cumplir diversas manifestaciones. Incluso si preferimos hablar de una «buena fe y lealtad negocial», bajo este escenario la lealtad negocial es el concepto objetivo y la buena fe el subjetivo, el cual, a su vez, se distingue de la adquisición de buena fe como explica el comentario (e) del artículo 1:201 de los PECL y la sección de Definiciones del DCFR; tendríamos dos buenas fes subjetivas, una más subjetiva que la otra. Entonces, pensar en una buena fe universal es simplemente inviable.

Las diferencias entre modelos de buena fe también dependen de si la buena fe está regulada en una norma jurídica autónoma o no. Si la buena fe es autónoma tendrá más fuerza que una buena fe atada al *pacta sunt servanda*. Algunas jurisdicciones han resaltado el rol de la buena fe y la han liberado del *pacta sunt servanda* (como ocurrió con el original artículo 1134 francés), pero otras siguen regulando a la buena fe en la disposición normativa destinada al *pacta sunt servanda*. Estas distintas técnicas legislativas incrementan las diferencias entre modelos de buena fe.

Entonces, la discusión en el *civil law* no está en si existe o no la buena fe, sino en cuál es el modelo de buena fe adoptado. Como tal, no existe una buena fe universal. Así como hay modelos fuertes de buena fe, existen otros restringidos o débiles.

En tercer lugar, curiosamente el *civil law* no propone una definición de buena fe a pesar de ser el mayor defensor de la buena fe. No se conoce de alguna codificación civil que haya intentado proponer alguna definición en su texto. Lo mismo con relación a los instrumentos internacionales, salvo el DCFR que define a la «buena fe y lealtad negocial» en su artículo I.- 1:103 y en su listado de Definiciones, lo cual está inspirado en la actual sección 1-201(b)(20) del UCC. Fíjese que es el *common law*, por medio del derecho americano, que propone una definición de buena fe en un texto normativo a pesar de tener un modelo restrictivo de buena fe, mientras que el *civil law* no propone una definición a pesar de ser el más entusiasta defensor de la buena fe.

Si bien es cierto que la buena fe, como cláusula general, no necesita de una definición normativa, en la práctica nadie sabrá cómo aplicarla si no existe alguna guía, al menos. Por el contrario, puede existir la cláusula general de buena fe pero también una definición normativa que guíe un solo camino en favor de los contratantes, en lugar de depender de las arbitrarias lecturas propuestas por los profesores de derecho. Bajo este escenario, que el UCC haya propuesto entender a la buena fe como «honestidad de hecho en la conducta o transacción en cuestión» u «honestidad de hecho y la observancia de estándares comerciales razonables de lealtad negocial en el comercio», coloca a los contratantes americanos en una mejor posición para aplicar a la buena fe, a diferencia de las partes civilistas. Hugh Beale contaba la anécdota de que en una reunión de trabajo le preguntó al abogado francés de su derecha si todos sabían cuál era el concepto de buena fe y le respondió que sí, pero cuando volteó al abogado francés de la izquierda le contestó con un significado distinto.¹²⁸

En cuarto lugar, es preferible observar las situaciones específicas que serán consideradas contrarias a la buena fe y de allí derivar un concepto de manera inductiva. Nuevamente, es el *common law*, a través del derecho americano, que propone mejores guías que los mismos civilistas. Como explican Zeller y Andersen:

No es de extrañar que la definición de buena fe resulte frustrantemente esquiva, a pesar de que el concepto de buena fe parece ser fácil de entender, ya que muchos términos transmiten en esencia un deber similar. Esto se pone de manifiesto en el hecho de que una búsqueda revela que el término buena fe se ha equiparado a: «inconsciencia, equidad, conducta justa, normas razonables de trato justo, decencia, razonabilidad, comportamiento decente, un sentido ético común, un espíritu de solidaridad, normas comunitarias de equidad» y «honestidad de hecho», la cuestión es si cada uno de los términos describe el mismo fenómeno, es decir, la buena fe.¹²⁹

¹²⁸ BEALE, Hugh. «The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider». En MOMBORG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.). *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin American Contract Law*. Portland: Hart Publishing, 2017, p. 279.

¹²⁹ ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». *Op. cit.*, pp. 4-5.

Robert Summers explicaba que la buena fe no es un concepto que pueda definirse de manera positiva, sino que es mejor considerarlo como un concepto negativo, como un excluyente (*excluder*) para definir un listado de comportamientos que sean contrarios a la buena fe, y que en base a tal listado pueda desprenderse el significado positivo de buena fe.¹³⁰ En otras palabras, propone un razonamiento inductivo, de lo particular a lo general, para darle contenido a un concepto negativo. Esta perspectiva sobre la buena fe fue recogida por Robert Braucher para el Restatement (Second) of Contracts.¹³¹ En efecto, mientras el comentario (a) de la sección § 205 señala que la buena fe excluye una serie de conductas que son consideradas de mala fe, el comentario (d) presenta varios casos de conductas de mala fe:

a. *Significado de «buena fe»*. [...] La expresión «buena fe» se utiliza en diversos contextos, y su significado varía un poco según el contexto [...] excluye una variedad de tipos de conducta caracterizados como «malos porque violan las normas comunitarias de decencia, equidad o razonabilidad» [...]

d. *Buena fe en el cumplimiento*. Los subterfugios y las evasiones violan la obligación de buena fe en el cumplimiento, aunque el actor crea que su conducta está justificada. Pero la obligación va más allá: la mala fe puede ser manifiesta o puede consistir en la inacción, y la lealtad negocial puede requerir algo más que honestidad. Es imposible elaborar un catálogo completo de tipos de mala fe, pero entre los que se han reconocido en las decisiones judiciales se encuentran los siguientes: la evasión del espíritu del contrato, la falta de diligencia y la desidia, la prestación intencionada de un rendimiento imperfecto, el abuso de un poder para especificar los términos y la interferencia o la falta de cooperación en el rendimiento de la otra parte.

En un trabajo posterior Summers analizó varios casos y aplicando su tesis propuso como punto de partida el siguiente listado de conductas de mala fe, sobre las cuales, puede deducirse el respectivo concepto positivo de buena fe:¹³²

Forma de conducta de mala fe	Significado de buena fe
El vendedor oculta un defecto en lo que vende	Divulgación completa de los hechos materiales
El constructor no cumple intencionadamente con la totalidad de la obra, aunque sí con lo esencial de la misma	Cumplimiento sustancial sin desviarse a sabiendas de las especificaciones
El contratista abusa abiertamente del poder de negociación para coaccionar un aumento del precio del contrato	Abstenerse de abusar del poder de negociación
Contratar a un corredor y luego impedirle deliberadamente consumir la operación	Actuar de manera cooperativa
Falta de diligencia consciente para mitigar los daños de la otra parte	Actuar con diligencia
Ejercer de forma arbitraria y caprichosa la facultad de resolver un contrato	Actuar con algo de razón

¹³⁰ SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 196-267. Un resumen de su tesis e influencia en el derecho americano se encuentra en SUMMERS, Robert S. «Good faith revisited: some brief remarks dedicated to the late Richard E. Speidel – Friend, co-author, and U.C.C. specialist». *Op. cit.*, pp. 723-732.

¹³¹ BRAUCHER, Robert. «Interpretation and legal effect in the Second *Restatement of Contracts*». En *Columbia Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 81, p. 15. Véase también SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualizations». *Op. cit.*, pp. 810-840.

¹³² SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». *Op. cit.*, p. 127.

Adoptar una interpretación exagerada del lenguaje contractual	Interpretación justa del lenguaje contractual
Acosar a la otra parte para que garantice repetidamente su cumplimiento	Aceptar las garantías adecuadas

Steven Burton también propuso un entendimiento sobre la buena fe, desde la perspectiva económica,¹³³ partiendo de la premisa que se trata de un concepto negativo. Aunque Burton consideraba que su tesis era distinta a la de Summers, ambas se complementan según Farnsworth ya que ninguno de los dos propuso un concepto positivo de buena fe.¹³⁴ La tesis de Burton consiste en señalar que una parte actúa de mala fe cuando intenta recapturar oportunidades perdidas (*forgone opportunities*) con la celebración del contrato.¹³⁵ Esto parte del concepto de costo de oportunidad.

Cuando uno suscribe un contrato llega a un acuerdo con relación a las ganancias que se repartirán en virtud del mismo, y estas expectativas se respetan cuando el contrato se cumple en sus términos y condiciones. Dentro de este contexto, una parte actúa de manera oportunista, entiéndase, de mala fe, cuando intenta recapturar una ganancia que no le corresponde. Por ejemplo, si un arrendatario acordó pagar 100 por renta, luego no puede ejecutar el contrato de tal manera que solo pague 90, directa o indirectamente. Cuando acordó pagar 100 renunció a la oportunidad de pagar una renta menor (90). Entonces, actúa de mala fe el arrendatario que busca pagar 90. Por el contrario, actúa de buena fe quien cumple el contrato y paga los 100. Nuevamente, la buena fe obtiene su significado de los comportamientos de mala fe que se verifiquen en los casos concretos.

La doctrina civilista es abundante en el hecho de proponer una definición de buena fe y de supuestos específicos de conductas vulneradoras de tal deber. Sin embargo, este tipo de análisis sigue siendo deductivo y no inductivo, y como tal, parte de la premisa de que se puede definir un concepto positivo de buena fe aplicable para todos los casos. Por el contrario, mejor es partir de la premisa de que la buena fe pertenece a los conceptos que no pueden definirse de manera positiva y *ex ante*, y que es mejor observar a la práctica para de allí derivar un concepto cierto, y no uno teórico.

En quinto lugar, debe preferirse por el empleo de normas específicas en lugar de conceptos generales. Schäfer explicaba que las reglas son las que están claramente definidas y son fáciles de aplicar, mientras que los estándares son abiertos y son susceptibles de ser ejercidos de diferente manera. Esta diferencia genera distintos costos que deben evaluarse para definir si conviene redactar una regla o un estándar. Redactar una regla cuesta pero reduce el costo de cumplimiento (por el obligado) y de verificación (por las cortes), mientras que redactar un estándar es barato pero aumenta el costo de cumplimiento y verificación.¹³⁶

¹³³ Sobre la buena fe desde el análisis económico del derecho, véase también MURIS, Timothy J. «Opportunism behavior and the law of contracts». En *Minnesota Law Review*, 1981, vol. 65, pp. 521-590; COHEN, George M. «The negligence-opportunism trade-off in contract law». En *Hofstra Law Review*, 1992, n.º 4, vol. 20, pp. 941-1016; MACKAAY, Ejan. «The law and economics of good faith in the civil law of contract». En *European Association of Law and Economics Conference*, 2003, pp. 1-19; DUKE, Arlen. «A universal duty of good faith: An economic perspective». En *Monash University Law Review*, 2007, n.º 1, vol. 33, pp. 182-202; CHIRICO, Filomena. «The economic function of good faith in European contract law». En CHIRICO, Filomena y LAROCHE, Pierre (eds.). *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*. Múnich: Sellier European Law Publisher, 2010, pp. 31-44; SEPE, Simone M. «Good faith and contract interpretation: A Law and Economics perspective». En *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, 2010, n.º 10-28, pp. 1-59; MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2012, n.º 18, pp. 149-177; VAZ FREIRE, Paula. «Good faith in contractual law: A “Law and Economics” perspective». En *RJLB*, 2016, n.º 4, año 2, pp. 1381-1393; LAVERDE, Santiago Dussan. «A commentary on the meaning of objective good faith in the Translex Principles through international arbitration: A Law & Economics approach». *Op. cit.*, pp. 164-179; SCHÄFER, Hans-Bernd. «Análisis económico de la buena fe contractual». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

¹³⁴ Véase FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». *Op. cit.*

¹³⁵ BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». *Op. cit.*, pp. 369-404.

¹³⁶ Véase SCHÄFER, Hans-Bernd. «Legal Rules and Standards». En *German Working Papers in Law and Economics*, 2002, Paper 2, pp. 1-7.

Sin embargo, lo más interesante de la tesis de Schäfer es la relación de las reglas y estándares con el capital humano encargado de verificarlas.¹³⁷ Una jurisdicción nacional con buenos jueces puede darle preferencia a los estándares para que ellos puedan crear derecho caso por caso, pero una jurisdicción con malos jueces debe preferir por las reglas para que ellos solo se limiten a aplicar el derecho.¹³⁸

Bajo la premisa planteada, el Perú necesita que el legislador defina el derecho de manera clara y a través de reglas ya que nuestros jueces no están en la posición de crear derecho —correctamente— caso por caso. Y en específico, sobre la cláusula general de buena fe, no es preferible que tengan el poder para modificar o corregir los contratos. Los mismos resultados podrían ser conseguidos, de manera más segura y cierta, usando reglas específicas.

Zimmermann explicaba que la fuerza de la buena fe en una jurisdicción depende de la existencia o no de otras instituciones específicas que permitan obtener el mismo resultado. Si el derecho aplicable está lleno de estas reglas, la buena fe pierde su protagonismo y se vuelve en innecesaria. Esto significa que el legislador puede optar por hacer su trabajo y definir reglas claras, en lugar de preferir por el ocio legal y solo señalar que el contrato «debe ejecutarse de buena fe», y así deseárselos buena suerte a los jueces.

El ámbito de aplicación de la noción de buena fe, por supuesto, depende de una gran variedad de factores. Uno de ellos es la disponibilidad de otras doctrinas y el alcance que se les asigne. Entre estas doctrinas, que en algunos sistemas jurídicos hacen el trabajo para el que en otros se dispone de una disposición de buena fe, se encuentran la *culpa in contrahendo*, *obligations d'information*, *laesio enormis*, el abuso de derecho, la prohibición personal, la interpretación de las intenciones de las partes (ya sea estándar o «complementaria»), desmesura, las doctrinas del cambio de circunstancias o de los presupuestos erróneos, *force majeure* y el error mutuo. Algunas de ellas se siguen considerando, en algunas jurisdicciones, como emanaciones del principio de buena fe. Otras se han convertido en doctrinas jurídicas autónomas o siempre han tenido sus contornos y preocupaciones distintivas.¹³⁹

Lo anterior no solo significa preferir por crear reglas específicas desvinculadas de la buena fe, sino que aquellas que ya nacieron según la buena fe puedan ser separadas de ella para que tengan autonomía. No hay que temer cortar el cordón umbilical.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUAYO LÓPEZ, José. «La buena fe y la interpretación de los actos jurídicos». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 11-24.

ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321.

ARANCIBIA MATTAR, Jaime (ed.). *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile) 1990-2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

ARANEDA CONDEZA, Carla Denisse. «Cláusula de integración y el principio de buena fe». En *Revista Justicia y Derecho*, 2019, n.º 2, vol. 2, pp. 15-32.

¹³⁷ Véase SCHÄFER, Hans-Bernd. «Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitute for human capital in low-income countries». En *Supreme Court Economic Review*, 2006, vol. 14, pp. 113-134.

¹³⁸ También véase SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. «Alive and well: the good faith principles in Turkish contract law». En *European Journal of Law and Economics*, 2015, n.º 1, vol. 42, pp. 73-101; COOTER, Robert D. y SCHÄFER, Hans-Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Op. cit., pp. 82-100 (capítulo 6).

¹³⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, p. 172.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984». En *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1986.

BARASNEVICIUS QUAGLIATO, Pedro. «The duty to negotiate in good faith». En *International Journal of Law and Management*, 2008, n.º 5, vol. 50, pp. 213-225.

BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1765-1815.

BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218.

BEALE, Hugh. «Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 231-261.

BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18, pp. 501-526.

BEALE, Hugh. «The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider». En MOMBERG, Rodrigo y VOGENAUER, Stefan (eds.). *The Future of Contract Law in Latin America. Principles of Latin American Contract Law*. Portland: Hart Publishing, 2017.

BEALE, Hugh. «Transnational contract law: Lando’s contribution and the way forward». En *European Review of Private Law*, 2020, n.º 3, vol. 28, pp. 465-486.

BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

BENATTI, Francesca. «La funzione delle clausole generali nel diritto privato». En *Banca Borsa Titoli Di Credito: Rivista Di Dottrina E Giurisprudenza*, 2021, n.º 3, vol. 74.

BENATTI, Francesca. «La implication of terms in fact y el deber de buena fe en el derecho inglés». En BARCHI VELAUCHAGA, Luciano; LEÓN HILARIO, Leysser; CONTRERAS GRANDA, Vladimir; CAMPOS GARCÍA, Héctor; BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo; GARCÍA LONG, Sergio y BASALDÚA CHINCHA, Christian (eds.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

BENATTI, Francesca. «Libertad contractual: una mirada comparada». En ROMERO CASILLA, Anthony Julio; FLORES ZERPA, Allen Martí y PAUCARCHUCO GONZALES, Frank James (eds.). *Libro en homenaje jurídico al año del bicentenario del Perú: 200 años de independencia*. Lima: Amachaq Escuela Jurídica, 2021, pp. 419-425.

BENATTI, Francesca. «Notas sobre la buena fe desde una perspectiva comparada». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 469-484.

BENATTI, Francesca. «Note a margine di un convegno su “norme aperte e limiti ai poteri del giudice”». En *Liber Amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e Mercato*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2013.

BENATTI, Francesca. «Reflexiones sobre el Código Civil italiano y peruano». En *Advocatus*, n.º 38, 2020, pp. 21-25.

BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178.

BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLARROEL, Ivette. «Hacia la armonización del derecho mercantil en el Caribe: los Principios OHADAC sobre contratos comerciales internacionales». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre 2021, n.º 41, pp. 187-219.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. «El principio general de la buena fe y el derecho de contratos (especial referencia a la doctrina de los actos propios)». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 225-240.

BIANCA, Massimo. «La buena fe y el deber de información en la etapa de la formación del contrato, en el derecho europeo». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 595-604.

BIRCHAM, Alex; CAHILL, Gillian y WETHERED, Tom. «English contract law for Spanish lawyers. Article one – English law contractual interpretation». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2020, n.º 54, pp. 225-233.

BIRCHAM, Alex; CAHILL, Gillian y WETHERED, Tom. «English contract law for Spanish lawyers. Article two – Good faith in English law governed contracts». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2021, n.º 55, pp. 250-259.

BOETSCH GILLET, Cristián. *La buena fe contractual*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2015.

BONELL, Michael Joachim. «“Force majeure” and “hardship” nel diritto uniforme della vendita internazionale». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, vol. 4, pp. 543-571.

BONELL, Michael Joachim. «Symposium Paper: The *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*: Achievements in Practice and Prospects for the Future». En *Australian International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 17, pp. 177-184.

BONELL, Michael Joachim. «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2008, n.º 1, vol. 58, pp. 1-28.

BONELL, Michael Joachim. «The Unidroit Principles and Transnational Law». En *Uniform Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 5, pp. 199-217.

BRAUCHER, Robert. «Interpretation and legal effect in the Second *Restatement of Contracts*». En *Columbia Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 81.

BRIDGE, Michael G. «Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426.

BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450.

BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115.

- BRIDGE, Michael. «Limits on contractual freedom». En *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2019, n.º 3, vol. 7, pp. 387-412.
- BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49, pp. 111-157.
- BROWNSWORD, Roger; HIRD, Norma J. y HOWELLS, Geraint (eds.). *Good faith in contract. Concept and context*. Dartmouth: Ashgate, 1999.
- BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo. «Artículo 1362». En *Código Civil comentado*. Tomo VII. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 106-161.
- BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94, pp. 369-404.
- BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice view». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35, pp. 1533-1564.
- BURTON, Steven J. «Good faith performance of a contract within article 2 of the Uniform Commercial Code». En *Iowa Law Review*, 1981, n.º 1, vol. 67, pp. 1-30.
- BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 210-218.
- BURTON, Steven J. «More on good faith performance of a contract: a reply to Professor Summers». En *Iowa Law Review*, 1984, n.º 2, vol. 69, pp. 497-512.
- BURTON, Steven J. *Judging in good faith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- CAMPOS MICIN, Sebastián. «Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, diciembre 2021, n.º 37, pp. 105-159.
- CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, 2009, n.º 2, vol. 17, pp. 155-175.
- CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). «¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil». Lima: Gaceta Jurídica, 2021.
- CHAMIE, José Félix. «Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídico colombiana». En *Derecho PUCP*, junio-noviembre, 2018, n.º 80, pp. 187-237.
- CHAN ARELLANO, Alfredo. «Solo estamos saliendo: sobre la buena fe en la etapa de tratativas». En *Ius Et Veritas*, 2011, n.º 43, pp. 44-57.
- CHIRICO, Filomena. «The economic function of good faith in European contract law». En CHIRICO, Filomena y LAROUCHE, Pierre (eds.). *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*. Múnich: Sellier European Law Publisher, 2010, pp. 31-44.
- CIENFUEGOS FALCÓN, Mijail F. «Revalorando la cláusula general de buena fe. El incumplimiento esencial en la resolución contractual». En *Actualidad Civil*, marzo 2016, vol. 21, pp. 218-246.

COHEN, George M. «The negligence-opportunism trade-off in contract law». En *Hofstra Law Review*, 1992, n.º 4, vol. 20, pp. 941-1016.

COLLINS, Hugh. «Good Faith in European Contract Law». En *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, n.º 2, vol. 14, pp. 229-254.

COOTER, Robert y SCHÄFER, Hans-Bernd. *Solomon's knot: How law can end the poverty of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2013.

CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 1-38.

CÓRDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

CORTÉS MONCAYO, Édgar; HERRERA MORENO, Jorge y RIAÑO SAAD, Anabel. «Traducción de la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016». En RIAÑO SAAD, Anabel y FORTICH, Silvana (eds.). *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones. ¿Fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

CREMADES, Bernardo M. «Good faith in international arbitration». En *American University International Law Review*, vol. 27, 2012, n.º 4, pp. 761-788.

CRISCUOLO, Fabrizio. «Constitutional Axiology and Party Autonomy». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, pp. 357-375.

D'AMICO, Giovanni. «Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"». En *Contratti*, 2014, vol. 10, pp. 926-937.

DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: The United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64.

DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (eds.). *Los Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana». En *Ius Et Praxis*, 1994, n.º 23, pp. 9-21.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Interpretación del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1631-1638.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La fuerza de la buena fe». En ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto (eds.). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra Editores y Editorial Temis, 2000, pp. 273-286.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo I]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. [En Biblioteca para Leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte - Tomo II]. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

- DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Desacralizando la buena fe en el derecho». En CORDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2005, pp. 19-46.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad reconstruida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 31-42.
- DIMATTEO, Larry A. «Legal tradition bias in interpreting the CISG: hardship as case in point». En BENATTI, Francesca; GARCIA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 124-160.
- DIMATTEO, Larry. «Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines». En *Pace International Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 27, pp. 258-305.
- DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, pp. 397-412.
- DUKE, Arlen. «A universal duty of good faith: An economic perspective». En *Monash University Law Review*, 2007, n.º 1, vol. 33, pp. 182-202.
- ECKL, Christian. «Algunas observaciones alemanas acerca de la “buena fe” en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 41-52.
- EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard. «The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems». En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, n.º 4, vol. 28, pp. 659-708.
- EISELEN, Sieg. «The CISG as Bridge between *common law* and *civil law*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 612-628.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas». En *Revista de Ciencias Sociales*, 2018, n.º 73, pp. 63-94.
- ENMAN-BEECH, John. «The subjects of *Bashir*: good faith and relational contracts». En *Journal of Law and Equality*, 2017, vol. 13, pp. 1-30.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El principio de la buena fe». En *Advocatus*, 2011, n.º 24, pp. 245-260.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil». En *Derecho PUCP*, 2003, vol. 56, pp. 733-757.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las perspectivas de modernización del derecho de obligaciones: el estado de la cuestión en la experiencia jurídica peruana». En *Ius Et Veritas*, 2014, n.º 48, pp. 106-128.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Prefacio». ESPINOZA ESPINOZA, Juan (dir.). *Nuevo comentario del Código Civil peruano*. [Tomo I. Título Preliminar y derecho de las personas]. Lima: Instituto Pacífico, 2021.

EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. «Expansión y límites de la buena fe objetiva - A propósito del “proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2013, n.º 21, pp. 137-216.

FACCO, Javier Humberto. «*Good faith* en el ejercicio de poderes contractuales discrecionales (¿Un punto de contacto entre *common law* y *civil law*?)». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, n.º 22, pp. 149-167.

FACCO, Javier Humberto. *Vicisitudes de la buena fe negocial. Reflexiones históricas comparativas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

FARNSWORTH, E. Allan. «A Common lawyer’s view of his Civilian colleagues». En *Louisiana Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 57, pp. 234-235.

FARNSWORTH, E. Allan. «A Common lawyer’s view of his Civilian colleagues». En *Louisiana Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 57.

FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47-64.

FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170.

FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, pp. 666-679.

FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». En *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, vol. 87, pp. 217-294.

FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

FEINMAN, Jay M. «Good faith and reasonable expectations». En *Arkansas Law Review*, 2014, n.º 3, vol. 63, pp. 525-270.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *erecho & Sociedad*, 2002, n.º 19, pp. 146-164.

FERRARI, Franco. «Tendencia nacionalista vs tendencia importadora en la jurisprudencia de la CVIM». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 199-218.

FERRARI, Franco; GILLETTE, Clayton P.; TORSELLO, Marco y WALT, Steven D. «The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG». En *Internationales Handelsrecht*, 2017, n.º 3, vol. 17, pp. 97-102.

Ferreira RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.

FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13.

FORTE, Angelo. (ed.). *Good faith in contract and property*. Portland: Hart Publishing, 1999.

FU, Junwei. *Modern European and Chinese Contract Law*. La Haya: Wolters Kluwer, 2011.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio. «El principio de la buena fe en el derecho civil». En Estudios de derecho civil. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 721-742.
- GARCÍA LONG, Sergio. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 193-257.
- GARCÍA LONG, Sergio. «A single theory of impediments under the CISG: A Latin-American perspective». En BENATTI, Francesca; GARCÍA LONG, Sergio y VIGLIONE, Filippo (eds.). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 219-267.
- GARCÍA LONG, Sergio. «Hardship en los contratos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, septiembre 2021, n.º 99, pp. 97-116.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La estructura contractual de los financiamientos bancarios». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Normas Jurídicas, 2019, pp. 55-96.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 493-555.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, pp. 113-134.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175.
- GARCÍA LONG, Sergio. «Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado». En *Revista de Derecho - Facultad de Derecho UCSC*, 2021, n.º 39, pp. 125-161.
- GARCÍA LONG, Sergio. «Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera». En *Forseti, Revista de Derecho*, 2022, n.º 15, vol. 11, pp. 92-116.
- GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.
- GARRO, Alejandro M. «The gap-filling role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG». En *Tulane Law Review*, 1994, n.º 5, vol. 68, pp. 1149-1190.
- GARRO, Alejandro M. «Unification and harmonization of private law in Latin America». En *The American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, pp. 587-616.
- GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- GRONDONA, Mauro. «Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2012, n.º 22, pp. 135-147.
- GRONDONA, Mauro. *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*. Torino: G. Giappichelli, 2011.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «Artículo 168». En *Código Civil comentado*. Tomo VII. 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 650-656.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F. «Good faith in commercial law and the Unidroit Principles of International Commercial Law». En *Penn State International Law Review*, 2005, n.º 3, vol. 23, pp. 507-520.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. «El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile». En *Anuario de Derecho Civil*, 2006, n.º 3, vol. 59, pp. 1283-1302.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. «La influencia del Código Civil francés en el derecho civil latinoamericano». En *Temas de Derecho*, enero-diciembre 2004, n.º 1-2, año XIX, pp. 13-35.

HARO SEIJAS, Juan José. «¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo? Sobre la responsabilidad precontractual y la buena fe». En *Advocatus*, 2002, n.º 7, pp. 122-146.

HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, pp. 554-555.

HARTKAMP, Arthur S. «The concept of good faith in the Unidroit Principles for International Commercial Contracts». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 65-72.

HENRIQUES, Duarte G. «The role of good faith in arbitration: are arbitrators and arbitral institutions bound to act in good faith?». En *ASA Bulletin*, septiembre 2015, n.º 3, pp. 514-532.

HESELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 471-498.

HOFMANN, Nathalie. «Interpretation rules and good faith as obstacles to the UK's ratification of the CISG and to the harmonization of contract law in Europe». En *Pace International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 22, pp. 145-182.

HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, pp. 1660-1691.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009.

HORN, Norbert. «Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Law». En HORN, Norbert (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Boston: Kluwer Law International, 1985.

HOUH, Emily M.S. «The doctrine of good faith in contract law: a (nearly) empty vessel?». En *Utah Law Review*, 2005, n.º 103, pp. 1-56.

ITHURRIA, María. «Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: ¿dónde está lo latinoamericano?». En *Latin American Legal Studies*, 2021, vol. 9, pp. 295-299.

JACKSON, Shy. «Good faith under English law: evolution or revolution?». En *Derecho & Sociedad*, noviembre 2020, n.º 55, pp. 33-51.

JEREZ DELGADO, Carmen (ed.). *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Análisis sistemático del concepto de buena fe en el Código Civil de 1984». En *Advocatus*, 2000, n.º 2, pp. 139-156.
- JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La unidad del concepto general de buena fe y su trascendencia en el derecho moderno». En SOTO COAGUILA, Carlos A. y JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (eds.). *Contratación privada*. Lima: Jurista Editores, 2002.
- KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. «*Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study». En *Harvard Law Review*, 1964, n.º 3, vol. 77, pp. 401-449.
- KOMAROV, Alexander S. «Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, vol. 25, pp. 75-85.
- KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50.
- KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». En CANE, Peter y STAPLETON, Jane (eds.). *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- KOVAC, Mitja. «Culpa in contrahendo, promissory estoppel, pre-contractual good faith and irredeemable acts». En *Asian Journal of Law and Economics*, 2018, n.º 1, vol. 10.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh (eds.). *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised*. Boston: Kluwer Law International, 2000.
- LANDO, Ole. «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2005, n.º 2, vol. 53, pp. 379-401.
- LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.
- LAVERDE, Santiago Dussan. «A commentary on the meaning of objective good faith in the Translex Principles through international arbitration: A Law & Economics approach». En *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, mayo-agosto 2021, n.º 2, vol. 13, pp. 164-179.
- LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 October, 2016, pp. 1-18.
- LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En *Themis*, 2004, n.º 49, pp. 127-152.
- LEÓN HILARIO, Leysser. «La codificación civil en el Perú: algunas consideraciones críticas». En *Derecho PUCP*, 2004, vol. 57, pp. 245-262.
- LEYVA SAAVEDRA, José. «Interpretación de los contratos». En *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2009, n.º 27, pp. 443-475.
- LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno. «Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetiva y función social de los contratos en el derecho privado brasileño». En SOTO COAGUILA, Carlos A. (ed.). *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 241-288.
- LITVINOFF, Saul. «Good faith». En *Tulane Law Review*, 1996, n.º 6, vol. 71, pp. 1645-1674.

LLEWELLYN, Karl. «Why a Commercial Code?». En *Tennessee Law Review*, 1953, vol. 22, pp. 779-785.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «La interpretación del negocio jurídico y del contrato». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 1657-1708.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1994.

LÓPEZ SANTOS, Demetrio. «La buena fe contractual». En *Revista de Investigación UNMSM, Facultad de Derecho y Ciencia Política*, diciembre 2000, n.º 3, año 2, pp. 9-27.

LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*. Madrid: Dykinson, 2019.

MACKAAY, Ejan. «Good faith in *civil law* systems. A legal-economic análisis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2012, n.º 18, pp. 149-177.

MACKAAY, Ejan. «The law and economics of good faith in the civil law of contract». En *European Association of Law and Economics Conference*, 2003, pp. 1-19.

MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgo: Edinburgh University Press, 2006, pp. 43-73.

MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23, pp. 301-331.

MAGGS, Gregory E. «Karl Llewellyn's fading imprint on the jurisprudence of the Uniform Commercial Code». En *University of Colorado Law Review*, 2000, vol. 71, pp. 1-47.

MAGNUS, Ulrich. «Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Institute for the Unification of Private Law, Principle of International Commercial Contracts». En *Pace Law School*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 89-95.

MANIRUZZAMAN, A.F.M. «The concept of good faith in international investment disputes – the arbitrator's dilemma». En *Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, 2012, vol. 89, pp. 16-18.

MARISTRELLO PORTO, Antônio José y THEVENARD GOMES, Lucas. «Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e Aprofundamentos». En *Economic Analysis of Law Review*, julio-diciembre 2010, n.º 2, vol. 1, pp. 196-212.

MARKOVITS, Daniel. «Good faith as contract's core value». En KLASS, Gregory; LETSAS, George y SAPRAI, Prince (eds.). *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: OUP Oxford, 2014, pp. 272-293.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and *common law*s». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MCKENDRICK, Ewan. «Good faith in the performance of a contract in English law». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martín (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 196-208.

- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no Direito Civil*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- MICHAELS, Ralf. «The Unidroit Principles as global background law». En *Uniform Law Review*, 2014, vol. 19, pp. 643-668.
- MIRMINA, Vincenzo. «La buona fede». En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, junio 2022, n.º 16 bis, pp. 376-395.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo. «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos: hacia la armonización y modernización del derecho privado en Latinoamérica». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y SEVERIN FUSTER, Gonzalo (eds.). *La armonización del derecho de contratos en Latinoamérica. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el derecho europeo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2020, pp. 45-79.
- MOMBERG, Rodrigo. «El control de las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales en el derecho chileno». En ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (ed.). *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar: Thomson Reuters, 2020, pp. 623-634.
- MOMBERG, Rodrigo. «The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections». En *Latin American Legal Studies*, 2018, vol. 2, pp. 209-223.
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir. «La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción». En *Revista de Derecho*, diciembre 2008, n.º 30, pp. 30-74.
- MONSALVE CABALLERO, Vladimir. «The legal and historical panorama of culpa in contrahendo at contractual negotiations». En *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, enero-julio 2013, n.º 39, pp. 126-148.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. «Buena fe interpretativa y buena fe integrativa en el derecho de contratos». En VIDAL OLIVARES, Álvaro y UGARTE MOSTAJO, Daniel L. (eds.). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 151-179.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. «Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano». En *Ius Et Veritas*, 2018, n.º 57, pp. 170-189.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. «La “común intención” de las partes en la interpretación de los contratos». En *Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Ius et Veritas, 2014.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. «Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación». En *Anuario de Derecho Civil*, 2014, n.º 1, vol. 67, pp. 227-254.
- MORALES, María Elisa. «Informe sobre conferencia internacional “The future of contract law in Latin America”». En *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2015, n.º 3, vol. 2, pp. 221-225.
- MURIS, Timothy J. «Opportunism behavior and the law of contracts». En *Minnesota Law Review*, 1981, vol. 65, pp. 521-590.
- NAVARRETTA, Emanuela. «Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale». En RAMÍREZ GASTÓN B., Germán y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (eds.). *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre disciplinas*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2019, pp. 451-483.

NEDZEL, Nadia E. «A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability». En *Tulane European & Civil Law Forum*, 1997, vol. 12, pp. 97-157.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano». En *Revista de Derecho Privado*, julio-diciembre, 2006, n.º 11, pp. 79-125.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «La buena fe como eje del proceso de integración e inter pretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales». En NAVIA ARROYO, Felipe y CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 234-293.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

NIKOLOVA, Silvia E. «UK's ratification of the CISG – An old debate or a new hope for the economy of the UK on its way out of the recession: the potential impact of the CISG on the UK's SME». En *Pace International Law Review*, 2012, n.º 3, vol. 3, pp. 69-110.

NOVOA, Rodrigo. «*Culpa in contrahendo*: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)». En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2005, n.º 3, vol. 22, pp. 583-612.

O'CONNOR, J.F. *Good faith in English law*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1990.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «El deber de renegociar el contrato de buena fe en épocas del COVID-19». En *Iur Et Praxis*, 2019-2020, n.º 50-51, pp. 31-43.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. «La buena fe contractual y el principio de transparencia». En *Athina*, 2016, vol. 12, pp. 199-216.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus, 2011.

OSTERLING PARODI, Felipe. «Interpretación de la ley y los contratos». En *Revista Athina*, septiembre 2007, pp. 1-9.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. «Usages and practices in contracts for the international sale of goods». En *Vniversitas*, julio-diciembre 2017, n.º 135, pp. 255-282.

PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, pp. 2039-2042.

PATTI, Paolo. «Unfair terms control in business-to-business contracts». En *The Italian Law Journal*, 2019, n.º 02, vol. 05, pp. 581-611.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the Unidroit Principles». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 4-28.

PIERS, Maud. «Good faith in English Law – Could a rule become a principle?». En *Tulane European And Civil Law Forum*, 2011, vol. 26, pp. 123-169.

- PIRAINO, Fabrizio. *La buona fede in senso oggettivo*. Turín: G. Giappichelli Editores, 2015.
- PIZARRO, Carlos. «Presentación». En DE LA MAZA, Inigo; PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (eds.). *Los Principios Latinoamericanos de Derechos de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- REITER, B. J. «Good faith in contracts». En *Valparaiso University Law Review*, 1983, vol. 17, pp. 705-734.
- ROWAN, Solène. «The new French law of contract». En *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, n.º 4, vol. 66.
- SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, vol. 9, pp. 81-87.
- SALINAS ALCARAZ, Isabel Cristina. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the *common law*: the challenge of interpreting article 7». En *Iusta*, enero-junio 2014, n.º 40, pp. 57-93.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. «Las funciones de la razonabilidad en el derecho privado chileno». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2018, vol. 51, pp. 173-198.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. «La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado». En MÉNDEZ SILVA, Ricardo (ed.). *Contratación y arbitraje internacionales*. México D. F.: UNAM, 2010, pp. 132-183.
- SANCHEZ LORENZO, Sixto. «Unidroit Principles and OHADAC Principles on International Commercial Contracts. Convergences and Divergences». En LEIBLE, Stefan y MIQUEL SALA, Rosa (eds.). *Legal Integration in Europe and America. International Contract Law and ADR*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2018, pp. 69-106.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. «Alive and well: the good faith principles in Turkish contract law». En *European Journal of Law and Economics*, 2015, n.º 1, vol. 42, pp. 73-101.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. *Good faith*. En *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2015.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. «Análisis económico de la buena fe contractual». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. «Legal Rules and Standards». En *German Working Papers in Law and Economics*, 2002, Paper 2, pp. 1-7.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. «Rules versus standards in rich and poor countries: Precise legal norms as substitute for human capital in low-income countries». En *Supreme Court Economic Review*, 2006, vol. 14.
- SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986.

SCHOPF OLEA, Adrián. «La buena fe contractual como norma jurídica». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, n.º 31m pp. 109-153.

SCHRAGE, Eltjo J. H. «The new Dutch Civil Code: some old, some new». En *Sri Lanka Journal of International Law*, 1992, vol. 4, pp. 99-120.

SCHULZE, Reiner. «Scope and Functions of Principles of Latin American Contract Law: A European Comment». En *Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative Law and National Law*, Special Issue 2018, pp. 15-29.

SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Precontractual liability and preliminary agreements». En *Harvard Law Review*, 2007, n.º 3, vol. 120, pp. 661-707.

SCHWENZER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo. «Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship». En *Uniform Law Review*, 2019, n.º 1, vol. 24, pp. 149-174.

SCHWENZER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 39, pp. 709-726.

SCOTT, Robert E. «Hoffman vs. Red Owl Stores and the Myth of Precontractual Reliance». En *Ohio State Law Journal*, 2007, vol. 68, pp. 71-101.

SEPE, Simone M. «Good faith and contract interpretation: A Law and Economics perspective». En *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, 2010, n.º 10-28, pp. 1-59.

SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En *Bepress Legal Series, Working Paper*, 2004, n.º 339.

SHOHAN ISLAM, Sk.; ADNAN ISLAM, Planner Sk. y UDDIN AHAMED, Mohsin (eds.). *Law of contract in UK and Singapore: Issue of Good Faith*. Lambert Academic Publishing, 2015.

SIMS, Vanessa. «Good faith in English contract law: of triggers and concentric circles». En *Ankara Law Review*, 2004, n.º 2, vol. 1, pp. 213-232.

SMYTHE, Donald J. «Reasonable standards for contract interpretation under the CISG». En *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2016, vol. 25, pp. 1-28.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. «La buena fe contractual y deberes secundarios de conducta». En *Vniversitas*, diciembre 2004, n.º 108, pp. 282-315.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato». En *Vniversitas*, diciembre 2003, n.º 106, pp. 519-562.

SPEIDEL, Richard E. «The “duty” of good faith in contract performance and enforcement». En *Journal of Legal Education*, 1996, n.º 4, vol. 46, pp. 537-545.

STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52.

STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 131-142.

STORME, Matthias. «Good faith and contents of contracts in European private law». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 17-30.

SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 195-267.

SUMMERS, Robert S. «Good faith revisited: some brief remarks dedicated to the late Richard E. Speidel – Friend, co-author, and U.C.C. specialist». En *San Diego Law Review*, 2009, vol. 46, pp. 723-732.

SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 118-136.

SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, pp. 810-840.

TALLON, Denis. «Article 79». En BIANCA, Cesare Massimo y BONELL, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987.

TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

TALLON, Denis. «The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point». En *European Review of Private Law*, 1993, vol. 1, pp. 189-199.

TEPEŠ, Nina y MARKOVINOVIĆ, Hrvoje. «The CISG and the good faith principle». En *Journal of Law & Commerce*, 2019-2020, vol. 38, pp. 11-34.

TERNERA BARRIOS, Francisco. «El concepto de justicia contractual». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2007, n.º 1/2, pp. 287-301.

TETTENBORN, Andrew. «Good faith, the DCFR and Shipping Law». En *European Journal of Commercial Contract Law*, 2015, n.º 1/2, pp. 67-76.

TEUBNER, Gunther. «Legal irritants: good faith in British law or how unifying law end ups in new divergences». En *The Modern Law Review*, 1998, n.º 1, vol. 61, pp. 11-32.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo I. Lima: Instituto Pacífico, 2012.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grijley, 2007.

VAN ERP, Sjef. «A European «*culpa in contrahendo*» doctrine? Towards a model of contract as a legal relationship and situation-specific duties to inform». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 67-78.

VAN SCHILFGAARDE, Peter. «System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code». En *European Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 5, pp. 1-10.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y GARCÍA LONG, Sergio. «Falso consenso: el fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG». En *Prudentia Iuris*, 2022, n.º 93, pp. 139-178.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda y VIDAL OLIVARES, Álvaro. «Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la *lex mercatoria*». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2018, n.º 34, pp. 233-275.

VAZ FREIRE, Paula. «Good faith in contractual law: A “Law and Economics” perspective». En *RJLB*, 2016, n.º 4, año 2, pp. 1381-1393.

VENEZIANO, Anna. «Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court». En *Uniform Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 15, pp. 137-149.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La interpretación del contrato en el derecho peruano». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (ed.). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo III. Lima: Grjley, 2007, pp. 1641-1655.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1989.

VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850.

VIGLIONE, Filippo. *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

VIGURI PEREA, Agustín. «Análisis de derecho comparado sobre la *culpa in contrahendo*». En ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni (eds.). *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 79-88.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans; BEALE, Hugh; HERRE, Johnny; HUET, Jérôme; STORME, Matthias; SWANN, Stephen; VARUL, Paul; VENEZIANO, Anna y ZOLL, Fryderyk (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Múnich: Sellier European Publisher, 2009.

WADDAMS, S. M. «Good faith, unconscionability and reasonable expectations». En *Journal of Contract Law*, 1995, vol. 9, pp. 55-68.

WHITMAN, James. «Commercial law and the American *Volk*: A note on Llewellyn’s German sources for the Uniform Commercial Code». En *The Yale Law Journal*, 1987, n.º 1, vol. 97, pp. 156-175.

WHITTAKER, Simon. «Good Faith, Implied Terms and Commercial Contracts». En *Law Quarterly Review*, 2013, n.º 3, vol. 129, pp. 451-469.

WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982.

ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28.

ZELLER, Bruno y LIGHTFOOT, Richard. «Good faith: An ICSID Convention requirement». En *Victoria University Law and Justice Journal*, 2018, vol. 8, pp. 17-31.

ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239.

ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture two – The Transition from *civil law* to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era?». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Remedies for non-performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law». En *Edinburgh Law Review*, 2002, n.º 3, vol. 6.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «La buena fe contractual». En *Themis*, 2005, n.º 51, pp. 19-30.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.

CAPÍTULO 3

FALSO CONSENSO: EL FANTASMA DE LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 7(1) DE LA CISG*

Sumario: 1. Introducción: la tensa relación entre *civil law* y *common law*.— 2. La americanización del derecho de contratos.— 3. La uniformización del derecho de contratos.— 4. El perfil anglosajón de la CISG.— 4.1. ¿Certeza jurídica o justicia contractual?— 4.2. *Hardship* en la CISG.— 5. El caso contra la buena fe.— 5.1. La buena fe en los derechos domésticos.— 5.2. La buena fe en el comercio internacional.— 6. El fantasma de la buena fe.— 7. Reflexiones finales.— 8. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: LA TENSA RELACIÓN ENTRE *CIVIL LAW* Y *COMMON LAW*

Existe una batalla constante entre *civil law* y *common law*, una feroz competencia protagonizada por los operadores jurídicos (abogados, jueces, árbitros y profesores) que se enfrentan en todo campo legal, tanto en la práctica profesional, la administración pública y privada de justicia y en las cátedras universitarias, discutiendo sobre las más diversas materias jurídicas. Mientras que en algunas ocasiones la discusión es alturada e informada, en otras se evidencia una especie de arrogancia y competencia desleal. En el Perú véase el debate entre Escobar¹ y León² sobre la competencia entre sistemas.

La discusión es alturada cuando se conoce ambos sistemas concluyéndose con fundamentos que sistema es «mejor» que otro. Por ejemplo, es ampliamente conocido que el *common law* (sobre todo el americano) provee un mejor modelo contractual para la compra de empresas³ al tener en cuenta la compleja naturaleza de la empresa como nexo de contratos y, como tal, se enfoca en la distribución de riesgos conocidos y desconocidos entre las partes; esto a diferencia del tradicional esquema contractual civilista enfocado en la transferencia de bienes muebles e inmuebles y cuyos remedios giran en torno a tal naturaleza (pensemos en las obligaciones de saneamiento). En este caso se considera que el *common law* es «mejor» que el *civil law* al prestar atención al particular objeto de transacción.

Por otro lado, es conocida la distinción anglosajona entre *penalties* y *liquidated damages* que considera a las primeras como nulas (al ser *in terrorem* y extra-compensatorias) y a las segundas válidas (al ser solo compensatorias),⁴ mientras que dicha distinción no existe en el *civil law* pues se reconoce a una sola institución denominada como cláusula penal (o penalidad) que es válida, al reconocerse que puede ser disuasiva y punitiva y, en todo caso, sujeta a una eventual moderación judicial. Al respecto,

* Una primera versión de este trabajo fue publicada como Varsi Rospigliosi, Enrique y García Long, Sergio. Falso consenso: El fantasma de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG. En *Prudentia Iuris*, n.º 93, 2022, pp. 139-178. Esta versión ha sido revisada y ampliada.

¹ ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El *common law* y el derecho germánico: aportes e influencias». En *Foro Jurídico*, vol. 6, 2006, pp. 231-236.

² LEÓN HILARIO, Leysser. «*Common law* vs. *civil law*. La competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas». En *Foro Jurídico*, 2007, vol. 7, pp. 259-267.

³ Respecto al modelo americano que se usa en operaciones de M&A (*mergers and acquisitions*) y su diferencia con el *civil law*, véase HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How do German contracts do as much with fewer words?». En *Chicago-Kent Law Review*, 2004, n.º 3, vol. 79, pp. 889-926; HILL, Claire A. «Why are non-US contracts written in US legalese? Some preliminary thoughts and a research Agenda». En FREEMAN, M. y F. SMITH (eds.). *Law and Language*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 457-465. También CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 1-38.

⁴ Esta era una característica del derecho americano e inglés. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa ha dado un reciente cambio para admitir a ciertas *penalties* como válidas. Véase BEALE, Hugh. «English contract law: legitimate deterrence and penalty clauses». En *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*, 2017, vol. 2, pp. 68-73.

se plantea que el *civil law* presenta un esquema más eficiente que el *common law*, entonces, se le considera como «mejor».⁵

Estos ejemplos demuestran que no existe un «mejor» sistema que otro. La comparación jurídica permite evidenciar cómo los diversos sistemas han afrontado el mismo problema desde diferentes perspectivas, y con ello, que han propuesto distintas soluciones. Esto permite comprender el propio derecho, no desde adentro, sino desde afuera y en relación con otras jurisdicciones tanto civilistas como anglosajonas.⁶

Como se trata de identificar un problema y darle una solución, siempre será posible encontrar una mejor solución bajo ciertas circunstancias, de manera que con el paso del tiempo se propondrán incluso nuevas soluciones que conviertan en obsoletas a las anteriores. Para ciertos casos se podrá concluir que el *common law* presenta una mejor solución que el *civil law*, mientras que en otras será a la inversa. Pero lo que no puede decirse de manera general es que un sistema sea «mejor» que el otro.

En el otro extremo se encuentran las discusiones no alturadas ni informadas y que, por el contrario, se dejan llevar por la arrogancia y competencia desleal. La arrogancia del neoliberalismo ha sido un tema advertido por los comparatistas.⁷ Fuera de la arrogancia, el poder y la hegemonía de un país puede tener un gran impacto sobre cuál será el derecho aplicable en los hechos.

El caso de los Estados Unidos de América es evidente. Muchos jugadores, de origen americano, definen las reglas de juego e imponen su derecho frente al otro. Así tenemos que, en los financiamientos, los bancos son los que elaboran y remiten el primer borrador de contrato, basado en el modelo americano, aunque su contraparte sea una civilista. Incluso este modelo americano se ha estandarizado en el mundo de tal manera que es suscrito por partes que no son anglosajonas y bajo ley civilista.

Otro ejemplo es Inglaterra. No solo es reconocida como el distrito financiero más importante del mundo, sino que el derecho inglés es comúnmente pactado como ley aplicable en contratos internacionales por su especial respeto por el pacto de las partes, al preferir por la certeza y seguridad jurídica incluso sobre la justicia del caso concreto (v. gr., no reconoce una doctrina de la *hardship* o *good faith*). Por algo, Inglaterra ha preferido mantenerse fuera de la Unión Europea y no ratificar ciertos instrumentos de uniformización como la United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG.

Si bien pueden presentarse casos donde el poder y hegemonía de un país se impone, esto no significa que exista un «mejor» sistema que el otro. Frente a varios problemas, seguramente el *common law* ha defendido una visión distinta a la del *civil law* que le ha dado buenos resultados en el comercio nacional e internacional. Los contratos más complejos siguen el modelo de la práctica americana o son sometidos al derecho inglés. De allí que sea común la importación de instituciones jurídicas del Common law hacia el *civil law*. Pero ello no es una retroalimentación que ocurre en un solo sentido. Los historiadores y comparatistas han resaltado que el *common law* ha importado también varias figuras civilistas, destacando casos de figuras «bien anglosajonas» de los cuales un *common lawyer* se muestra usualmente orgulloso, pero sin conocer sus antecedentes y orígenes civilistas.

En el derecho inglés tenemos a la conocida regla de Hadley vs. Baxendale (1854)⁸ (previsibilidad en la extensión de los daños contractuales). Usualmente esta regla es considerada como una de las más

⁵ Sobre la comparación de los modelos del *civil law* y *common law* sobre la cláusula penal, véase MATTEI, Ugo. «The comparative law and economics of penalty clauses in contracts». En *The American Journal of Comparative Law*, 1995, n.º 3, vol. 43, pp. 427-444.

⁶ Explicaba Cartwright, usando como ejemplo a la responsabilidad precontractual desde el derecho comparado, que «I used the case as an illustration of the value of reflecting on one's own legal system not only "from the inside" but also by reference to how other legal systems deal with similar questions – and the fact that we have to consider how our own law relates to that of others in a transnational context». CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, 2009, n.º 2, vol. 17, p. 156.

⁷ MATTEI, Ugo y NADER, Laura. *Plunder. When the rule of law is illegal*. Nueva Jersey: Blackwell Publishing, 2008, pp. 46-47.

⁸ *Hadley vs. Baxendale (1854)* 9 Ex 341 (23 February 1854).

importantes innovaciones jurisprudenciales del *common law*.⁹ Sin embargo, dicha regla fue tomada del *Code Civil* de 1804 y del *Traité des obligations* de Pothier.¹⁰ Por el derecho americano, se conoce que Karl Llewellyn fue el responsable de varias importaciones alemanas al Uniform Commercial Code - UCC, entre ellas, la anterior sección §2-615 que regulaba a la *excuse by failure of failure of presupposed conditions* inspirada en la doctrina del *Geschäftsgrundlage* (base del negocio)¹¹ y la anterior sección §1-203 que regulaba a la *good faith* inspirada en la *Treu und Glauben*.¹²

El tipo de comparación que realizaremos en este trabajo es una alturada e informada, siendo el centro de atención el modelo de buena fe adoptado por la CISG. Con ocasión de la redacción del texto de la CISG, varias delegaciones del *civil law* y *common law* tuvieron que ponerse de acuerdo frente a diversos aspectos legales vinculados al contrato de compraventa internacional. Uno de ellos fue la buena fe, que quedó materializada en el artículo 7(1), una de las normas más famosas y controvertidas por su perfil anglosajón. El artículo en mención es muestra de un compromiso de uniformización entre *civil law* y *common law*, pero también es muestra de la eterna tensión que puede existir entre ambos sistemas, la cual debe ser tratada correctamente.

Siempre existirán diversas formas de afrontar un problema. Los avances sociales harán obsoletas las soluciones existentes en virtud de las nuevas que irán surgiendo. Lo viejo cede el paso a lo nuevo. Lo importante es partir de una premisa: al existir diversas formas de solucionar un problema, existen diversos modelos de la misma institución jurídica. La buena fe no es la misma en el *common law* y el *civil law*, pero tampoco la buena fe es la misma en todo el *civil law*. Es una institución profusa u difusa. Existen distintos modelos de buena fe.

La CISG optó por un modelo de buena fe amigable para los anglosajones. Sin embargo, esto no puso fin a la discusión. Las instituciones jurídicas, tal cual ser vivo, nacen y se desarrollan buscando su propio camino. Y eso pasó con la buena fe, que a pesar de la expresa elección de la CISG en favor de una buena fe anglosajona, en los hechos se sigue discutiendo si una buena fe civilista tal vez sería la más adecuada para el comercio internacional, sobre todo si es parte de la *lex mercatoria*.¹³ Entonces, en retrospectiva, el acuerdo que se materializó en el artículo 7(1) terminó siendo un falso consenso, un acuerdo que no logró los frutos deseados.

La Sección II de este trabajo pretende iniciar este análisis comparado teniendo en cuenta cómo el derecho americano se ha ido globalizando en la práctica del *civil law*, la filosofía que se tiene frente a los contratos y lo que esto significa frente a los procesos de uniformización del derecho de contratos. La Sección III analiza algunos de los procesos de uniformización más destacados como los PICC¹⁴ y PECL,¹⁵ mientras que la Sección IV se enfoca en la CISG y explica en qué extremos tiene un perfil anglosajón. La Sección V desarrolla los modelos de buena fe en el derecho comparado y, en específico, el modelo adoptado por la CISG según su artículo 7(1), como resultado de un compromiso para lograr un acuerdo entre *civil law* y *common law* a pesar de las posiciones opuestas de ambos sistemas en torno a la buena fe. La Sección VI explica por qué el artículo 7(1) es en realidad un falso consenso que ha permitido que la buena fe civilista, a pesar de su ausencia física, pueda presentarse como un fantasma. Finalmente, la Sección VII concluye.

⁹ Al respecto, señalaba Gilmore que «*Hadley vs. Baxendale* is still, and presumably always will be, a fixed star in the jurisprudential firmaments». GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995 [1974], p. 92.

¹⁰ Véase FERRARI, Franco. «Comparative ruminations on the foreseeability of damages in Contract Law». En *Louisiana Law Review*, 1993, n.º 4, vol. 53, pp. 1257-1269.

¹¹ Véase RIESENFELD, Stefan. «The influence of German legal theory on American law: The heritage of Savigny and his disciples». En *The American Journal of Comparative Law*, 1989, n.º 1, vol. 37, pp. 1-7.

¹² Véase FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170.

¹³ Para una introducción al debate de la nueva *lex mercatoria*, véase YILDIRIM, Ahmet Cemil. «Solid, liquid and gas forms of the new *lex mercatoria*: how do they operate in practice?». En *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, 2014, pp. 5-26.

¹⁴ Acrónimo de Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

¹⁵ Acrónimo de Principles of European Contract Law.

2. LA AMERICANIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

Georges A. van Hecke cuenta una anécdota ocurrida en 1962. Una empresa americana y una belga deseaban cerrar una transacción. La empresa americana mandó un borrador del contrato de 10 000 palabras. La empresa belga estuvo sorprendida por la extensión del contrato y se negó a continuar con las negociaciones a menos que ella propusiera el borrador del contrato. Entonces, mandó a su contraparte un borrador de 1400 palabras. La empresa americana estuvo de acuerdo con el borrador pues tenía la sustancia del primer borrador de 10 000 palabras.¹⁶

Esto nos permite comentar dos ideas principales: (1) la filosofía formalista y textual del *common law* frente al contextualismo del *civil law*; y, (2) el rechazo del uso de cláusulas generales en el *common law* a diferencia de su amplio uso en el *civil law*.

Primero, el *common law* cuenta con jurisdicciones como la americana o inglesa donde prima el respeto de lo pactado por las partes. La voluntad común es lo que las partes dejaron por escrito en el contrato. En consecuencia, la interpretación del contrato se limita a las cuatro esquinas del contrato, el cuadrilátero contractual. Si las partes no pactaron algo, se asume que ello estuvo fuera del acuerdo. La integración contractual no tiene protagonismo. Esta es la filosofía formalista y textual. Por ello, los anglosajones invierten muchas páginas en sus contratos pues solo existirá lo que ha quedado por escrito. Por el contrario, en el *civil law* se asume que el contrato debe tener en cuenta el contexto y el comportamiento de las partes, de manera que las partes no solo se obligan a aquello que ha quedado redactado en el contrato (*pacta sunt servanda*) sino también a aquello que se derive de la buena fe, la equidad, la ley, los usos y costumbres, entre otros.¹⁷ Sobre todo, véase que se mencionan algunos valores (como la buena fe o la equidad) que se quieren fomentar en la ejecución de los contratos. Entonces, interpretación e integración van de la mano.

Segundo, y teniendo en cuenta el uso de cláusulas generales, los civilistas no deben preocuparse de dejar todo por escrito en sus contratos. Las cláusulas generales son consideradas como verdaderas fuentes de integración del contrato, de manera que lo que las partes pactaron no delimita todo el ámbito de sus derechos y obligaciones. Pueden darse el lujo de redactar contratos menos extensos. Por el contrario, dado que en el *common law* se prefiere por una perspectiva formalista, para las partes lo que no está en el contrato simplemente no existe, así los contratos son más extensos y prolijamente negociados.

Estas diferencias, si bien juegan en favor del *civil law* para ciertos casos, en otras se presentan como desventajas.

Las partes quieren y necesitan estar seguras de cuáles son sus derechos y obligaciones desde el principio, y con ello, evitar cualquier tipo de intervención judicial que altere el contenido de sus contratos. Cuando estamos ante partes sofisticadas que negocian en igualdad de condiciones, se presume que son las únicas responsables de definir el contenido de sus contratos, y como tal, la labor de las cortes debe limitarse a ejecutar los acuerdos en sus propios términos y condiciones, no a manipularlos para materializar sus propias nociones de justicia, ajenas a la voluntad de las partes. Así las cosas, el formalismo se ve más atractivo.

¹⁶ HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How do German contracts do as much with fewer words?». *Op. cit.*, p. 897.

¹⁷ Esta regla tiene como antecedente al artículo 1135 del Code Civil 1804: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature», el cual fue replicado en el artículo 1546 del Código Civil de Chile: «Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella», y el artículo 1258 del Código Civil de España: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Además, si se usan cláusulas generales, que incluso pueden integrar (modificar) el contrato, ello obstaculizará la especialización de los acuerdos. Si los contratos se respetan en sus términos y condiciones, y son las partes las que irán amoldándolos —transacción tras transacción— según las necesidades de un sector específico, entonces los usos y costumbres se volverán el derecho vivo que se caracterizará por estar mejor adaptado a los requerimientos de las partes, incluso yendo más allá de lo que diga la pétrea e inmóvil codificación civil. Esto no se logra redactando contratos cortos y llenos de conceptos ambiguos, y menos con el empleo de cláusulas generales que sean reconocidas como fuentes de integración (modificación) del contrato. Entonces, la redacción específica y compleja favorece el perfeccionamiento de los contratos.

Lo anterior explica la americanización del derecho de contratos en el mundo. La práctica corporativa y financiera es un buen ejemplo. Los contratos de M&A¹⁸ y financiamientos¹⁹ se basan en un modelo contractual inspirado en el derecho americano que incluye la estructuración de la operación, la importación de cláusulas americanas y el estilo del *drafting*. Esta influencia se aprecia incluso cuando el contrato es negociado entre partes civilistas y este es sometido a una ley del *civil law*. Como es evidente, estos contratos son más amplios y complejos que los típicos contratos civiles.

Los montos involucrados en las transacciones también explican la preferencia por el modelo americano. Cuando un banco negocia con una empresa el desembolso de US\$ 500 millones o un inversionista tiene la intención de comprar una empresa por US\$ 1000 millones, lo último que desearía, después de haber negociado el contrato, es que un juez o árbitro le imponga una restricción al ejercicio de uno de sus derechos contractuales alegando la buena fe, y de esta manera, tenga que cumplir con una limitación que no fue pactada. Ante tal hipótesis tendría dos alternativas preventivas: (i) redactar una compleja cláusula que defina todos los extremos de su derecho y ámbito de aplicación (de manera que se muestre como autosuficiente), o; (ii) someter su contrato a una ley de una jurisdicción conocida por limitarse a ejecutar el pacto de las partes (como la ley inglesa), independientemente de si luego dicho pacto resultase más gravoso para una de ellas.

Nuevamente, cuando se trata de partes sofisticadas que negocian en igualdad de condiciones, la filosofía del derecho de contratos debe ser una de *hands-off*, i.e. de no intervención. El *common law* es muestra de ello y la americanización una prueba de su preferencia en el mundo.

3. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

Europa tenía una gran complicación frente a su comercio internacional: la falta de un derecho uniforme de contratos. Cuando se quería hacer negocios en Europa debía tenerse en cuenta más de 20 jurisdicciones, y con ello, más de 20 Derechos nacionales; además, la diversidad idiomática, de culturas e idiosincrasias. Por el contrario, aunque cada Estado Americano tiene su propia legislación, el derecho americano se veía como una unidad que podía transmitirse en un solo idioma. Este fue el objetivo del American Law Institute con los Restatements of Contracts.

Esta necesidad promovió el inicio de diversas iniciativas de uniformización para el derecho de contratos. La más importante, en su momento y en la actualidad, es la CISG. Ella fue, además, el

¹⁸ Sobre la estructura contractual de los M&A, véase GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016; y sobre la americanización del modelo americano de M&A, véase GARCÍA LONG, Sergio. «El nacimiento y ascenso de los *civil lawyers*». En *Themis*, 2018, n.º 73, pp. 271-294.

¹⁹ Sobre la estructura contractual de los financiamientos bancarios, véase GARCÍA LONG, Sergio. «La estructura contractual de los financiamientos bancarios». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Normas Jurídicas, 2019, pp. 55-96. También, sobre la estructura contractual de las operaciones de *leveraged buyouts* (LBO), véase GARCÍA LONG, Sergio. «Megatransacciones: la estructura contractual y corporativa del *leveraged buyout* (LBO)». En SALAZAR GALLEGOS, Max (ed.). *Derecho corporativo. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: PUCP, 2019, pp. 341-385.

antecedente de otros importantes textos como los PICC y PECL.²⁰ Para que estos procesos de uniformización, primero, se materialicen en un texto y, segundo, fueran exitosos en la práctica, debían lograr cierto nivel de consenso entre *civil law* y *common law*, según sea necesario.²¹

Los PECL, al ser aplicables a la Unión Europea, tienen un claro perfil civilista, a pesar de que tuvo como uno de sus mayores protagonistas al profesor inglés Hugh Beale, quien se lamentaba que los PECL, en algunos extremos, fuera demasiado civilista como se muestra en las excesivas referencias a la buena fe (19 disposiciones de los PECL hacen mención a la buena fe).²²

Luego, tenemos a los PICC, que con el objetivo de ser reconocidos como *lex mercatoria* para los contratos internacionales, no estuvieron limitados a la Unión Europea, siendo su intención ser aplicados alrededor del mundo y, como tal, no podían omitir la posición de las jurisdicciones anglosajonas. De allí que en algunos extremos de su texto se haya preferido por ser más familiar a la práctica internacional, como se evidencia en el uso del término *hardship* en lugar de *change of circumstances*, optado por los PECL (y el DCFR²³ o los PLDC²⁴ y otros instrumentos de uniformización de perfil civilista). Sin embargo, el texto de los PICC es mayoritariamente civilista. Muestra de ello es el reconocimiento amplio de la buena fe (es mencionada solo en 6 disposiciones pero con carácter general). No olvidemos que varios miembros de los grupos de trabajo de los PICC participaron en los PECL, de manera que ambos instrumentos contienen disposiciones muy similares, entre ellas —precisamente— las que reconocen a la buena fe como deber contractual.

Por el contrario, la CISG se muestra más favorable para el *common law* en ciertos aspectos estructurales del derecho de contratos, lo que tiene como objetivo proyectar que la CISG le da preferencia a la seguridad jurídica sobre la justicia. Por ello, a diferencia de los PICC y PECL, y aunque la CISG no sea un instrumento de uniformización de un predominante perfil anglosajón como los OHADAC Principles,²⁵ prefirió por la opción anglosajona en aspectos fundamentales del derecho de contratos, marcando un claro distanciamiento con las opciones civilistas adoptadas por sus seguidores, los PICC y PECL.

Todos estos instrumentos de uniformización de *hard law* o *soft law* han contribuido para que actualmente se pueda hablar de un derecho contractual transnacional,²⁶ íntimamente vinculado con la nueva *lex mercatoria* y el arbitraje internacional.²⁷ La *lex mercatoria*, una de las principales fuentes de este

²⁰ Lando se refiere conjuntamente a la CISG y sus seguidores, PICC y PECL, como la *tríada*. LANDO, Ole. «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2005, n.º 2, vol. 53.

²¹ Sobre el consenso logrado por la CISG entre *civil law* y *common law*, véase EISELEN, Sieg. «The CISG as Bridge between *common law* and *civil law*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 612-628. También VIEJOBUEÑO, Sonia. «Progress through compromise: the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1995, n.º 2, vol. 28, pp. 200-227. Por otro lado, el UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 edition) es claro en su introducción cuando señala que «3. One reason for the wide acceptance of the Convention stems from its flexibility. The drafters of the Convention achieved this flexibility through the use of different techniques, and, in particular, by adopting a neutral terminology, by promoting the general observance of good faith in international trade, by establishing as a rule that the general principles on which the Convention is based should be used when filling any gap in the set of standards created by the Convention, and by recognizing the binding effects of agreed usages and established practice».

²² Véase la crítica en BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218.

²³ Acrónimo de Draft Common Frame of Reference.

²⁴ Acrónimo de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

²⁵ Acrónimo de OHADAC Principles on International Commercial Contracts.

²⁶ Sobre el derecho de contratos transnacional, véase CALLIESS, Graf-Peter. «The Making of Transnational Contract Law». En *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, n.º 2, vol. 14, pp. 469-483; BONELLI, Michael Joachim. «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2008, n.º 1, vol. 58, pp. 1-28.

²⁷ Sobre la interacción entre el derecho contractual transnacional, el arbitraje internacional y la nueva *lex mercatoria*, véase HORN, Norbert. «Uniformity and diversity in the law of international commercial contracts». En HORN, Norbert y SCHMITTHOFF, Clive (eds.). *The Transactional Law of International Commercial Contracts*. Boston: Kluwer, 1982, pp. 3-18; GOODE, Roy. «Usage and its reception in transnational commercial law». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, n.º 1, vol. 46, pp. 1-36; BAMODU, Gbenga.

derecho supranacional, puede clasificarse en virtud de su grado de formulación:²⁸ (1) *solid form*, la CISG y la Convención de Nueva York (1958); (2) *liquid form*, los PICC, PECL, DCFR, ICC,²⁹ ITC,³⁰ OHADAC Principles, TransLex Principles³¹ y FIDIC;³² y, (3) *Gas form*, aquellas reglas que no se están recogidas, codificadas o formuladas en algún instrumento.

La idea es que los contratos sometidos a tales instrumentos sean resueltos en arbitrajes internacionales donde los árbitros apliquen el contrato y la *lex mercatoria*, creándose un derecho transnacional de contratos con autonomía propia.

4. EL PERFIL ANGLOSAJÓN DE LA CISG

4.1. ¿Certeza jurídica o justicia contractual?

La principal regla del derecho de contratos es el *pacta sunt servanda*. Sin embargo, esta regla, a veces llamada como principio para resaltar su importancia, parece no ser en realidad la más importante, o en todo caso, se tiene en cuenta a otras reglas que terminan por relativizarla. La sola existencia de excepciones al *pacta sunt servanda* puede ser un criterio fundamental para diferenciar entre jurisdicciones nacionales y la filosofía subyacente a las mismas.

Las dos principales excepciones al *pacta sunt servanda* son: (1) La buena fe, y; (2) las circunstancias inesperadas o impedimentos.

De manera general se considera que, si una jurisdicción reconoce algún remedio ante la ocurrencia de circunstancias inesperadas y permite el control contractual en virtud de la buena fe, entonces es un sistema que prioriza la justicia del caso concreto, *contrario sensu*, se considera una jurisdicción que prefiere por la seguridad jurídica. Dentro del *civil law*, en el primer caso tenemos a Alemania y en el segundo a Francia e Inglaterra.

El derecho alemán se mostró favorable al reconocer un fuerte rol en la buena fe para efectos de terminar o revisar los contratos que sufran un desequilibrio económico. La base legal fue la buena fe (*Treu und Glauben*) del §242 BGB y la doctrina empleada la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*). Posteriormente, esta última fue reconocida de forma expresa en el §313 BGB.

El derecho francés, por el contrario, dio preferencia al *pacta sunt servanda* del primer párrafo del original artículo 1134 del Code Civil por encima de la buena fe que estuvo reconocida en el tercer párrafo de la misma norma. La buena fe francesa no significaba terminar o revisar los contratos, sino ejecutarlos conforme a sus términos y condiciones. Buena fe era lealtad al contrato. Existió una jerarquía normativa entre el *pacta sunt servanda* (primer párrafo) y la buena fe (tercer párrafo). Además, como muestra del respeto al *pacta sunt servanda*, no se reconoció la teoría de *imprévision* en la versión original del Code Civil. Fue recién con la reforma francesa del 2016 que, por fin, la *imprévision* es reconocida en el nuevo artículo 1195 que exige la renegociación entre las partes, siendo que a falta de acuerdo

«Exploring the interrelationships of transnational commercial law, “the new *lex mercatoria*” and international commercial arbitration». En *African Journal of International and Comparative Law*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 31-59; BONELL, Michael Joachim. «The Unidroit Principles and Transnational Law». En *Uniform Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 5, pp. 199-217; MISTELIS, Loukas. «Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law». En FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas y CREMONA, Marise (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 3-27; CALLIESS, Graf-Peter. «The Making of Transnational Contract Law». *Op. cit.*, pp. 469-483; BONELL, Michael Joachim. «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law». *Op. cit.*, pp. 1-28; CORDERO-MOSS, Giuditta. «The transnational law of contracts: what it can and what it cannot achieve». En WEILER, Todd y BAETENS, Freya (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Weir*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 45-78.

²⁸ YILDIRIM, Ahmet Cemil. «Solid, liquid and gas forms of the new *lex mercatoria*: how do they operate in practice?». *Op. cit.*

²⁹ Acrónimo de International Chamber of Commerce.

³⁰ Acrónimo de International Trade Centre.

³¹ Acrónimo de Principles on Transnational Law.

³² Acrónimo de International Federation of Consulting Engineers.

intervendrá el juez para resolver o adaptar el contrato. Es importante mencionar que una de las preocupaciones de la reforma fue que el derecho francés no sea elegido como ley aplicable en contratos internacionales al ser percibida en el comercio internacional como una jurisdicción intervencionista al permitir la revisión del contrato por parte de un juez ante la imprevisión.

Por el lado del *common law*, destaca el derecho inglés, el que: (1) no reconoce una doctrina similar a la *Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità sopravvenuta* o *imprevision*, al partir de la premisa que la responsabilidad contractual es absoluta, en el sentido que los contratos deben cumplirse (incluso) si al deudor le es imposible o le resulta más oneroso, salvo que se presente alguno de los casos específicos de *frustration* desarrollados por la jurisprudencia inglesa; (2) no reconoce una doctrina general de la buena fe en el derecho de contratos. Al contrario, en *Walford vs. Miles* (1992)³³ la buena fe precontractual fue considerada como inherentemente repugnante a la posición adversarial de las partes; (3) no reconoce valor legal a los contratos precontractuales o los deberes de renegociación, y; (4) no admite que un juez pueda revisar un contrato ante un cambio de circunstancias. Incluso, se discute si las partes podrían mediante pacto otorgarle dicho poder a un árbitro.

Es este respeto estricto al pacto de las partes lo que ha hecho que Inglaterra sea considerada como el distrito financiero más importante del mundo y su ley como la preferida a ser elegida ley aplicable en los contratos internacionales.

4.2. Hardship en la CISG

Teniendo en cuenta esta experiencia a nivel de jurisdicciones nacionales, la CISG optó por una estrategia que le permitiera convertirse en un instrumento exitoso de uniformización y, en efecto, ha logrado ser considerado actualmente como el proceso de uniformización más exitoso del mundo.³⁴ Por un lado, fue el punto de referencia y antecedente para otros principales instrumentos como los PICC y PECL y, por otro, obtuvo gran aceptación al ser adoptado por 94 Estados a la fecha.

Uno de los puntos claves de la CISG fue darle preferencia al pacto de las partes. Para lograr tal objetivo, no podía reconocer en su texto instituciones percibidas como intervencionistas a los ojos del comercio internacional. Por ello, inicialmente, se consideraba que el artículo 79 de la CISG no reconocía a la *hardship* sino solo a la *force majeure*, para luego considerarse que la *hardship* estaba reconocida, pero a través de un modelo amigable para el *common law*. Por otro lado, reconoció expresamente a la buena fe, pero le asignó un rol restrictivo que puede considerarse como compatible con el *common law*.

Cuando se trató de regular la excepción al *pacta sunt servanda*, la CISG se limitó a reconocer en su texto la clásica excepción reconocida virtualmente en todas las jurisdicciones nacionales: la *force majeure* conforme al artículo 79. Sin embargo, la historia no terminó allí.³⁵ Si bien la intención del

³³ *Walford vs. Miles* [1992] 2 AC 128.

³⁴ La falta de éxito del Uniform Law of the International Sale of Goods (ULIS) y el Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods (ULFIS), que estuvieron basados en la tradición romanista, fue un dato tomado en cuenta al momento de elaborar la CISG. Véase LANDO, Ole. «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law». *Op. cit.*, pp. 379-380.

³⁵ El artículo 79 CISG es una de las disposiciones más comentadas por los expertos, en específico, con relación a dos puntos (1) si en virtud del artículo 79 CISG se puede invocar, además de casos de *force majeure*, también de *hardship*, y (2) de poder invocar *hardship* en virtud del artículo 79 CISG, si las consecuencias son las mismas aplicables a la *force majeure* (exoneración de responsabilidad y/o terminación privada) o si existe alguna vía legal para invocar otras consecuencias típicas de la *hardship* en jurisdicciones civilistas (renegociación y adaptación). Al respecto, véase TALLON, Denis. «Article 79». En BIANCA, Cesare Massimo y BONELLI, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987; BONELLI, Michael Joachim. «“Force majeure” and “hardship” nel diritto uniforme della vendita internazionale». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, vol. 4, pp. 543-571; STOLL, Hans y GRUBER, Georg. «Article 79». En SCHLECHTRIEM, Peter y SCHWENZER, Ingeborg (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005; LINDSTROM, Niklas. «Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods». En *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, vol. 1, pp. 1-29; SCHWENZER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 39, pp. 709-726; VENEZIANO, Anna. «Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances

artículo 79 fue regular solamente a la *force majeure* como única excepción (*exemption*) al cumplimiento contractual, no se usó al término *force majeure*. Tal término está estandarizado en la práctica internacional, pero proviene del derecho francés. Como la intención de la CISG era promover un derecho internacional y uniforme, no podía usar un término que tuviera origen en un derecho local a efectos de evitar que en su aplicación se recurriera a nociones nacionales, a pesar de que *force majeure* es un término estandarizado en la práctica contractual internacional. El término empleado por la CISG fue *impediment*, un término neutro. Esto generó que se empiece a discutir si *impediment* era lo suficientemente amplio para considerar como un impedimento contractual también a la *hardship*. En otras palabras, *force majeure* y *hardship* podrían ser invocadas como impedimentos conforme al artículo 79 de la CISG.³⁶

La Opinión n.º 7 de octubre de 2007 del Consejo Consultivo de la CISG consideró que en virtud del artículo 79, dedicado a la *force majeure*, podría alegarse casos de *hardship*. Posteriormente, en un controvertido fallo, la Corte de Casación Belga en el caso *Scaфом International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S. de 2009*³⁷ consideró que había ocurrido *hardship* conforme al artículo 79 CISG.³⁸ Pero la historia aún no quedaba resuelta.

Como el artículo 79 de la CISG estuvo pensado para la *force majeure*, solo tenía efectos exoneratorios. Si se alegara un caso de *hardship* conforme al artículo 79, solo le permitiría a la parte afectada excusarse del cumplimiento del contrato mientras durara el impedimento, no siendo procedente la renegociación, la adaptación judicial ni la resolución judicial, simplemente porque el artículo 79 no lo permite por estar pensada originalmente solo para la *force majeure*. Así, la solución de la CISG sería contraria a los modelos civilistas nacionales (Alemania, Francia u Holanda) o de uniformización (PICC o PECL) que sí tienen efectos preservatorios y permiten la renegociación y la intervención de las cortes.

En sus inicios la *hardship* civilista tuvo efectos liberatorios, pero con los años se discutió si la principal diferencia con la *force majeure* es que en la *hardship* aún existía la posibilidad de salvar el contrato. Si el contrato sufre un desequilibrio económico, para qué resolverlo si podemos reequilibrarlo. De allí que mientras algunas jurisdicciones siguieron el modelo italiano de la excesiva onerosidad (que habilita la resolución judicial del contrato), otros prefirieron por reconocer la posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de contraprestación, a efectos de curar la excesiva onerosidad directa o inversa, respectivamente. Luego, cuando los instrumentos de uniformización analizaron el problema de la *hardship* presentaron una solución más compleja que incluía una primera etapa de renegociación a efectos de darles a las partes la posibilidad que sean ellas las que definan el futuro de su contrato. Solo si las partes no llegaran a un acuerdo intervendría un juez o árbitro para proceder

and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court». En *Uniform Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 15, pp. 137-149; FLECHTNER, Harry. «The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court». En *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, 2011, vol. 59, pp. 84-101; ATAMER, Yesim M. «Article 79». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: C.H. Beck - Hart - Nomos, 2011; DEWEZ, Julie; RAMBERG, Christina; MOMBERG, Rodrigo; CABRILLAC, Rémy y SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles». En *European Review of Private Law*, 2011, n.º 1, vol. 19, pp. 101-154; DAVIES, Martin. «Excuse of impediments and its usefulness». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 295-305; DIMATTEO, Larry. «Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines». En *Pace International Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 27, pp. 258-305; KUSTER, David y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Hardly room for hardship – A functional review of article 79 of the CISG». En *Journal of Law & Commerce*, 2016, n.º 1, vol. 35, pp. 1-20; FERRARI, Franco; GILLETTE, Clayton P.; TORSSELLO, Marco y WALT, Steven D. «The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG». En *Internationales Handelsrecht*, 2017, n.º 3, vol. 17, pp. 97-102; SCHWENZER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo. «Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship». En *Uniform Law Review*, 2019, n.º 1, vol. 24, pp. 149-174; JANSSEN, André y WAHNSCHAFFE, Christian Johannes. «COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?». En *Uniform Law Review*, 2020, n.º 4, vol. 25, pp. 466-495.

³⁶ SCHWENZER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2019, n.º 4, vol. 39.

³⁷ *Scaфом International BV vs. Lorraine Tubes S.A.S.*, n.º C.07.0289.N (Hof van Cassatie 2009).

³⁸ FLECHTNER, Harry. «The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court». *Op. cit.*

con la resolución o adaptación del contrato, con una clara preferencia hacia la preservación. De esta manera, se consolidó en el *civil law* que la *hardship* tiene efectos preservatorios.

Algo distinto ocurrió en el *common law* y en la práctica internacional. El derecho inglés no reconoce una doctrina de *hardship*. Tal vacío puede suplirse en los contratos sujetos a ley inglesa con el pacto de una específica cláusula *hardship*, pero no de cualquier tipo. Dado que en el derecho inglés se discute sobre la validez de los pactos de renegociación y los pactos para otorgar a los jueces o árbitros el poder de modificar el contrato, una cláusula *hardship* al estilo civilista sería considerada como *unenforceable* bajo el derecho inglés. Por ello, solo sería compatible con el derecho inglés una cláusula *hardship* con efectos liberatorios y privados (sin la intervención de las cortes).

En el derecho americano se reconoce a la *impracticability*. En principio, la *impracticability* solo libera al deudor del cumplimiento del contrato conforme a la sección §261 del Restatement (Second) of Contracts y la sección §2-615 del UCC. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el comentario 6 de la sección §2-615 del UCC admite la posibilidad de ajustar los términos del contrato para evitar situaciones injustas. A pesar de ello, el único caso reportado ha sido *Alcoa vs. Essex Group* (1980), el cual no ha generado una tendencia en la jurisprudencia americana. Como decía Dawson, *Alcoa* es un caso grotesco y un monumento solitario en un paisaje desolado.³⁹ Así, la regla en el derecho americano sigue siendo que la *impracticability* sea invocada para excusarse del cumplimiento. Además, el estándar para invocar *impracticability* es tan alto que se asimila a la *impossibility of performance*.

La práctica internacional ha reportado que, si bien se admite a la *hardship* como un impedimento, la misma solo puede ser invocada para terminar el contrato y no para admitir la intervención judicial. Esta es la posición de los OHADAC Principles que regulan a la *hardship* y solo para resolver extrajudicialmente el contrato conforme a su artículo 6.3.1, aunque también presenta cuatro alternativas específicas de cláusulas *hardship* que las partes podrán incorporar en sus contratos y que admiten la intervención arbitral solo si es pactada. De esta manera, se parte de la regla supletoria que la *hardship* solo tiene efectos liberatorios, salvo pacto en contrario.

La ICC emitió su ICC Hardship Clause 2003 en donde propuso un modelo de cláusula *hardship* que iniciaba con una renegociación privada y que a falta de acuerdo procedía la resolución extrajudicial del contrato en favor de la parte afectada (una mezcla entre el modelo italiano y los PICC). Posteriormente, se emitió la ICC Hardship Clause 2020 que propuso un modelo que inicia con la renegociación privada y da la opción a las partes a elegir entre tres esquemas remediales ante la falta de acuerdo: (1) resolución extrajudicial; (2) adaptación o resolución judicial, o; (3) resolución judicial. Así, son las partes quienes deciden qué remedio se aplicará a su contrato. Si bien se muestra una preferencia por los efectos liberatorios de la *hardship*, se reconoce que son las partes las que están en mejor posición para definir cuál es el modelo de *hardship* que mejor se adecúa a su contrato.

También véase las cláusulas *hardship* de los Model Contracts for Small Firms (2010) del ITC, cuya regla es que ante la ocurrencia de *hardship* la parte afectada puede solicitarle a la otra la revisión privada del contrato, esto es, que se inicie una renegociación. Solo si las partes así lo desean podrán agregar un numeral adicional y final al modelo de cláusula *hardship* para incluir la posibilidad de demandar ante un árbitro la adaptación del contrato ante la falta de acuerdo en la renegociación.

Estos modelos de perfil anglosajón muestran mayor flexibilidad que aquellos civilistas que se consideran como «modernos». Los modelos civilistas (francés, PICC y PECL) imponen necesariamente una primera etapa de renegociación y encasillan el esquema remedial a una opción entre resolución o adaptación judicial, de manera que siempre tendrá que intervenir un juez o árbitro. Por el contrario, los OHADAC Principles, la ICC y el ITC tienen el objetivo de privatizar el procedimiento

³⁹ DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, p. 26.

contractual y, en consecuencia, presentan modelos de *hardship* destinados a evitar la intervención judicial. Son las mismas partes las encargadas de definir el futuro de su contrato, en lugar de trasladarle dicho problema a un extraño.⁴⁰

Así, el *common law* y la práctica internacional muestran una preferencia por los efectos liberatorios del contrato y los remedios extrajudiciales ante la *hardship*, a diferencia del *civil law* en donde se admite ampliamente los efectos preservatorios del contrato a través de la renegociación y la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato.

Teniendo en cuenta estas diferencias remediales en el derecho comparado, se discutía si la CISG tendría un vacío en torno a las consecuencias de invocar *hardship* y cuál sería la vía para llenar dicho vacío. En principio, si existía un vacío, podría suplirse en virtud de los principios generales de la CISG conforme indica su artículo 7(2), o incluso complementar a la CISG usando los PICC que sí regulan expresamente a la *hardship* en disposiciones distintas (artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3) a aquella referida a la *force majeure* (artículo 7.1.7). En virtud de lo anterior se pretendía justificar la imposición de una etapa previa de renegociación ante la ocurrencia de *hardship* o admitir la intervención judicial para adaptar o resolver el contrato a pesar de que la CISG no reconoce tales consecuencias. De hecho, el lado controversial del fallo Scafom no fue el hecho de considerar que el artículo 79 de la CISG incluye casos de *hardship*, sino que haya señalado que existía un vacío en la CISG con relación a las consecuencias de invocar *hardship*, y que tal vacío se suplementaba en virtud de las disposiciones sobre *hardship* de los PICC para que sea procedente la renegociación del contrato.

Finalmente, el Consejo Consultivo de la CISG volvió a pronunciarse en su reciente Opinión n.º 20 de febrero de 2020 para señalar que, si bien puede invocarse casos de *hardship* conforme al artículo 79 de la CISG, solo procede para exonerar el cumplimiento del contrato mientras dure la *hardship*, no siendo procedente ni la renegociación ni la adaptación judicial ni la resolución judicial. Así, aunque se haya admitido la procedencia de la *hardship*, la CISG adopta un modelo más anglosajón que civilista. Esta fue la vía para llegar a un punto medio entre *civil law* y *common law*.

Entonces, si bien la primera opción de la CISG fue no reconocer expresamente a la *hardship*, lo cierto es que en el comercio internacional tanto la *force majeure* como la *hardship* son excusas contractuales ampliamente reconocidas. Entonces, la CISG no podía ser ajena a dicha práctica internacional. Si bien admitió que sí puede invocarse a la *hardship*, las consecuencias que genera son liberatorias y no conservatorias al estilo del *civil law*. Entonces, a pesar de reconocer a la *hardship*, siguió apartándose del *civil law* por el modelo de *hardship* que adoptó.

En todo caso, y como indican de manera expresa los OHADAC Principles, la ICC, el ITC y la CISG, siempre será posible el pacto en contra, dándole así prioridad a la voluntad de las partes, quienes se encuentran en la privilegiada posición de anticipar cuál es el mejor modelo de *hardship* para su contrato, en lugar de seguir la técnica del *civil law* donde todo se encasilla en un solo y único procedimiento. Peor aún si el derecho nacional no permite pactar en contra de la regulación sobre *hardship*,⁴¹ lo cual es contrario al comercio internacional al ser un obstáculo para que las partes puedan pactar una específica cláusula *hardship* a la medida (*tailored-made*).

⁴⁰ Al respecto, llama la atención la posición de Sirena y Patti respecto al modelo italiano (SIRENA, Pietro y PATTI, Francesco Paolo. «Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law». En *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 2020, n.º 3706159, pp. 1-24). Conforme al artículo 1467 del Codice Civile, el deudor afectado con la excesiva onerosidad puede demandar la resolución del contrato. No puede demandar la adaptación. En todo caso, el acreedor puede ofrecer la adaptación del contrato con el objetivo de frenar la resolución demandada. Teniendo en cuenta este modelo, Sirena y Patti consideran que el derecho italiano se ha quedado desactualizado en relación con los modelos adoptados por los PICC, PECL, DCFR y el Code Civil, los cuales permiten la renegociación y la adaptación judicial. Sin embargo, desde la práctica internacional, el modelo italiano es preferible. Incluso, el modelo italiano fue la inspiración de la ICC Hardship Clause 2003. Esto muestra un dato curioso: el divorcio que existe entre la opción de los Derechos nacionales y la práctica internacional, y la discusión sobre cuál modelo es preferible.

⁴¹ En el derecho peruano, el artículo 1444 del Código Civil señala que es nula la renuncia a la acción de la excesiva onerosidad. De manera similar, el artículo 107 del Código Civil de Argelia y el artículo 147 del Código Civil de Egipto señalan que es nulo el pacto en contra la regulación de la excesiva onerosidad.

Una historia similar ocurrió con la buena fe al preferirse por un modelo anglosajón, esto es, un modelo donde la buena fe no es poderosa sino limitada y en respeto del *pacta sunt servanda*. Así, la CISG se presenta como un instrumento de uniformización que opta por la seguridad jurídica sobre la justicia, al ser más anglosajón que civilista al momento de regular a la *hardship* y la buena fe.

5. EL CASO CONTRA LA BUENA FE

5.1. La buena fe en los derechos domésticos

Así como el reconocimiento de la *hardship* ha sido un tema altamente debatido entre los expertos de la CISG, el de la buena fe ha sido incluso más intenso. Como es conocido, la buena fe es rechazada en el *common law* mientras que en el *civil law* es uno de principios más importantes; no obstante, en el *civil law* no es un concepto uniforme.⁴²

Veamos los diferentes escenarios.

En un extremo tenemos a la buena fe civilista, con Alemania como protagonista con su §242 BGB que regula a la buena fe como «*Treu und Glauben*»⁴³ que significa «lealtad y fe». Esta buena fe alemana fue utilizada para terminar y adaptar contratos ante la ocurrencia de circunstancias inesperadas, incluso ante la ausencia de reconocimiento de una teoría específica en el BGB. Esto fue suficiente para considerar a Alemania como una jurisdicción intervencionista en el derecho de contratos. Además de ello, la buena interpretativa también está reconocida conforme al §157 BGB.

Otra jurisdicción que reconoce un concepto fuerte de buena fe es Holanda, denominándola *redelijkheid en billijkheid* que significa «razonabilidad y equidad», conforme a los artículos 6:2 y 6:248 del BW (*Burgerlijk Wetboek*)⁴⁴ que reconocen de manera expresa las funciones integrativa y correctiva de la buena fe. Incluso el artículo 6:258 que regula a las circunstancias imprevistas (*omvoorzijene omstandigheden*) hace mención a la «razonabilidad y equidad».

Italia es una jurisdicción que contiene diversas normas generales en su Codice Civile para regular a la buena fe (*buona fede*), en tratativas (artículo 1337), interpretación (artículo 1366) y ejecución del contrato (artículo 1375), y además tiene al principio de solidaridad conforme al artículo 2 de la Constitución italiana que refuerza el intervencionismo judicial en los contratos.⁴⁵

Francia, por el contrario, regulaba a la buena fe (*bonne foi*) en el tercer párrafo de su original artículo 1134 del Code Civil, junto con el *pacta sunt servanda* que estaba regulado en el primer párrafo de la misma norma. A diferencia de otras jurisdicciones europeas, en Francia la buena fe significaba

⁴² Sobre los diferentes roles de la buena fe en el derecho comparado, véase ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-61; LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854; BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, pp. 113-134; GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175.

⁴³ Sobre la buena fe en el derecho alemán, véase SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi. Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

⁴⁴ Sobre la buena fe en el derecho holandés, véase VAN SCHILFEGARDE, Peter. «System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code». En *European Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 5, pp. 1-10; DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, pp. 397-412. También véase TALLON, Denis. «The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point». En *European Law Review*, 1993, n.º 1/2, vol. 1, pp. 189-199, sobre las cláusulas generales reconocidas en el BW y el Code Civil.

⁴⁵ Sobre la buena fe en el derecho italiano, véase CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 16-19; PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, pp. 2039-2042.

lealtad al contrato y estaba al servicio del *pacta sunt servanda*.⁴⁶ Muestra de ello es que la buena fe francesa no fue utilizada por las cortes como ancla legal de la *imprévision* como sí fue usada la buena fe alemana para permitir el ingreso de la *Geschäftsgrundlage* a pesar de no tener reconocimiento legal.

En el otro extremo tenemos a Inglaterra y su conocida posición que rechaza cualquier concepto general de buena fe en toda la vida del contrato,⁴⁷ salvo para algunos supuestos específicos como en el derecho de consumo con ocasión de la implementación de la Directive 93/13/EEC sobre Unfair Contract Terms. La regla es la preferencia por la certeza y seguridad jurídica incluso por encima de la justicia del caso concreto.⁴⁸ Incluso, Inglaterra aún no ratifica a la CISG, y entre las razones que se alega está el hecho que la CISG ha reconocido —aunque sea de manera limitada— a la buena fe, de manera que si Inglaterra ratifica a la CISG, deberá desarrollar un concepto de buena fe.⁴⁹

Estados Unidos de América es un caso interesante.⁵⁰ Es una jurisdicción del *common law* que, en principio, parte de la misma filosofía que el derecho inglés sobre el respeto estricto de lo pactado. Sin embargo, tiene un código, el UCC, que regula con carácter general a la *good faith* en la actual sección §1-304 solo para la ejecución del contrato (*performance and enforcement*). Igualmente, la sección §205 del Restatement (Second) of Contracts regula al *good faith and fair dealing* solo para la ejecución contractual (*performance and enforcement*). A pesar de tal reconocimiento, en la práctica la buena fe americana no tiene el poder de la buena fe alemana, holandesa o italiana para —por ejemplo— modificar los contratos.

5.2. La buena fe en el comercio internacional

Teniendo en cuenta este panorama, diverso y complejo, vemos que optar por una posición «uniformadora» es casi una utopía, aunque sería lo ideal. Un tema controvertido cuando se preparaban los borradores de la CISG fue qué hacer con la buena fe.

La buena fe es un concepto tan importante que su aceptación o rechazo puede ser suficiente para provocar una distinción entre sistemas contractuales por las ideas subyacentes que dicho concepto arrastra. Así tenemos:

- Sistema pro buena fe, que prefiere la justicia sobre la certeza, y como tal, admite la intervención judicial en los contratos ante el cambio de circunstancias o la integración contractual ante un supuesto vacío.
- Sistema antibuena fe, que prefiere la certeza sobre la justicia, y por ende, rechaza cualquier alteración a las cuatro esquinas del contrato.

⁴⁶ Sobre la buena fe en el derecho francés, véase TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

⁴⁷ Sobre la buena fe en el derecho inglés, véase LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. Londres: Stevens & Son Limited, 1951, p. 53; GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero; BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450. También véase BRIDGE, Michael G. «Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426.

⁴⁸ Al respecto, reflexionaba Lawson que «At times, moreover, one is ashamed not to be able readily to lay one's hands on statements comparable to the manifestos contained in foreign codes which insist on good faith in the performance of contracts; and the law sometimes seems to show a hardness, especially towards those who are unable to take care of themselves, which is no credit to a civilised nation». LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. *Op. cit.*, p. 42.

⁴⁹ Sobre Inglaterra y la no ratificación de la CISG, véase NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

⁵⁰ Sobre la buena fe en el derecho americano, véase FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

Cuando se preparaba el texto de la CISG por parte del Working Group on International Sales de UNCITRAL, las delegaciones civilistas propusieron que la CISG tuviera una norma que reconociera un rol amplio de la buena fe, mientras que las delegaciones anglosajonas se negaban a ello. Los *travaux préparatoire* son clave para entender el rol de la buena fe bajo la CISG.⁵¹

La incorporación de la buena fe en la CISG fue inicialmente propuesta por representantes de España en 1972. Hungría propuso en 1978 un texto en donde señalaba que «In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith» (que luego fue enumerado como artículo 5 del *draft* de la CISG). Aunque esta propuesta fue adoptada por el Working Group, fue posteriormente rechazada por UNCITRAL por la vaguedad e imprecisión del concepto de buena fe y la incertidumbre que ella generaría, además que no se precisaba cuál sería el remedio o sanción procedente ante su incumplimiento. Finalmente, la buena fe fue ubicada en el artículo 6 del *draft* de la CISG referido a la interpretación de su texto (que luego se convirtió en el actual artículo 7 con cambios mínimos): «In the interpretation and application of this Convention regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade». Bajo este texto, la buena fe solo era reconocida como criterio para interpretar a la CISG. Por tal motivo, varias delegaciones se opusieron a que la buena fe quedara ubicada en el artículo 6 del *draft*. Noruega propuso que la buena fe fuera reubicada en el artículo 7 (ahora artículo 8) para que la quedara claro que la buena fe servía para interpretar el contrato y no solo la CISG. Italia fue más allá y propuso la eliminación de la buena fe en el artículo 6 y que se creara una nueva disposición dedicada a reconocer a la buena fe en la formación, interpretación y ejecución del contrato. Canadá propuso que se prohibiera a las partes excluir el deber de buena fe a menos que se excluyera totalmente la aplicación de la CISG al contrato. Alemania propuso que la CISG tuviera una disposición sobre la responsabilidad contractual. Todas estas propuestas fueron rechazadas.

Al final, se llegó a cierto consenso sobre qué hacer con la buena fe, aunque en realidad se trató de un acuerdo conciliatorio⁵² o, mejor aún, un falso consenso que quedó materializado en el artículo 7(1) de la CISG como la única disposición que hace referencia a la buena fe y como criterio para interpretar a la CISG:

Article 7

- (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application *and the observance of good faith in international trade.*

[...]. (Énfasis agregado)

Al respecto, véase el artículo 32 de la VCLT,⁵³ el cual señala que los trabajos preparatorios pueden ser tomados en cuenta para aclarar el texto del tratado respectivo en caso de duda:

⁵¹ Sobre los antecedentes al artículo 7(1) de la CISG con relación a la buena fe, véase KLEIN, John. «Good faith in international transactions». En *Liverpool Law Review*, 1993, vol. 15, p. 122; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». En *Journal of Law and Commerce*, 1999, n.º 2, vol. 18, p. 342; SIM, Disa. «The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 19-92; CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». *Op. cit.*, p. 28.

⁵² Fue Farnsworth quien llamó famosamente al artículo 7(1) como un *statesmanlike compromise*. FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, p. 55.

⁵³ Acrónimo de Vienna Convention on the Law of Treaties.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the *preparatory work* of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable. (Énfasis agregado)

También téngase presente que el artículo 7(1) de la CISG tiene como antecedente al artículo 31(1) de la VCLT, el cual señala lo siguiente:

Article 31

General rules of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in *good faith* in accordance with the *ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*.

[...]. (Énfasis agregado)

Con relación al artículo 7(1) de la CISG, debemos subrayar las siguientes cuatro cuestiones. Primero, la CISG tiene una sola referencia a la buena fe en todo su texto y la misma fue ubicada en la disposición referida a la interpretación de la CISG. A efectos de lograr su interpretación autónoma se exige considerar su carácter internacional desvinculada de cualquier noción de derecho nacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, el cual es —precisamente— uno de sus principales objetivos. Pero se agrega que debe observarse la buena fe en el comercio internacional. Al respecto se discute si la palabra «promover» aplicaba solo para «promover uniformidad en su aplicación» o también para «promover [...] la observancia de la buena fe en el comercio internacional».

Segundo, se habla de una buena fe «en el comercio internacional», distinta a la buena fe de los derechos domésticos. Esto significa que la buena fe de la CISG debe estar desvinculada de cualquier noción nacional, caso contrario, no se respetaría el mandato del artículo 7 sobre el carácter internacional de la CISG y su uniformización por encima de las jurisdicciones nacionales. Al respecto, el artículo 1.7 de los PICC también hace referencia a la «buena fe en el comercio internacional» —aunque como deber contractual— y al respecto, su comentario oficial 3 precisa que se trata de un estándar no sujeto a las nociones de los derechos domésticos:

3. «Good faith and fair dealing in international trade»

The reference to «good faith and fair dealing in international trade» first makes it clear that in the context of the Principles the two concepts *are not to be applied according to the standards ordinarily adopted within the different national legal systems*. In other words, such domestic standards may be taken into account only to the extent that they are shown to be generally accepted among the various legal systems. A further implication of the formula used is that *good faith and fair dealing must be construed in the light of the special conditions of international trade*. Standards of business practice may indeed vary considerably from one trade sector to another, and even within a given trade sector they may be more or less stringent depending on the socioeconomic environment in which the enterprises operate, their size and technical skill, etc. (Énfasis agregado)

Igualmente, el artículo 1.1.1 de los TransLex Principles se titula «Good faith and fair dealing in international trade», cuyo párrafo (a) hace referencia constante al carácter internacional de tal disposición: «Parties to international business transactions must act in accordance with good faith and fair

dealing in international trade. This standard applies to the negotiation, formation, performance and interpretation of international contracts». ⁵⁴

Tercero, si se compara la forma cómo ha sido regulada la buena fe en los PICC y PECL, será fácil apreciar el limitado rol de la buena fe en la CISG. El artículo 7(1) de la CISG se encuentra en el artículo 1.6(1) de los PICC que regula su interpretación, el cual —correctamente— solo hace referencia al carácter internacional y la necesidad de promover su uniformización, sin hacer referencia a la buena fe. Esta técnica legislativa es más acertada en comparación a la empleada por la CISG pues la buena fe no tiene lugar en la interpretación de los instrumentos de uniformización. La mención de la buena fe en el artículo 7(1) de la CISG fue consecuencia del necesario falso consenso o acuerdo conciliatorio de, por un lado, rechazar a la buena fe, y del otro lado, dejar al menos una referencia a ella en el texto de la CISG. Así civilistas y anglosajones quedaban tranquilos.

Article 1.6 (Interpretation and supplementation of the Principles)

(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

[...].

Por el contrario, el artículo 1:106(1) de los PECL, al regular sobre su interpretación, sí menciona expresamente a la buena fe, mostrando de esta manera su perfil civilista:

Article 1:106. Interpretation and supplementation

(1) These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote *good faith and fair dealing*, certainty in contractual relationships and uniformity of application.

[...]. (Énfasis agregado)

Ahora, mientras que el artículo 7(1) de la CISG es la única disposición que hace referencia a la buena fe y para interpretar a la CISG, los PICC y PECL contienen normas expresas (artículos 1.7 y 1:201, respectivamente) que reconocen a la buena fe como deber contractual. Incluso indican que las partes no pueden excluir o limitar el deber de buena fe.

Article 1.7 (Good faith and fair dealing)

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

Article 1:201. Good faith and fair dealing

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

Igualmente, los PICC y PECL reconocen a la buena fe precontractual (artículos 2.1.15 y 2:301, respectivamente).

⁵⁴ Los TransLex Principles fueron elaborados por el CENTRAL (Center for Transnational Law) de la Universidad de Cologne y bajo el liderazgo de Klaus Peter Berger. Estos principios fueron elaborados en base al concepto de *creeping codification* («codificación progresiva»), que hace referencia a una lista abierta y no exhaustiva de principios y reglas de la nueva *lex mercatoria* que están en constante actualización, y por ello, nunca completos. Véase BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the new lex mercatoria*. 2ª ed. Nueva York: Wolters Kluwer, 2010, p. 12; BERGER, Klaus Peter. «Codification of the new lex mercatoria through the internet: the TransLex Principles at www.trans-lex.org». En WEILER, Todd y BAETENS, Freya (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 79-106.

Article 2.1.15 (Negotiations in bad faith)

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

Article 2:301. Negotiations Contrary to Good Faith

- (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Los PICC y PECL también reconocen a la buena fe como fuente de deberes implícitos (artículos 5.1.2(c) y 6:102(c), respectivamente).

Article 5.1.2 (Implied obligations)

Implied obligations stem from

[...]

- (c) good faith and fair dealing;

[...]

Article 6:102: Implied Terms

In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from

[...]

- (c) good faith and fair dealing.

[...].

Finalmente, los PECL reconocen expresamente a la buena fe como criterio de interpretación del contrato conforme a su artículo 5:102(g), mientras que los PICC contienen la misma disposición en su artículo 4.3 con la diferencia que este no tiene el acápite (g) que hace mención a la buena fe.⁵⁵

Article 5:102. Relevant Circumstances

In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to:

- (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations;
- (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract;
- (c) the nature and purpose of the contract;

⁵⁵ Sobre esta distinción entre los PECL y PICC, véase CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». *Op. cit.*, pp. 26-27.

- (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received;
- (f) usages; and
- (g) good faith and fair dealing

Article 4.3 (Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.

Además de estas referencias generales a la buena fe, los PICC y PECL contienen otras referencias específicas que hacen mención a la misma. Los PICC también menciona a la buena fe en 3 disposiciones adicionales⁵⁶ (6 en total), mientras que los PECL en 14⁵⁷ (19 en total). Por su parte, la CISG menciona 1 vez a la buena fe y para su interpretación conforme a su artículo 7(1). Es cierto que la CISG solo trata al contrato de compraventa mientras que los PICC y PECL al contrato en general. A pesar de ello, la CISG fue el punto de partida en la elaboración de los PICC y PECL, y al respecto, se puede apreciar el distanciamiento de estos últimos hacia un mayor reconocimiento de la buena fe. Además, téngase en cuenta que mientras los PECL contienen 19 disposiciones con referencias a la buena fe, los PICC solo 6. Como los PECL son aplicables a la Unión Europea, no había mayor cuestionamiento en mencionar varias veces a la buena fe. Por el contrario, como los PICC regulan a los contratos comerciales internacionales, debían eliminar el uso excesivo de la buena fe para no ahuyentar a los contratantes anglosajones. De hecho, la CISG fue quien logró el mayor consenso entre *civil law* y *common law*, y muestra de ello es que se convirtió en el instrumento de uniformización más exitoso del momento. Entre las claves de dicho éxito estuvo mencionar una sola vez a la buena fe. El comercio internacional prefiere la certeza sobre la justicia del caso concreto, y la buena fe es percibida como sinónimo de incertidumbre.

También es relevante tener en cuenta a los TransLex Principles, desde que para su elaboración se tuvo en cuenta a los PICC, PECL y CISG, y porque proponen un amplio ámbito de aplicación para la buena fe (debido a su influencia alemana). Por un lado, el artículo 1.1.7(a) de los TransLex Principles se refiere a la interpretación de su texto y no hace mención a la buena fe, mientras que el párrafo (b) de la misma disposición se refiere a la suplementación y sí hace referencia a la buena fe como uno de los principios subyacentes que permite llenar cualquier vacío. Por otro lado, la novedad se encuentra

⁵⁶ Artículos 4.8 (Supplying an omitted term), 5.3.3 (Interference with conditions), 5.3.4 (Duty to preserve rights).

⁵⁷ Artículos 1:102 (Freedom of contract), 1:302 (Reasonableness), 1:305 (Imputed knowledge and intention), 3:201 (Express, implied and apparent authority), 4:103 (Fundamental mistake as to facts or law), 4:107 (Fraud); 4:109 (Excessive Benefit or unfair advantage); 4:110 (Unfair terms not individually negotiated); 4:118 (Exclusion or restriction of remedies), 6:111 (Change of circumstances), 8:109 (Clause excluding or restricting remedies), 11:204 (Undertakings by assignor), 11:308 (Unauthorised modification not binding on assignee) y 16:102 (Interference with conditions).

en el artículo 1.1.1., la primera disposición de los TransLex Principles, el cual está destinado a regular la buena fe en el comercio internacional y propone una amplia regulación sobre ella al señalar que la buena fe se aplica para la negociación, formación, ejecución e interpretación del contrato.

N.º 1.1.1 - Good faith and fair dealing in international trade

- (a) Parties to international business transactions must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. This standard applies to the negotiation, formation, performance and interpretation of international contracts.
- (b) The standards and requirements imposed on the parties by this Principle vary depending on the individual circumstances involved, such as the trade sector in which the parties are operating, their size and degree of professional sophistication, and the nature and duration of the contract.
- (c) The parties may not exclude or limit the application of this Principle to their legal relationship.

N.º 1.1.7 - Interpretation and supplementation of the Principles

- (a) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their transnational character and to the need to promote uniformity and legal certainty in their application.
- (b) Issues within the scope of these Principles, but not expressly settled by them, are as far as possible to be settled in accordance with their transnational character and their underlying general principles, including, but not limited to, good faith and fair dealing, standard of reasonableness, presumption of professional competence and equality of parties, duty to pay damages in case of non-performance or unjust enrichment. (Énfasis agregado)

Teniendo en cuenta este panorama respecto a cómo se trata a la buena fe en los principales instrumentos de uniformización, es claro que a diferencia de los PICC, PECL y TransLex Principles, la CISG no tiene una norma expresa que reconoce a la buena fe como deber contractual, deber precontractual, fuente de deberes implícitos y como criterio de interpretación del contrato. En los *travaux préparatoires* se evidencia el rechazo al concepto de buena fe, y como consecuencia de ello, la CISG menciona solo una vez a la buena fe y para interpretar su texto conforme a su artículo 7(1).

En virtud de lo anterior, si de los *travaux préparatoires* es claro cuál fue el sentimiento de la CISG frente a la buena fe, entonces se debe partir de la letra del artículo 7(1) pero regresar a la misma letra en aplicación estricta del método literal de interpretación.⁵⁸ No se puede contravenir el texto claro de la CISG para considerar que existe un concepto de buena fe más amplio que el permitido por el mismo artículo 7(1), el cual está limitado a interpretar la CISG.⁵⁹

6. EL FANTASMA DE LA BUENA FE

Existiendo diversos modelos de buena fe, y a pesar de que la CISG eligió por un específico y limitado modelo de buena fe conforme a los *travaux préparatoires*, la historia aún no llega a su fin.

⁵⁸ Véase EISELEN, Sieg, «Literal interpretation: the meaning of the words». En JANSSEN, André y Meyer, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 61-89.

⁵⁹ Véase los siguientes casos en el CISG Database del Pace University: (1) Petro-Chem Development vs. Pangang Group International Economic & Trading and Pangang Group Chongqing Titanium Industry (December 12, 2014 International Chamber of Commerce), en donde se indica que la buena fe sobre aplica para interpretar a la CISG y no al contrato; (2) January 23, 1997 (Case report does not identify parties to proceedings) (International Chamber of Commerce), en donde se indica que la buena fe conforme al artículo 7(1) no permite imponer a las partes deberes secundarios; (3) el caso Bielloni Castello S.p.A. vs. EGO S.A. (Italy December 11, 1998 Corte Di Appello [Appellate Court]), CISG Database Pace University, en donde se indica que las nociones domésticas de buena fe según el derecho italiano no pueden ser invocados para interpretar el artículo 7(1) de la CISG, el cual debe ser interpretada de manera autónoma.

Bastó con que la buena fe sea mencionada una sola vez en todo el texto de la CISG para que surgieran diversas tesis que defienden un mayor ámbito de aplicación de esta. En otras palabras, aunque los antecedentes de la CISG sean claros en que solo se quiso reconocer a la buena fe como criterio de interpretación de su texto y no como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato, ello no fue obstáculo para el surgimiento de diversas lecturas destinadas a superar el escueto texto del artículo 7(1). Así, la buena fe aparece como un fantasma que pena entre los textos de la CISG, aunque no esté presente físicamente en su texto. Por ello, el artículo 7(1) ha sido intensamente comentado por los expertos de la CISG.⁶⁰

Podemos destacar hasta cuatro tesis que defienden un mayor ámbito de aplicación de la buena fe en la CISG. En cierta manera, un buen abogado es aquel que logra sustentar que un texto diga lo

⁶⁰ La buena fe ha dado lugar a un extenso debate por parte de los expertos de la CISG. Mientras hay quienes defienden la literalidad del artículo 7(1) y el rol único de la buena fe como criterio de interpretación de la CISG, otros defienden lecturas alternativas para justificar un mayor ámbito de aplicación de la buena fe, sea como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato. Respecto a este debate y las diversas posturas, véase EORSI, Gyula. «Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1979, n.º 2/3, vol. 27, pp. 311-323; EORSI, Gyula. «A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1983, n.º 2, vol. 31, pp. 333-356; SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986, pp. 37-39; KLEIN, John. «Good faith in international transactions». *Op. cit.*, pp. 115-141; FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». *Op. cit.*, pp. 47-64; MAGNUS, Ulrich. «Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Institute for the Unification of Private Law, Principle of International Commercial Contracts». En *Pace Law School*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 89-95; POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, pp. 333-354; KELLY, Troy. «Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *Vindabona Journal of International Commercial and Arbitration*, 1999, n.º 1, vol. 3, pp. 15-40; ZELLER, Bruno. «Good faith – The scarlet pimpel of the CISG». En *International Trade and Business Law Review*, 2000, vol. 6, pp. 227-246; ZELLER, Bruno. «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws». En *Pace International Law Review*, 2000, n.º 1, vol. 12, pp. 79-106; FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13, pp. 295-337; ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239; SIM, Disa. «The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, pp. 19-92; KOMAROV, Alexander S. «Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, vol. 25, pp. 75-85; SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En *PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2007*. La Haya: Kluwer Law International, 2007, pp. 153-196; SPAGNOLO, Lisa. «Opening Pandora's box: good faith and precontractual liability in the CISG». En *Temple International & Comparative Law Journal*, 2007, n.º 2, vol. 21, pp. 261-310; BELL, Gary F. «How the fact of accepting good faith as a general principle of the CISG will bring more uniformity». En *PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2005-2006*. Munich: Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 3-22; MAGNUS, Ulrich. «Article 7 CISG-UP». En FELEMEGAS, John (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 45-48; FELEMEGAS, John. «Article 7 CISG-PECL». En FELEMEGAS, John (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 268-272; HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009, pp. 134-135; ZELLER, Bruno. «The observance of good faith in international trade». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Munich: Sellier, 2009, pp. 133-149; FOERSTL, Uli. *The general principle of good faith under the CISG. A functional approach to theory and practice of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Sarre: VDM Verlag, 2011; PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Article 7». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. C.H. Beck - Hart - Nomos, 2011, pp. 111-141; OVIEDO ALBÁN, Jorge. «The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, n.º 1, vol. 4, pp. 165-179; SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, vol. 9, pp. 81-87; ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321; SALINAS ALCARAZ, Isabel Cristina. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the common law: The challenge of interpreting article 7». En *IUSTA*, enero-junio 2014, n.º 40, pp. 57-93; MAZZOTA, Francesco G. «Good Faith Principle: *Vexata Quaestio*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 120-134; WALT, Steven D. «The modest role of good faith in uniform sales law». En *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, pp. 37-73; ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28, pp. 1-28; SCHWENZER, Ingeborg y HACHEM, Pascal. «Article 7». En INGBERG SCHWENZER (ed.). *Schlechtriem & Schwenzner Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 119-142; BRIDGE, Michael G. «Good faith, the common law, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115; SEDKI, Mirco. *The role of good faith: A case study of the application of good faith in the CISG*. Dissertation theses. Cape Town: University of Cape Town, 2018, pp. 1-78; TEPEŠ, Nina y MARKOVINOVIĆ, Hrvoje. «The CISG and the good faith principle». En *Journal of Law & Commerce*, 2019-2020, vol. 38, pp. 11-34; JING TAI, Clare y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Commercial morality in place of good faith – An analysis of the utility of good faith in the context of the CISG, using article 40 as an example». En FRANCESCA BENATTI, Sergio García Long y Filippo Viglione (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milan: Wolters Kluwer, 2022, pp. 377-413.

que no dice de manera expresa, o encontrar un *loophole* para justificar la asistencia a la fiesta de alguien que no ha sido invitado.

Primero, se propone una interpretación extensiva del artículo 7(1) de la CISG. Si el objetivo es la observancia de la buena fe en el comercio internacional, entonces la referencia a la buena fe debe entenderse aplicable también a las partes contratantes, de manera que ellas deben comportarse de buena fe en el comercio internacional. Bajo esta tesis, la buena fe no se limitaría a la interpretación de la CISG sino que también sería un deber contractual que se impone a las partes y aplicable directamente al contrato.

Consideramos que esta interpretación debe ser rechazada pues va en contra del texto expreso de la CISG y sus antecedentes legislativos, cuyo resultado fue que la buena fe sea mencionada una sola vez en todo el texto de la CISG y en la disposición dedicada a la interpretación de la CISG, mientras que otros instrumentos de uniformización como los PICC y PECL tienen la misma disposición sobre cómo interpretar y suplementar sus textos (copiado de la CISG), pero de manera adicional contienen otras disposiciones expresas destinados a reconocer a la buena fe como deber contractual y con carácter general (incluso indican que por pacto no se puede excluir o limitar dicho deber).

Article 7

(1) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.*

[...]. (Énfasis agregado)

Segundo, si se reconoce que la buena fe solo tiene un rol modesto conforme al primer párrafo del artículo 7, aún se debe tener en cuenta al segundo párrafo del mismo artículo 7, el cual regula la suplementación de la CISG en virtud a sus principios generales, y en último caso conforme a las reglas de derecho internacional privado:

Article 7

[...]

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the *general principles on which it is based* or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law. (Énfasis agregado)

Si se considera que la buena fe es un principio general de la CISG,⁶¹ entonces la buena fe podría encontrar un mayor ámbito de aplicación, sea como deber precontractual, deber contractual o criterio de interpretación del contrato.

Para defender esta tesis, se considera que la buena fe inspiraría a diversas normas de la CISG, entre ellas, el artículo 16(2)(b) (sobre en qué casos la oferta es irrevocable), artículo 21(2) (sobre la efectividad de la aceptación con retraso), artículo 29(2) (sobre en qué casos una cláusula de modificación o terminación por escrito no es aplicable), artículos 37 y 46 (sobre el derecho del vendedor de curar la disconformidad de los bienes), artículos 38 y 39 (sobre el deber del comprador de examinar los bienes dentro de un tiempo corto y de comunicar al vendedor de cualquier disconformidad bajo pena de perder el derecho a reclamar), artículo 40 (sobre los casos en que el vendedor no puede alegar la falta de comunicación del comprador sobre la disconformidad en los bienes), artículos 47(2), 49(2) 64(2) y 82 (sobre los casos de pérdida del derecho de dejar sin efecto el contrato), artículo 75 (sobre si es requisito terminar expresamente el contrato si es claro que la otra parte no cumplirá), artículo 77 (sobre mitigación de daños) y artículos 85, 86, 87 y 88 (sobre los deberes de preservación de los

⁶¹ Véase el caso SO. M. AGRÍ s.a.s di Ardina Alessandro & C. vs. Erzeugerorganisation Marchfeldgemüse GmbH & Co. KG (Italy February 25, 2004 Tribunale di Padova [District Court]), CISG Database del Pace University.

bienes). Entonces, si la buena fe es un principio general de la CISG, podría ser invocada sin importar el limitado ámbito de aplicación del artículo 7(1).

Consideramos que esta interpretación debe ser rechazada por dos razones: (1) en retrospectiva, cualquier situación puede encuadrarse para que sea considerada como «fundamentada» bajo la buena fe, sobre todo al ser esta un concepto general. Lo que explica todo, no explica nada al final, y (2) si es claro de los trabajos preparatorios que se excluyó la posibilidad de reconocer a la buena fe como deber contractual, y en consecuencia, solo fue reconocida para interpretar al texto de la CISG, entonces no puede afirmarse *ex post* que la buena fe es un principio general que inspire a la CISG si no lo fue *ex ante*, sobre todo ante la ausencia de una disposición expresa y general.

Por lo anterior, no estamos de acuerdo con el UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016 edition) cuando con relación al artículo 7 CISG señala que «13. Good faith has also been found to be a general principle of the Convention»,⁶² y para sustentar dicha afirmación presenta en su cita al pie número 42 una serie de casos en donde se hace mención a la buena fe.⁶³ Al respecto, es necesario mirar esta jurisprudencia con cuidado.

Primero, es conocida la tendencia de las cortes nacionales de interpretar y aplicar la CISG partiendo desde sus conceptos de derecho doméstico (*homeward trend*), lo cual es indeseable a efectos de lograr una interpretación autónoma de la CISG que tenga en cuenta su carácter internacional y la

⁶² Ver p. 43.

⁶³ Para facilidad del lector, se transcribe el contenido de la cita al pie número 42: «See Oberlandesgericht Celle, Germany, 24 July 2009, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Rechtbank Rotterdam, the Netherlands, 25 February 2009, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Oberlandesgericht München, Germany, 14 January 2009, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Oberlandesgericht Brandenburg, Germany, 18 November 2008, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 8 February 2008, Unilex; Audiencia Provincial de Navarra, Spain, 27 December 2007, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; CLOUT case n.º 1189 [Tribunale di Rovereto, Italy, 21 November 2007]; American Arbitration Association, United States, 23 October 2007, available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Oberlandesgericht Köln, Germany, 21 December 2005, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Landgericht Neubrandenburg, Germany, 3 August 2005, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 2 June 2005, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Russian Federation, 27 May 2005, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; CLOUT case n.º 1193 [Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Mexico, 10 March 2005], English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Single-Member Court of First Instance Larissa, Greece, 2005 (docket n.º 165/2005), English summary on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Tribunale di Padova, Italy, 25 February 2004, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Hof 's-Gravenhage, the Netherlands, 23 April 2003, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, France, 2003 (Arbitral award in n.º 11849), available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Yugoslav Chamber of Commerce, Serbia, 9 December 2002, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; CLOUT case n.º 1017 [Hof van Beroep Ghent, Belgium, 15 May 2002], also available on the Internet at www.law.kuleuven.be; Bundesgerichtshof, Germany, 9 January 2002, *Internationales Handelsrecht*, 2002, 17; Oberlandesgericht Hamm, Germany, 12 November 2001, English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; CLOUT case 445 [Bundesgerichtshof, Germany, 31 October 2001], also in *Internationales Handelsrecht*, 2002, 14 ff.; CLOUT case n.º 605 [Oberster Gerichtshof, Austria, 22 October 2001]; CLOUT case n.º 297 [Oberlandesgericht München, Germany, 21 January 1998] (see full text of the decision); CLOUT case n.º 251 [Handelsgericht des Kantons Zürich, Switzerland, 30 November 1998] (see full text of the decision); CLOUT case n.º 645 [Corte d'Appello Milano, Italy, 11 December 1998], also Unilex; CLOUT case n.º 1184 [Compromex Arbitration, Mexico, 30 November 1998], also available on the Internet at www.cisgspanish.com; CLOUT case n.º 277 [Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 28 February 1997]; Rechtbank Arnhem, 17 July 1997, Unilex; Landgericht München, Germany, 6 May 1997, available on the Internet at www.cisg-online.ch (stating the same); CLOUT case n.º 337 [Landgericht Saarbrücken, Germany, 26 March 1996]; CLOUT case n.º 166 [Arbitration—Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 March, 21 June 1996] (see full text of the decision); CLOUT case n.º 136 [Oberlandesgericht Celle, Germany, 24 May 1995] (see full text of the decision); Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1995 (Award n.º 8128/1995), English translation available on the Internet at www.cisg.law.pace.edu; Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Hungary, 17 November 1995 (award n.º VB/94124), Unilex; CLOUT case n.º 154 [Cour d'appel de Grenoble, France, 22 February 1995]; Court of Appeal, New South Wales, Australia, 12 March 1992 (Renard Constructions vs. Minister for Public Works), Unilex».

necesidad de promover la uniformización en su aplicación, como lo indica su artículo 7(1).⁶⁴ Segundo, desde que la buena fe es un concepto aceptado en jurisdicciones civilistas, incluso con nociones amplias y fuertes, las cortes nacionales están acostumbradas a que los contratantes hagan referencia a la buena fe sin necesidad de que ello sea necesario (de hecho las cortes también lo hacen), y esto es así porque la buena fe es una cláusula general que puede ser invocada bajo cualquier contexto y usualmente como relleno.⁶⁵ Tercero, aunque la buena fe es un concepto familiar para los civilistas, no existe un concepto unitario en el *civil law*. Si a ello se agrega la posición antibuena fe del *common law*, difícilmente se podrá encontrar uniformidad respecto a un concepto de buena fe en el comercio internacional.⁶⁶ Cuarto, la jurisprudencia relevante es aquella que se pronuncia sobre el concepto de buena fe en el comercio internacional (desligado de nociones de derecho doméstico) y no aquellos casos que solo hacen referencia a otras disposiciones de la CISG que se consideran derivadas o inferidas de la buena fe, o que solo mencionan a la buena fe de pasada.

En virtud de lo anterior, no basta con que exista jurisprudencia que indique que la buena fe está en el artículo 7(1) de la CISG, sino que es necesario definir qué es la buena fe en el comercio internacional, de manera general (si es posible plantear alguna definición o al menos cierta guía),⁶⁷ o de manera específica y aplicable a una industria en particular, a efectos que se permita a los contratantes tener certeza sobre cuáles son sus derechos y obligaciones y, sobre todo, lograr la uniformidad en la interpretación de la CISG. Lo anterior no se logra si la buena fe es invocada y tomada en consideración bajo cualquier circunstancia, o solo es tomada en consideración de pasada. Mientras no exista una guía clara que delimite (*ex ante* y no *ex post*) a la buena fe en el comercio internacional, la CISG no podrá ser interpretada conforme a su carácter internacional y promoviendo la uniformización en su aplicación.

Por ello, es necesario cruzar la información de la jurisprudencia citada por el Digest con los casos registrados en el Case Law on UNCITRAL Text (CLOUT), UNILEX y el CISG Database del Institute of International Commercial Law del Pace University, para discernir sobre el valor de la jurisprudencia citada. Si uno consulta el término *good faith* en el buscador del CLOUT y se filtra por casos relacionados a la CISG, se obtiene como resultado 108 casos en donde existe alguna referencia a la buena fe.⁶⁸ La ventaja del CLOUT es que los casos cuentan con un breve *abstract* que permite tomar conocimiento, entre otros datos, sobre el fondo del caso y los artículos de la CISG involucrados. Los casos relevantes son aquellos que se refieren al artículo 7(1) (que es la única disposición que hace expresa mención a la buena fe), y no aquellos casos que tratan sobre otra disposición de la CISG que no hace referencia a la buena fe pero que se considera como derivada o inspirada en ella, o aquellos casos que solo hacen referencia a la buena fe de pasada.

⁶⁴ Sobre esta discusión véase FERRARI, Franco. «Homeward trend: what, why and why not». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 171-206; MAGNUS, Ulrich. «Tracing methodology in the CISG: Dogmatic foundations». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 33-59; SCHWENZER, Ingeborg. «Divergent interpretations: Reasons and solutions». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 102-119; DIMATTEO, Larry y JANSSEN, André. «Interpretative methodologies in the interpretation of the CISG». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 79-101; FERRARI, Franco. «Autonomous interpretation versus homeward trend versus outward trend in CISG case law». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 244-257.

⁶⁵ Hesselink explicaba que la buena fe es un salvavidas en favor de las cortes civilistas para que ellas puedan decir lo que la ley expresa no les permite decir, debido a la división de los poderes legislativo y judicial. De esta manera, la buena fe permite decir todo y nada a la vez. HESSELINK, Martijn. «Chapter 26. The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur, HESSELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a European Civil Code*. 3.ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004.

⁶⁶ MAGNUS, Ulrich. «Tracing methodology in the CISG: Dogmatic foundations». *Op. cit.*, pp. 42-43: «The good faith principle is particularly vague and therefore open to differing interpretations and applications, all the more so as *common law* jurisdictions and *civil law* jurisdictions understand and use the principle in rather different ways in their internal law. The introduction of the principle into the CISG was therefore controversially discussed».

⁶⁷ Es conocida la posición del profesor Robert Summers que considera que la buena fe es un concepto que no puede tener una definición, y como tal, es mejor pensarla como un concepto negativo, como un excluyente. En lugar de insistir en qué es la buena fe para luego aplicarla, mejor definir qué casos son de mala fe. Véase SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Codes». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 195-267.

⁶⁸ Consultado el 04/08/2021.

Por otro lado, en el UNILEX existe la opción de ver casos registrados según artículos de la CISG y las materias respectivas (Articles & Issues). Con relación al artículo 7 de la CISG se registran 196 casos. Dentro de las materias discutidas con relación al artículo 7 están las referidas a la buena fe, las cuales consisten en 52 casos y están clasificadas de la siguiente manera:

- «3. Concept of good faith in international trade» (1 caso)
- «3.1 Significance of good faith in international trade» (2 casos)
- «3.2. Good faith as aid in interpretation of Convention» (8 casos)
- «3.3 Good faith as a general principle of Convention» (17 casos)
- «3.3.1 Good faith during negotiations» (5 casos)
- «3.3.2 Good faith in interpretation of contract» (5 casos)
- «3.3.3 Good faith in performance of contract» (14 casos).⁶⁹

La información que se encuentra en el UNILEX se limita a detallar la fecha, país, número, corte y partes involucradas, a diferencia del CLOUT que cuenta con *abstracts* que otorgan mayor información.

Si uno toma como referencia la clasificación del UNILEX y presta atención a los casos referidos al concepto de buena fe en el comercio internacional, encontrará un caso ruso del 08/02/2008 resuelto por la International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation (registrado en la sección «3. Concept of good faith in international trade»), y dos casos mexicanos, uno del 30/11/1998 resuelto por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) y uno otro del 10/03/2005 resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (ambos registrados en la sección «3.1 Significance of good faith in international trade»). Estos tres casos también se encuentran enunciados en el Digest. Por otro lado, mientras el caso ruso no cuenta con un *abstract* en el CLOUT, los casos mexicanos sí están registrados como CLOUT case 1184⁷⁰ y CLOUT case 1193,⁷¹ respectivamente, y en tales *abstracts* se menciona al artículo 7 CISG como parte de la controversia. El caso mexicano de 1998 no otorga mayor información, pero el caso mexicano de 2005 indica que la buena fe en el comercio internacional consiste en dar a las negociaciones la interpretación más favorable para que el contrato produzca sus efectos.⁷²

Por el lado del CISG Database del Pace University, si uno busca el término «good faith» y filtra los casos por aquellos que hacen referencia al «Article 7(1)» (CISG Article numbers) y que se refieren

⁶⁹ Consultado el 04/08/2021.

⁷⁰ Case 1184: CISG 7; 11; 25; 29(1); 54

México: Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México [Compromex] M/115/97

Dulces Luisi, S.A. de C.V. vs. Seoul International Co. Ltd. y Seoulia Confectionery Co. 30 November 1998

Published in Spanish: Diario Oficial (México) 29 January 1999, i, 69-74

www.uc3m.es/cisg/smexi3.htm

English translation available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130m1.html>

⁷¹ Case 1193: CISG 7(1); 8; 9; 19(3)

México: Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

Kolmar Petrochemicals Americas, Inc. vs. Idesa Petroquímica S.A. de C.V.

10 March 2005

Original in Spanish

Published in Spanish: CISG-Spain and Latin America database

(www.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/smexi5.htm);

English translation: www.cisg.law.pace.edu/cases/050310m1.html

⁷² Véase la información complementaria que se encuentra respecto a tal caso en el CISG Database del Pace University.

a la «Observance of good faith» (UNCITRAL Thesaurus), se obtiene 28 resultados.⁷³ Lo interesante de este registro es que se puede acceder a importante información sobre el caso, incluso transcripciones de los fallos. De los casos reportados no se observa el desarrollo de un concepto de buena fe en el comercio internacional, aunque en ciertos casos se discutió sobre la existencia de la doctrina del «*venire contra factum proprium*» conforme al artículo 7(1) de la CISG, lo cual podría servir de guía.⁷⁴

En conclusión, los casos registrados aún no desarrollan un concepto (solo alguna guía en el mejor de los casos) que permita entender *ex ante* qué es la buena fe en el comercio internacional. Si esto es así, difícil será respetar el mandato del artículo 7 CISG que requiere aplicar la CISG de manera autónoma teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformización en su aplicación. No basta que los fallos mencionen a la buena fe de manera secundaria y residual. Entonces, no se puede señalar que la buena fe sea un principio general que inspira la CISG.

Tercero, se considera que el artículo 8 de la CISG podría ser invocado para considerar que allí se reconoce a la buena fe interpretativa del contrato:⁷⁵

Article 8

- (1) For the purposes of this Convention *statements* made by and other *conduct* of a party are to be interpreted according to *his intent* where the other party *knew or could not have been unaware what that intent was*.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that *a reasonable person* of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.
- (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to *all relevant circumstances* of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties. (Énfasis agregado)

Desde una perspectiva comparada, la razonabilidad y buena fe son conceptos que pueden entenderse de manera indistinta. De hecho, en el *common law* se puede considerar que se trata de una preferencia entre etiquetas desde que se opta por hablar de razonabilidad (*reasonableness*) y no de buena fe (*good faith*) por el carácter ético y subjetivo que arrastra este último, aunque en la práctica puedan llevarnos a los mismos resultados.⁷⁶ Sobre todo, cuando el artículo 8 de la CISG hace referencia al comportamiento de las partes, el conocimiento de la contraparte y otras circunstancias relevantes, se asimila al rol que cumple la buena fe como criterio de interpretación del contrato en el *civil law*.

Consideramos que, aunque la CISG no lo haya reconocido de manera expresa, el artículo 8 está redactado que tal manera que permite el ingreso de la función interpretativa contractual de la buena fe. Pero téngase presente que la buena fe interpretativa no puede ser usada como una excusa para manipular o alterar el contenido del contrato. La buena fe interpretativa consiste en reconducir a las partes al texto del contrato cuando estas propongan alguna interpretación que no se justifique en lo expresamente pactado. Así, buena fe interpretativa es lealtad al texto del contrato. Entonces, es distinta a la buena fe como deber contractual que incluye a las funciones integrativa, correctiva y limitativa de

⁷³ Consultado el 04/08/2021.

⁷⁴ Véase los casos reportados en el CISG Database del Pace University: (1) Germany March 26, 1996 Landgericht [Regional Court] (German case citations do not identify parties to proceedings); (2) Germany June 25, 1997 Oberlandesgericht [Court of Appeal] (German case citations do not identify parties to proceedings); (3) Germany September 15, 2004 Oberlandesgericht [Court of Appeal] (German case citations do not identify parties to proceedings).

⁷⁵ Véase la discusión en el caso Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (10.03.2005), registrado como CLOUT case 1193 y también en el CISG Database del Pace University.

⁷⁶ Véase VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850. Al respecto, también téngase presente que los PECL reconocen conjuntamente a la buena fe (artículo 1:201) y razonabilidad (artículo 1:302), lo cual no es deseable pues complica el entendimiento de ambos conceptos.

derechos. Como tal, a través de la buena fe interpretativa no se puede pretender la modificación del contrato.

Cuarto, se considera que la buena fe podría aplicarse a la CISG como *lex mercatoria* de conformidad con el artículo 9:

Article 9

- (1) The parties are bound by any *usage* to which they have agreed and by any *practices* which they have established between themselves.
- (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have *impliedly* made applicable to their contract or its formation a *usage* of which the parties *knew or ought to have known* and which *in international trade is widely known to, and regularly observed by*, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned. (Énfasis agregado)

A diferencia de la tesis que propone una lectura extensiva del artículo 7(1) o la tesis que considera que la buena fe es un principio general aplicable a la CISG conforme a su artículo 7(2), las cuales acá rechazamos, consideramos que la tesis de la *lex mercatoria* sí es viable para considerar que la buena fe pueda ser un deber contractual, o incluso un deber precontractual, aplicable a las partes sometidas a la CISG, solo y siempre que la buena fe sea *lex mercatoria* para un caso concreto. Si bien a la fecha no puede considerarse que la buena fe sea parte de la *lex mercatoria* para el comercio internacional,⁷⁷ la puerta ha quedado abierta.

Si se considera que la buena fe es parte de la *lex mercatoria*,⁷⁸ entonces tendría una aplicación directa en los contratos bajo la CISG. Pero debe probarse tanto su existencia conforme a los usos y

⁷⁷ Sobre el desarrollo de la buena fe en el comercio internacional y su eventual rol como *lex mercatoria*, véase SIM, Disa. «The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». *Op. cit.*, pp. 19-92; SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». *Op. cit.*, pp. 153-196; CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between common law and civil law: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». *Op. cit.*, pp. 1-38.

⁷⁸ La *lex mercatoria* es un tema complejo que ha generado discusiones en diferentes materias. Primero, se discute sobre la existencia de una *new lex mercatoria* por encima de las naciones, como derecho transnacional. Véase GOLDMAN, Berthold. «La compagnie de Suez. Société internationale». En *Le Monde*, 4 de octubre, 1956, p. 3; FRAGISTAS, Ch. N. «Arbitrage étranger et arbitrage international». En *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, n.º 1, vol. 49, pp. 1-20; SCHMITTHOFF, Clive M. «International Business Law: A New Law Merchant». En CHENG, Chia-Jui (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, (1988) [1961], pp. 20-37; GOLDSTAJN, Aleksander. «The new law merchant». En *Journal of Business Law*, 1961, vol. 12, pp. 12-17; GOLDMAN, Berthold. «Frontières du droit et lex mercatoria». En *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, n.º 9, pp. 177-189; SCHMITTHOFF, Clive M. «The Law of International Trade, its Growth, Formation and Operation». En SCHMITTHOFF, Clive M. (ed.). *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*. New York: F. A. Praeger, 1964; FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965; GOLDSTAJN, Aleksander. «The new law merchant reconsidered». En *Recht und internationaler Handel: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, pp. 171-185; GOLDMAN, Berthold. «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives». En *Travaux Du Comité Français De Droit International Privé*, 1979, vol. 2, pp. 221-270; FOUCHARD, Philippe. «L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981». En *Journal du Droit International*, 1982, vol. 109, pp. 374-420; LANDO, Ole. «The lex mercatoria in international commercial arbitration». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, n.º 4, vol. 34, pp. 747-768; GOLDMAN, Berthold. «The applicable law: general principles of law – the *lex mercatoria*». En LEW, Julian D.M. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres: Springer, 1986, pp. 113-125; DE LY, Filip. *International Business Law*. Bingley: Emerald, 1992; GOLDMAN, Berthold. «Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria». En *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basel: Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255; BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the new lex mercatoria*. *Op. cit.* Segundo, se discute sobre el desarrollo de la *lex mercatoria* en sectores específicos, dando lugar a subsistemas, como el caso de la *lex petrolea*. Véase DE JESÚS, Alfredo. «The prodigious story of lex petrolea and the rhinoceros philosophical aspects of the transnational legal order of the petroleum society». En *Transnational Petroleum Law Institute*, 2012, n.º 1, vol. 1, pp. 1-50; DAINITTH, Terence. «Against 'lex petrolea'». En *The Journal of World Energy Law & Business*, 2017, n.º 1, vol. 10, pp. 1-13. Tercero, se discute sobre la preferencia de la *lex mercatoria* como mejor derecho en los contratos transnacionales y el arbitraje internacional. Véase CARBONNEAU, Thomas E. (ed.) *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1998; BULLARD, Alfredo y REPETTO, José Luis. «Charles Darwin y el arbitraje». En *Forseti*, 2014, n.º 1, pp. 111-128; MORENO, José Antonio. «El debate sobre el derecho no estatal y la *lex mercatoria*». En *Forseti*, 2014, n.º 1, pp. 73-97; NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. «The fatal leviathan: A Hayekian perspective of *lex mercatoria* in civil law countries». En *Pace International Law Review*, 2019, n.º 2, vol. 31, pp. 423-498. Cuarto, se discute sobre las fuentes de la *lex mercatoria*, entre ellas, los PICC y su aplicación para complementar a la CISG. Véase GARRO, Alejandro M. «The gap-filling role of the Unidroit Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG». En *Tulane Law Review*, 1995, n.º 5, vol. 69, pp. 1149-1190; BONELLI, Michael Joachim. «The Unidroit

costumbres internacionales, así como su ámbito de aplicación. Conforme a la jurisprudencia registrada en el Digest, CLOUT, UNILEX y CISG Database del Pace University, aún no existe un concepto claro y uniforme de buena fe en el comercio internacional, ni de manera general ni para una industria en particular. No basta con hacer menciones de relleno a la buena fe.

Lo que las cortes deben desarrollar en sus fallos es qué comportamiento específico es de buena fe y vinculante para las partes al ser *lex mercatoria* para una transacción concreta en el ámbito internacional. Esto se complica si tenemos en cuenta que no existe un concepto unitario a nivel de jurisdicciones nacionales, ni dentro del *civil law*, ni entre *civil law* y *common law*. Por el lado del derecho transnacional, al menos ciertos instrumentos de uniformización como la CISG, los PICC y los TransLex Principles hablan de la «buena fe en el comercio internacional», con lo cual, se hace referencia a un concepto internacional de buena fe diferente al concepto que se maneja en las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, tampoco existe uniformidad en los mismos instrumentos de uniformización. La CISG reconoce un modelo totalmente opuesto al que reconocen los PICC y TransLex Principles. Esto genera una paradoja pues si la CISG misma es considerada como *lex mercatoria*⁷⁹ y ella reconoce un modelo restrictivo de buena fe, ¿cómo podría reconocerse a otra *lex mercatoria* —como los PICC o TransLex Principles— que vaya en contra y derogue a la CISG?

Ante tal Torre de Babel, la pauta la dará la práctica contractual y el comercio internacional, de manera que el análisis de la buena fe como *lex mercatoria* tendrá que verse caso por caso, pero no en casos que solo mencionen a la buena fe, sino en aquellos que realmente desarrollen cuál es el concepto de buena fe en el comercio internacional o precisen qué comportamiento es de buena fe para una industria específica. Así las cosas, no puede afirmarse que a la fecha la buena fe sea *lex mercatoria*. En otras palabras, a pesar de que se habla de la «buena fe en el comercio internacional», no existe realmente una buena fe internacional.

En virtud de lo anterior, el fantasma de la buena fe bajo la CISG está en la *lex mercatoria*. Aunque se respete el limitado texto del artículo 7(1) de la CISG, la buena fe siempre penará en las instalaciones de la CISG, incluso con perfil civilista, si eventualmente es reconocida como *lex mercatoria*. Solo el tiempo dirá si llegará a existir un concepto internacional de buena fe. La puerta ha quedado abierta.

7. REFLEXIONES FINALES

Cuando vemos el derecho de contratos desde una perspectiva transnacional tomamos conocimiento de historias antes no contadas que nos introducen a una nueva realidad. El derecho comparado no se estudia solo por un interés académico, sino como punto de partida para entender cómo funciona la práctica en el comercio internacional. En este campo se enfrentan a diario partes que provienen de diferentes familias jurídicas y que negocian para llegar a un acuerdo a pesar de estar acostumbradas a leyes contractuales distintas. Ello implica poner de lado a los derecho nacionales y las discusiones locales para negociar en base a un estándar internacional.

Dentro de este contexto, destaca la buena fe y la CISG. Los principales instrumentos de uniformización han intentado llegar a un consenso sobre el derecho contractual, pero no es lo mismo llegar a un consenso entre civilistas de diferentes jurisdicciones que entre civilistas y anglosajones. Al respecto, destaca la CISG sobre los PICC y PECL por su preferencia por ciertas posiciones anglosajonas

Principles and Transnational Law». *Op. cit.*, pp. 210-212; BONELLI, Michael Joachim. «Symposium Paper: The *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Achievements in Practice and Prospects for the Future». En *Australian International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 17, pp. 177-184. Sobre ejemplos concretos del uso de los PICC para complementar a la CISG, véase EISELEN, Seig. «Remarks on the manner in which the *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* may be used to interpret or supplement CISG Article 74». En *PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 93-100; PERILLO, Joseph M. «Editorial remarks on the manner in which the *Unidroit Principles* may be used to interpret or supplement article 8 of the CISG». En *PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW* (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 189-194.

⁷⁹ Véase AUDIT, Bernard. «The Vienna Sales Convention and the *Lex Mercatoria*». En CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1998, pp. 173-194.

en favor del comercio internacional. Los anglosajones no querían rastros de la buena fe en la CISG para favorecer la certeza, mientras que los civilistas querían inundarla de ella para promover la justicia. Frente a este escenario se llegó a cierto consenso: mencionar a la buena fe solo una vez y para la interpretación de la CISG. A pesar de haberse adoptado este modelo restrictivo en la CISG, que significó una opción expresa y consciente, la historia no terminó allí.

La buena fe aún tiene cierta esperanza bajo la CISG conforme a la *lex mercatoria*. Por el momento, esta posibilidad es teórica y aún no se ha materializado. Pero está ahí, presente en espíritu, aunque no se encuentre físicamente en la CISG. El futuro definirá si realmente existe una buena fe internacional conforme los usos y costumbres o si seguirá siendo una etiqueta sin contenido.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good faith? Good grief!». En *International Trade and Business Law Review*, 2014, n.º 1, vol. 17, pp. 310-321.

ATAMER, Yesim M. «Article 79». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: C.H. Beck - Hart - Nomos, 2011.

AUDIT, Bernard. «The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria». En CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1998, pp. 173-194.

BAMODU, Gbenga. «Exploring the interrelationships of transnational commercial law, “the new *lex mercatoria*” and international commercial arbitration». En *African Journal of International and Comparative Law*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 31-59.

BEALE, Hugh. «English contract law: legitimate deterrence and penalty clauses». En *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*, 2017, vol. 2, pp. 68-73.

BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218.

BELL, Gary F. «How the fact of accepting good faith as a general principle of the CISG will bring more uniformity». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2005-2006*. Múnich: Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 3-22.

BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178.

BERGER, Klaus Peter. «Codification of the new *lex mercatoria* through the internet: the TransLex Principles at www.trans-lex.org». En WEILER, Todd y BAETENS, Freya (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 79-106.

BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of the new lex mercatoria*. 2ª ed. Nueva York: Wolters Kluwer, 2010.

BONELLI, Michael Joachim. «“Force majeure” and “hardship” nel diritto uniforme della vendita internazionale». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 1990, vol. 4, pp. 543-571.

BONELL, Michael Joachim. «Symposium Paper: The *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*: Achievements in Practice and Prospects for the Future». En *Australian International Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 17, pp. 177-184.

BONELL, Michael Joachim. «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2008, n.º 1, vol. 58, pp. 1-28.

BONELL, Michael Joachim. «The Unidroit Principles and Transnational Law». En *Uniform Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 5, pp. 199-217.

BRIDGE, Michael G. «Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426.

BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450.

BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115.

BULLARD, Alfredo y REPETTO, José Luis. «Charles Darwin y el arbitraje». En *Forseti*, 2014, n.º 1, pp. 111-128.

CALLIESS, Graf-Peter. «The Making of Transnational Contract Law». En *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, n.º 2, vol. 14, pp. 469-483.

CARBONNEAU, Thomas E. (ed.) *Lex mercatoria and arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International, 1998.

CARTWRIGHT, John. «The English law of contract: time for a review?». En *European Review of Private Law*, 2009, n.º 2, vol. 17, pp. 155-175.

CORDERO-MOSS, Giuditta. «International contracts between *common law* and *civil law*: Is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith». En *Global Jurist*, 2007, n.º 1, vol. 7, pp. 1-38.

CORDERO-MOSS, Giuditta. «The transnational law of contracts: what it can and what it cannot achieve». En WEILER, Todd y BAETENS, Freya (eds.). *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 45-78.

DAINTITH, Terence. «Against “lex petrolea”». En *The Journal of World Energy Law & Business*, 2017, n.º 1, vol. 10, pp. 1-13.

DAVIES, Martin. «Excuse of impediments and its usefulness». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 295-305.

DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, pp. 1-38.

DE JESÚS, Alfredo. «The prodigious story of lex petrolea and the rhinoceros philosophical aspects of the transnational legal order of the petroleum society». En *Transnational Petroleum Law Institute*, 2012, n.º 1, vol. 1, pp. 1-50.

DE LY, Filip. *International Business Law*. Bingley: Emerald, 1992.

DEWEZ, Julie; RAMBERG, Christina; MOMBERG, Rodrigo; CABRILLAC, Rémy y SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula. «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles». En *European Review of Private Law*, 2011, n.º 1, vol. 19, pp. 101-154.

DIMATTEO, Larry y JANSSEN, André. «Interpretative methodologies in the interpretation of the CISG». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 79-101.

DIMATTEO, Larry. «Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines». En *Pace International Law Review*, 2015, n.º 1, vol. 27, pp. 258-305.

DU PLESSIS, Paul. «Good faith and equity in the law of contract in the civilian tradition». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)*, 2002, n.º 3, vol. 65, pp. 397-412.

EISELEN, Seig. «Remarks on the manner in which the Unidroit Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement CISG Article 74». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 93-100.

EISELEN, Sieg. «Literal interpretation: the meaning of the words». En JANSSEN, André y Meyer, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 61-89.

EISELEN, Sieg. «The CISG as Bridge between *common law* and *civil law*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 612-628.

EÖRSI, Gyula. «A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1983, n.º 2, vol. 31, pp. 333-356.

EÖRSI, Gyula. «Problems of unifying law on the formation of contracts for the international sale of goods». En *The American Journal of Comparative Law*, 1979, n.º 2/3, vol. 27, pp. 311-323.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. «El *common law* y el derecho germánico: aportes e influencias». En *Foro Jurídico*, vol. 6, 2006, pp. 231-236.

FARNSWORTH, E. Allan. «Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1995, vol. 3, pp. 47-64.

FARNSWORTH, E. Allan. «Good faith in contract performance». En BEATSON, Jack y FRIEDMAN, Daniel (eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 153-170.

FARNSWORTH, E. Allan. «The concept of good faith in American law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 10. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

FELEMEGAS, John. «Article 7 CISG-PECL». En FELEMEGAS, John (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 268-272.

FERRARI, Franco. «Autonomous interpretation versus homeward trend versus outward trend in CISG case law». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 244-257.

FERRARI, Franco. «Comparative ruminations on the foreseeability of damages in Contract Law». En *Louisiana Law Review*, 1993, n.º 4, vol. 53, pp. 1257-1269.

FERRARI, Franco. «Homeward trend: what, why and why not». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 171-206.

FERRARI, Franco; GILLETTE, Clayton P.; TORSELLO, Marco y WALT, Steven D. «The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG». En *Internationales Handelsrecht*, 2017, n.º 3, vol. 17, pp. 97-102.

FLECHTNER, Harry. «Comparing the general good faith provision of the PECL and the UCC: Appearance and reality». En *Pace International Law Review*, 2001, n.º 2, vol. 13, pp. 295-337.

FLECHTNER, Harry. «The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court». En *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, 2011, vol. 59, pp. 84-101.

FOERSTL, Uli. *The general principle of good faith under the CISG. A functional approach to theory and practice of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Sarre: VDM Verlag, 2011.

FOUCHARD, Philippe. «L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981». En *Journal du Droit International*, 1982, vol. 109, pp. 374-420.

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.

FRAGISTAS, Ch. N. «Arbitrage étranger et arbitrage international». En *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, n.º 1, vol. 49, pp. 1-20.

GARCÍA LONG, Sergio. «El nacimiento y ascenso de los *civil lawyers*». En *Thémis* 2018, n.º 73, pp. 271-294.

GARCÍA LONG, Sergio. «La estructura contractual de los financiamientos bancarios». En GARCÍA LONG, Sergio (ed.). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Normas Jurídicas, 2019, pp. 55-96.

GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, julio 2017, n.º 37, pp. 113-134.

GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe: reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Segunda parte». En *Actualidad Civil*, agosto 2017, n.º 38, pp. 153-175.

GARCÍA LONG, Sergio. «Megatransacciones: la estructura contractual y corporativa del *leveraged buyout* (LBO)». En SALAZAR GALLEGOS, Max (ed.). *Derecho corporativo. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: PUCP, 2019, pp. 341-385.

GARCÍA LONG, Sergio. *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

GARRO, Alejandro M. «The gap-filling role of the Unidroit Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG». En *Tulane Law Review*, 1995, n.º 5, vol. 69, pp. 1149-1190.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995 [1974].

GOLDMAN, Berthold. «Frontières du droit et lex mercatoria». En *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, n.º 9, pp. 177-189.

GOLDMAN, Berthold. «La compagnie de Suez. Société internationale». En *Le Monde*, 4 de octubre, 1956, p. 3.

GOLDMAN, Berthold. «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives». En *Travaux Du Comité Français De Droit International Privé*, 1979, vol. 2, pp. 221-270.

GOLDMAN, Berthold. «Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria». En *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Basel: Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255.

GOLDMAN, Berthold. «The applicable law: general principles of law – the *lex mercatoria*». En LEW, Julian D.M. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. Londres: Springer, 1986, pp. 113-125.

GOLDSTAJN, Aleksander. «The new law merchant reconsidered». En *Recht und internationaler Handel: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, pp. 171-185.

GOLDSTAJN, Aleksander. «The new law merchant». En *Journal of Business Law*, 1961, vol. 12, pp. 12-17.

GOODE, Roy. «The concept of “good faith” in English law». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1992, vol. 2. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

GOODE, Roy. «Usage and its reception in transnational commercial law». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, n.º 1, vol. 46, pp. 1-36.

HESELINK, Martijn. «Chapter 26. The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HESELINK, Martijn; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a European Civil Code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004.

HILL, Claire A. «Why are non-US contracts written in US legalese? Some preliminary thoughts and a research Agenda». En FREEMAN, M. y F. SMITH (eds.). *Law and Language*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 457-465.

HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How do German contracts do as much with fewer words?». En *Chicago-Kent Law Review*, 2004, n.º 3, vol. 79, pp. 889-926.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer, 2009.

HORN, Norbert. «Uniformity and diversity in the law of international commercial contracts». En HORN, Norbert y SCHMITTHOFF, Clive (eds.). *The Transactional Law of International Commercial Contracts*. Boston: Kluwer, 1982, pp. 3-18.

JANSSEN, André y WAHNSCHAFFE, Christian Johannes. «COVID-19 and international sale contracts: unprecedented grounds for exemption or business as usual?». En *Uniform Law Review*, 2020, n.º 4, vol. 25, pp. 466-495.

JING TAI, Clare y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Commercial morality in place of good faith – An analysis of the utility of good faith in the context of the CISG, using article 40 as an example». En FRANCESCA BENATTI, Sergio García Long y Filippo Viglione (eds.). *The Transnational Sales Contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Milán: Wolters Kluwer, 2022, pp. 377-413.

KEELY, Troy. «Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *Vindabona Journal of International Commercial and Arbitration*, 1999, n.º 1, vol. 3, pp. 15-40.

- KLEIN, John. «Good faith in international transactions». En *Liverpool Law Review*, 1993, vol. 15, pp. 115-141.
- KOMAROV, Alexander S. «Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)». En *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, vol. 25, pp. 75-85.
- KUSTER, David y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Hardly room for hardship – A functional review of article 79 of the CISG». En *Journal of Law & Commerce*, 2016, n.º 1, vol. 35, pp. 1-20.
- LANDO, Ole. «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law». En *The American Journal of Comparative Law*, 2005, n.º 2, vol. 53, pp. 379-401.
- LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.
- LANDO, Ole. «The lex mercatoria in international commercial arbitration». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 1985, n.º 4, vol. 34, pp. 747-768.
- LAWSON, F. H. *The rational strength of English law*. Londres: Stevens & Son Limited, 1951.
- LEÓN HILARIO, Leysser. «Common law vs. civil law. La competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas». En *Foro Jurídico*, 2007, vol. 7, pp. 259-267.
- LINDSTRÖM, Niklas. «Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods». En *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, vol. 1, pp. 1-29.
- MAGNUS, Ulrich. «Article 7 CISG-UP». En FELEMEGAS, John (ed.). *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 45-48.
- MAGNUS, Ulrich. «Remarks on good faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Institute for the Unification of Private Law, Principle of International Commercial Contracts». En *Pace Law School*, 1998, n.º 1, vol. 10, pp. 89-95.
- MAGNUS, Ulrich. «Tracing methodology in the CISG: Dogmatic foundations». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 33-59.
- MATTEI, Ugo y NADER, Laura. *Plunder. When the rule of law is illegal*. Nueva Jersey: Blackwell Publishing, 2008.
- MATTEI, Ugo. «The comparative law and economics of penalty clauses in contracts». En *The American Journal of Comparative Law*, 1995, n.º 3, vol. 43, pp. 427-444.
- MAZZOTA, Francesco G. «Good Faith Principle: *Vexata Quaestio*». En DIMATTEO, Larry A. (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 120-134.
- MISTELIS, Loukas. «Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law». En FLETCHER, Ian; MISTELIS, Loukas y CREMONA, Marise (eds.). *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 3-27.
- MORENO, José Antonio. «El debate sobre el derecho no estatal y la *lex mercatoria*». En *Forseti*, 2014, n.º 1, pp. 73-97.

NICHOLAS, Barry. «The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: another case of splendid isolation?». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1993, vol. 9. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. «The fatal leviathan: A Hayekian perspective of *lex mercatoria* in civil law countries». En *Pace International Law Review*, 2019, n.º 2, vol. 31, pp. 423-498.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. «The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, n.º 1, vol. 4, pp. 165-179.

PARDOLESI, Roberto. «Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria». En *Il Foro Italiano*, 2014, n.º 7-8, vol. 139, pp. 2039-2042.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Article 7». En KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. C.H. Beck - Hart - Nomos, 2011, pp. 111-141.

PERILLO, Joseph M. «Editorial remarks on the manner in which the Unidroit Principles may be used to interpret or supplement article 8 of the CISG». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 189-194.

POWERS, Paul J. «Defining the undefinable: good faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods». En *Journal of Law and Commerce*, 1999, n.º 2, vol. 18, pp. 333-354.

RIESENFELD, Stefan. «The influence of German legal theory on American law: The heritage of Savigny and his disciples». En *The American Journal of Comparative Law*, 1989, n.º 1, vol. 37, pp. 1-7.

SABA, Nadia. «To believe or not to believe: good faith in the CISG». En *Macquarie Journal of Business Law*, 2012, vol. 9, pp. 81-87.

SALINAS ALCARAZ, Isabel Cristina. «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and the *common law*: The challenge of interpreting article 7». En *IUSTA*, enero-junio 2014, n.º 40, pp. 57-93.

SCHLECHTRIEM, Peter. «Good faith in German Law and in International Uniform Laws». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997, vol. 24. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

SCHLECHTRIEM, Peter. *The Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. Vienna: Manz, 1986.

SCHMITTHOFF, Clive M. «International Business Law: A New Law Merchant». En CHENG, Chia-Jui (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, (1988) [1961], pp. 20-37.

SCHMITTHOFF, Clive M. «The Law of International Trade, its Growth, Formation and Operation». En SCHMITTHOFF, Clive M. (ed.). *The Sources of the Law of International Trade with special reference to East-West Trade*. New York: F. A. Praeger, 1964.

SCHWENZER, Ingeborg y HACHEM, Pascal. «Article 7». En INGEBORG Schwenzler (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 119-142.

SCHWENZER, Ingeborg y MUÑOZ, Edgardo. «Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship». En *Uniform Law Review*, 2019, n.º 1, vol. 24, pp. 149-174.

SCHWENZER, Ingeborg. «Divergent interpretations: Reasons and solutions». En DIMATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 102-119.

SCHWENZER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 39, pp. 709-726.

SCHWENZER, Ingeborg. «Force majeure and Hardship in International Sales Contracts». En *Victoria University of Wellington Law Review*, 2019, n.º 4, vol. 39.

SEDKI, Mirco. *The role of good faith: A case study of the application of good faith in the CISG*. Dissertation theses. Cape Town: University of Cape Town, 2018, pp. 1-78.

SHEEHY, Benedict. «Good faith in the CISG: the interpretation problems of article 7». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2007*. La Haya: Kluwer Law International, 2007, pp. 153-196.

SIM, Disa. «The scope and application of good faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En PACE INTERNATIONAL LAW REVIEW (ed.). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 19-92.

SIRENA, Pietro y PATTI, Francesco Paolo. «Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law». En *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 2020, n.º 3706159, pp. 1-24.

SPAGNOLO, Lisa. «Opening pandora's box: good faith and precontractual liability in the CISG». En *Temple International & Comparative Law Journal*, 2007, n.º 2, vol. 21, pp. 261-310.

STOLL, Hans y GRUBER, Georg. «Article 79». En SCHLECHTRIEM, Peter y SCHWENZER, Ingeborg (eds.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 195-267.

TALLON, Denis. «Article 79». En BIANCA, Cesare Massimo y BONELLI, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987.

TALLON, Denis. «Le concept de bonne foi en droit français du contrat». En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 1994, vol. 15. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.

TALLON, Denis. «The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point». En *European Law Review*, 1993, n.º 1/2, vol. 1, pp. 189-199.

TEPEŠ, Nina y MARKOVINOVIĆ, Hrvoje. «The CISG and the good faith principle». En *Journal of Law & Commerce*, 2019-2020, vol. 38, pp. 11-34.

- VAN SCHILFGAARDE, Peter. «System, good faith and equity in the New Dutch Civil Code». En *European Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 5, pp. 1-10.
- VENEZIANO, Anna. «Unidroit Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court». En *Uniform Law Review*, 2010, n.º 1, vol. 15, pp. 137-149.
- VIEJOBUENO, Sonia. «Progress through compromise: the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods». En *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1995, n.º 2, vol. 28, pp. 200-227.
- VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850.
- WALT, Steven D. «The modest role of good faith in uniform sales law». En *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, pp. 37-73.
- YILDIRIM, Ahmet Cemil. «Solid, liquid and gas forms of the new lex mercatoria: how do they operate in practice?». En *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*, 2014, pp. 5-26.
- ZELLER, Bruno y ANDERSEN, Camilla Baasch. «Good Faith – The Gordian Knot of International Commerce». En *Pace International Law Review*, 2016, n.º 1, vol. 28, pp. 1-28.
- ZELLER, Bruno y LIGHTFOOT, Richard. «Good faith: An ICSID Convention requirement». En *Victoria University Law and Justice Journal*, 2018, vol. 8, pp. 17-31.
- ZELLER, Bruno. «Good faith – Is it a contractual obligation?». En *Bond Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 15, pp. 215-239.
- ZELLER, Bruno. «Good faith – The scarlet pimpernel of the CISG». En *International Trade and Business Law Review*, 2000, vol. 6, pp. 227-246.
- ZELLER, Bruno. «The observance of good faith in international trade». En JANSSEN, André y MEYER, Olaf (ed.). *CISG Methodology*. Múnich: Sellier, 2009, pp. 133-149.
- ZELLER, Bruno. «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – A leap forward towards unified international sales laws». En *Pace International Law Review*, 2000, n.º 1, vol. 12, pp. 79-106.
- ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 7-61.

CAPÍTULO 4

LA MUERTE DE LA BUENA FE: REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO COMPARADO*

Sumario: 1. El objetivo.— 2. La buena fe en el derecho comparado.— 2.1. *Civil law*.— 2.2. *Common law*.— 2.3. Entonces ¿qué es la buena fe?— 3. El rol de los jueces y la muerte de la buena fe.— 3.1. La buena fe como salvavidas.— 3.2. Jueces versus profesores de derecho.— 3.3. *Pacta sunt servanda* versus buena fe.— 3.4. La buena fe y sus hijos.— 3.5. Crónica de una muerte anunciada.— 4. ¿Resurrección de la buena fe en el *common law*?— 5. Reflexiones finales.— 6. Referencias bibliográficas.

*Ignorance is not bad faith.
But persistence in ignorance is*
Joanna Russ (1983)

1. EL OBJETIVO

Se ha escrito mucho sobre la buena fe en el derecho comparado. Como señalan incluso algunos comparatistas, la buena fe es considerada la norma de conducta más importante de todo el derecho privado. A pesar de tales consideraciones, ¿podría llegar el momento en que ya no necesitemos de la buena fe?, ¿podríamos anunciar la muerte de la buena fe?

Existen diversos acontecimientos que debemos tener en cuenta y que los presentamos en esta oportunidad para reflexionar sobre qué es la buena fe, cómo se aplica en la práctica y cuál es el rol que cumple actualmente en el derecho comparado. Esta es una oportunidad para pensar si estamos ante un concepto jurídico tan sólido que vivirá para siempre o si estamos ante un concepto que en un futuro lejano será estudiado como parte de la historia jurídica. Entonces, nuestro interés es presentar algunas ideas que consideramos como relevantes para todo aquel interesado en el derecho contractual contemporáneo y en el verdadero rol que cumplen ciertas instituciones contractuales poco comprendidas.

2. LA BUENA FE EN EL DERECHO COMPARADO

La presente sección tiene la intención de ser una breve «cartografía legal» (*legal cartography*)¹ —por utilizar el término empleado por los comparatistas Cartwright y Hesselink— que sirva como un mapa que nos permita visitar diversos países del *civil law* y *common law* para conocer qué es la buena fe, cómo funciona y cuál es su rol en el derecho comparado.

De manera introductoria y como indican McKendrick y Qaio:

Good faith has been something of a problem child in the law of contract. Some legal systems, mostly drawn from the common law have viewed good faith with suspicion, if not hostility. On

* Una versión anterior fue publicada como GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 493-555. Esta versión ha sido revisada y ampliada.

¹ CARTWRIGHT, John y HESSELINK, Martijn. *Precontractual liability in European Private Law*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

the other hand, some legal systems, mostly civilian in nature [...] regard good faith as an essential component of any law of contract and cannot countenance its absence.²

La gran conclusión de este trabajo es que la buena fe no es la misma en toda jurisdicción al existir diversos modelos de buena fe. Y al ser la buena fe diferente en el mundo, su rol también es distinto. Aunque esta realidad pueda ser evidente, usualmente es omitida.

En principio, la buena fe es un concepto fuerte en el *civil law*. Sin embargo, la buena fe no tiene la misma fuerza ni utilidad en todo el *civil law*. La buena fe francesa estuvo subordinada al *pacta sunt servanda*, ambas reconocidas en el texto original del artículo 1134 del Code Civil, y como tal, no fue usada para introducir la doctrina de la *imprévision* en el derecho civil francés. Por el contrario, la buena fe alemana sí tuvo la fuerza suficiente para relativizar la fuerza del *pacta sunt servanda* y así permitir la adaptación del contrato ante la alteración de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*), incluso sin estar reconocida por ley.

Es este poder lo que justifica que actualmente se mire a la buena fe con precaución, y que se reflexione en ciertas jurisdicciones civilistas si en la actualidad no sería mejor dejar de utilizar a la buena fe para preferir por reglas más específicas.

Por oposición, tenemos al derecho inglés y su rechazo total por la doctrina de la buena fe en toda la vida del contrato, desde las tratativas hasta su celebración y ejecución. Sin embargo, principalmente entre los comentaristas ingleses, se reflexiona si esta postura antibuena fe debería ser relativizada. Tal vez los ingleses no lleguen a aceptar a la buena fe como concepto general y menos para cumplir una función fiscalizadora de los pactos contractuales, pero tal vez pueda ser utilizada de manera restringida y para supuestos específicos. Bajo esta perspectiva, sin embargo, se permitiría la posibilidad de pactar en contra de un *implied duty of good faith* (algo que estaría prohibido en jurisdicciones civilistas). Por su lado, el derecho americano reconoce a la doctrina de la buena fe solo en su ejecución (*performance and enforcement*) (aunque no tiene el mismo poder que se reconoce en el *civil law*), quedando excluida de las tratativas, salvo que las partes hayan acordado negociar de buena fe (un pacto que no sería reconocido como válido por las cortes inglesas).

Al final, pareciera que la buena fe se desenvuelve como un fenómeno cíclico con altos y bajos, que puede ser más útil en algunos contextos (como en épocas de guerras) que en otros (de estabilidad económica), y que su uso puede ser piedra angular que inspire todo el derecho de contratos, como también tener aplicación excepcional para casos particulares (lo cual dependerá de la macro función que se asigne al derecho de contratos).

Si la buena fe puede ser un camaleón, o incluso ser una entidad que puede transformarse en lo que sea, desde un punto de vista de uniformización, sería recomendable que como toda institución contractual sean las partes las que se encarguen de definir su contenido, en lugar de imponerse como norma imperativa y sin contenido cierto. Tal vez la norma podría definir un estándar mínimo que aplicará ante falta de pacto, pero de allí, la tarea será de las mismas partes. Caso contrario, las partes no sabrán de manera anticipada cómo se comportará la buena fe en el caso concreto según el juez: si será la buena fe francesa, la alemana, la inglesa, la americana, o cualquier otra.

² MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and *common laws*». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 72. Véase también BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-99.

2.1. Civil law

Las codificaciones civiles suelen regular al menos una norma expresa con carácter general e imperativa que señala, entre otras palabras, que las partes deben comportarse según la buena fe.³

En Latinoamérica, el artículo 1362 del Código Civil peruano señala lo siguiente:

Artículo 1362. Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

El artículo 961 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala lo siguiente:

Artículo 961. Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

El artículo 1546 del Código Civil chileno señala lo siguiente:

Artículo 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella.

Por otro lado, en Europa los artículos 1337 y 1375 del Codice Civile señala lo siguiente:

Artículo 1337. Negociaciones y responsabilidad precontractual

Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe.

Artículo 1375. Ejecución de buena fe

El contrato debe ser ejecutado de buena fe.

El nuevo artículo 1104 del Code francés extiende normativamente la aplicación de la *bonne foi* a la etapa de las tratativas —a diferencia del anterior artículo 1134 tercer párrafo que solo la regulaba en ejecución del contrato—,⁴ y así se convierte en una disposición muy similar al artículo 1362 del Código Civil peruano:

Artículo 1104. Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe. Esta provisión es una cuestión de orden público.

Por su parte, el famoso⁵ artículo §242 del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemán —que regula la *Treu und Glauben*— señala lo siguiente:

³ MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n.º 18, p. 154: «Within the modern civil law family, most civil codes have one or more general good faith provisions»; HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur, HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, p. 471: «Most European civil codes contain a general good faith provision. In addition, some codes contain specific rules in which reference is also made to the concept of good faith. Moreover, many specific rules in the codes are said to be special applications of good faith»; ZUSMAN TINMAN, Shoshana. «La buena fe contractual». En *Themis*, 2005, n.º 51, p. 20: «A diferencia del sistema inglés que no acepta la necesidad de exigir buena fe en el contrato, los sistemas del derecho continental la requieren de manera expresa. El Código Civil peruano no es una excepción e impone la buena fe en la negociación, celebración, cumplimiento e interpretación de los contratos».

⁴ «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi».

⁵ WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard. «Good faith in Europe contract law: Surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 18: «*Treu und Glauben* also, of course, was ultimately destined to find its way into the famous §242 of the German Civil

§ 242 Ejecución de buena fe

El deudor está obligado a ejecutar la prestación como exige la buena fe con referencia a los usos del tráfico.

Finalmente, el artículo 6:248 del Código Civil de Holanda (*Burgerlijk Wetboek*) regula a la buena fe en términos de razonabilidad (*redelijkheid*) y equidad (*billijkheid*):⁶

Artículo 6:248. Efectos legales derivados de la ley, los usos y los estándares de razonabilidad y equidad

1. El contrato no solo tiene los efectos legales que las partes han acordado, sino también aquellos que, según la naturaleza del acuerdo, surgen de la ley, los usos o los estándares de razonabilidad y equidad.
2. Una regla que las partes deben observar como resultado de su acuerdo, no es aplicable en la medida que, dada las circunstancias, sea inaceptable para los estándares de razonabilidad y equidad.

Como vemos, en el *civil law* es indiscutible la existencia del deber de buena fe tanto en la ejecución del contrato como en las negociaciones. Incluso otras fuentes europeas de derecho privado de *soft law* consideran a la buena fe como una obligación general de tal importancia que las partes no podrían ni limitarla ni excluirla. El artículo 1:201 de los Principios de European Contract Law (PECL) indica que: «(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty».⁷ Por su parte, con una redacción muy similar, el artículo 1.7 de los Principios Unidroit (PICC) señala que «(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty». Las disposiciones de los PECL y PICC confirman la reflexión de Aristóteles según el cual «[i]f good faith has been taken away, all intercourse among men ceases to exist».⁸

Por otro lado, el artículo 7(1) de la United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), que es el antecedente de los PECL y PICC, señala que «In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade».⁹ La CISG toma una posición restrictiva sobre la buena fe para intentar armonizar las posturas opuestas entre el *civil law* y *common law*.

Incluso en el *civil law* la buena fe ha inspirado la creación de nuevas teorías para afirmar la existencia de deberes allí donde las partes no han pactado deberes de manera expresa, como el caso

Code of 1900: "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie True und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern"; MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». *Op. cit.*, p. 159: «[...] German Civil Code, in which the general good faith provision of the famous art. 242 suffices all of the law of contracts»; KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». En CANE, Peter y STAPLETON, Jane (eds.), *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 246: «Do we lack an overriding principle requiring good faith in the exercise of contractual rights? We know that there is such a principle in one of the most famous provisions of the German BGB»; STYLES, Scott Crichton. «Good faith: A principled matter». En FORTE, A.D.M. (ed.), *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, p. 157: «The general principles of good faith, contained in the general clauses of the BGB, and, in particular, the provisions of paragraph 242, is one of the most important aspects of German contract law»; BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a "general organising principle" of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, p. 167: «Most civil law jurisdictions recognize and enforce a general duty of good faith. Often codified in statutory 'catch all' provisions, such as the well-known section 242 German Civil Code (BGB), it is regarded as one of the basic principles governing the whole life of a contract»; LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, p. 844: «[...] today it is a 'king' of the BGB».

⁶ HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, n.º 3, pp. 554-555.

⁷ Sobre la buena fe en los PECL, véase MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006.

⁸ TETLEY, William. «Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering». En *Journal of Maritime Law & Commerce*, 2004, n.º 4, vol. 35, p. 562.

⁹ Sobre la buena fe en la CISG, véase BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». *Op. cit.*

de los deberes de protección (*Schutzpflichten*) (que protegen a la persona y el patrimonio de las partes independientemente de la existencia de una prestación principal destinada a satisfacer el interés creditorio del acreedor)¹⁰ y deberes secundarios como el deber de información,¹¹ deber de preaviso,¹² entre otros. «Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal» —advierte Díez-Picazo— «sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe».¹³ Como concluye Hesselink sobre el *civil law* «[...] good faith is often seen as the highest norm of contract law, or the law of obligations or even of all private law».¹⁴

De manera general, y como se explica más adelante, en el *civil law* la buena fe tiene tres funciones principales (1) interpretar y aplicar el derecho, (2) integrar el derecho, y (3) limitar el derecho. Adicionalmente, y en jurisdicciones en donde la buena fe es poderosa (como lo fue en la experiencia alemana), la buena fe puede servir para (4) admitir el *rebus sic stantibus*.

2.2. Common law

A pesar de tal importancia, la buena fe no impresiona a los anglosajones. En general en el *common law* la predictibilidad y la certeza son los basamentos del derecho contractual. El programa contractual se compone de aquello expresamente pactado por las partes. Todo aquello que es externo al contrato no puede ser utilizado para complementarlo o contradecirlo. En consecuencia, en el *common law* prima la interpretación literal de los contratos, sobre todo en contratos comerciales que se caracterizan por ser complejos y por involucrar grandes montos.¹⁵ En este caso se da preferencia a los términos autónomos del contrato y a la interpretación literal de los mismos y se admite solo excepcionalmente a la integración del contrato y a la creación de términos heterónomos.

¹⁰ Véanse a CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile*. 3ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 443 y ss.; LAMBO, Luigi. *Obblighi di Protezione*. Padova: Cedam, 2007; DI MAJO, Adolfo. «Delle Obligazioni in Generale. Art. 1173-1176». En *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro Quarto – Delle Obligazioni*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1988. Véanse en el Perú a FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». En ESCOBAR ROZAS, Freddy; MORALES HERVIAS, Rómulo; LEÓN HILARIO, Leysser L. y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric (dirs.). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Griley, 2004, pp. 614-615; LEÓN HILARIO, Leysser L. «La importancia del derecho comparado en la reforma del código civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)». En LEÓN HILARIO, Leysser L. *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004, p. 216; MORALES HERVIAS, Rómulo. «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». En *Derecho PUCP*, 2013, n.º 71, pp. 54-55; SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. «De los períodos precontractuales y de su exacta y verdadera explicación científica. Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggel». En *Ius Et Veritas*, 2009, n.º 38, p. 57.

¹¹ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe. El Principio General en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984, p. 266. Para una defensa sobre la necesidad de deberes de información en la etapa precontractual del derecho americano, véase a HOLMES, Eric M. «A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation». En *University of Pittsburgh Law Review*, 1978, n.º 3, vol. 39, p. 553 y ss.

¹² Un ejemplo de integración en el contrato de un deber de preaviso en virtud de la buena fe se encuentra de manera indiscutible en el ejercicio del derecho de receso. Al respecto, véase a FRANZONI, Massimo. *Degli effetti del contratto. Volume I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, p. 369; KLEIN, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 172.

¹³ Díez-Picazo, Luis. «Prólogo». En WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982, p. 19.

¹⁴ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 472. Véase también a: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En *Themis*, 2005, vol. 51, p. 37.

¹⁵ Sobre la importancia de interpretar literalmente los contratos complejos como los corporativos, véase en nuestro medio a ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Contratación corporativa y evolución legal». En *Themis*, 2016, n.º 70, p. 92: «Las cláusulas de los contratos corporativos han de ser interpretados por oposición a las normas legales. Esto implica que el intérprete ha de tomar en consideración dichas normas solo para descartar que las cláusulas en cuestión recogen los mecanismos legales de reducción o de distribución de riesgos. Las normas legales, entonces, solo sirven, en este contexto, para definir negativamente el contenido y el alcance de las cláusulas de los contratos corporativos. Si las normas legales no pueden ser tomadas en consideración para definir positivamente a las cláusulas de los contratos corporativos, ¿cómo interpretarlas? Literalmente. Las cláusulas indicadas son negociadas palabra por palabra, frase por frase. Cada término contribuye a generar una distribución específica de riesgos. [...] Ciertamente, los abogados que redactan las cláusulas pueden cometer errores, por lo que la interpretación literal puede conducir a contradicciones. Solo si esto ocurre el intérprete ha de guiarse por otros métodos de interpretación admitidos por el derecho contractual».

La existencia del *parol evidence rule* o el *four corners rule*¹⁶ confirma la primacía del respeto por lo expresamente pactado en el contrato. Mientras que el *parol evidence rule* impide que las partes puedan usar el periodo precontractual para contradecir lo pactado expresamente en el contrato, el *four corners rule* impide el uso de evidencia externa al contrato que permita complementarlo vía interpretación.¹⁷

La misma ideología se verifica en las críticas a determinados remedios de equidad como el *promissory estoppel*.¹⁸ Si el promitente realiza una promesa en favor del promisario y este confía en la promesa pero luego el promitente retira lo prometido, el promisario no podría exigir la promesa debido a la falta de *consideration*¹⁹ (lo cual justifica que el promitente pueda arrepentirse de su promesa en cualquier momento hasta que no se haya formado un contrato). Sin embargo, el *promissory estoppel* surgió como un sustituto al *consideration*²⁰ para otorgar un remedio (normalmente el pago de daños) en favor del promisario por su legítima confianza en la promesa hecha por el promitente.²¹ Como es de esperarse, dicha institución ha sido criticada por afectar la predictibilidad en la contratación desde que la institución no es lo suficientemente clara para determinar *ex ante* si una corte amparará o no la acción del *promissory estoppel*,²² más aún, la procedencia de dicha institución contractual varía según jurisdicción. «The diversity of interpretation of promissory estoppel is itself so broad that a major new treatise spends nearly half of one volume on the topic, discussing the law of each state individually» —señalan de manera gráfica Bernstein y Zekoll—.²³

¹⁶ POSNER, Eric A. «The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation». En *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, vol. 146, p. 534 y ss.; POSNER, Richard A. «The Law and Economics of Contract Interpretation». En *Texas Law Review*, 2005, vol. 83, p. 1596 y ss.

¹⁷ POSNER, Richard A. «The Law and Economics of Contract Interpretation». *Op. cit.*, p. 1603: «The parol evidence rule overlaps the four corners rule but is not identical because it forbids only the use of evidence of the precontractual negotiations to contradict the written contract. The four corners rule goes further by prohibiting the use of extrinsic evidence to supplement rather than only to contradict the written contract».

¹⁸ La Sección §90 del Restatement (Second) of Contracts señala lo siguiente: «A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires».

¹⁹ KNAPP, Charles L. «Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel». En *Hastings Law Review*, 1998, vol. 49, p. 1194: «By the late nineteenth century, it had become conventional in English and American law to refer to «consideration» as the factor necessary to make a promise enforceable. As the test for that requirement, one would look for either a «benefit» or a «detriment» -a benefit received by the promisor, or some loss or injury suffered by the promisee in connection with the promise. In Holmes's view, however, the requirement of consideration could be better understood when seen as one element of an exchange transaction. The promise was supported by consideration, and was qualified for enforcement, when the promisor had received something in exchange for her promise, or the promisee had given something for it. That something might have been an actual performance, or merely the promise of one, but in either case it had to be regarded by the parties as the exchange which induced the making of the promise, both ostensibly and (at least in part) actually».

²⁰ PHILIPPE, Julie M. «French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective». En *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 2005, n.º 2, vol. 12, p. 391: «In French contract law, either *cause* exists or does not exist, without *cause* the contract is not enforceable. There is no legal means that can compensate for the absence of *cause*. In contrast, American contract law contains a substitute for consideration: reliance. Reliance can operate as a separate basis for the enforcement of a promise. After playing its role in the development of the doctrine of consideration, reliance played no important part for four centuries, until the twentieth century. The coexistence of promissory estoppel and the bargain theory of consideration is relatively uneasy. But it permits one to overcome the defects of the doctrine of consideration. Reliance is an alternative to bargain-for exchange, and can act as a distinct basis for the enforcement of promises».

²¹ GOSFIELD, Gregory G. «The Structure and Use of Letters of Intent». En *GPSolo*, 2004, n.º 2, vol. 21, pp. 26-27: «The legal formality of consideration may be circumvented under the doctrine of promissory estoppel to the extent a party is seeking only damages rather than specific performance. When the party claiming promissory estoppel expects the other party to rely on the letter of intent to commence performance, a court can use its discretionary power to find that the promisee relying on the letter is entitled to damages notwithstanding the promisor's reservation of discretion».

²² LORDE MARTIN, Susan. «Kill the Monster: Promissory Estoppel as an Independent Cause of Action». En *William & Mary Business Law Review*, 2016, vol. 7, p. 4: «The purpose of promissory estoppel was clearly one of fairness and preventing injustice by enforcing a promise not supported by consideration in very limited circumstances. In recent cases, however, courts have been approving the use of promissory estoppel as an independent cause of action to provide remedies for alleged contracts that otherwise would be unenforceable. If contract rules are frequently displaced by ad hoc decisions about unfairness, the predictability and reliability of business transactions will diminish to the detriment of all who engage in them».

²³ BERNSTEIN, Herbert y ZEKOLL, Joachim. «The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States». En *American Journal of Comparative Law Supplement*, 1998, vol. 46, pp. 97-98.

Esta ideología ha provocado que las cláusulas generales y abstractas sean limitadas en el *common law*. Un claro ejemplo es la buena fe.²⁴ Mientras que «Good faith is a key concept in civil law system»,²⁵ en países del *common law* la buena fe cumple un rol secundario y su papel protagónico en sistemas del *civil law* es sustituido por instituciones anglosajonas más específicas.

Desde que la noción de «contrato» en el derecho americano implica que mientras no exista intención y *consideration* no hay efectos legales (derechos y deberes) entre las partes, se comprende que se reconozca a la buena fe solo en el cumplimiento (*performance*) y ejecución (*enforcement*) del contrato más no en las tratativas.²⁶

En efecto, la Sección §205 del Restatement (Second) of Contracts no reconoce a la buena fe precontractual:

§ 205 Duty of Good Faith and Fair Dealing

Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.

En los comentarios a la Sección §205 se explica el significado de la buena fe de la siguiente manera:

Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving «bad faith» because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness.

Por su parte, la anterior sección §1-203 del Uniform Commercial Code (UCC) tampoco mencionaba a la buena fe en la etapa precontractual:

§1-203 Obligation of Good Faith

Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.

En el derecho americano se distingue entre *good faith purchase*²⁷ y *good faith performance*,²⁸ que serían las nociones equivalentes a lo que en el *civil law* conocemos como buena fe subjetiva y buena fe objetiva respectivamente.

La anterior sección §1-201(b)(20) del (UCC) definía a la *good faith* como «honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing», mientras que la anterior sección §2-103(1)(b) la definía como «honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade».

²⁴ KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». *Op. cit.*, pp. 245-246: «There is also a concern that the adoption of a broad concept of good faith would unsettle the commercial bargaining process and undermine the values of certainty and security».

²⁵ MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». *Op. cit.*, p. 149.

²⁶ FRANKLIN, Eric H. «Mandating Precontractual Disclosure». En *University of Miami Law Review*, 2013, vol. 67, p. 559: «[...] the duty of good faith would not govern any precontractual period. This is, perhaps, reasonable. Individuals enter into contracts on a near daily basis, and thus, in some sense, everyone is in a precontractual period at any given moment. At what point does an individual's consideration of a contractual relationship rise to a sufficient level to be considered precontractual? This issue may have convinced the drafters of the UCC and the Restatement to steer clear of any period in which a contract is not in place». Sobre la buena fe en el derecho americano véase, de manera general, a SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DIMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

²⁷ GILMORE, Grant. «The Commercial Doctrine of Good Faith Purchases». En *The Yale Law Journal*, 1954, n.º 8, vol. 63; SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Rethinking the Laws of Good Faith Purchases». En *Columbia Law Review*, 2011, n.º 6, vol. 111.

²⁸ FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, p. 671.

¿Por qué las partes en el derecho americano pueden apartarse libremente de las negociaciones en cualquier momento sin incurrir en responsabilidad? El *common law* parte de premisas distintas a las del *civil law*. Mientras que en el *civil law* la buena fe puede ser fuente de responsabilidad en sede precontractual, en el sistema anglosajón se parte de la idea de que las partes no son responsables entre ellas mientras no se haya formado un contrato definitivo. Las partes pueden negociar libremente y retirarse en cualquier momento de las negociaciones mientras no se hayan puesto de acuerdo en todos los términos y condiciones del contrato futuro. En este sentido, si las partes no se han puesto de acuerdo en todo el contenido del potencial contrato definitivo, entonces tales términos precarios no son vinculantes entre ellas. Esta ideología se materializa en la suscripción de acuerdos no vinculantes (*non-binding agreements*).

Tal perspectiva respecto a la etapa precontractual en el sistema anglosajón se conoce como *aleatory view*²⁹ (perspectiva aleatoria), por el cual cada contratante debe asumir sus propios costos e inversiones en la etapa precontractual, y por ende, no puede pretender algún tipo de resarcimiento de su contraparte en caso las tratativas no prosperen. La idea es la no desincentivación de las negociaciones. Si cada vez que las partes entraran en tratativas se estuvieran exponiendo a ser responsables frente a su contraparte por la no celebración de un contrato, los costos de transacción se incrementarían y el número de contratos socialmente deseables se reduciría considerablemente. Por ende, cada parte asume su riesgo precontractual (*precontractual risk*).

Como se ha señalado en el conocido caso inglés *Regalian Properties plc vs. London Docklands Development Corp.* (1995), mientras las partes no hayan formalizado un contrato definitivo cada una de ellas negocia a su propio riesgo:

[W]here, however much the parties expect a contract between them to materialise, both enter negotiations expressly... on terms that each party is free to withdraw from the negotiations at any time... any cost incurred by [either party] in preparation for the intended contract will be incurred at his own risk.³⁰

Por su parte, en el derecho inglés es conocido el *leading case* *Walford vs. Miles* (1992),³¹ en donde la corte señaló que la existencia de deberes precontractuales, como aquellos derivados de la buena fe, son contrarios a los intereses de las partes y a la libertad de negociación desde que en las tratativas cada contratante vela por su propio interés, y por ello, existe la posibilidad de terminar las tratativas en cualquier momento. Como afirmó Lord Ackner:

Each party to the negotiations is entitled to pursue his (o her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks if appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact, in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved

²⁹ FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». En *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, vol. 87, p. 221: «At the root of this view of the precontractual period is what I call the common law's «aleatory view» of negotiations: a party that enters negotiations in the hope of the gain that will result from ultimate agreement bears the risk of whatever loss results if the other party breaks off the negotiations. That loss includes out-of-pocket costs the disappointed party has incurred, any worsening of its situation, and any opportunities that it has lost as a result of the negotiations. All is hazarded on a successful outcome of the negotiations; all is lost on failure. As an English judge expressed it, «he undertakes this work as a gamble, and its cost is part of the overhead expenses of his business which he hopes will be met out of the profits of such contracts as are made [...]» This aleatory view of negotiations rests upon a concern that limiting the freedom of negotiation might discourage parties from entering negotiations»; NEDZEL, Nadia E. «A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability». En *Tulane European & Civil Law Forum*, 1997, vol. 12, p. 101: «[...] courts traditionally accord parties the freedom to negotiate without risk of precontractual liability under the common law's «aleatory view» of negotiations: a party who enters negotiations in the hope of the gain that will result from ultimate agreement bears the risk of whatever loss results if the other party breaks off the negotiations. This is sometimes referred to as «arm's length» dealings, or the rule of «caveat emptor»»; BERNSTEIN, Herbert y ZEKOLL, Joachim. «The Gentleman's Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States». *Op. cit.*, pp. 91-92: «Negotiations are regarded as aleatory in nature: parties negotiate with the knowledge that if they fail to reach ultimate agreement, they will not be bound and thus each bears his own risk should negotiations fail. In line with this aleatory concept, where parties agree not to be legally bound, the courts will, as a rule, respect their wishes».

³⁰ *Regalian Properties plc vs. London Docklands Development Corp.* [1995] 1 W.L.R. 231.

³¹ *House of Lords, Walford vs. Miles* 1992, 2 A.C. 128.

terms [...]. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from those negotiations, at any time and for any reason.³²

Esta premisa del *aleatory view* en el *common law* se sustenta legalmente en la no existencia de un deber general de buena fe en la etapa precontractual.³³ «Although the *Uniform Commercial Code*, the *Restatement (Second) of Contracts*, and the common law impose a duty of good faith on parties to contractual relationships, courts traditionally have not imposed a good faith duty on parties engaging in precontractual negotiations» —explica Duhl—. ³⁴ Si bien existen aplicaciones en concreto de la buena fe en la etapa contractual (por ejemplo, *breach of contract*), es importante precisar que la misma no tiene un alcance general como deber o principio.³⁵

A pesar del reconocimiento de la buena fe al menos en la ejecución del contrato, diversos pronunciamientos judiciales han impuesto una visión tan restrictiva del *duty of good faith* que en la práctica la misma puede llegar a ser inoperativa. Por ejemplo, esto se evidencia en un pronunciamiento de la Corte de Oregón. En *Pacific First Bank vs. New Morgan Park Corp.* (1994),³⁶ las partes celebraron un arrendamiento que prohibía cualquier cesión o transferencia del contrato a menos que New Morgan Park (el propietario) otorgara su consentimiento a Pacific First Bank (el arrendatario). Pacific First Federal comunicó a New Morgan Park su intención de fusionarse con su subsidiaria Pacific First Bank, desde que consideraba que la fusión podría configurarse como una cesión o transferencia del contrato de arrendamiento. New Morgan Park contestó negando su consentimiento y señalando que la fusión configuraría como un supuesto de incumplimiento del contrato. Por su parte, Pacific First Bank demandó alegando el incumplimiento por parte de New Morgan Park de su deber de ejecutar el contrato de buena fe al no otorgar injustificadamente su consentimiento, más aún si se tenía en cuenta que la empresa resultante de la fusión sería más solvente y por ende favorecería el crédito de New Morgan Park.

Mientras que en primera instancia se dio la razón a Pacific First Bank pues es totalmente razonable que New Morgan Park no se oponga a dar su consentimiento de manera injustificada, en segunda instancia la corte revocó y señaló que «assignment clause does not require defendant to be reasonable in withholding consent» y sin tal consentimiento Pacific First Bank había incumplido el contrato.³⁷

Si la buena fe, estando reconocida en la ejecución de los contratos, es interpretada de manera restrictiva, entonces poco se puede decir de la buena fe en las tratativas. Debido a la inexistencia de un deber de negociar de buena fe, las partes pueden apartarse de las negociaciones en cualquier momento sin incurrir en responsabilidad. En términos del *civil law*, aparentemente no existiría en el derecho americano la responsabilidad precontractual por la ruptura injustificada de las tratativas por incumplimiento del deber de negociar de buena fe por el simple hecho que la buena fe no existe en la etapa precontractual. Esto sin perjuicio del pacto expreso de un deber de negociar de buena fe o de la

³² MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 20; GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta. «La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo». En *InDret*, 2/2010, p. 32.

³³ HOLMES, Eric M. «A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation». *Op. cit.*, p. 382: «The U.C.C. and the Restatement do not extend [good faith] to the bargaining stage of contract formation [...]»; VAZ FREIRE, Paula. «Good faith in contractual law: A “Law and Economics” Perspective». En *Revista Jurídica Lusó Brasileira*, 2016, n.º 4, año 2, p. 1381: «Even in our days, although courts in common law juridical systems recognize the existence of a duty of good faith while contracts are in force, they hesitate to consider it during the period of contractual negotiations»; HOUH, Emily. «The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel». En *Utah Law Review*, 2005, n.º 1, pp. 3-4: «[...] section 205 of the Restatement explicitly takes the position that it, “like the Uniform Commercial Code [...], does not deal with good faith in the formation of a contract”. Thus, the common law obligation of good faith fails to reach the most troubling forms of contractual bad faith: those that occur during contract negotiation and formation».

³⁴ DUHL, Gregory M. «*Red Owl's* Legacy». En *Marquette Law Review*, 2003, vol. 87, pp. 314-315.

³⁵ Por ejemplo, véase a KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». *Op. cit.*, p. 245: «[...] English law seems not to recognize and enforce a general principle of good faith»; HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words». En *Chicago-Kent Law Review*, 2004, vol. 79, p. 908: «[...] German substantive law imposes considerably stronger obligations of good faith than does U.S. law».

³⁶ *Pacific First Bank vs. New Morgan Park Corp.* 319 Or. 342, 876 P.2d 761 (1994).

³⁷ WEBSTER, James A. «A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform and Enforce Contracts in Good Faith». En *Oregon Law Review*, 1996, vol. 75, pp. 548-549.

imposición de tal deber por las cortes americanas en determinados casos vía interpretación de los documentos precontractuales involucrados en litigio.

Si se pacta un acuerdo no vinculante, cuyo principal efecto es no generar ningún tipo de efecto legal que comprometa a las partes a celebrar un contrato definitivo, entonces no surgirá ninguna obligación de negociar de buena fe, menos aún si el derecho contractual americano no exige negociar los contratos de buena fe conforme al Restatement (Second) of Contracts y el UCC. Esto es incluso más evidente en operaciones corporativas. Como señala de manera clara Buechler: «As noted earlier, it is a settled principle of law that there is no duty of good faith or duty to negotiate in these transactions [corporate acquisitions] absent a binding and enforceable agreement».³⁸

En este sentido, la buena fe debe ser pactada expresamente como una obligación dentro de las tratativas, de lo contrario, la misma no podrá ser alegada para ejercer algún remedio como sería el pago de daños. Esto no quiere decir que los contratantes americanos estén totalmente desprotegidos de los comportamientos abusivos y oportunistas de quien se aparte de las negociaciones sin justificación.³⁹ En el derecho americano —y así lo han reconocido las cortes— existen remedios específicos para cobrar daños (principalmente los *reliance damages*) en caso algún contratante se aparte de las tratativas de mala fe. Entre estos remedios se encuentran el *promissory estoppel*,⁴⁰ el *misrepresentation*,⁴¹ el *unjust enrichment*⁴² o el pacto expreso del *duty of good faith* en las negociaciones.

A diferencia del derecho americano que al menos reconoce a la buena fe en ejecución del contrato, el derecho inglés tradicionalmente no reconoce el concepto de buena fe en toda la vida del contrato,⁴³ salvo excepciones bien identificadas⁴⁴ como en el caso de los contratos de consumo en virtud del Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1994 y 1999⁴⁵ que implementaron la Directiva 93/13/EEC. La premisa es el no reconocimiento de la buena fe como un deber en el derecho de contratos, y como tal, también se encuentra excluida de las negociaciones. Como señalan Markesinis y Deakin:

Normally, there will be no duty of care under *Hedley Byrne* between business parties negotiating at arm's length; each side will have to rely on their own judgment or get a third party opinion.

³⁸ BUECHLER JR., Gerald B. «The Recognition of Preliminary Agreement in Negotiated Corporate Acquisitions: An Empirical Analysis of the Disagreement Process». En *Creighton Law Review*, 1989, vol. 22, p. 590.

³⁹ Esta advertencia ya se encontraba en el comentario c) a la Sección §205 del Restatement (Second) of Contracts: «This Section, like Uniform Commercial Code § 1-203, does not deal with good faith in the formation of a contract. Bad faith in negotiation, although not within the scope of this Section, may be subject to sanctions. Particular forms of bad faith in bargaining are the subjects of rules as to capacity to contract, mutual assent and consideration and of rules as to invalidating causes such as fraud and duress. See, for example, §§ 90 and 208. Moreover, remedies for bad faith in the absence of agreement are found in the law of torts or restitution».

⁴⁰ BECKER, Mary E. «Promissory Estoppel Damages». En *Hofstra Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 16, pp. 131-133.

⁴¹ Si una parte indujo a error a su contraparte en virtud de declaraciones falsas o inexactas, entonces la contraparte podrá demandar el pago de los daños *in tort*.

⁴² A través del remedio de la restitución, si una parte se ha beneficiado injustificadamente por el empobrecimiento de su contraparte, entonces la contraparte podrá pedir el pago de los daños respectivos.

⁴³ GOODE, Roy. «International Restatement of Contract and English Contract Law». En *Uniform Law Review*, 1997, n.º 2, vol. 2, pp. 238-239; MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 40; COLLINS, Hugh. *The Law of Contract*. 4ª ed. London: LexisNexis, 2003, p. 181; BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11; BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18. Sobre la contraposición entre justicia y certeza en el derecho de contratos con relación a la buena fe, véase GROSHUIDE, Willem. «The duty to deal fairly in commercial contracts». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. Respecto a un estudio civilista sobre la compatibilidad del actual derecho inglés con la buena fe, véase MATO PACÍN, María Natalia. «El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés». En *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2018, n.º 2.

⁴⁴ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 471: «The English common law traditionally does not recognize a concept of objective good faith»; GILES, Paul y WALLING, Emily. «Good faith in English Law. What does it mean?». En *Eversheds, Legal Report*, 2014, p. 1: «[...] there has been no established general concept of good faith in English law and the concept of good faith is usually considered only applicable to limited categories of contracts such as partnership agreements and agreements outlining a fiduciary duty such as insurance contracts».

⁴⁵ Al respecto, véase TWIGG-FLESNER, Christian. «The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999: new powers for the regulator and the Consumer's Association». En *Utilities Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 11; WHITTAKER, Simon. «Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges». En *The Modern Law Review*, 2011, n.º 1, vol. 74, p. 106.

With reason, the courts take the view that parties to pre-contractual negotiations will primarily look to their own interest and not to those of each other.⁴⁶

La posición inglesa es más radical que la americana en el sentido que el derecho inglés rechaza la aplicación de la buena fe en general como concepto, salvo que las partes hayan pactado la buena fe para alguna obligación en concreto o en casos excepcionales admitidos por las cortes (como en algunos contratos que se encuentren en la categoría de los «*relational contracts*»⁴⁷ en los cuales las partes más allá de realizar un simple intercambio en un momento determinado, entran en una relación a largo plazo que requiere cierto grado de cooperación).

Comentado el ya citado caso *Walford vs. Miles* (1992), Teubner explicaba que «British courts have energetically rejected this doctrine on several occasions treating it like a contagious disease of alien origin».⁴⁸ En efecto, Lord Ackner señaló lo siguiente:

[T]he concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations [...] [H]ow is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an agreement? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a «proper reason» to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content.

Por tal motivo, Whittaker y Zimmermann explican que «[...] statement to the effect that English contract law does not recognize a general concept of good faith are legion. It tolerates “a certain moral insensitivity in the interest of economic efficiency” and values “predictability of the legal outcome of a case” more highly “than absolute justice”».⁴⁹

Un caso muy ilustrativo es la decisión del Privy Council en *Union Eagle Ltd vs. Golden Achievement Ltd* (1997).⁵⁰ El comprador acordó en comprar un piso en Hong Kong y adelantó 10 % del precio. El contrato señalaba que si el comprador incumplía cualquiera de los términos y condiciones del contrato, el vendedor tendría derecho a resolver el mismo y retener el depósito. La fecha de cierre se había programado para el 30 de septiembre hasta las 5 p. m. El comprador ofreció el pago del precio 10 minutos después. El vendedor consideró que hubo incumplimiento y procedió a resolver el contrato y a retener el depósito. El comprador demandó el cumplimiento específico del contrato.

Lord Hoffmann no le dio la razón al comprador y prefirió por darle certeza a las partes en que los términos del contrato serían ejecutados conforme a cómo fueron originalmente pactados:

The principle that equity will restrain the enforcement of legal rights when it would be unconscionable to insist upon them has an attractive breadth. But the reasons why the courts have rejected such generalisations are founded not merely upon authority but also upon considerations of business. These are, in summary, that in many forms of transaction it is of great importance that if something happens for which the contract has made express provision,

⁴⁶ MARKESINIS, Basil y DEAVIN, Simon. *Tort Law*. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 93.

⁴⁷ El término *relational contracts* fue propuesto y utilizado por primera vez por MACNEIL, Ian. «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract». En *Northwestern University Law Review*, 1978, n.º 6, vol. 72, p. 854 y ss. y MACNEIL, Ian. «The Many Futures of Contracts». En *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, p. 691 y ss. Véase también a: GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. «Principles of Relational Contracts». En *Virginia Law Review*, 1981, n.º 6, vol. 67, p. 1089 y ss.

⁴⁸ TEUBNER, Gunther. «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Ups in New Divergences». En *The Modern Law Review*, 1998, n.º 1, vol. 61, p. 11.

⁴⁹ WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard. «Good faith in Europe contract law: Surveying the legal landscape». *Op. cit.*, p. 15. También STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, p. 132.

⁵⁰ *Union Eagle Ltd vs. Golden Achievement Ltd* [1997] UKPC 5. Véase MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». *Op. cit.*, pp. 56-57.

the parties should know with certainty that the terms of the contract will be enforced. The existence of an undefined discretion to refuse to enforce the contract on the ground that this would be «unconscionable» is sufficient to create uncertainty.⁵¹

Como vemos, en respeto de lo pactado y las expectativas que surgen de ello, la buena fe es dejada de lado.

2.3. *Entonces ¿qué es la buena fe?*

Este tratamiento tan diferenciado de la buena fe en jurisdicciones del *civil law* y del *common law* genera interesantes reflexiones respecto al rol de la buena fe en el derecho comparado, y sobre todo, respecto a cuál es el verdadero significado del concepto de buena fe. ¿Qué es la buena fe? «[...] it is difficult to get a handle on what precisely the concept means [...]» —afirma Mackaay— «So we have a puzzle here, which legal scholars has not satisfactorily solved».⁵² Como señala Robert S. Summers: «[...] the very idea of good faith, if I am right, is simply not the kind of idea that is susceptible of such a definitional approach».⁵³

Cuando pensamos en qué es la buena fe podemos dar una gran variedad de respuestas. La buena fe es rectitud, honestidad, lealtad, cuidado, diligencia, solidaridad, justicia, decencia, razonabilidad⁵⁴ y otros similares, precisamente porque la misma se piensa en términos teóricos y abstractos y no en términos concretos. Como advierten Hermalin, Katz y Craswell sobre la buena fe precontractual: «The precise contours of the duty to bargain in good faith are not entirely clear».⁵⁵ Toda esta pluralidad terminológica para referirse a la buena fe sería muy confuso para un abogado inglés (para quien la buena fe no existe en el derecho de contratos).⁵⁶

Para saber qué es la buena fe en específico la misma tiene que ser llenada de contenido en el caso concreto, y por ende, el significado de la buena fe dependerá de las circunstancias del caso objeto de análisis. Por ello diversos autores prefieren referirse a la buena fe como una «cláusula general»⁵⁷ o

⁵¹ MATO PACIN, María Natalia. «El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés». *Op. cit.*, pp. 8-9.

⁵² MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». *Op. cit.*, p. 150.

⁵³ SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, p. 830.

⁵⁴ FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». *Op. cit.*, p. 671: «[...] good faith performance can be measured by an objective standard based on decency, fairness or reasonableness[...]; KEILY, Troy. «Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)». En *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 1999, vol. 3, pp. 17-18: «Good faith has also been compared with unconscionability, “fairness, fair conduct, reasonable standards of fair dealing, decency, reasonableness, decent behavior, a common ethical sense, a spirit of solidarity, community standards of fairness” and “honesty in fact” indicating that good faith is an extremely versatile concept»; HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 472: «[...] good faith means honesty, candour, loyalty et cetera»; ZUSMAN TINMAN, Shoshana. «La buena fe contractual». *Op. cit.*, p. 23: «El mismo autor consigna, seguidamente, una serie de definiciones sobre la buena fe: “[...] Se dice, así, que la buena fe es la “ausencia de dolo o mala fe” (BONFANTE), la “honestas convicción” (WINDSCHEID), la “honradez” (THUR), la “voluntad sincera, leal y fiel” (GORPHE), la “sinceridad y lealtad” (GHESTIN), el “deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y fraternidad” (CORNU), la “ausencia de fines ulteriores ocultos a la contraparte y que le son dañinos” (MICCIO), la “obligación de obrar como hombre honrado y consciente” (PLANIOL y RIPERT) (subrayado agregado). Como puede apreciarse de las citas anteriores, la buena fe se define a través de diversas expresiones: lealtad, confianza, comportamiento normal o usual, sinceridad, ingenuidad, ausencia de fines ulteriores, deber de asistencia y de colaboración, y razonabilidad»; HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, p. 1665: «Good faith (or functionally equivalent ideas), a concept of some antiquity, can be described in broad-brush terms. At its most broadbrush, one might describe good faith as “behaving decently”; one may then have to give regard to community standards of decency to decide exactly what conduct is mandated in specific circumstances (the UCC speaks of “reasonable commercial standards of fair dealing”). Being a little more specific, certain fundamental characteristics of “decent” behavior have been suggested, most commonly honesty, openness, loyalty/fidelity, and mutual trust and confidence.23 Such qualities have, in appropriate cases, been transformed by courts into legal duties to be honest, open, loyal, and trustworthy».

⁵⁵ HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W. y CRASWELL, Richard. «Contract Law. Chapter 1». En POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steven (eds.). *Handbook of Law and Economics. Volume 1*. North Holland: Elsevier B.V., 2007, p. 66.

⁵⁶ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, pp. 473-474: «To an English lawyer —often accused by his continental European colleagues of making inconsistent use of terminology— this may seem rather confusing».

⁵⁷ Véase en sede nacional a LEÓN HILARIO, Leysser L. «La buena fe en la negociación de los contratos. Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En

un «término abierto» (*open term*)⁵⁸ —en vez de deber o principio general—⁵⁹ cuyo contenido es *ex ante* indeterminado pero que será determinado *ex post*.⁶⁰ Como señala el Principio 23 del Draft Common Frame of Reference (DCFR), la buena fe otorga seguridad a los contratantes al imponer un estándar de conducta, pero a la misma vez genera inseguridad e impredecibilidad⁶¹ desde que la buena fe es un concepto abierto:

23. Good faith and fair dealing. As the *Principes directeurs* recognise, one party's contractual security is enhanced by the other's duty to act in accordance with the requirements of good faith. However, the converse of that is that there may be some uncertainty and insecurity for the person who is required to act in accordance with good faith and fair dealing, which are rather open-ended concepts. Moreover, the role of good faith and fair dealing in the DCFR goes beyond the provision of contractual security. These concepts are therefore discussed later under the heading of justice.

De allí que comparatistas como Gordley señalan respecto a conceptos como las buenas costumbres (*gute Sitten*) y la buena fe (*Treu und Glauben*) que «Nobody knows what these rules mean».⁶²

Por ello es interesante tener en cuenta la propuesta de Robert Summers, uno de los más reconocidos estudiosos de la buena fe en Estados Unidos de América. En vez de pensar a la buena fe como un concepto positivo (entiéndase, responder a ¿qué es la buena fe?) deberíamos tratar a la buena fe como un concepto negativo (entiéndase, responder a ¿qué no es de buena fe?). Se puede internalizar un concepto de buena fe partiendo de aquellas conductas que son de mala fe. Así es como la buena fe se convierte en un «excluder». Explica Summers: «[...] good faith, as used in the case law, is best understood as an «excluder» – it is a phrase which has no general meaning or meanings of its own, but which serves to exclude many heterogeneous forms of bad faith».⁶³

LEÓN HILARIO, Leysser L. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 541. Respecto a otras cláusulas normativas generales en la responsabilidad civil peruana, véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)». En *Themis*, 2005, n.º 50, p. 252.

⁵⁸ GERGEN, Mark P. «The Use of Open Terms in Contracts». En *Columbia Law Review*, 1992, n.º 5, vol. 92, pp. 998-999. Es necesario precisar que en el derecho anglosajón se usa el término *open term* al menos en dos acepciones: (1) para hacer referencia a cláusulas generales, lo cual presume la existencia de una cláusula redactada, y (2) para hacer referencia a un término contractual que aún no cuenta con una cláusula redactada. En el primer supuesto tenemos a cláusulas generales como la buena fe, mientras que en el segundo supuesto tenemos a los términos sobre las cuáles las partes aún no se ponen de acuerdo, y en consecuencia, carecen de redacción contractual. Respecto a la segunda acepción del término «open terms», véase a: DUHL, Gregory M. «Conscious ambiguity: slaying Cerberus in the interpretation of contractual inconsistencies». En *University of Pittsburgh Law Review*, 2009, n.º 1, vol. 71, p. 79.

⁵⁹ Igualmente, Farnsworth considera que es mejor hablar de doctrina o requerimientos, y no de deberes desde que la buena fe no solo se materializa en deberes. Véase FARNSWORTH, E. Allan. «Comment on Michael Bridge's Paper: Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 427-428.

⁶⁰ De la misma manera, y en el contexto del mercado de seguros y reaseguros, se ha señalado que debido a que la máxima buena fe (*utmost good faith*) es fuente de diversos deberes, en vez de llamarla como el «deber» de máxima buena fe algunos recomiendan denominarla como la «doctrina» de la máxima buena fe. Véase a TARR, Anthony A. y TARR, Julie-Anne R. «Utmost Good Faith in Insurance: Reform Overdue?». En *Asia Pacific Law Review*, 2002, n.º 2, vol. 10, p. 171, nota 1: «The requirement of utmost good faith gives rise to a range of duties, some of which apply before formation of the contract and others which apply formation. For these reasons, some legal commentators prefer to refer to the doctrine of utmost good faith».

⁶¹ Lo mismo se ha señalado en el derecho escocés respecto al debate sobre la existencia o no de un principio general de buena fe en el derecho de contratos. Véase FORTE, A.D.M. «Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 80: «In part, the objection to a general principle of good faith rests on the belief that it would destabilise the requirement of certainty in commercial dealings».

⁶² GORDLEY, James. «The Universalist Heritage». En LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 34-38.

⁶³ SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, p. 196. Véase también BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 213. Otra tesis difundida en el derecho americano es la de Steven Burton sobre *forgone opportunities*, la cual explica que ejecutar un contrato de buena fe significa respetar las expectativas razonables de las partes, de manera que se actúa de mala fe si se respetan dichas expectativas al intentar recapturar oportunidades dejadas de lado con la suscripción del contrato (desde una perspectiva de costo de oportunidad). Véase BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94; BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice views». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35; BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». *Op. cit.*

Esta es una posición más realista sobre el concepto de buena fe pues intentar definir a dicho concepto *ex ante* y de manera general resulta innecesario. Es mejor empezar a definir a la buena fe según lo que es de mala fe. Si las cortes entienden que es de mala fe entrar en tratativas sin la intención de cerrar un contrato, entonces ese será un supuesto en donde no habrá buena fe en las tratativas. Listar qué conductas son de mala fe y armar paulatinamente un catálogo de conductas indeseables, ayudará a otorgar mayor predictibilidad al empleo del concepto de buena fe y así se podrá evitar que la buena fe sea utilizada de manera arbitraria.

Al respecto, con preocupación criticaba De Trazegnies que:

En verdad, el único concepto de buena fe que puede ser admitido dentro de un sistema racional es, como se ha dicho, la sana ingenuidad y la honestidad recíproca. Porque la otra manera de entender a la buena fe —esa moderna y «social»— es simplemente una puerta para que entre por ella cualquier tipo de intruso bajo el pretexto de una peligrosísima equidad o una justicia romántica.

Esto implica un trabajo importante por hacer. En vez de pensar en principios sociales ideales y vaguedades imposibles de precisar que pretenden humedecer y erosionar el orden jurídico, se requiere una construcción rigurosa del concepto de buena fe tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a la luz de los casos concretos que se presentan en la realidad y de la apreciación que estos nos merecen desde el punto de vista no de la Política sino de la mera honestidad.

Necesitamos de una justicia creativa pero también una justicia concreta, inteligente y consistente. En caso contrario, la «teoría» de la buena fe no será sino una más de las piedras que pavimentan el camino al infierno jurídico-social.⁶⁴

Entonces, hace poco cuando nos preguntábamos qué es la buena fe, no existía una respuesta clara. Decir que la que la buena fe es lealtad, cooperación, honestidad, solidaridad, entre otros, no es definir a la buena fe. Es como decir que un perro es un can. No se puede definir un concepto a través de sus sinónimos. El significado del concepto «perro» es un mamífero doméstico y un sinónimo de tal concepto es precisamente «can». Pero definir al concepto «perro» como «can» es un error. Normalmente esto es lo que ocurre con el concepto de la buena fe. Cuando se define a la buena fe se piensa en sus sinónimos y no en su verdadero concepto. Y esto es así precisamente porque estamos ante un concepto indeterminado por definición. Entonces, ¿debemos rendirnos y evitar definir un concepto como la buena fe? ¿Debemos pensar que la buena fe es un *excluder* y nada más?

Esta falta de comprensión sobre qué es la buena fe nos alentó a investigar sobre el concepto de la buena fe y su rol en el derecho comparado, y después de haber verificado —brevemente, claro está— cómo la buena fe interactúa en Europa, Estados Unidos de América e Inglaterra, nos reconfirmamos en que no sabemos qué cosa es la buena fe (esto es, se trata de un *excluder*), pero la diferencia es que ahora sí sabemos por qué no podemos internalizar un concepto de buena fe.

La buena fe —sobre todo en jurisdicciones del *civil law*— al final lo es todo y nada a la misma vez. La buena fe es simplemente un nombre, una denominación, una etiqueta, un soporte. Si mañana la buena fe se denominara «equidad» o «justicia», nada cambiaría, precisamente porque la buena fe es solo un nombre que pretende recordarnos que debemos actuar conforme a cierto parámetro de rectitud sin definir cuál es el comportamiento concreto. Si esto es así, la buena fe es solamente una etiqueta, que probablemente se seguirá denominando así por respeto a la tradición.

Esta idea se fundamenta en los aportes doctrinales desarrollados en el derecho alemán respecto al famoso artículo §242 del BGB. En Alemania se ha consolidado gracias a Siebert una triple función de la buena fe (*Treu und Glauben*) del artículo §242. La buena fe sirve para:⁶⁵ (1) crear deberes; (2) limitar derechos; y, (3) para sustentar la doctrina de la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (la desaparición de la base

⁶⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Desacralizando la buena fe en el derecho». En CÓRDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 46.

⁶⁵ WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982, p. 49 y ss., publicado originalmente en 1959 bajo el título *Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB* en la casa editorial J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) de Tübingen.

del negocio). Adicionalmente, la buena fe también sirve para interpretar el contrato en virtud del artículo §157 del BGB: «Los contratos deben de interpretarse de acuerdo a la buena fe y tomando en consideración los usos del tráfico».

Debido a la ausencia del concepto de «causa» en el derecho alemán, no se habla de la frustración de la causa del contrato sino de la desaparición de la base del negocio, el cual se fundamenta en la buena fe. Si dejamos de lado esta particularidad del derecho alemán, la buena fe cumple tres funciones en jurisdicciones del *civil law*: (1) una función integrativa, por el cual la buena fe puede justificar la existencia de deberes secundarios que no se han pactado expresamente en el contrato, (2) una función limitativa o correctiva de derechos, por el cual se impide el ejercicio abusivo u oportunista de los mismos, y (3) una función interpretativa (aplicativa) del derecho.⁶⁶

En general, si bien con otras etiquetas y definiciones, se reconoce en el derecho privado europeo la existencia de estas tres funciones de la buena fe en el *civil law* (*the European common core*).⁶⁷ Lo particular de esta tricotomía de funciones propuesta inicialmente por Siebert es su origen, y fue esto lo que descubrió Wieacker.⁶⁸ Ello es lo que permite comprender por qué la buena fe es todo y nada a la vez. En su clásica obra *Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB* de 1959, Wieacker explicó lo que había hecho Siebert: tomar las funciones del pretor romano desarrollados por Papiniano y utilizarlas para dar contenido a la buena fe. Como afirma Hesselink: «In a famous lecture published in 1956 Wieacker made an effort to specify the theoretical status of §242 BGB. That lecture is usually regarded as the theoretical foundation for Siebert's trichotomy. What Wieacker did was to assimilate the functions of good faith to those which Papinian had attributed to the praetorian law».⁶⁹

En el derecho romano se distinguía entre: (1) *ius civile*, el derecho de los ciudadanos romanos, (2) *ius gentium*, el derecho de los hombres que no eran romanos, y (3) *ius naturale*, el derecho aplicable a los animales y la naturaleza.⁷⁰ Entre las fuentes del *ius civile* se encontraban los estatutos (*leges*), los plebiscitos (*plebiscita*), pronunciamientos del senado (*senatus consulta*), decretos del emperador (*decreta principum*), los pronunciamientos de los juristas (*auctoritas prudentium*) y los edictos del pretor (*ius honorarium*).⁷¹ De particular importancia, a efectos de la buena fe, es el *ius honorarium* o derecho pretoriano.

En un pasaje muy conocido del Digesto (D. 1, 1, 7, 1), Papiniano describe la administración de justicia por parte del pretor de la siguiente manera:

Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum» (Praetorian law is that kind which the praetors present in the public interest to help civil law or for its completing or even for correcting civil law. It is also called honorary law since it is also named according to the position of the praetors).⁷²

⁶⁶ Se podría agregar también la función de la buena fe como causa de exclusión de responsabilidad o atenuación de la sanción respectiva.

⁶⁷ También en BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The "good faith" clause». *Op. cit.*, p. 207; MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». *Op. cit.*

⁶⁸ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 477: «Wieacker stated: 'Auch § 242 BGB wirkt *iuris civilis* invandi, *supplendi* oder *corrigendi gratia*.' Similar to the *ius praetorium*, Wieacker said, good faith has three functions: 1) 'die sinngemäße Verwirklichung des gesetzgeberischen Wertungsplanes durch den Richter' (*officium iudicis*); 2) 'alle Maximen richterlicher Anforderung an das persönliche rechtsethische Verhalten einer Prozeßpartei' (*praeter legem*); 3) 'rechtsethische Durchbrüche durch das Gesetzesrecht' (*contra legem*). That trichotomy looks very similar to the distinctions made in Italy, the Netherlands, and Belgium: interpretation, supplementation, correction. In Greece and in Portugal good faith does have an interpretative, a supplementing and a correcting role, although legal authors do not seem to think so explicitly in terms of three functions of good faith. Therefore, ignoring the subtleties, one could regard this trichotomy as the European common core».

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ HARRIES, Jill. *Law and Empire in Late Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 10.

⁷¹ Ídem, p. 11.

⁷² HAVEL, Tomáš. «Praetorian Law: A Contribution to the Beginnings of Legal Sociology». *En The Lawyer Quarterly*, 2015, n.º 3, vol. 5, p. 217.

Según el pasaje del Digesto, las atribuciones que tenía el pretor (*ius honorarium*) respecto al *ius civile* eran:⁷³ (1) ayudar en la aplicación del derecho (*adiuvare*), (2) complementar el derecho (*supplere*), por ejemplo, creando deberes, y (3) corregir o limitar el derecho (*corrigerere*), por ejemplo, impidiendo el abuso del derecho. Como explica Harries, el derecho del pretor derivaba de su magistratura (*honos*) y tenía como objetivo «‘assist, supplement or amend’ the *ius civiles*».⁷⁴

Estas funciones del derecho pretoriano son exactamente las funciones que se le reconoce en el *civil law* a la buena fe. Así, la buena fe se convierte en un recordatorio de las funciones actuales del juez o árbitro: aplicar el derecho, complementarlo y corregirlo. «The cause of good faith having become a completely open norm, and therefore having ceased to be a norm at all» —continúa Hesselink— «probably lies in the fact that the content of good faith is said to consist of three functions which in reality are the tasks of the judge with regard to the law».⁷⁵

Cabe preguntarnos ¿por qué se presenta esta coincidencia? La respuesta está en el rol de los jueces en el *civil law* y *common law*,⁷⁶ y ello permite entender cómo la buena fe es tan importante en sistemas del *civil law* (porque le da a los jueces un poder creativo que usualmente no tienen o que teniéndolo no se atreven a ejercerlo), y a la misma vez tan rechazada e innecesaria —hasta cierto punto— en jurisdicciones del *common law* (en donde ya es tradición que el *common law* se hace y crea en las cortes).

Al respecto es importante realizar una precisión fundamental. Contraponer a los jueces del *civil law* frente a los jueces del *common law* puede convertirse en una tarea muy simplificadora. La práctica judicial, si bien puede ser más o menos estándar en Estados Unidos de América e Inglaterra, no suele ser similar en el *civil law*. El juez francés no es igual al juez alemán, y los jueces latinoamericanos no son iguales a los jueces europeos.⁷⁷ Como señalaba con mucha precisión John Henry Merryman, con ocasión de la comparación entre jueces franceses y jueces alemanes: «One could easily multiply and extend the list of differences between the French and German judiciaries. Moreover, if we were to examine the Italian, Spanish, Swiss, and other «civil law» judiciaries, we would find additional variations, while Latin America and Japan (heavily influenced by the civil law tradition) would provide another range of variables. No one nation offers a convenient model of a civil law judge».⁷⁸

En este sentido hablar del «juez del *civil law*» puede ser artificial debido a las diferencias que existen dentro del mismo sistema de derecho continental. Sin embargo, esto no impide a los comparatistas contraponer —con las precisiones y aclaraciones necesarias— las diferencias que existen entre un juez del *civil law* frente a uno del *common law* en virtud de su labor al momento de resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Esta idea general es lo que nos permite evidenciar por qué a los jueces del *civil law* sí les resulta conveniente tener instituciones legales como la buena fe, que a su vez son rechazadas por otras jurisdicciones (como la inglesa).

3. EL ROL DE LOS JUECES Y LA MUERTE DE LA BUENA FE

3.1. La buena fe como salvavidas

La tesis de Hesselink que propone que la buena fe es simplemente un recordatorio en favor de los jueces del *civil law* para que ejerzan sus labores de ejecutar, corregir y limitar el derecho, es considerada,

⁷³ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 478.

⁷⁴ HARRIES, Jill. *Law and Empire in Late Antiquity*. *Op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 490.

⁷⁶ *Idem*, pp. 495-496.

⁷⁷ BELL, John. *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2006, p. 351: «[...] countries with relatively similar social settings and values demonstrates that judicial tasks are not always the same, and are not always carried on in the same way».

⁷⁸ MERRYMAN, John Henry. «How others do it: The French and German Judiciaries». En *Southern California Law Review*, 1988, vol. 61, p. 1867.

con mucha razón, la tesis más provocativa⁷⁹ sobre el rol de la buena fe, pero a la misma vez —en nuestra opinión— una de las más acertada. Ello explica por qué la buena fe es un concepto rechazado en el *common law*.

El juez del *civil law* no se guía de un sistema de precedentes como lo hace el juez del *common law*. En el derecho anglosajón los jueces siguen la máxima *stare decisis* (*stand by things that have been settled*) que impone al juez el respeto de los casos ya decididos.⁸⁰ En virtud de esta máxima los jueces siguen lo resuelto por cortes anteriores pero a la misma vez tienen plena libertad para crear derecho allí donde no se ha resuelto nada aún. Explicaba Dainow que «[...] the Common law was conceived as being all-inclusive and complete; if a rule had not already been formulated, it was the judge's responsibility to declare it. Thus, judicial decisions were both the source and the proof of the law, pronounced in connection with actual cases».⁸¹ Debido a la libertad que tienen los jueces del *common law* para crear derecho, son ellos los que definen los casos y en muchas ocasiones los que crean nuevas teorías ante la ausencia de codificaciones que obliguen al juez a seguir lo que dice la norma de la ley. «Since the Common law existed only in the decisions of the judges, they could have been free to develop it as they wanted» —explicaba Stein—. ⁸²

La situación ha sido diferente en el *civil law*, donde los jueces, al estar sometidos a la aplicación de la ley vigente, muchas veces terminaban simplemente aplicando lo que decía la norma y no creando realmente derecho. Como explican Fon y Parisi: «Codes and special legislation were recognized as the only primary source of law. In 19th century Europe, the doctrine of the separation of powers was understood to imply that «[t]he role of the courts is to solve disputes that are brought before them, not to make laws or regulations».⁸³ Si bien es claro que la idea tradicional del «juez como boca de la ley»⁸⁴ que se justificó en la separación de poderes⁸⁵ no es admitida de manera literal y estricta en la

⁷⁹ FAUVARQUE-COSSON, Bénédictine y MAZEAUD, Denis. *European Contract Law*. Múnich: Sellier, 2008, pp. 161-162: «[...] the theory of M.W. Hesselink, according to which good faith is nothing but a cover, a pretext, appears to be the most provocative: The use of the concept of good faith is nothing but a pretext designed to reassure judges when they fulfill their role of creating law. The role of good faith is in fact neither more nor less than the role fulfilled by the judge in this normal course of action».

⁸⁰ KOZEL, Randy J. «*Stare Decisis* as Judicial Doctrines». En *Washington and Lee Law Review*, 2000, vol. 67, pp. 412-413: «[...] the Supreme Court has lauded *stare decisis* as possessing “fundamental importance to the rule of law”, promoting “the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles” and contributing to “the actual and perceived integrity of the judicial process”».

⁸¹ DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». En *The American Journal of Comparative Law*, 1966-1967, n.º 3, vol. 15, p. 425.

⁸² STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». En *Louisiana Law Review*, 1985, n.º 2, vol. 46, p. 251.

⁸³ FON, Vincé y PARISI, Francesco. «Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis». En *International Review of Law and Economics*, 2006, vol. 26, pp. 521-522: «During the late 18th and early 19th centuries, under Bentham's positivist influence, the doctrine of *stare decisis* moved from practice to principle, giving rise to the Common law notion of binding authority of precedent. By the end of the 19th century the concept of formally binding rules of precedent was established (Evans, 1987, pp. 36-72). The system of precedents was no longer viewed as persuasive evidence of the law, but itself became a primary source of law (Parisi & Depoorter, 2003). Most civil law systems underwent quite a different evolution, relegating case law to the rank of a secondary legal source. Codes and special legislation were recognized as the only primary source of law. In 19th century Europe, the doctrine of the separation of powers was understood to imply that “[t]he role of the courts is to solve disputes that are brought before them, not to make laws or regulations” (David, 1972, pp. 180-181). This strict historical conception of separation of powers was due to general distrust of courts that were manipulated by the king before the French revolution. The ideals of certainty and completeness in the law implied that legislative provisions had to be formulated and interpreted as mathematical canons to avoid any room for discretion or arbitrary decisions in the judiciary (Parisi, 1992)».

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p. 23: «En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración».

⁸⁵ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-católica*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012 [1969], pp. 75-76: «Con la Revolución, y su consagración del dogma de la separación estricta de los poderes, se restringió categóricamente la función judicial. La insistencia revolucionaria en que la ley se hiciera solo por una legislatura representativa significaba que los jueces no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta. Una expresión de esta actitud era el requerimiento de que el juez usara solo “la ley” al decidir una controversia, y eso significaba [...] que no podría basar su criterio en decisiones judiciales anteriores. Se rechazó la doctrina del *stare decisis*. Una expresión extrema del dogma de la separación estricta del poder legislativo y el poder judicial era la noción de que los jueces no debían interpretar la legislación incompleta, conflictiva o confusa. Siempre debía referir tales cuestiones a la legislatura para su interpretación autorizada».

actualidad,⁸⁶ es evidente que la premisa en el *civil law* —como lo demuestra la historia jurídica— ha sido que los jueces —sobre todo el francés, a diferencia del alemán⁸⁷— no han tenido la misma flexibilidad que los del *common law* para crear derecho,⁸⁸ y claramente este hecho del pasado aún tiene repercusiones en el futuro. Indicaba Merryman que «El juez de derecho civil [*civil law*] contemporáneo hereda una posición y desempeña en parte funciones determinadas por una tradición que data de la época del *index* [juez] romano».⁸⁹

Esto no quiere decir que los jueces del *civil law* no puedan crear derecho en lo absoluto. Aplicar la ley es una labor creativa.⁹⁰ Sin embargo, dicha creación se limita a interpretar lo que dice el texto de la ley vigente y no a crear derecho «de la nada». Más aún, las decisiones judiciales del *civil law* resuelven casos concretos y no están destinados a crear normas con carácter general.⁹¹ Lo contrario ocurre en el *common law*. Mientras que en el *civil law* los jueces aplican el derecho que se encuentra en un texto vigente y solo pueden crear derecho «de la nada» ante insuficiencia normativa (al ser la codificación la principal fuente del derecho), en el *common law* la regla es la creación del derecho (*judge-made law*) desde que los jueces no se encuentran sometidos —por regla— a codificaciones vigentes. Como explica Dainow:

In the first place, in a Romanist legal system, the written law is the supreme source of law; it is only in the case of silence or insufficiency of the written law that the judge is obliged to be creative. This mode of judicial legislation by the civil law courts represents only the exception, only a very small fraction of the totality of the law; whereas, in the common-law countries, the principal mass and all the residuary areas of the law are what is called «judge-made law» because the essential source of this law is in the decided cases.⁹²

Como afirma Philippe, si los jueces franceses pudieran crear derecho tal y como lo hacen los jueces americanos, «This would go a long way in reviving and reestablishing the sagging reputation of French judges».⁹³

En este escenario, el concepto de buena fe se convierte en el salvavidas de los jueces del *civil law* y en un recordatorio de que ellos pueden aplicar, complementar y corregir el derecho más allá de lo

⁸⁶ BELL, John. *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*. *Op. cit.*, p. 353: «The dominance of the model that the judge is merely the 'mouth of the law' has been identified as a persistent, though distorting, image of the judicial role in France and countries influenced by it».

⁸⁷ Véase JAUFFRET-SPINOSI, Camille. «Théorie et Pratique de la Clause Generale en Droit Français Et Dans Les Autres Systemes Juridiques Romanistes». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

⁸⁸ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. *Op. cit.*, pp. 74-75: «Una de las razones principales de la posición muy diferente del juez de derecho civil es la existencia de una tradición judicial diferente desde la época romana. El juez (*index*) de Roma no era un prominente hombre de leyes. Antes del periodo imperial, era en efecto un lego que desempeñaba una función arbitral presidiendo el arreglo de las disputas de acuerdo con fórmulas proveídas por otro funcionario, el *praetor*. El *index* no era experto en derecho y tenía un poder muy limitado. Recurría al jurisconsulto en busca de asesoría legal. Más tarde, durante el periodo imperial, la adjudicación de las disputas cayó más y más en manos de funcionarios públicos que también eran diestros en el derecho, pero para esa época se entendía claramente que su función principal era la aplicación de la voluntad del emperador. El juez no tenía ningún poder legislativo inherente».

⁸⁹ *Idem*, p. 78.

⁹⁰ SCARMAN, Leslie George. «Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence». En *Indiana Law Journal*, 1967, n.º 3, vol. 42, pp. 362-633: «There is nothing surprising in the continuing importance of the judge in a codified system. However carefully drafted, into whatever detail it goes, a code is likely in places to fall into the error of ambiguity and is bound to contain some omissions. If it is ambiguous, yet the judge's decision must be certain; if it fail to cover the case under consideration, yet the judge must make a decision. The cry "*non possumus*" is simply not open to a judge. Thus, the very limitations of a code invite the cooperation of the judge, and, whether it is desirable or not, every time a judge resolves an ambiguity or fills what is in effect, though possibly not in theory, a gap he will be creating law. It is inconceivable that an English lawyer will find it any easier than his French brother, whatever the code says, to deny a place in the shaping of the law to the courts —even if in legal theory their decisions should be no more than exercises in statutory interpretation—».

⁹¹ PHILIPPE, Julie M. «French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective». *Op. cit.*, p. 399: «[...] the power to decree new laws as solutions to individual cases would violate the doctrine of separation of powers and Article 5 of the French Civil Code which states that "[j]udges are forbidden to decide cases submitted to them by way of general and regulatory provisions." Following the French vision of the separation of powers, the role of the judge is only to apply the statutes».

⁹² DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». *Op. cit.*, p. 434.

⁹³ PHILIPPE, Julie M. «French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective». *Op. cit.*, p. 399.

que dice el texto escrito de la ley o incluso el del contrato. Los *civil judges* necesitan de «algo» que les otorgue libertad y discrecionalidad para liberarse de la camisa de fuerza que implica la ley vigente, y ese «algo» lo han encontrado en cláusulas generales como la buena fe.⁹⁴

En efecto, Kötz explica sobre el derecho alemán que «[...] the courts in Germany have relied above all on what are called the «general clauses» of the Civil Code, i.e., statutory rules couched in extremely general and sweeping terms which were used by the courts as a kind of safety valve without which the rigid and precise terms of the Civil Code might have exploded under the pressure of social change».⁹⁵ El derecho alemán ha sido protagonista no solo del uso de cláusulas generales para integrar y complementar el contrato, sino para flexibilizar el *pacta sunt servanda* y permitir la modificación del contrato —vía adaptación— por parte de los jueces ante la ocurrencia de un cambio de circunstancias (algo que los jueces franceses nunca se atrevieron a hacer en virtud de la buena fe del original artículo 1134 del Code Civil).

La buena fe termina siendo el soporte que necesitan los jueces para poder liberarse de la cárcel de fuerza que representa la ley. Pero a su vez, genera una clara desventaja en perjuicio de las partes al otorgar al juez el poder de incorporar al caso elementos extraños que no se encuentran en la ley o en las cláusulas del contrato. Esta desventaja es el principal argumento que suelen alegar los *common lawyers* para oponerse a cláusulas generales como la buena fe. Como explica Bridge: «[...] good faith is an invitation to judges to abandon the duty of legally reasoned decisions and to produce an unanalytical incantation of personal values. Far from involving the community ethic in the day-to-day task of law-making and decision-making, with the attendant fruits of such a democratization, good faith is more likely to produce idiosyncratic judgments».⁹⁶ Esto explica claramente por qué en el *common law* la buena fe suele ser innecesaria, debido que para los *common judges* es claro que ellos pueden crear derecho en cualquier momento cuando se justifique, y por ende, no necesitan de algún soporte o recordatorio para ejercer su poder creador.

Lo contrario ocurre en el *civil law*, en donde ante la existencia de codificaciones y leyes vigentes que señalan qué debe resolver el juez, a través de la buena fe se consigue un poco de flexibilidad para, por ejemplo, imponer deberes secundarios allí donde el texto del pacto o de la ley no dice nada o para impedir determinado comportamiento que vaya en contra de lo que se considere como justo. Por ejemplo, comparando el derecho francés con el derecho americano, Philippe explicaba que los jueces franceses suelen acudir a la buena fe para legitimar sus decisiones judiciales:

⁹⁴ SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. «Good Faith». En *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2015, p. 2: «The principle is not without pitfalls and therefore subject to criticism. Firstly, it gives ample discretion to the judiciary, which can be and has been misused for importing ideology, including totalitarian ideology, into contract law or for promoting private opinions of judges about what they regard as just. Second, it might foster judicial activism if the judiciary develops the law proactively in such a way that it replaces parliament. Thirdly, the principle might be inappropriately used to redistribute wealth from the rich to the poor party by adopting a deep pocket approach. Finally, following Hayek, judges who intervene in a contract might not as outside observers have the information for reliably acting in the ex ante interest of honest parties, even if they have the best intention in doing so»; KÖTZ, Hein. «Civil Code Revision in Germany: The Experience in the Field of Contract Law». En *Israel Law Review*, vol. 20, n.º 1, 1985, p. 10, nota 2: «“General clauses” of the type of § 242 may serve the useful purpose of providing leeway to the judiciary to adapt the law to social change. On the other hand, history proves that “general clauses” are open to abuse as well. There is now a considerable body of literature in Germany demonstrating how the courts have during the Nazi regime in many cases used the “general clauses” such as § 242 as a means to uphold discriminatory action against Jews, to decree the invalidity of contracts made with Jews, or to permit the termination of an employment contract for no other reason than that the employee was a Jew»; HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words». *Op. cit.*, p. 909: «[...] Section 242 of the German Civil Code (BGB), a section that courts have interpreted exceedingly broadly»; FEBBRAJO, Tommaso. «Good Faith and Pre-Contractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code». En *The Italian Law Journal*, 2016, n.º 2, vol. 2, p. 295: «In the Italian system, general clauses as a whole have long been viewed with a certain degree of suspicion. This is due, on the one hand, to the excessively broad judicial discretion that they entail, and on the other, to the clear link that existed between the general principles of good faith and fairness set forth in the 1942 Civil Code and Fascism»; STYLES, Scott Crichton. «Good faith: A principled matter». *Op. cit.*, p. 158: «The problem then arises as to how the judiciary, faced with an apparently comprehensive code and a prohibition, or at least deep suspicion, of judicial law-making, can find the necessary leeway to develop the law so as to take into account both individual circumstances and general changes in society at large».

⁹⁵ KÖTZ, Hein. «Civil Code Revision in Germany: The Experience in the Field of Contract Law». *Op. cit.*, p. 10.

⁹⁶ BRIDGE, Michael G. «Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 412-413.

The role of judges has increased, although they have not always had the legitimacy and the tools to solve the problems. In France this has led judges to stretch some notions such as the notion of *good faith*, sometimes misrepresenting the notion in order to make it fit with a predetermined sense of justice. Sometimes some positive duties were discovered such as the duty to disclosure.⁹⁷

3.2. *Jueces versus profesores de derecho*

La historia jurídica demuestra que los jueces en el *civil law* han sido —en cierta manera— restringidos en su principal labor como operadores del derecho, como aquel encargado de aplicar la norma al caso concreto. Esto se puede evidenciar claramente con el «*Aktenversendung*»⁹⁸ en el derecho alemán que estuvo vigente hasta 1878. *Aktenversendung* (literalmente, «envío del expediente») era un tipo de proceso que permitía al juez —cuando tenía sobre su escritorio un caso complicado— enviar a una facultad de derecho el expediente completo de un caso para que el mismo sea resuelto por un grupo de profesores aplicando derecho romano. En sentido estricto, se trataban de juristas. Explicaba Ewald que «The most sophisticated legal talent in Germany at the time was in the universities, whose professors had the greatest mastery of the details of Roman Law».⁹⁹ Este pronunciamiento por parte de los juristas era vinculante para los jueces alemanes.

De esta manera, los jueces se escondían y supeditaban a la autoridad de los juristas. Relataba Stein que «It was as if the judges wanted to avoid responsibility for their own decisions and to hide behind the collective and impartial opinions of the law professors».¹⁰⁰ En la práctica, este «envío del expediente» convertía a las facultades de derecho en una especie de segunda instancia, una corte de apelaciones, por el cual se consideraba a los juristas como mejor capacitados que los jueces para resolver los casos difíciles. «Judges themselves felt more secure when they could base their decisions upon professorial opinions, especially those rendered collectively by a full faculty. As this system of

⁹⁷ PHILIPPE, Julie M. «French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective». *Op. cit.*, p. 397.

⁹⁸ VAN CAENEGEM, R. C. *European Law in the Past and in the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 45-46: «[...] the leadership of the Faculty reached its zenith with the practice known as *Aktenversendung*, in which a law court faced with a difficult question of law consulted the professors of a Law School, sent them the 'acts' of the suit and was given a binding advice». STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». *Op. cit.*, p. 251: «This deference of the judges to the jurists is well illustrated by a procedure which became wide-spread in Germany, the *Aktenversendung*. Many courts adopted the practice of dispatching the record of a case to a university law faculty with a request for its collective opinion on the legal issues involved. The professors were not members of the court and had no formal powers in the matter, but by custom the courts held themselves bound to follow their opinions»; ANDRUS, R. Blain. *Lawyer. A Brief 5,000 Year History*. Chicago: American Bar Association, 2009, p. 117: «[...] consider the *Aktenversendung* previously used in Germany. The *Aktenversendung* (literally, "the sending of the file") was a procedure by which courts, when face with a difficult application of the law, were supposed to send the entire file of the case to a law faculty. The law professor would study and discuss the case and hand down a judgment (primarily based on Roman law) that was binding on the court. This procedure, which lasted in Germany until 1878, has an enormous influence on German law»; LANGBEIN, John H. «The Disappearance of Civil Trial in the United States». En *The Yale Law Journal*, 2012, n.º 3, vol. 122, p. 536: «In the German system of *Aktenversendung* (sending away the court file), it was routine for some distant court (or a university law faculty serving as a court) to render the decision, based on reading the file that had been assembled at the local level»; BERMAN, Harold J. «Law and Belief in Three Revolutions». En *Valparaiso University Law Review*, 1984, n.º 3, vol. 18, p. 580: «Courts of territories and cities as well as the Imperial High Court itself, when faced with a particularly difficult application of the law, were supposed to send the entire file of the case to a law faculty, and the law professors would study and discuss the case and render a reasoned judgment binding upon the court. Called *Aktenversendung*, "the sending of the file," this institution, which lasted in Germany until 1878, was not only highly lucrative for the professors; it also had an enormous influence on the substance as well as on the style of German law»; BERMAN, Harold J. «The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future». En *Louisiana Law Review*, 2000, n.º 3, vol. 60, p. 746: «This was the famous system of "the sending of the file" —*Aktenversendung*— of certain types of difficult cases by German courts to university law faculties for final decision, an institution that lasted in Germany until 1878»; SAUVEPLANNE, J. G. *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and common law Systems*. Amsterdam: North-Holland, 1982, p. 14: «Several courts established a practice of asking an opinion from a law faculty before deciding an important or difficult case. In this way, the law faculties could exert influence on the course of the law. These faculties devoted themselves to the study of Roman law and on many occasions they based their opinions on Roman legal texts».

⁹⁹ EWALD, William. «The Roman Foundations of European Law». En *Penn Law Journal, Faculty Excerpts*, 1994, Paper 1235, p. 30.

¹⁰⁰ STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». *Op. cit.*, p. 252.

Aktenversendung (transmission of the file) was institutionalized, the faculties grew into veritable appellate courts [...], explicaba Rheinstein.¹⁰¹

Claramente este tipo de proceso menospreciaba la capacidad de los jueces para resolver los casos que se sometían a su jurisdicción. En virtud del *Aktenversendung* la regla era simple: si el caso es difícil es mejor que el juez se abstenga de resolverlo y se remita el expediente a alguien con mejor capacidad intelectual para hacerlo. Decía Posner que «Universities are the supreme court of German private law».¹⁰²

Como se puede anticipar, el *Aktenversendung* no estaba libre de críticas. Uno de los mayores críticos a la administración de justicia por parte de los juristas fue el constitucionalista alemán Karl Theodore Welcker. Como recuerda Whitman: «[...] he was hostile. Denouncing the «exclusive caste-like domination of the administration of justice by jurists» he declared himself convinced of the «inadequacy and perversity» of a system founded on *Aktenversendung* rather than on jury trial».¹⁰³

Si retrocedemos incluso más en el tiempo, lo mismo ocurrió en la época del *Corpus Juris* de Justiniano. La principal universidad en Europa era Bologna, a la cual acudían alumnos de toda Europa y en donde se enseñaba derecho canónico y el derecho de Justiniano (que empezó a llamarse derecho civil). Los primeros profesores en Bologna fueron los glosadores, quienes usando pura exégesis se encargaban de explicar el complejo texto de Justiniano. El trabajo de los glosadores fue recopilado por Francesco Accursio en la «Magna Glosa». Los glosadores introdujeron la idea de que lo importante en una discusión legal era el soporte de una autoridad, el *juristae*, que explicara el derecho. El texto de la Magna Glosa se convirtió en una auténtica fuente de derecho.¹⁰⁴ Como decía la regla: «What the Gloss does not recognize, the court does not recognize» (*Quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia*).¹⁰⁵

Precisamente esta es la percepción que tienen los comparatistas cuando analizan las fuentes del derecho en el *civil law* y *common law*. Como explicaba Merryman: «Muchos de los grandes nombres del derecho común [*common law*] son nombres de jueces: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo [...] Pero en el mundo de derecho civil [*civil law*], un juez es algo enteramente diferente».¹⁰⁶ Mientras que los jueces en el *common law* son los «oráculos del derecho» (*oracles of the law*),¹⁰⁷ los jueces en el *civil law* son los aplicadores del derecho que se encuentra escrito (ya elaborado y promulgado), y por ende, se suele reconocer mayor autoridad a los comentaristas de las leyes y a los autores de los tratados de derecho, quienes son los responsables de aclarar la interpretación del derecho vigente.¹⁰⁸

¹⁰¹ RHEINSTEIN, Max. «Review. The Oracles of Law by John P. Dawson». En *The American Journal of Comparative Law*, 1970, n.º 2, vol. 18, p. 445. Véase también DUBBER, Markus Dirk. «The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment». En *German Law Journal*, 2005, n.º 7, vol. 6, p. 1056: «Based on a yet longer tradition is the professoriate's participation in the judicial branch of government. Through the latter half of the eighteenth century, and in some German states until the beginning of the nineteenth century, the law faculties of German universities functioned as a kind of expert appellate court. In a famously cumbersome, and time-consuming, procedure known as *Aktenversendung*, judges would send the professors a sealed case file for their consideration. The faculty would then resolve the case, draft a decision (*ratio decidendi*), and return it to the judge, who would announce the judgment».

¹⁰² POSNER, Richard A. «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession». En *Virginia Law Review*, 2000, n.º 3, vol. 86, p. 538.

¹⁰³ WHITMAN, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 137.

¹⁰⁴ STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». *Op. cit.*, pp. 243-244.

¹⁰⁵ SKYRMS, James F. «Commentators on the Roman Law». En *Books At Iowa*, 1980, n.º 1, vol. 32, p. 6.

¹⁰⁶ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. *Op. cit.*, pp. 72-73.

¹⁰⁷ VAN CAENEGEM, R. C. *European Law in the Past and in the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*. *Op. cit.*, p. 46: «In common-law lands the judges are the 'oracles of the law'». Esta frase es famosa debido al libro de DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: The University of Michigan School of Law, 1968.

¹⁰⁸ RHEINSTEIN, Max. «Comparative Law and Conflict of Law in Germany». En *The University of Chicago Law Review*, 1935, n.º 2, vol. 2, p. 252, nota 87: «There is a characteristic difference between German (or European continental) and English-American legal science. The continental legal scholar reflects in advance on new problems which were new before decided by the Codes or the courts. He leads the practice. The Anglo-American text-book writer and teacher of law is inclined to confine himself to expounding what the courts did in the past. When legal science developed in England and in the United States during the second half of the 19th century, it was first legal history (Pollock, Maitland, Maine, Langdell, Ames). The 20th century brought the observation of the

Como decía Dainow: «[...] the great names of the civil law are the names of professors who wrote the treatises and created the doctrine, e.g., Bartolus, Domat, Pothier, Savigny, Ihering, Planiol, Capitant, Laurent and Depage».¹⁰⁹ Como afirma de manera más contundente Van Caenegem, en el *civil law* el profesor ocupa una posición superior al del juez:

In civil-law countries the «makers of the law» have for centuries been the learned jurists led by the professor in the Law Faculties. The academic writer is the senior, the judge the junior partner in the life of the law. The authors of the great Treaties are the teachers, and all barristers and judges once sat at their feet. Legal wisdom spoke from the pages of the commentaries of Troplong, Aubry and Rau, Demolombe, Laurent, and Le Page in France and Belgium, and from the *Lehrbuch des Pandektenrechts* of Windscheid in Germany.¹¹⁰

Finalmente, Merryman indicaba que:

Los grandes nombres del derecho civil [*civil law*] no son los de jueces (¿quién conoce el nombre de un juez del derecho civil [*civil law*]?), sino los de legisladores (Justiniano, Napoléon) y académicos (Gayo, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Savigny y una multitud de académicos europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez del derecho civil [*civil law*] no es un héroe cultural ni una figura paternal, como lo es frecuentemente entre nosotros [en el *common law*]. Su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas.¹¹¹

Si quisiéramos llegar al extremo, a veces parecería que se piensa que el juez es un simple secretario que solo debe aplicar lo que dice la ley en sí misma y lo que dicen de ella los juristas. La historia jurídica nos cuenta que los juristas «[...] became accustomed to the idea that they had to guide the courts».¹¹² Si los jueces del *civil law* solo deben encontrar la regla de derecho adecuada y aplicarla al caso en concreto, entonces, como afirma Stein, «*civil law* judges saw themselves as bureaucrats rather than father-figures, as fungible persons who were readily replaceable».¹¹³ Por ello en Estados Unidos de América se suele pensar que los jueces civilistas usualmente deben olvidar todo conocimiento previo sobre el derecho y concentrarse exclusivamente en el texto de la ley, la gran fuente del derecho para ellos. Entonces el juez civilista que trabaja con un Código es —explicaba Kötz— alguien que está en un cuarto y que tiene permitido caminar por el mismo pero que no puede salir.¹¹⁴

Esta aparente falta de capacidad intelectual que tiene el *civil judge* frente al *common judge* en la creación del derecho, puede también apreciarse en el trabajo del economista alemán Hans-Bernd Schäfer. Existen dos tipos de normas: las reglas y los estándares. Las reglas son aquellas que se encuentran correctamente definidas en su contenido mientras que los estándares son aquellas cláusulas generales de contenido indeterminado. Las reglas son eficientes porque implican asumir altos costos de especificación (redactar la norma) a cambio de menores costos de cumplimiento (por parte del destinatario de la norma) y de verificación (por parte de la autoridad), mientras que un estándar es eficiente porque implica bajos costos de especificación a cambio de mayores costos de cumplimiento y verificación.

“law in action” of the observer’s own period. Comparative law may venture an explanation for this different attitude, based on differences in the historical development. Whereas, in England, law was, until recently, generally taught by practitioners outside the universities, it was taught on the continent by university professors. Whereas in England the judges were the protagonists of the individual’s liberties against the absolutism of the Crown, continental judges were too dependent upon the princes and rulers to assume such a role. University professors were as members of self-governing corporations comparatively less dependent. Thus they were able to keep at least private law to a certain degree free from interferences by the rulers. These facts resulted in making them the leaders of the profession. Until the nineteenth century courts were accustomed to ask law faculties for advice and to send them, in difficult cases, the files so that they finally should decide questions of law (so called, “Aktenversendung”). Professors not only taught law but also wrote the treatises and essays».

¹⁰⁹ DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». *Op. cit.*, p. 429.

¹¹⁰ VAN CAENEGEM, R. C. *European Law in the Past and in the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*. *Op. cit.*, p. 45.

¹¹¹ MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. *Op. cit.*, p. 77.

¹¹² RHEINSTEIN, Max. «Comparative Law and Conflict of Law in Germany». *Op. cit.*, p. 252, nota 87.

¹¹³ STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». *Op. cit.*, p. 251.

¹¹⁴ KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50, p. 10.

Una regla sería «no manejar a más de 100 km/h» mientras que un estándar sería «no manejar a alta velocidad». En el caso de la regla, el legislador debe decidir cuál es el máximo de velocidad y especificarlo en una norma, lo cual permite que el conductor conozca *ex ante* a qué velocidad no debe manejar (por encima de 100 km/h) y permite a la autoridad verificar fácilmente la infracción de la norma. En el caso del estándar no se asumen muchos costos en especificar la norma, y como consecuencia, el chofer no tiene conocimiento *ex ante* de cuál es el límite de velocidad y la autoridad debe decidir en el caso concreto si el chofer estaba infringiendo la norma.

Así se produce un *trade-off* entre costos de especificación versus costos de cumplimiento y verificación. La provocativa tesis de Schäfer consiste en señalar que en países tercermundistas es preferible usar reglas debido a la falta de calidad en el capital humano (jueces), mientras que en países desarrollados se pueden optar por estándares (cláusulas generales).¹¹⁵ Si un país no tiene buenos jueces es mejor que se invierta más en los legisladores para que las normas sean reglas y así los jueces no tengan problemas en aplicar el derecho, pero si los jueces están bien entrenados, entonces las normas pueden ser estándares desde que los jueces sabrán cómo aplicarlos correctamente. Precisamente Schäfer cita a Delaware como un buen ejemplo de jueces que no necesitan normas muy detalladas debido al alto nivel de sofisticación de las cortes.¹¹⁶

Aplicando tal tesis al presente trabajo, no sería recomendable usar cláusulas generales como la buena fe en países del *civil law* —entre ellos el Perú— con jueces que no estén bien entrenados. Al respecto, explicaba Zusman que a pesar de que en el Perú se reconoce legislativamente a la buena fe en los contratos, la misma suele ser aplicada de manera restrictiva para evitar sus peligros:

Pero, aun cuando la incorporación de la buena fe es racional y moralmente correcta y, a pesar de que el Código Civil la exige en todas las fases del contrato, la figura tiene poca aplicación en el Perú. Una primera razón de su poca aplicación es el predominio del pensamiento formalista en la comunidad jurídica peruana. Ello es perfectamente aplicable, desde que nos hemos formado (y seguimos formando a nuestros alumnos) bajo el criterio de que «lo mejor es limitar la discrecionalidad de los jueces». Por eso, desde la perspectiva de los juzgadores, existe una explicable animadversión a la figura por el temor de que, introduciéndola, puedan terminar modificando el contrato.¹¹⁷

3.3. Pacta sunt servanda versus buena fe

Internalizando estas ideas, debe ser más claro por qué señalamos que la buena fe se convierte en el soporte que los jueces del *civil law* necesitan (*good faith as a cover*)¹¹⁸ para poder ejercer sin preocupaciones las funciones de interpretación (aplicación), complementación y corrección del derecho. Dicho soporte se denomina «buena fe» y permite a los jueces invocarla cada vez que el texto del pacto o de la ley vigente es insuficiente para resolver un caso concreto.

La necesidad de un soporte para los jueces del *civil law* se puede justificar en la visión tradicional de que el juez solo aplica la ley o en la imposibilidad de modificar la ley vigente a través de la resolución de casos. Pero, sobre todo, la gran camisa de fuerza de los jueces del *civil law* es la imposibilidad de ir en contra de lo expresamente pactado por las partes en el contrato (*pacta sunt servanda*).¹¹⁹ La buena fe

¹¹⁵ SCHÄFER, Hans-Bernd. «Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries». En *Supreme Court Economic Review*, 2006, vol. 14, p. 133: «Thus, in low-income countries with little human capital, precise legal norms are more efficient than in high-income countries with a larger stocks of human capital». Las ventajas y desventajas de usar normas específicas o normas generales también se encuentran en GORDLEY, James. «The Universalist Heritage». *Op. cit.*, pp. 34-38.

¹¹⁶ SCHÄFER, Hans-Bernd. «Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries». *Op. cit.*, p. 115.

¹¹⁷ ZUSMAN TINMAN, Shoshana. «La buena fe contractual». *Op. cit.*, pp. 28-29.

¹¹⁸ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 495.

¹¹⁹ *Idem*, pp. 495-496: «A third reason why the judge felt uncomfortable, and probably the most significant one, lies in the sanctity of contract. In many of the cases where the courts have 'applied' good faith (particularly those in the first period) they have more or less radically interfered with the binding force of what parties had freely agreed to (the most typical example: unforeseen

ha relativizado al *pacta sunt servanda* de dos maneras: (1) complementando al contrato reconociendo —o imponiendo— deberes específicos, o (2) flexibilizando al contrato ante el cambio de circunstancias para proceder con la adaptación.

Primero, un juez no puede contradecir lo que las partes han pactado, pero sí puede vía integración introducir deberes que se encuentran implícitos o que incluso no están en el contrato, y justificar dicha incorporación en virtud de la buena fe sin necesidad de inaplicar lo pactado, aunque lo cierto es se trata de una modificación del contrato, porque se termina imponiendo algo que las partes no habían pactado realmente. Por ejemplo, la buena fe sirve para imponer deberes de información, un deber de cuidado frente a la contraparte o un deber de preaviso ante el ejercicio de un receso sin justa causa.

Un dato comparativo importante es que la integración existe tanto en el *civil law* como el *common law*, sin embargo, su explicación es distinta por los puntos de partida de donde arrancan, y esto no es algo menor que pueda pasarse por alto. En el *civil law* se considera que la buena fe es probablemente la norma más importante del derecho privado, y como tal, tiene el poder suficiente para imponer deberes sobre las partes, incluso más allá de lo pactado en el contrato. Por ejemplo, aunque pueda demostrarse que las partes no quisieron pactar un deber de información o un deber de no competencia, ello es irrelevante si la buena fe dispone lo contrario y ella justifica su existencia. En este caso —aunque a veces trate de matizarse con palabras— se está modificando el contrato porque las partes ahora deben cumplir con algo que ellas no pactaron (estuvieron de acuerdo en que no debía pactarse algo al respecto).

Por el contrario, en el *common law* inglés existen los *implied terms*.¹²⁰ Recordemos que en el derecho inglés prima lo expresamente pactado, y como muestra de ello, no existe una doctrina de *hardship* ni buena fe. Entonces, los términos implícitos ingleses, aunque funcionalmente puedan permitir los mismos resultados al que llegaría un civilista, parte de una explicación distinta a la del *civil law*. Para empezar, los *implied terms* son términos que se derivan de la voluntad expresa de las partes, y como tal, cuentan con un test específico (*business efficacy* y *goes without saying*) para «encontrar» un término no

circumstances). They therefore preferred to say that the highest norm of contract law required that in the given case the contractual right could not be exercised rather than to bluntly state that in their view it would be just to accept an exception to the abstract rule *pacta sunt servanda*. Then there is the argument of convenience. It is much easier for a judge to just mention the general good faith clause as the rule he applies than to formulate the new rule (*Die Flucht in die Generalklauseln*). Finally, it should not be forgotten that many judges actually believed that good faith is a truly existing supreme norm, a belief that fitted perfectly in a European tradition of Aristotelian and Christian belief in natural law.

¹²⁰ PARRY, David Hughes. *The Sanctity of Contracts in English Law*. London: Stevens & Sons, 1959, p. 39: «The emphasis during the nineteenth century on individual freedom and the role of agreements in extending that freedom would seem to have required that no obligation in the nature of a contract should be enforced unless willed by the parties; yet the judges were ready to import terms into contracts and develop and enlarge restrictions in the public interest although the parties themselves had not expressed those terms or established those restrictions. There is no doubt but that the early common law rules whereby a man was held strictly to his promise, no more and no less, might operate harshly and unfairly in many instances. In consequence the lot of a person who, for some good reason, found himself unable to secure all that he thought he had bargained for, or to discharge his contractual obligation as he had conceived it, might be a hard one. The somewhat exaggerated endeavours of the courts to find a fair solution to such cases is most interesting. One of the most popular techniques utilised by the courts for this purpose was “the implied term”». En *BP Refinery (Westertport) Pty Ltd vs. Shire of Hastings* (1977), Lord Simon indicó que los siguientes requisitos deben presentarse para afirmar la existencia de un *implied term*: (1) debe ser razonable y equitativo, (2) debe ser necesario para dar eficacia al contrato, de manera que no hay término implícito si el contrato es efectivo sin tal término, (3) tiene que ser tan obvio que va por sí mismo (*goes without saying*), (4) debe ser claro, y (5) no debe contradecir otros términos del contrato. Actualmente, el *leading case* en *implied terms* es *Attorney General of Belize vs. Belize Telecom Ltd* (2009), en donde Lord Hoffman indicó que «*There is only one question: is that what the instrument, read as a whole against the relevant background, would reasonably be understood to mean?*». Véase al respecto a: TAYLOR, Andrew. «A Comparative Analysis of US and English Contract Law. Interpretation and Implied Terms». En *International In-house Counsel Journal*, 2015, n.º 3, vol. 9, pp. 7-8. En pronunciamientos posteriores se ha aclarado que la razonabilidad a la cual hace referencia Lord Hoffman en *Belize* no es el único requisito para considerar que existe un término contractual implícito, desde que deberá probarse: (1) que el *implied term* es necesario para dar eficacia al contrato (*business efficacy test*), y (2) que el mismo debe ser obvio (*go without saying*) (*obviousness test*). Al respecto, véase a: KOUCHIKALI, Parham y ROSS, Chris. «Supreme Court clarifies law on implied terms: “business efficacy” test remains». En *Reynolds Porter Chamberlain, legal report*, 21 de enero de 2016. Para un estudio comparado sobre la buena fe y los *implied terms*, véase VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20; BENATTI, Francesca. «La implication of terms in fact y el deber de buena fe en el derecho inglés». En BARCHI VELAOCHAGA, Luciano; LEÓN HILARIO, Leysser; CONTRERAS GRANDA, Vladimir; CAMPOS GARCÍA, Héctor; BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo; GARCÍA LONG, Sergio y BASALDÚA CHINCHA, Christian (eds.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

expreso que, sin embargo, está en el texto. Precisamente, el término implícito no puede ir en contra del pacto. Entonces, el *implied term* es encontrado en el contrato y va en armonía con el mismo.

Aunque la lectura inglesa pueda ser criticada de ser ficticia al asumir una voluntad hipotética (que en realidad no existe), lo cierto es que para un inglés nunca se crean ni imponen deberes que las partes no han pactado. Lo que puede hacer una corte es «encontrar» un deber que está en el contrato, aunque implícito. Esto demuestra la filosofía inglesa de respeto estricto del pacto, el cual se evidencia incluso cuando se trata de ir más allá del contrato; cuando se trata de reconocer una excepción sin querer hacerlo.

Al respecto, es ilustrativo cómo los PECL regulan a los términos implícitos en el artículo 6:102:

Article 6:102: Implied Terms

In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from

- (a) the intention of the parties,
- (b) the nature and purpose of the contract, and
- (c) good faith and fair dealing.

Un inglés aceptaría los literales (a) y (b) en virtud de su doctrina de los *implied terms*, pero no la (c), que es característica de los civilistas. Nuevamente, en ambas familias jurídicas existe la integración de nuevos deberes al contrato; sin embargo, si vemos más de cerca en ciertas jurisdicciones, podemos concluir que el tipo de integración —usando una concepción amplia del término— no es la misma: los civilistas admiten abiertamente que la buena fe pueda imponer deberes más allá de lo pactado, mientras que los ingleses no solo rechazan a la buena fe sino que su doctrina de los *implied terms* parte de la voluntad de las partes y termina en la misma, de manera que los *implied terms* encontrados no pueden ir en contra de la voluntad de las partes.

Segundo, si la integración del contrato puede ser mirada con desconfianza por los ingleses, con mayor razón el poder de la buena fe —o de otra doctrina específica— para justificar la procedencia de efectos preservatorios del contrato con los remedios de la renegociación y adaptación del contrato.

En el *civil law*, tradicionalmente se partió de la premisa que la única excusa contractual (entiéndase, sin culpa) era la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la cual extinguía el contrato. Los comentaristas se preguntaban si acaso la excesiva onerosidad también debería tener efectos liberatorios. La misma fue finalmente admitida en ciertas codificaciones civiles. Sin embargo, hubo una novedad: tal vez la excesiva onerosidad no solo debería permitir la resolución del contrato sino también la adaptación para que sea un tercero (juez o árbitro) quien modifique lo pactado por las partes para que así el contrato se adecuó a las nuevas circunstancias. Pero no todas las jurisdicciones lograron que sus codificaciones reconocieran de manera oportuna a la excesiva onerosidad (de hecho, algunos países como España y Chile aún no lo hacen, y hasta hace cuatro años tampoco lo hacía Francia). Ante la falta de reconocimiento legal, ciertas cortes europeas, lideradas por los alemanes y el famoso §242 del BGB, empezaron a invocar a la buena fe como fundamento para proceder con la adaptación (modificación) del contrato ante el cambio de circunstancias.

En el derecho inglés, tradicionalmente se parte que los contratos deben ejecutarse en sus términos y que la responsabilidad es absoluta, conforme a *Paradine vs. Jane* (1647).¹²¹ Si el deudor quiere alguna excusa, incluso la imposibilidad sobrevenida, entonces así debe pactarla. Fue recién en *Taylor vs. Caldwell* (1863)¹²² que se reconoce una excusa específica: la destrucción o perecimiento del objeto subyacente al contrato, esto es, la cosa o la persona que debía existir durante la vida del

¹²¹ *Paradine vs. Jane* [1647] EWHC KB J5.

¹²² *Taylor vs. Caldwell* [1863] EWHC QB J1.

contrato. Así es que se crea la doctrina del *frustration of contract*, como un supuesto específico de imposibilidad (de allí que los ingleses expliquen que no existe entre ellos una amplia doctrina de la *force majeure* como la de los franceses). Esta doctrina solo tenía efectos liberatorios. Entonces, si se parte de la premisa que no existe imposibilidad liberatoria a reconocerla de manera excepcional, queda menos espacio para admitir una doctrina sobre la excesiva onerosidad e incluso con efectos preservatorios. Por ello, no existe en el derecho inglés una doctrina de *hardship*, ni como parte de la *frustration* ni fuera de ella.

Teniendo en cuenta el desarrollo anterior, sería complicado explicarle a un inglés cómo la buena fe —sola y por sí misma— tendría tanto poder, siendo una cláusula general, para ser invocada y modificar el contrato ante el cambio de circunstancias, sobre todo si para los ingleses no existe un concepto general de buena fe ni una doctrina de la excesiva onerosidad. En todo caso, esta particularidad del derecho inglés podría ser «corregida» con el pacto de una específica cláusula *hardship* (así como de una específica cláusula de *force majeure* desde que la *frustration* es limitada y excepcional).

Finalmente, en Estados Unidos de América existe la buena fe en ejecución de los contratos, y sin embargo, la misma tampoco ha sido invocada para adaptar el contrato ante el cambio de circunstancias, aunque en teoría dicha posibilidad esté reconocida. La sección §2-615 del Uniform Commercial Code reconoce a la *impracticability*, la cual solo tiene efectos liberatorios. A pesar de ello, el comentario 6 a tal sección señala que en casos excepcionales, cuando la liberación del contrato sea insuficiente, se puede alegar otras disposiciones como las de la buena fe para proceder con la adaptación. Sin embargo, esta disposición no ha tenido impacto en la jurisprudencia americana. El único caso en donde se procedió a modificar el contrato fue Aluminum Co. of America (Alcoa) vs. Essex Group (1980),¹²³ y el mismo fue considerado como un caso protesto.¹²⁴

Entonces, mientras que en Alemania la buena fe fue lo suficientemente fuerte para permitir la adaptación del contrato ante el cambio de circunstancias, y sigue siendo invocada como argumento en otras jurisdicciones civilistas que cuyos códigos civiles aún no regulan a la excesiva onerosidad, en Inglaterra y Estados Unidos de América esto es algo impensable. En el *common law*, la buena fe no sirve para ello.

3.4. La buena fe y sus hijos

En general, los jueces del *common law* no necesitan de la buena fe desde que en virtud de su función de creación del derecho pueden crear nuevas soluciones según lo requiera un caso concreto, validando *ex post* lo pactado por las partes o en todo caso dejando sin efecto ciertos pactos bajo determinadas circunstancias. Entre algunos ejemplos están los fallos de la Corte de Delaware con relación a las medidas contra adquisiciones hostiles¹²⁵ (*anti-takeovers mechanisms*), el *reverse termination fee*¹²⁶ (derecho de salida en favor del comprador para cancelar una operación sin mayor requisito que el pago de un *fee* pactado), la cláusula *material adverse change*¹²⁷ (que otorga el derecho a una de las partes a cancelar la operación ante la ocurrencia de un cambio materialmente adverso en el *target*), *deal protection devices*

¹²³ Aluminum Co. of America vs. Essex Group, Inc., 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

¹²⁴ DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, p. 24.

¹²⁵ Fue recién con los casos *Unocal vs. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985) y *Revlon, Inc. vs. Macauley & Forbes Holdings, Inc.* - 506 A.2d 173 (Del. 1986) que la Corte de Delaware amparó las prácticas corporativas que se crearon como defensas frente a adquisiciones hostiles.

¹²⁶ Desde *United Rentals, Inc. vs. Ram Holdings, Inc.* - 937 A.2d 810 (Del. Ch. 2007), la Corte de Delaware reconoció la procedencia del remedio por el cual el comprador puede pactar un derecho de salida para cancelar la adquisición en cualquier momento siempre y cuando pague el *fee* pactado.

¹²⁷ Fue recién en *In re IBP Shareholders Litigation vs. Tyson Foods, Inc.*, 789 A.2d 14 (Del. Ch. 2001), *Frontier Oil Corporation vs. Holly Corporation*, 2005 WL 1039027 (Del. Ch. April 29, 2005) y *Hexion Specialty Chemicals, Inc., et al. vs. Huntsman Corp., C.A. n.º 3841-VCL, Lamb, V.C.* (Del. Ch. August 22, 2008), que la Corte de Delaware llenó de contenido a la cláusula *material adverse change* e impuso el estándar del *«long-term perspective of a reasonable acquirers»*.

(entre ellos, los que entran en contradicción con los deberes fiduciarios de los administradores del *target*),¹²⁸ entre otros.

Los jueces anglosajones no necesitan de la buena fe como un recordatorio de sus funciones de aplicación (interpretación), complementación y limitación del derecho. Y es precisamente en ejercicio de estas funciones que los jueces anglosajones han propuesto soluciones que no se basaron en la buena fe pero que lograron los mismos resultados. Por ejemplo, ante la ausencia de un deber de buena fe en las tratativas se reconoció la acción por el *promissory estoppel* para solicitar daños por la ruptura de las tratativas.

Por el contrario, dado que los jueces civilistas no tienen este amplio poder creador, y como tal, necesitan de un ancla legal que les permita ir más allá del contrato, sea a través de la integración pero sobre todo cuando se trate de adaptar el contrato. Como explica Kötz con relación al artículo §242 del BGB:

What is of interest here is that no article in the Civil Code could serve in any way as a statutory basis for the newly created judicial power. Admittedly, the courts invoked Article 242 of the Code; and the fact that this was believed necessary shows that there is some truth in the statement that in the civil law judges generally do not feel safe until they have moored their ship to some statutory wharf.¹²⁹

Sobre todo, dado que los jueces necesitan anclar sus decisiones en la buena fe, es evidente que estos nuevos deberes o doctrinas que se crean siempre deberán tener como «justificación» a la buena fe, cuando en realidad, si uno agrupa a todos los deberes que se «derivan» de la buena fe, lo único que tienen en común es su origen (la buena fe) pero su contenido es muy distinto. Un deber de información nada tiene que ver con el ejercicio de discrecionalidades contractuales (como los derechos de terminación) y, sin embargo, se dice que ambas —de no estar pactadas— se derivan de la buena fe. Por ello, es que se prefiere desarrollar teorías específicas con sus propios fundamentos, en lugar del ocioso trabajo que simplemente reconducirlas a la buena fe, que en sí misma no tiene un concepto preciso.

Por ello, la existencia de soluciones legales que no se fundamentan en la buena fe, tanto en el *common law*¹³⁰ como en el *civil law*¹³¹ y que permiten obtener los mismos resultados, es una buena oportunidad para cuestionar el rol de la buena fe en el derecho comparado. La buena fe es simplemente un portavoz que habla en nombre de otras instituciones en concreto o la cuna que permite el nacimiento de ellas. Si esto es así, estas instituciones específicas deberían desarrollarse por sí solas sin la necesidad de acudir al soporte de la buena fe. O en todo caso, si nacieron gracias a la buena fe, debe cortarse rápidamente el cordón umbilical para que empiecen a gatear y caminar por sí solos, en virtud a sus propios y particulares fundamentos.

¹²⁸ Tradicionalmente, los administradores de una empresa tienen que velar por los intereses de los accionistas y ello se materializa con los deberes fiduciarios. En el contexto de la compra de una empresa listada, los administradores de la misma no pueden pactar términos contractuales que limiten la posibilidad de vender la empresa al mejor precio posible (como el pacto de exclusividad). Este es un buen ejemplo en donde el derecho contractual cede en favor de derecho corporativo.

¹²⁹ KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». *Op. cit.*, p. 12.

¹³⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, p. 172: «The range of doctrines relied on by the common law jurisdictions is hardly less varied: references is made to implied terms, estoppel (including proprietary estoppel), part performance of a contract in equity, the *de minimis* rule, qualifications of a legal right by reference to the notion of reasonableness, relief against forfeiture in equity, the maxim according to which no man can take advantage of his own wrong, breach of confidence, fundamental mistake, repudiation, and, occasionally, even good faith in the exercise of a contractual power».

¹³¹ *Ibidem*. «The range of application of the notion of good faith, of course, depends on a large variety of factors. One of them is the availability of other doctrines and the scope assigned to them. Among these doctrines which in some legal systems do the job for which in others a good faith provision is available are *culpa in contrahendo*, *obligations d'information*, *laesio enormis*, the abuse of rights, personal bar, interpretation of the parties' intentions (whether standard or 'supplementary'), unconscionability, doctrines of change of circumstances or erroneous presuppositions, *force majeure*, and mutual mistake. A number of them are still regarded, in some jurisdictions, as emanations of the principle of good faith. Others have become autonomous legal doctrines or have always had their distinctive contours and concerns».

Por ejemplo, en el *civil law* los deberes de información no necesitarían apoyarse en la buena fe desde que ya existen las instituciones del error y el dolo omisivo, por el cual, la parte que omite información en perjuicio de su contraparte será responsable de los daños y perjuicios.¹³² De allí que se pueda señalar que el fundamento de los deberes de información (*duty of disclosure*) en sede precontractual se encuentra en la confianza justificada que genera una parte en la otra,¹³³ para lo cual, no es necesario hablar de buena fe.

Por ejemplo, en el derecho americano las partes no utilizan a la buena fe precontractual para pedir daños¹³⁴ debido a que pueden plantear otras acciones específicas en virtud del *promissory estoppel*, el *misrepresentation* o el *unjust enrichment*.¹³⁵ En Francia los daños por ruptura injustificada de las tratativas¹³⁶ se resarcen en sede extracontractual y en virtud de la culpa (*faute*) y no de la buena fe,¹³⁷ mientras que en Alemania Jhering desarrolló la *culpa in contrahendo*¹³⁸ para imponer el resarcimiento del interés negativo (*negatives Vertragsinteresse*) en las tratativas como un supuesto de responsabilidad contractual ante la tipicidad del sistema de responsabilidad extracontractual que solo procede ante la afectación de alguno de los elementos regulados en el artículo §823 del BGB.¹³⁹ Este es uno de los ejemplos que explican por qué en Alemania el *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* dedica 539 páginas al artículo §242 del BGB cuando antes le dedicaba 1500 páginas.

¹³² Salvo algunos casos extraños como el derecho peruano, el cual contiene una norma en el Código Civil sobre el error que incentiva la celebración de contratos ineficientes: «Artículo 207.- La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes». A pesar de ello, en el Perú se ha propuesto a la buena fe como fuente de resarcimiento entre el incumplimiento del deber de informar a la parte que estuvo en error. Al respecto, véase a ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)». En *Themis*, 2004, n.º 49, p. 154 y ss.

¹³³ FORTE, A.D.M. «Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law». *Op. cit.*, pp. 84-85.

¹³⁴ SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Precontractual Liability and Preliminary Agreements». En *Harvard Law Review*, 2007, n.º 3, vol. 120, p. 702: «First, there is no need for a duty to bargain in good faith: awarding reliance is sufficient to increase efficiency. Second, the duty to bargain in good faith may be unhelpful since courts will sometimes misapply it».

¹³⁵ FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». *Op. cit.*, p. 222: «In recent decades, courts have shown increasing willingness to impose Precontractual liability. I shall group the possible grounds under four headings. The first three, unjust enrichment resulting from the negotiations, misrepresentation made during the negotiations, and specific promise during the negotiations, have been recognized by courts in the United States; the fourth, general obligation arising out of the negotiations themselves, has not».

¹³⁶ Entre los orígenes en el derecho europeo sobre la procedencia del resarcimiento de daños en sede de negociaciones se encuentra el trabajo del jurista francés Raymond Saleilles y su artículo *De la responsabilité précontractuelle* publicado en 6 *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 697 (1907).

¹³⁷ GILKER, Paula. «A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 2003, n.º 4, vol. 52, p. 979: «French law has chosen to impose delictual responsibility in a wide circumstances, although recognition by the *Cour de cassation* of its application in the pre-contractual context has been relatively recent. The terms of Articles 1382 and 1383 of the *Code civil* provide a general basis for liability. Article 1382 states that: Any act which causes harm to another obliges the person whose fault caused harm to make reparation. Three essential criteria may be noted: fault (or *faute*), harm or loss and a causal link between the two. Article 1383 elaborates on this: 'Everyone is liable for damage which he causes not only by his own act, but also by his negligence or imprudence.' *Faute* is thus defined broadly and, in years, has been applied in the pre-contractual context to both intentionally and negligently committed harm (*délit* and *quasi-délit*). Provided the claimant may show fault, immediate, certain and direct loss and a causal link, a claim will lie».

¹³⁸ La doctrina de la *culpa in contrahendo* se remonta al famoso artículo publicado por Jhering titulado *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, publicado en 4 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1 (1861).

¹³⁹ REIMANN, Mathias. «The Good, the Bad, and the Ugly: The Reform of the German Law of Obligations». En *Tulane Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 83, pp. 889-890: «Throughout the twentieth century, German courts and scholars used this doctrine vastly to expand (quasi-contractual) liability, mainly to overcome weakness in the BGB's tort regime»; KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. «*Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study». En *Harvard Law Review*, 1964, n.º 3, vol. 77, p. 406: «Liability for *culpa in contrahendo*, in keeping with the generally applicable principle governing contractual liability under German law, presupposes fault, *i.e.*, at least negligence. Since the standards of negligence are objective it is sufficient that the party to be held liable deviated from the standards of care and fairness expected under the circumstances. Nevertheless, the classification of *culpa in contrahendo* liability as contractual, which is constantly emphasized, is of great practical importance due to the inadequacy of tort law. German tort law, in contrast to other civil law systems, has not adopted a general principle of liability wherever there is injury caused by fault. Instead it consists of a number of individual torts, and negligent causing of mere pecuniary harm, as distinct from injury to the person or property, is not one of them»; SAAVEDRA Velasco, Renzo E. «La noción de contrato es uniforme en los sistemas jurídicos contemporáneos?». En *Análisis económico y comparado del derecho privado. Una introducción*. Lima: Fogueras, 2016, pp. 390-392: «Como es conocido, en Alemania la responsabilidad extracontractual tiene una fuerte dosis de tipicidad, limitando los intereses que pueden encontrar protección a través de este mecanismo jurídico. La responsabilidad por *culpa in contrahendo* es un caso claro de cuanto se dice. En la mayoría de sistemas se juzga a esta responsabilidad como extracontractual (algo percibido por Jhering al formular su teoría), sin embargo, en Alemania existía la necesidad de contractualizar esta responsabilidad por tales limitaciones (al momento de formular la teoría Jhering tuvo que saldar cuentas no con el BGB, sino con el *Corpus iuris civilis*, aunque en este punto la regulación es sustancialmente similar)».

3.5. Crónica de una muerte anunciada

Whittaker y Zimmermann, comentando el artículo §242 del BGB, se preguntaban si la buena fe es una «plaga mortal» o, por el contrario, una «reina de reglas».¹⁴⁰ Los autores concluyen que la buena fe podría ser eliminada sin afectar las teorías que surgen en virtud de ella y que la misma es simplemente un recordatorio de las funciones del juez:

All in all, therefore, § 242 BGB is often needed merely for a transitory phase until a new rule is sufficiently well established to be able to stand on its own legs: so that «figuratively speaking, the statutory foundation of § 242 could be withdrawn without any risk of having the judge-made edifice collapse». All in all, therefore, § 242 BGB is neither «queen of rules» nor «baneiful plague» but an invitation, or reminder, for courts to do what they do anyway and have always done: to specify, supplement and modify the law, i. e. to develop it in accordance with the perceived needs of their time.¹⁴¹

Como también explica Kötz:

In some cases good faith is mentioned only as an afterthought and only to embellish a judgment based on other grounds. Most cases, however, can be assigned to one of a number of well-defined rules which have all been developed by the courts under the umbrella of § 242, but which now lead a separate and independent existence [...] It would be a poor advocate who would simply cite § 242 to the judge and invite him to dispense justice to his client according to the principles of good faith and fair dealing.¹⁴²

Los deberes que surgen de la buena fe son tan variados y numerosos¹⁴³ que entre ellos finalmente no existe nada en común, salvo la buena fe como supuesta fuente de origen. Por ello, es mejor pensar en estos deberes como figuras jurídicas autónomas y no derivadas de la buena fe.

Incluso también se ha propuesto la eliminación del Superman de la buena fe, por haber cumplido la función que justificó su creación. En la práctica anglo-inglesa del derecho de seguros y reaseguros existe una buena fe con esteroides, denominada máxima buena fe (*utmost good faith* o *uberrimae fides*).¹⁴⁴ En un contrato de seguro, desde que es el beneficiario de la póliza quien tiene toda la información respecto al riesgo que se pretende asegurar, tiene el deber de revelar toda la información necesaria en favor del asegurador para que este pueda evaluar correctamente el riesgo y determinar la prima correcta. Esta revelación debe cumplirse con la máxima buena fe, esto es, que debe revelar todo, tanto es así que el incumplimiento de tal deber permite al asegurador dejar sin efecto el contrato (incluso es tratado como un caso de nulidad del contrato).

A su vez, en un contrato de reaseguro, el asegurador original (reasegurado o cedente) contrata a su vez un seguro con otra compañía de seguro (el reasegurador) para cubrirse de los reclamos que pueda iniciar el beneficiario de la póliza original. En otras palabras, el asegurador se asegura en virtud de un reaseguro ante eventuales indemnizaciones que puedan solicitar los beneficiarios del seguro original. Desde que el reasegurador es un tercero en el contrato de seguro celebrado entre el beneficiario y el asegurador, no puede intervenir en el mismo, siendo cualquier disposición en contrario nulo (por el principio de autonomía del contrato de seguro). En este escenario, debido a que

¹⁴⁰ Véase también a ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture two – The Transition from *civil law* to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, p. 86: «Strong language was used. The good faith provision was seen, on the one hand, as 'the source of the baneful plague gnawing in a culture'; on the other hand, it was celebrated as the 'queen of rules' which could be used to unhinge the established legal world».

¹⁴¹ WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard. «Good faith in Europe contract law: Surveying the legal landscapes». *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴² KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». *Op. cit.*, p. 250.

¹⁴³ SUMMERS, Robert S. «'Good faith' in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». *Op. cit.*, p. 197: «[...] the duties judges have imposed in the name of contractual good faith are more varied and numerous than anyone has yet recognized in print».

¹⁴⁴ LEVIN, Alan J. «Duty of Utmost Good Faith in the United States». En *International Business Lawyer*, November 2002, pp. 456-457; WOLONIECKI, Jan. «The Duty of Utmost Good Faith in Insurance Law: Where Is It in the 21st Century?». En *Defense Counsel Journal*, January 2002, pp. 63-64.

es el asegurador quien conoce toda la información sobre el riesgo que se pretende reasegurar, debe revelar toda la información respectiva en favor del reasegurador utilizando su máxima buena fe. Debido a que no sería eficiente que el reasegurador vuelva a analizar el riesgo asegurado que ahora se pretende reasegurar, las partes han confiado plenamente en la máxima buena fe para minimizar los costos y viabilizar el mercado de reaseguros.

Según Thomas, es cierto que la máxima buena fe fue considerada como la piedra angular del reaseguro, pero la misma ya habría cumplido su función al permitir la existencia y el desarrollo del mercado de reaseguros. Cumplida tal función, deberíamos olvidarnos de la máxima buena fe (cuyo contenido es indeterminado) y pactar reglas específicas respecto a la revelación de información. Como explica el autor: «[...] whereas utmost good faith once promoted an efficient reinsurance market by allowing the reinsurer to rely on the ceding insurer's disclosure without monitoring, these sophisticated parties must now bargain for adequate protection».¹⁴⁵

De igual manera, en *Mutual and Federal Insurance Co. Ltd vs. Oudtshoorn Municipality* (1985), una corte de apelaciones de Sudáfrica señaló de manera tajante hace más de treinta años que ya es momento de rechazar el concepto de máxima buena fe al ser un concepto innecesario: «In my opinion *uberrima fides* is an alien, vague, useless expression without any particular meaning in law... Our law of insurance has no need for *uberrima fides* and the time has come to jettison it».¹⁴⁶

En conclusión, si ya se ha anunciado la muerte del máximo estándar de buena fe (*utmost good faith*) en el contexto del mercado de seguros y reaseguros, ¿no es razonable pensar que la misma suerte sufrirá la buena fe civilista en ejecución de los contratos (si es que ya no ha muerto en ciertas jurisdicciones)?

El hecho que pueda prescindirse de la buena fe provoca las siguientes conclusiones: (1) los *civil lawyers* deberían evitar la esquizofrenia de invocar tanto a la buena fe para crear teorías y preferir desarrollarlas autónomamente (esto es, se debe cortar el cordón umbilical), (2) los *common lawyers*, si bien pueden seguir con su rechazo a un concepto general de buena fe y sobre todo al reconocimiento de la misma en favor de los jueces para que supervisen los contratos, sin embargo, podrían admitir supuestos específicos de buena fe como se dio con ocasión de la implementación en el derecho inglés de la Directive 93/13/EEC sobre cláusulas en contratos de consumo, y (3) los distintos modelos de buena fe permiten demostrar que ella en jurisdicciones civilistas no es nada más que un nombre, una denominación, una excusa, una etiqueta, un soporte que recuerda a los jueces sus funciones de aplicación (interpretación), complementación y corrección del derecho.

La buena fe es tan abierta e indefinida que hablar de la buena fe es como hablar del derecho mismo. Por ello, la buena fe podría llamarse «justicia» o «el derecho», y nada cambiaría. Seguiría cumpliendo su función de soporte para que sea invocada cada vez que el juez necesite imponer algo que la ley o el contrato no regule. Nuevamente, la buena fe se convierte en un recordatorio, en un salvavidas para que el juez civilista ejerza su poder creador y complete el derecho.

Si esto es así, llega un momento en que la buena fe ya no es necesaria para complementar al derecho y podríamos prescindir totalmente de ella. La historia demuestra que conceptos jurídicos que cumplieron la misma función que la buena fe, dejaron de existir y nada catastrófico ocurrió. Un ejemplo claro fue el desarrollo del sistema de la *equity* de manera paralela e independiente al sistema de la *law* en el derecho inglés.

Si bien regía el derecho vigente (*law*), existió un sistema llamado equidad (*equity*) que permitía complementar el derecho en situaciones en donde así lo justificaran las circunstancias. Como explica Dainow:

¹⁴⁵ THOMAS, Steven W. «Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment». En *Duke Law Journal*, 1992, vol. 41, p. 1552.

¹⁴⁶ FORTE, A.D.M. «Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law». *Op. cit.*, p. 82.

A [...] subject which should be mentioned is the development of the system known as «equity», apart and distinct from «law» but supplementary to it. To make remedies available for harsh situations, to establish new procedures, and in order to meet all sorts of new problems, recourse was had to the authority of the King in his sovereign capacity [...] Thus, English law consisted at the same time of «law» and «equity».¹⁴⁷

Al final, el sistema de equidad se convirtió en parte del sistema del derecho. Claramente la equidad existía porque existía el derecho (el *common law*) y no al revés, de manera que eliminar al sistema de equidad realmente no fue un problema. Como afirma el historiador inglés Frederic William Maitland: «We ought not to think of common law and equity as of two rival systems. Equity was not a self-sufficient system, at every point it presupposed the existence of common law. *common law* was a self-sufficient system. I mean this: that if the legislature has passed a short act saying “Equity is hereby abolished”, we might still have got on fairly well».¹⁴⁸ Lo interesante es darnos cuenta que la equidad cumplía la misma función que la buena fe cumple actualmente en el *civil law*. Seguía Maitland: «[...] we ought to think of equity as a supplementary law, a sort of appendix added on to our code, or a sort of gloss written round our code, an appendix, a gloss, which used to be administered by courts specially designed for that purpose [...]».¹⁴⁹

Ahora, para hacer las cosas incluso más interesantes, así como las funciones de la buena fe han sido equiparadas a las funciones del pretor romano, el desarrollo del sistema de la equidad en el derecho inglés también ha sido vinculado al derecho pretoriano (*ius honorarium*). Explicaba Dainow que «The history and the evolution of equity in English Law strikingly resemble the development of praetorian justice in Roman Law».¹⁵⁰ Entonces, es claro por qué Hesselink regresa al derecho romano y a la historia del derecho inglés para afirmar que el *equity* y el *ius honorarium* son lo que ahora es la buena fe en el *civil law*, siendo la buena fe un nuevo *ius honorarium* o una versión civilista de la *equity*.

Explica Hesselink que «“the content of good faith” is very similar to equity in old English law and *ius honorarium* in Roman law [...] The “content” of present-day good faith could be regarded as a new *ius honorarium* or as a civil law’s equity».¹⁵¹ La similitud entre el *ius honorarium* y la *equity* se debe a que en un momento de la historia jurídica, tanto en Roma como en el derecho inglés, solo era precedente el pago de daños como remedio. Llegó un momento en que se necesitaban otros remedios distintos como el hecho de ordenar la ejecución de un hacer o un no hacer. En este contexto el *ius honorarium* y el *equity* otorgaron la flexibilidad necesaria para poder ir un poco más allá de la dura letra del derecho.¹⁵² Esto explica, además, por qué en el *common law* se considera que la *specific performance* (cumplimiento específico) es un remedio de equidad, a diferencia del pago de daños que es un remedio de derecho.

Así como llegó un momento en Roma y el derecho inglés en donde se necesitó de algo para darle flexibilidad al derecho y complementarlo, en el *civil law* moderno dicha flexibilidad y complementariedad se logra ahora gracias a la buena fe. Indican Whittaker y Zimmermann que «Thus, it is generally recognised today that §242 BGB operates *supplendi causa* (so as to supplement the law)».¹⁵³

Por tal motivo, eliminar a la buena fe no debería ser una pesadilla para los *civil lawyers* desde que conceptos jurídicos que cumplieron la misma función fueron eliminados y nada malo pasó. Es algo que deberá pasar en el desarrollo de la historia del *civil law*. Aparentemente, el derecho alemán ha llegado a tal punto en que ya no necesitaría de un concepto tan amplio como la buena fe que permita crear teorías nuevas y, por ende, sería deseable que la buena fe, al igual como ocurrió con el *ius honorarium* y la *equity*, deje de existir. Cuando no existía el §313 del BGB, la buena fe fue la base legal

¹⁴⁷ DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». *Op. cit.*, pp. 422-423.

¹⁴⁸ MAITLAND, F. W. «Lecture II. The Origin of Equity (II)». En MAITLAND, F. W. *Equity. A Course of Lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 19.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 18.

¹⁵⁰ DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». *Op. cit.*, p. 423.

¹⁵¹ HESSELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». *Op. cit.*, p. 493.

¹⁵² STEIN, Peter G. «Roman Law, *common law*, and *civil law*». En *Tulane Law Review*, 1992, n.º 6, vol. 66, pp. 1593-1594.

¹⁵³ WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard. «Good faith in Europe contract law: Surveying the legal landscapes». *Op. cit.*, p. 24.

para invocar la aún no reconocida doctrina de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*). Pero una vez que se codificó al §313, se dejó de hablar de la buena fe al respecto. Y lo mismo debe pasar con otras instituciones que nacieron gracias a la buena fe.

Uno podría reflexionar que tal vez conceptos como la buena fe deberían ser inmortales pues siempre serán necesarias, desde que siempre surgirán nuevos problemas que requerirán de la actividad creativa del juez. Si bien ello es cierto, es esencial tener en cuenta que la buena fe tuvo el protagonismo que experimentó gracias a ciertos acontecimientos históricos y sociales. Ante los efectos económicos de la guerra, el derecho alemán necesitaba de algo que permitiera la revisión de los contratos, y ese algo lo encontró en la buena fe. Por el contrario, países como Inglaterra y Estados Unidos de América no tuvieron ese problema. Por esta razón, mientras jurisdicciones anglosajonas podrían actualmente recepcionar a la buena fe para supuestos específicos, por otro lado, jurisdicciones civilistas como la alemana, que ya explotó a la buena fe de manera amplia y cuando fue necesaria, ya estaría lista para despojarse de ella.

En efecto, Whittaker y Zimmermann explican que:

Therefore it seems likely (and indeed desirable) that the same will happen to good faith as happened to equity and *ius honorarium*. when the distinction is no longer held to be justified and in addition will prove to be impractical, it will be abolished. German law may already have reached that point.¹⁵⁴

Así las cosas, cuando escuchemos nuevamente que la buena fe es una regla de conducta que consiste en actuar de manera honesta, leal, decente, justa, entre otros, sabremos que no se está diciendo nada nuevo sobre la buena fe. La buena fe es todo pero nada a la vez. Es todo porque es un recordatorio de las funciones del juez, y en tal sentido, la buena fe lo puede todo. Pero a la misma vez se trata de un concepto vacío que no dice nada al respecto y que eventualmente podría llegar a desaparecer.

Serán los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional los que resolverán el futuro del rol de la buena fe en el *civil law*. Si mañana se cambia la denominación «buena fe» por «el deber de equidad» o «el deber de justicia», nada cambiaría. Seguiría siendo un concepto que dice mucho sobre las conductas que deben optar los contratantes y a la vez nada concreto. Seguirá siendo un nombre que funciona como un recordatorio para que los jueces del *civil law* hagan lo que ya están en capacidad de hacer.

Deberán pasar muchos años para confirmar si esta predicción se cumplió. Tal vez la buena fe muera como pasó con la *equity* o el *ius honorarium*, y así tengamos que esperar años para saber cuál será la siguiente institución que deba cumplir la misma función, y que seguramente estudiará a la *equity*, el *ius honorarium* y —ahora— a la buena fe como antecedentes históricos. O tal vez la buena fe sea una maldición, un fantasma que penará es las catedrales del derecho privado europeo (no olvidemos que algo similar se dice en Francia respecto a la *cause*, aunque ya haya sido eliminada de la literalidad del Code Civil). Sin perjuicio que se trate de una muerte o una maldición, consideramos pertinente estas reflexiones pues sin ellas no se puede entender cómo la buena fe puede ser un concepto tan fundamental en ciertos sistemas jurídicos y a la misma vez tan menospreciada en otros. En todo caso, si la buena fe llegase a desaparecer en alguna jurisdicción civilista, ya sabremos por qué.

4. ¿RESURRECCIÓN DE LA BUENA FE EN EL *COMMON LAW*?

La buena fe funciona como un proceso cíclico, con altas y bajas. Mientras que ciertas jurisdicciones civilistas puede estar llegando al punto en que deben dejar de lado —poco a poco— a la buena fe, en el *common law* ciertas jurisdicciones podrían estar experimentando lo contrario, al presentarse

¹⁵⁴ *Idem*, p. 494.

necesidades que hagan necesario el uso de un concepto como la buena fe, si bien no como concepto general y súper poderoso, al menos sí de manera restringida y para supuestos específicos.

Como decía Bridge sobre el derecho inglés: «[...] any debate about the overt presence in English law of a general principle of good faith and fair dealing was starved of oxygen» —aunque— «There are currently signs, nevertheless, of some disturbance in the forces». ¹⁵⁵ Se parte de la premisa que el derecho inglés no admite el concepto de buena fe, pero con el paso del tiempo algo de terreno ha ido ganando, aunque el desarrollo haya sido mínimo (pues claramente se trata de un modelo inglés de la buena fe, muy distinto del alemán).

En Inglaterra se sigue manteniendo la perspectiva tradicional de dar preferencia al pacto de las partes y a la certeza y seguridad en el comercio, incluso por encima de la justicia. Como tal, no existe un concepto general de buena fe, ni para la negociación ni para la ejecución del contrato. Sin embargo, es conocida la defensa en favor de la buena fe por parte del juez inglés George Leggatt ¹⁵⁶ en los casos *Yam Seng Pte. Ltd vs. International Trade Corp. Ltd* (2013) ¹⁵⁷ y *Al Nehayan vs. Kent* (2018), ¹⁵⁸ aunque ciertamente su posición aún sea minoritaria entre las cortes inglesas, aunque con mayor recepción entre los comentaristas (que con los años, han ido reevaluando a la buena fe dentro del derecho inglés). ¹⁵⁹ Dentro de esta posición minoritaria —que va creciendo con los años— cabe mencionar, a manera de ejemplo, el estudio comparado de Ewan McKendrick y Liu Qiao sobre el derecho inglés (que no reconoce un concepto general de buena fe) y el chino (que sí lo reconoce). La conclusión es que a pesar de tal diferencia, las cortes inglesas podrían llegar a las mismas soluciones que las cortes chinas, lo cual explica cómo una jurisdicción como la inglesa, sin la buena fe, podría llegar a los mismos resultados que una jurisdicción como la china en donde sí existe la buena fe como concepto general. ¹⁶⁰

En Escocia se sigue la tradición del derecho inglés respecto al rechazo de la buena fe. Sin embargo, son conocidos los trabajos de Hector L. MacQueen hacia un mayor reconocimiento de la buena fe en el *common law* y sobre todo en el derecho escocés (una jurisdicción mixta, aunque más anglosajona que civilista), al explicar que muchas soluciones específicas en el derecho inglés y escocés pueden fundamentarse en la buena fe. ¹⁶¹ De hecho, se tiene como antecedente el pronunciamiento en *Smith vs. Bank of Scotland* (1997) ¹⁶² en favor de un deber general de buena fe, aunque su impacto no ha sido tal como para señalar que el derecho escocés se haya alejado totalmente de la posición inglesa. ¹⁶³ Por ello, actualmente se encuentra más cercana a la posición inglesa que la posición civilista.

Lo contrario ha ocurrido en Canadá, en donde la Supreme Court en *Bhasin vs. Hrynew* (2014) ¹⁶⁴ ha dejado de lado la tradición inglesa y ha reconocido un principio organizador de buena fe (*general organising principle*), ¹⁶⁵ la cual fue posteriormente usada por Leggatt en su pronunciamiento de primera instancia en el caso *MSC Mediterranean Shipping Co vs. Cottonex* (2015) ¹⁶⁶ en donde también habló

¹⁵⁵ BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». *Op. cit.*, p. 105.

¹⁵⁶ Véase LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 October 2016 y LEGGATT, George. «Negotiation in good faith: adapting to changing circumstances in contracts and English contract law». En *Jill Poole Memorial Lecture*, Aston University, 19 October 2018.

¹⁵⁷ *Yam Seng Pte Ltd vs. International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111.

¹⁵⁸ *Al Nehayan vs. Kent* [2018] EWHC 333 (Comm) (22 February 2018).

¹⁵⁹ Véase POWELL, Raphael. «Good faith in contracts». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 9; STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». *Op. cit.*; BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49; STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52.

¹⁶⁰ MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and *common laws*». *Op. cit.*, pp. 109-111.

¹⁶¹ Véase MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». *Op. cit.*

¹⁶² *Smith vs. Bank of Scotland* [1997] S.C. (H.L.) 111.

¹⁶³ HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». *Op. cit.*, p. 1663.

¹⁶⁴ *Bhasin vs. Hrynen*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494.

¹⁶⁵ Véase MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23.

¹⁶⁶ *MSC Mediterranean Shipping Co SA vs. Cottonex Anstalt* [2015] EWHC 283 (Comm) (12 February 2015).

de la buena fe como un *general organising principle*,¹⁶⁷ aunque luego en el 2016 dicho fallo fue revocado por la Corte de Apelaciones.¹⁶⁸

Por el lado de Estados Unidos de América, la buena fe solo fue reconocida en el Uniform Commercial Code y el Restatement (Second) of Contract para la ejecución de los contratos (*performance and enforcement*) pero no para las tratativas. Entonces, no existe la buena fe precontractual, sin perjuicio de existir soluciones específicas que permitan solicitar el pago de *reliance damages* ante ruptura injustificada de las tratativas.

A pesar de lo mencionado, se ha intentado corregir la tradicional perspectiva *all-or-nothing* de la etapa de negociación, en el sentido que si se ha formado un contrato entonces hay deberes y derechos entre las partes, mientras que si no hay contrato, las partes no se deben nada entre ellas, no existiendo entonces responsabilidad por ruptura de las tratativas en virtud de un concepto de buena fe precontractual. Esto ha generado situaciones ineficientes que han sido analizadas de manera más atenta, y el resultado ha sido el reconocimiento de un deber implícito de buena fe.

Esto ha ocurrido en el campo de los M&A y los *non-binding agreements* (acuerdos no vinculantes como los conocidos MOU, carta de intención o hoja de términos), en donde ciertas cortes americanas han reconocido un deber implícito de negociar de buena fe cuando las negociaciones estuvieran muy avanzadas, sobre todo en tratativas complejas para contratos millonarios como las ventas de empresas. Al respecto, resulta interesante la evolución en las cortes americanas con relación a la responsabilidad precontractual: (1) se pasó de una etapa de no responsabilidad precontractual, (2) hacia una etapa de responsabilidad precontractual solo por el interés negativo (*reliance damages*), (3) hasta llegar al extremo de afirmar que podría haber responsabilidad precontractual por el interés positivo (*expectation damages*) en virtud de la regla de la previsibilidad, si logra probarse que de haberse negociado de buena fe el contrato se hubiera celebrado, de manera que la parte perjudicada tendría derecho al beneficio del contrato.¹⁶⁹

Como vemos, aunque la buena fe siempre fue rechazada en el *common law*, ahora parece haber ganado cierto territorio, aunque nunca olvidemos que solo para supuestos específicos y no como concepto general y organizador del derecho de contratos (salvo Canadá, por el momento). Pero esta eventual recepción en el *common law* no significa que la buena fe vaya ganando territorio en todo el mundo. Por el contrario, la eventual recepción en el *common law* significa la eventual muerte en el *civil law*. En el *civil law* la buena fe ya habría cumplido su función, y por ello, hay que deshacernos de ella. Por el contrario, en el *common law* la buena fe ya fue rechazada y, sin embargo, podría ser reevaluada para definir si actualmente podría cumplir alguna utilidad.

5. REFLEXIONES FINALES

La buena fe es un tema fascinante, de los más complicados en el derecho de contratos. Pero tal vez sea complicada no en sí misma, sino porque se cree que solo existe un solo concepto de buena fe, cuando lo cierto es que existen modelos de buena fe. Si nos percatamos que la buena fe cumple roles distintos en el derecho comparado, entonces comprenderemos por qué algunas jurisdicciones necesitan más a la buena fe que otras, y por qué en ciertas jurisdicciones se puede hablar de la muerte de la buena fe mientras que de manera paralela la buena fe pueda estar resucitando en otros lados.

Si hay algo que debemos internalizar es que no hay nada más peligroso que mirar al derecho desde un solo ángulo, desde una sola experiencia jurídica. Ni siquiera en el caso en donde pueda identificarse un claro antecedente o una codificación que sirvió de copia (como a veces ocurre entre los peruanos con el derecho italiano). En el derecho de contratos la regla es que todo está permitido

¹⁶⁷ Véase BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». Op. cit.

¹⁶⁸ MSC Mediterranean Shipping Company S.A. vs. Cottonex Anstalt [2016] EWCA Civ 789.

¹⁶⁹ Véase GARCÍA LONG, Sergio. «Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

mientras no se infrinjan ciertos límites a la autonomía privada. Entonces, dado que los abogados deben redactar contratos, la ley es solo y simplemente un punto de partida porque siempre podrán pactar en contra, y cuando piensen en cuál debe ser el mejor pacto, el conocimiento de otros sistemas jurídicos puede ser útil y sobre todo si se mira —además— a instrumentos de uniformización (CISG, Unidroit, PECL, DCFR, OHADAC, ICC) que han puesto en evidencia las deficiencias de los derechos nacionales y han propuesto mejoras al respecto.

El estudio de la buena fe confirma ello. Muchas veces se discute sobre la buena fe pero desde un solo modelo, tal vez el alemán, holandés o italiano, que son jurisdicciones pro buena fe, sin percatarse que no están hablando de un concepto universal sino simplemente de un modelo, y que como modelo, también existen aquellos antibuena fe que la detestan hasta el punto de señalar que se trata de un concepto repugnante y de origen alienígena. Estamos convencidos que si ambas percepciones son tomadas en cuenta, la buena fe será mejor entendida, aunque curiosamente para concluir —en ciertos casos— que no la necesitamos.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRUS, R. Blain. *Lawyer. A Brief 5,000 Year History*. Chicago: American Bar Association, 2009.

BEALE, Hugh. «General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: The “good faith” clause». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, pp. 205-218.

BEALE, Hugh. «The Impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits of Voluntary Harmonization». En *European Review of Private Law*, 2010, n.º 3, vol. 18, pp. 501-526.

BECKER, Mary E. «Promissory Estoppel Damages». En *Hofstra Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 16, pp. 131-163.

BELL, John. *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*. Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2006.

BENATTI, Francesca. «La *implication of terms in fact* y el deber de buena fe en el derecho inglés». En BARCHI VELAUCHAGA, Luciano; LEÓN HILARIO, Leysser; CONTRERAS GRANDA, Vladimir; CAMPOS GARCÍA, Héctor; BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo; GARCÍA LONG, Sergio y BASALDÚA CHINCHA, Christian (eds.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*. Lima: Instituto Pacífico, 2022.

BERGER, Klaus Peter y ARNTZ, Thomas. «Good faith as a “general organising principle” of the common law». En *Arbitration International*, 2016, n.º 1, vol. 32, pp. 167-178.

BERMAN, Harold J. «Law and Belief in Three Revolutions». En *Valparaiso University Law Review*, 1984, n.º 3, vol. 18, pp. 569-629.

BERMAN, Harold J. «The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future». En *Louisiana Law Review*, 2000, n.º 3, vol. 60, pp. 739-763.

BERNSTEIN, Herbert y ZEKOLL, Joachim. «The Gentleman’s Agreement in Legal Theory and in Modern Practice: United States». En *American Journal of Comparative Law Supplement*, 1998, vol. 46, pp. 87-110.

BRIDGE, Michael G. «Does anglo-canadian contract law need a doctrine of good faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 385-426.

BRIDGE, Michael G. «Doubting good faith». En *New Zealand Business Law Quarterly*, 2005, vol. 11, pp. 430-450.

BRIDGE, Michael G. «Good faith, the *common law*, and the CISG». En *Uniform Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 22, pp. 98-115.

BROWNSWORD, Roger. «“Good Faith in Contracts” Revisited». En *Current Legal Problems*, 1996, n.º 1, vol. 49, pp. 111-157.

BUECHLER JR., Gerald B. «The Recognition of Preliminary Agreement in Negotiated Corporate Acquisitions: An Empirical Analysis of the Disagreement Process». En *Creighton Law Review*, 1989, vol. 22.

BURTON, Steven J. «Breach of contract and the common law duty to perform in good faith». En *Harvard Law Review*, 1980, n.º 2, vol. 94, pp. 369-404.

BURTON, Steven J. «Good faith in articles 1 and 2 of the U.C.C.: The practice view». En *William & Mary Law Review*, 1994, n.º 4, vol. 35, pp. 1533-1564.

BURTON, Steven J. «History and theory of good faith performance in the United States». En DiMATTEO, Larry y HOGG, Martin (eds.). *Comparative Contract Law: British and American Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 210-218.

CARTWRIGHT, John y HESSELINK, Martijn. *Precontractual liability in European Private Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile*. 3ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006.

COLLINS, Hugh. *The Law of Contract*. 4ª ed. London: LexisNexis, 2003.

DAINOW, Joseph. «The *civil law* and the *common law*: Some Points of Comparison». En *The American Journal of Comparative Law*, 1966-1967, n.º 3, vol. 15, pp. 419-435.

DAWSON, John P. «Judicial revision of frustrated contracts: the United States». En *Boston University Law Review*, 1984, n.º 1, vol. 64, pp. 1-38.

DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Ann Arbor: The University of Michigan School of Law, 1968.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Desacralizando la buena fe en el derecho». En CÓRDOVA, Marcos M.; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. y KLUGER, Viviana (eds.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2005, pp. 19-46.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En *Thémis*, 2005, vol. 51, pp. 31-42.

DI MAJO, Adolfo. «Delle Obbligazioni in Generale. Art. 1173-1176». En *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro Quarto – Delle Obbligazioni*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis. «Prólogo». En WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982.

DUBBER, Markus Dirk. «The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment». En *German Law Journal*, 2005, n.º 7, vol. 6, pp. 1-37.

DUHL, Gregory M. «Conscious ambiguity: slaying Cerberus in the interpretation of contractual inconsistencies». En *University of Pittsburgh Law Review*, 2009, n.º 1, vol. 71, pp. 71-116.

DUHL, Gregory M. «Red Owl's Legacy». En *Marquette Law Review*, 2003, vol. 87, pp. 297-321.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)». En *Themis*, 2004, n.º 49, pp. 153-160.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Contratación corporativa y evolución legal». En *Themis*, 2016, n.º 70, pp. 67-93.

EWALD, William. «The Roman Foundations of European Law». En *Penn Law Journal, Faculty Excerpts*, 1994, Paper 1235.

FARNSWORTH, E. Allan. «Comment on Michael Bridge's Paper: Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?». En *The Canadian Business Law Journal*, 1984, n.º 4, vol. 9, pp. 426-429.

FARNSWORTH, E. Allan. «Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code». En *The University of Chicago Law Review*, 1963, n.º 4, vol. 30, pp. 666-679.

FARNSWORTH, E. Allan. «Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations». En *Columbia Law Review*, 1987, n.º 2, vol. 87, pp. 217-294.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y MAZEAUD, Denis. *European Contract Law*. Múnich: Sellier, 2008.

FEBBRAJO, Tommaso. «Good Faith and Pre-Contractual Liability in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code». En *The Italian Law Journal*, 2016, n.º 2, vol. 2, pp. 291-312.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)». En *Themis*, 2005, n.º 50, pp. 237-272.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». En ESCOBAR ROZAS, Freddy; MORALES HERVIAS, Rómulo; LEÓN HILARIO, Leysser L. y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric (dirs.). *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe. El Principio General en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1984.

FON, Vincy y PARISI, Francesco. «Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis». En *International Review of Law and Economics*, 2006, vol. 26, pp. 519-535.

FORTE, A.D.M. «Good Faith and Utmost Good Faith: Insurance and Cautionary Obligations in Scots Law». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

FRANKLIN, Eric H. «Mandating Precontractual Disclosure». En *University of Miami Law Review*, 2013, vol. 67, pp. 553-593.

FRANZONI, Massimo. *Degli effetti del contratto. Volume I. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

- GARCÍA LONG, Sergio. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA, Carlos (ed.). *Fusiones y adquisiciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En CASTILLO FREYRE, Mario; VIDAL RAMOS, Roger y SILVA-SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco (eds.). *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario, normativo y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, pp. 493-555.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta. «La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo». En *InDret*, 2/2010, pp. 1-62.
- GERGEN, Mark P. «The Use of Open Terms in Contract». En *Columbia Law Review*, 1992, n.º 5, vol. 92, pp. 997-1081.
- GILES, Paul y WALLING, Emily. «Good faith in English Law. What does it mean?». En *Eversheds, Legal Report*, 2014.
- GILKER, Paula. «A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law». En *The International and Comparative Law Quarterly*, 2003, n.º 4, vol. 52, pp. 969-993.
- GILMORE, Grant. «The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase». En *The Yale Law Journal*, 1954, n.º 8, vol. 63, pp. 1057-1122.
- GOETZ, Charles J. y SCOTT, Robert E. «Principles of Relational Contracts». En *Virginia Law Review*, 1981, n.º 6, vol. 67, pp. 1089-1150.
- GOODE, Roy. «International Restatement of Contract and English Contract Law». En *Uniform Law Review*, 1997, n.º 2, vol. 2, pp. 231-247 .
- GORDLEY, James. «The Universalist Heritage». En LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University Press, 2011.
- GOSFIELD, Gregory G. «The Structure and Use of Letters of Intent». En *GPSolo*, 2004, n.º 2, vol. 21.
- GROSHEIDE, Willem. «The duty to deal fairly in commercial contracts». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.
- HARRIES, Jill. *Law and Empire in Late Antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- HARTKAMP, Arthur S. «Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands». En *American Journal of Comparative Law*, 1992, n.º 3, vol. 40, n.º 3, pp. 551-572.
- HAVEL, Tomáš. «Praetorian Law: A Contribution to the Beginnings of Legal Sociology». En *The Lawyer Quarterly*, 2015, n.º 3, vol. 5, pp. 1-17.
- HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W. y CRASWELL, Richard. «Contract Law. Chapter 1». En POLINSKY, A. Mitchell y SHAVELL, Steven (eds.). *Handbook of Law and Economics. Volume 1*. North Holland: Elsevier B.V., 2007.
- HESELINK, Martijn W. «The Concept of Good Faith». En HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; JOUSTRA, Carla; DU PERRON, Edgar y VELDMAN, Muriel (eds.). *Towards a european civil code*. 3ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 471-498.

HILL, Claire A. y KING, Christopher. «How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words». En *Chicago-Kent Law Review*, 2004, vol. 79, pp. 889-926.

HOGG, Martin A. «The implication of terms-in-fact: good faith, contextualism, and interpretation». En *George Washington Law Review*, 2018, n.º 6, vol. 85, pp. 1660-1691.

HOLMES, Eric M. «A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation». En *University of Pittsburgh Law Review*, 1978, n.º 3, vol. 39, pp. 381-452.

HOUH, Emily. «The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?». En *Utah Law Review*, 2005, n.º 1, pp. 1-56.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. «Theorie et Pratique de la Clause Generale en Droit Français Et Dans Les Autres Systemes Juridiques Romanistes». En GRUNDMANN, Stefan y MAZEAUD, Denis (eds.). *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

KEILY, Troy. «Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)». En *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 1999, vol. 3.

KESSLER, Friedrich y FINE, Edith. «*Culpa in Contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study». En *Harvard Law Review*, 1964, n.º 3, vol. 77, pp. 401-449.

KLEIN, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

KNAPP, Charles L. «Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel». En *Hastings Law Review*, 1998, vol. 49, pp. 1191-1335.

KÖTZ, Hein. «Civil Code Revision in Germany: The Experience in the Field of Contract Law». En *Israel Law Review*, vol. 20, n.º 1, 1985.

KÖTZ, Hein. «Taking Civil Codes Less Seriously». En *The Modern Law Review*, 1987, n.º 1, vol. 50, pp. 1-15.

KÖTZ, Hein. «Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith». En CANE, Peter y STAPLETON, Jane (eds.). *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KOUCHIKALI, Parham y ROSS, Chris. «Supreme Court clarifies law on implied terms: “business efficacy” test remains». En *Reynolds Porter Chamberlain, legal report*, 21 de enero de 2016.

KOZEL, Randy J. «*Stare Decisis* as Judicial Doctrine». En *Washington and Lee Law Review*, 2000, vol. 67, pp. 411-466.

LAMBO, Luigi. *Obblighi di Protezione*. Padova: Cedam, 2007.

LANDO, Ole. «Is good faith an over-arching general clause in the Principles of European Contract Law?». En *European Review of Private Law*, 2007, n.º 6, vol. 15, pp. 841-854.

LANGBEIN, John H. «The Disappearance of Civil Trial in the United States». En *The Yale Law Journal*, 2012, n.º 3, vol. 122, pp. 522-572.

LEGGATT, George. «Contractual duties of good faith». En *Lecture on the Commercial Bar Association*, 18 October 2016.

LEGGATT, George. «Negotiation in good faith: adapting to changing circumstances in contracts and English contract law». En *Jill Poole Memorial Lecture*, Aston University, 19 October 2018.

LEÓN HILARIO, Leysser L. «La buena fe en la negociación de los contratos. Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual». En LEÓN HILARIO, Leysser L. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores, 2007.

LEÓN HILARIO, Leysser L. «La importancia del derecho comparado en la reforma del código civil y en la formación de una verdadera escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)». En LEÓN HILARIO, Leysser L. *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*. Lima: Palestra, 2004.

LEVIN, Alan J. «Duty of Utmost Good Faith in the United States». En *International Business Lawyer*, November 2002.

LORDE MARTIN, Susan. «Kill the Monster: Promissory Estoppel as an Independent Cause of Action». En *William & Mary Business Law Review*, 2016, vol. 7, pp. 1-32.

MACKAAY, Ejan. «Good faith in civil law systems. A legal-economic analysis». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2012, n.º 18, pp. 149-177.

MACNEIL, Ian. «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract». En *Northwestern University Law Review*, 1978, n.º 6, vol. 72, pp. 854-905.

MACNEIL, Ian. «The Many Futures of Contracts». En *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, pp. 691-816.

MACQUEEN, Hector L. «Good faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 5-38.

MACQUEEN, Hector L. «Good faith». En MACQUEEN, Hector L. y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2006, pp. 43-73.

MACQUEEN, Hector y O'BYRNE, Shannon. «The principle of good faith in contractual performance: A Scottish-Canadian comparison». En *Edinburgh Law Review*, 2019, n.º 3, vol. 23, pp. 301-331.

MAITLAND, F. W. «Lecture II. The Origin of Equity (II)». En MAITLAND, F. W. *Equity. A Course of Lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

MARKESINIS, Basil y DEAVIN, Simon. *Tort Law*. 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1999.

MATO PACÍN, María Natalia. «El papel de la buena fe en el derecho contractual inglés». En *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2018 n.º 2, pp. 2-53.

MCKENDRICK, Ewan y LIU, Qiao. «Good faith in Contract Performance in the Chinese and common laws». En DIMATTEO, Larry A. y CHEN, Lei (eds.). *Chinese Contract Law. Civil and common law Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MCKENDRICK, Ewan. «Good Faith: A Matter of Principle?». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 39-61.

MERRYMAN, John Henry. «How others do it: The French and German Judiciaries». En *Southern California Law Review*, 1988, vol. 61.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2012 [1969].

MORALES HERVIAS, Rómulo. «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». En *Derecho PUCP*, 2013, n.º 71, pp. 53-75.

NEDZEL, Nadia E. «A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability». En *Tulane European & Civil Law Forum*, 1997, vol. 12, pp. 97-158.

PARRY, David Hughes. *The Sanctity of Contracts in English Law*. London: Stevens & Sons, 1959.

PHILIPPE, Julie M. «French and American Approaches to Contract Formation and Enforceability: A Comparative Perspective». En *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 2005, n.º 2, vol. 12, pp. 357-399.

POSNER, Eric A. «The Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation». En *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, vol. 146, pp. 533-577.

POSNER, Richard A. «Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession». En *Virginia Law Review*, 2000, n.º 3, vol. 86, pp. 535-567.

POSNER, Richard A. «The Law and Economics of Contract Interpretation». En *Texas Law Review*, 2005, vol. 83, pp. 1581-1614.

POWELL, Raphael. «Good faith in contracts». En *Current Legal Problems*, 1956, n.º 1, vol. 9, pp. 16-38.

REIMANN, Mathias. «The Good, the Bad, and the Ugly: The Reform of the German Law of Obligations». En *Tulane Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 83.

RHEINSTEIN, Max. «Comparative Law and Conflict of Law in Germany». En *The University of Chicago Law Review*, 1935, n.º 2, vol. 2, pp. 232-269.

RHEINSTEIN, Max. «Review. The Oracles of Law by John P. Dawson». En *The American Journal of Comparative Law*, 1970, n.º 2, vol. 18.

SAAVEDRA Velazco, Renzo E. «¿La noción de contrato es uniforme en los sistemas jurídicos contemporáneos?». En *Análisis económico y comparado del derecho privado. Una introducción*. Lima: Fogueras, 2016.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. «De los períodos precontractuales y de su exacta y verdadera explicación científica. Una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggela». En *Ius Et Veritas*, 2009, n.º 38, pp. 36-65.

SAUVEPLANNE, J. G. *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislators in Civil and common law Systems*. Amsterdam: North-Holland, 1982.

SCARMAN, Leslie George. «Codification and Judge-Made Law: A Problem of Coexistence». En *Indiana Law Journal*, 1967, n.º 3, vol. 42, pp. 355-368.

SCHÄFER, Hans-Bernd y AKSOY, Hüseyin Can. «Good Faith». En *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2015.

- SCHÄFER, Hans-Bernd. «Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries». En *Supreme Court Economic Review*, 2006, vol. 14, pp. 113-134.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Precontractual Liability and Preliminary Agreements». En *Harvard Law Review*, 2007, n.º 3, vol. 120, pp. 661-707.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert E. «Rethinking the Laws of Good Faith Purchase». En *Columbia Law Review*, 2011, n.º 6, vol. 111, pp. 1332-1383.
- SKYRMS, James F. «Commentators on the Roman Law». En *Books At Iowa*, 1980, n.º 1, vol. 32, pp. 3-14.
- STAPLETON, Jane. «Good faith in private law». En *Current Legal Problems*, 1999, n.º 1, vol. 52, pp. 1-36.
- STEIN, Peter G. «Judge and Jurist in the *civil law*: A Historical Interpretation». En *Louisiana Law Review*, 1985, n.º 2, vol. 46, pp. 241-257.
- STEIN, Peter G. «Roman Law, *common law*, and *civil law*». En *Tulane Law Review*, 1992, n.º 6, vol. 66, pp. 1591-1603.
- STEYN, Hon. «Mr. Justice. The role of good faith and fair dealing in contract law: a hair-shirt philosophy». En *Denning Law Journal*, 1991, vol. 6, pp. 131-142.
- STYLES, Scott Crichton. «Good faith: A principled matter». En FORTE, A.D.M. (ed.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford: Hart Publishing.
- SUMMERS, Robert S. «“Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, 1968, n.º 2, vol. 54, pp. 195-267.
- SUMMERS, Robert S. «The conceptualization of good faith in American contract law: a general account». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 118-136.
- SUMMERS, Robert S. «The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization». En *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, pp. 810-840.
- TARR, Anthony A. y TARR, Julie-Anne R. «Utmost Good Faith in Insurance: Reform Overdue?». En *Asia Pacific Law Review*, 2002, n.º 2, vol. 10, pp. 171-184.
- TAYLOR, Andrew. «A Comparative Analysis of US and English Contract Law. Interpretation and Implied Terms». En *International In-house Counsel Journal*, 2015, n.º 3, vol. 9, pp. 1-12.
- TETLEY, William. «Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering». En *Journal of Maritime Law & Commerce*, 2004, n.º 4, vol. 35, pp. 561-616.
- TEUBNER, Gunther. «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Ups in New Divergences». En *The Modern Law Review*, 1998, n.º 1, vol. 61, pp. 11-32.
- THOMAS, Steven W. «Utmost Good Faith in Reinsurance: A Tradition in Need of Adjustment». En *Duke Law Journal*, 1992, vol. 41, pp. 1548-1597.

TWIGG-FLESNER, Christian. «The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999: new powers for the regulator and the Consumer's Association». En *Utilities Law Review*, 2000, n.º 2, vol. 11, pp. 41-46.

VAN CAENEGEM, R. C. *European Law in the Past and in the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VAZ FREIRE, Paula. «Good faith in contractual law: A "Law and Economics" Perspective». En *Revista Jurídica Luso Brasileira*, 2016, n.º 4, año 2, pp. 1381-1393.

VIGLIONE, Filippo. «Good faith and reasonableness in contract interpretation: a comparative perspective». En *European Business Law Review*, 2009, n.º 6, vol. 20, pp. 835-850.

WEBSTER, James A. «A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform and Enforce Contracts in Good Faith». En *Oregon Law Review*, 1996, vol. 75.

WHITMAN, James Q. *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN, Reinhard. «Good faith in Europe contract law: Surveying the legal landscape». En ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WHITTAKER, Simon. «Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges». En *The Modern Law Review*, 2011, n.º 1, vol. 74, pp. 106-122.

WIEACKER, Franz. *El principio general de buena fe*. Madrid: Civitas, 1982.

WOLONIECKI, Jan. «The Duty of Utmost Good Faith in Insurance Law: Where Is It in the 21st Century?». En *Defense Counsel Journal*, January 2002.

ZAGREBELSKY, Gustav. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture three – A Change in Perspective: European Private Law and its Historical Foundations». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004, pp. 107-185.

ZIMMERMANN, Reinhard. «Lecture two – The Transition from *civil law* to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era?». En ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. New York: Oxford University Press, Clarendon Law Lectures, 2004.

ZUSMAN TINMAN, Shoschana. «La buena fe contractual». En *Thēmis*, 2005, n.º 51, pp. 19-30.

LA BUENA FE EN EL DERECHO DE CONTRATOS
REFLEXIONES CRÍTICAS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
OCTUBRE DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ