



e induce a algunas reflexiones de fondo sobre el Derecho de los contratos en Italia y en Europa.

La referencia a las técnicas de formación del contrato llama la atención acerca de la contratación que se va difundiendo mediante el uso de instrumentos telemáticos. Estos nuevos instrumentos de comunicación permiten ofrecer a todos los individuos bienes y servicios, brindando a su vez una imagen en tiempo real y tornando posible una aceptación inmediata por parte de un número indefinido de personas diseminadas por todo el mundo.

«AL PERJUICIO QUE EL CONSUMIDOR SUFRE POR EL DESEQUILIBRIO EN LA REGLAMENTACIÓN CONTRACTUAL SE LE AÑADIRÍA AHORA EL PELIGRO DE FORMAS AGRESIVAS DE VENTA BASADAS EN LA PRESENTACIÓN DE IMÁGENES Y DESCRIPCIONES: EL CONSUMIDOR RESULTA ASÍ EXPUESTO A LA SORPRESA DE ADQUIRIR BIENES QUE NO CORRESPONDEN A SUS EXPECTATIVAS».

De estos instrumentos, ya se ha ocupado tanto el legislador europeo como los legisladores nacionales, quienes, por un lado, han dado paso al reconocimiento de la forma telemática como equivalente a la escritura impresa; y, por otro lado, han dictado reglas adecuadas para los contratos a distancia y para el comercio electrónico (en Italia las últimas intervenciones legislativas han sido el Decreto Legislativo 10, del 23 de enero del 2002, que ha dado actuación a la Directiva 1999/93/CE, y el Decreto de la Presidencia de la República 137, del 7 de abril del 2003).

Frente a estas nuevas formas de manifestación de la voluntad contractual, existen quienes han anunciado la muerte del contrato, ya otras veces anunciada^(NT1), porque no existiría más el acuerdo^(NT2). En realidad, no se trata de la muerte del contrato sino la irrupción de los contratos

^(NT1) La referencia es indudablemente al conocido trabajo del profesor norteamericano GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974, quien, en la obra citada, expresaba la idea de que, a partir del decenio 1920-1930, las constantes decisiones de las Cortes estadounidenses por las que se otorgaba una acción contractual a quien solicitaba el cumplimiento de una promesa que no se encontraba acompañada o fundada en una consideration, no hacían sino menoscabar, por así decirlo, the classical notion of contract que se erige en torno a la noción de consideration. Las decisiones a las que el autor citado hace referencia encontrarían sustento en la doctrina del promissory estoppel. Para un mayor desarrollo de ambas doctrinas, nos permitimos remitir al lector a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *La responsabilidad precontractual en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional*. En *Responsabilidad civil contemporánea*: Lima: Asociación Civil ius et veritas / Ara, 2009. pp. 513-565, ivi pp. 519-525.

Massimo Bianca

en masa en los que resulta desconocido aquel fenómeno que normalmente precede a la conclusión de los negocios individuales: los tratos preliminares. La etapa de tratativas ha desaparecido en los contratos en masa, ello en tanto que la introducción en el mercado de los productos industriales de consumo y de los servicios públicos requiere de la estandarización de las relaciones contractuales. En efecto, la negociación de cada relación individual resulta del todo incompatible con la exigencia de los empresarios de predeterminar los beneficios y costos de su actividad.

Los contratos en masa ya eran conocidos en el pasado. Empero, el fenómeno ha ido expandiéndose cada vez más hasta dominar el área de la autonomía privada. El contrato en masa ha significado la caída del mito de la paridad de las partes en tanto tal modalidad contractual se encuentra fuertemente caracterizada por la circunstancia de que la parte fuerte determina unilateralmente, y a su favor, la reglamentación del contrato en derogación de la disciplina legal.

Los ordenamientos jurídicos no han permanecido impasibles frente al -por lo general- sometimiento de los consumidores de bienes y servicios a la autoridad de facto de los empresarios. La manifiesta insuficiencia de la regla clásica de la paridad

formal de las partes para superar este tipo de abusos nos ha permitido percatarnos, en los hechos, de la necesidad de adoptar instrumentos de control sustancial sobre el contenido de las relaciones.

Una iniciativa decisiva en tal sentido ha sido tomada en sede comunitaria. La reciente historia del Derecho de los contratos ha conocido, así, una serie de directivas comunitarias que permitieron el ingreso de una nueva concepción: el reconocimiento de que en los contratos en masa existe una parte institucionalmente débil -el consumidor- y una parte institucionalmente fuerte -el productor-, y que esta diversa posición de las partes exige que la parte débil sea protegida contra la determinación abusiva del contenido del contrato^(NT3).

Un dato nuevo y posterior que se aprehende en la actualidad en los contratos telemáticos es que el adquirente no se encuentra en posibilidad de verificar de manera preventiva

A pesar del alcance más bien limitado de las conclusiones de Gilmore, en el sentido de que el fenómeno específico al que hace alusión solo podría ser aplicable en países del Common Law, el trabajo generó una fuerte impresión también en autores del civil law. Empero, tal y como evidencia SACCO, Rodolfo. El contrato en general. Traducción de Leysser L. León. En: Themis. Número 49. Lima: 2004. pp. 15-21, *ivi* p. 18, debido a las diferencias estructurales entre las nociones de contrato y contract se podría afirmar que "... en el momento en que tu contract ha muerto, ha nacido nuestro contrato", en la medida que donde la noción de *contract* propia del common law encuentra su límite (por ejemplo, en las promesas gratuitas) la noción de contrato propia de Europa continental aun permite explicar dichos fenómenos.

^(NT2) Tal es la posición expuesta por el profesor italiano IRTI, Natalino. *Intercambios sin acuerdo*. En: AUTORES VARIOS. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. 2da. edición. Lima: Ara, 2004. pp. 283-309, quien, en apretada síntesis, sostiene la disociación entre, por un lado, los intercambios económicos de bienes y servicios; y, por otro lado, los intercambios lingüísticos que redundarían en un acuerdo contractual. En tal sentido, solo estaríamos frente a dos actos unilaterales (la exposición de bienes y servicios; y, su elección) que se mantendrían del todo separadas, salvo por la identidad en el objeto del intercambio (p. 304).

El texto antes aludido provocó la participación de diversos autores con el ánimo de echar por tierra la afirmación de Natalino Irti. Nos referimos a los ensayos de OPPO, Giorgio. ¿Deshumanización del contrato? En: AUTORES VARIOS. *Estudios sobre el contrato en general*. *Op. cit.*; pp. 311-329 (que generó la réplica de IRTI, Natalino. Es cierto, pero: réplica a Giorgio Oppo. En: AUTORES VARIOS. *Estudios sobre el contrato en general*. *Op. cit.*; pp. 331-344); BIANCA, C. Máximo. *Diritto Civile*. Volumen III. Il Contratto. 2da. edición. Milano: Giuffrè, 2000. pp. 43 y siguientes (que fue luego contestada por IRTI, Natalino. El intercambio de pañoletas: réplica semi-seria al profesor Massimo Bianca. En: AUTORES VARIOS. *Estudios sobre el contrato en general*. *Op. cit.*; pp. 345-352); y, en nuestra opinión, la incontestable participación de GAZZONI, Francesco. Contacto real y contacto físico: esto es, el acuerdo contractual acrobático. En: AUTORES VARIOS. Estudios sobre el contrato en general. *Op. cit.*; pp. 371-392.

^(NT3) El riesgo de la predisposición abusiva del contrato ha generado, en sede italiana, a hablar en los últimos años de una especie particular de invalidez. Nos referimos a la así denominada nulidad de protección.

las mercaderías. Al perjuicio que el consumidor sufre por el desequilibrio en la reglamentación contractual, se le añadiría ahora el peligro de formas agresivas de venta basadas en la presentación de imágenes y descripciones: el consumidor resulta así expuesto a la sorpresa de adquirir bienes que no corresponden a sus expectativas. Análogo riesgo se encuentra presente en otras formas de venta agresiva: las ventas por correspondencia y las televentas.

En el mercado interno e internacional se ha conocido desde antiguo la “venta de bienes con transporte”, modalidad que es generalmente concluida sin una verificación preventiva del bien por parte del comprador. La tradicional venta de bienes con transporte es aún una venta comercial, donde lo que cuenta es que las mercaderías sean de la cantidad y calidad debidas. La verificación puede entonces tener lugar en sede de ejecución del contrato y el adquirente se encontraría protegido de manera suficiente en cuanto podría valerse de los remedios contra el incumplimiento del vendedor si es que las mercaderías se encontrasen viciadas o bien privadas de las cualidades debidas.

En las ventas telemáticas y en las ventas por correspondencia, en cambio, la disciplina del incumplimiento no protege de

manera suficiente al consumidor de los riesgos de adquisiciones que tengan por objeto bienes que, aún privados de vicios o dotados de las cualidades debidas, no corresponden a las expectativas que suscitan su presentación visual o su descripción.

Otros riesgos a los cuales se encuentra expuesto el consumidor, sobretudo en la televenta y en las ventas denominadas puerta a puerta, resulta de la ausencia de ponderación de la adquisición. Estas ofertas agresivas constriñen al consumidor a decidir prontamente, así como el propio hecho de los urgentes requerimientos por parte del vendedor, lo cual podría inducirlo a adquisiciones no convenientes o bien excesivamente gravosas para el presupuesto doméstico. En sede comunitaria se ha visto por conveniente proteger al consumidor contra este riesgo, atribuyéndole una facultad ignorada en el clásico Derecho de los contratos: una facultad de desistimiento [*recesso*]^(NT4) que puede ser ejercida libremente dentro de un plazo determinado⁽¹⁾.

^(NT4) A través de la figura del desistimiento se pretende dar explicación a un conjunto heterogéneo de fenómenos que se presentan en la realidad. Sin embargo, estos tienen únicamente como punto de contacto el hecho de culminar o, en otras palabras, extinguir una relación contractual previamente establecida entre las partes, ya sea por medio del ejercicio de una voluntad unilateral (la cual, sin embargo, puede ser de fuente legal o convencional) o bilateral (la cual es siempre de fuente convencional y deberá a su vez ser ejercitada de la misma manera). Un ejemplo de desistimiento unilateral (esto es, donde basta que una de las partes -a la que se ha investido con el citado poder- manifieste su intención de apartarse del contrato) se observa en las denominadas arras de retractación; por su parte, un ejemplo de desistimiento bilateral (esto es, donde las partes del contrato deben conjuntamente manifestar su voluntad de extinguir la relación contractual) se da en la figura del mutuo disenso.

Para lograr, por medio de la actuación del desistimiento, la extinción de la relación contractual no se requiere la expresión de una justa causa.

Como es por todos conocido, la necesidad de expresar una justa causa que sirva de fundamento para la extinción de un vínculo contractual sí se encuentra presente en el caso de la resolución por incumplimiento de obligaciones, sin que importe para ello el mecanismo específico que se emplea para la obtención del citado efecto jurídico (vale decir, la resolución judicial vía el artículo 1428, la resolución por autoridad del acreedor contenida en el artículo 1429 o el ejercicio de una cláusula resolutoria expresa según el artículo 1430 del Código Civil peruano).

Sobre las características de la figura del recesso o desistimiento contractual nos permitimos remitir a MORALES HERVIAS, Rómulo. *La irrevocabilidad del poder: A propósito de un inútil debate jurídico*. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. Número 54. Trujillo: Normas legales, 2005. pp. 49 y siguientes; y, a su vez, a SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *Caracteres del negocio de última voluntad: planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas*. En: *ius et veritas*. Número 36. Lima: Asociación Civil ius et veritas, 2008. pp. 216 y siguientes, ivi pp. 222-226, donde se desarrolla, en vía de contraposición, las peculiaridades de esta figura respecto de la revocación.

Massimo Bianca

2. Las intervenciones comunitarias y la formación de un Derecho de los contratos con una impronta dirigida a la tutela sustancial de la parte débil

Las iniciativas comunitarias dirigidas a la tutela del consumidor han dado un fuerte impulso a un movimiento de renovación en materia contractual ya existente en algunos estados europeos.

Las intervenciones son aún percibidas como convergentes en una parte especial del Derecho contractual: parte que constituiría una derogación del sistema que estaría justificada por la particular cualificación de las partes. Por el contrario, es necesario reconocer que las normas dirigidas a proteger a los consumidores contribuyen a formar una nueva parte general del Derecho de los contratos, en la cual ya estarían presentes las líneas de un diseño contractual europeo.

3. Intervenciones sectoriales y manifestaciones de principios generales

La unificación del Derecho privado, en el sentido de la creación de un Código europeo, se encuentra todavía sometida a un largo camino por recorrer. Empero, los principios que se extraen de las leyes de actuación de las directivas comunitarias son

ya expresión de un proceso de unificación. Las diversas intervenciones sectoriales en torno al comercio electrónico, cláusulas vejatorias, ventas de bienes de consumo, etcétera, son piezas de un cuadro que se encuentra aún por completarse y que, sin embargo, tiende a encumbrarse como sistema del derecho contractual europeo, entendiendo al Estado como fuente de los principios contractuales de matriz comunitaria, los cuales constituyen principios comunes a los varios ordenamientos de los estados miembros.

Entre estos principios asume una importancia primordial el principio de la buena fe.

4. El principio de buena fe

El principio de buena fe se encuentra expresamente sancionado por los códigos continentales y es repetidamente proclamado por nuestro Código⁽²⁾. El principio, luego, encontró reconocimiento en el Derecho comunitario.

Al respecto, asume decisiva relevancia la Directiva 1993/13/EEC, de fecha 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas⁽³⁾.

(1) VALENTINO, Daniela. *Recesso e vendite aggressive*. Nápoles: ESI, 1996. p. 114.

(2) Sobre la buena fe, en el Derecho italiano, me limito a recordar el trabajo de BIGLIAZZI GERI, Lina, voz *Buona fede nel diritto civile*. En: *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*. Volumen II. Turín: Utet, 1988. p. 154. Para otras referencias bibliográficas puede consultarse BIANCA, C. Máximo. *Diritto Civile*. Volumen III. *Il contratto*. 2da. edición. Milano: Giuffrè, 2000. p. 500.

Con respecto al derecho alemán, donde el principio de la buena fe ha tenido la más vigorosa aplicación, aún resultan fundamentales las contribuciones de CANARIS, Claus Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munich: 1971; WEBER, Wilhelm. *Treu und Glauben (§ 242 BGB)*, extracto de *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlín: 1961; y WIEACKER, Franz. *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Tubinga: 1956.

Asimismo, se puede mencionar también los ensayos de SCHLECHTRIEM, Meter. *Good faith in German Law and in International Uniform Laws*. En: *Collana del centro di Studio e ricerche di diritto comparato e straniero*. Roma: 1997; EBKE, Werner y Bettina STEINHÄUER. *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*. Oxford: 1995. p. 171; y, para el derecho francés, TALLON, Denis. *Le concept de bonne foi in droit français du contrat*. En: la citada *Collana*, Roma: 1994.

(3) BENACCHIO, Gian Antonio. *La buona fede nel diritto comunitario*. En: AUTORES VARIOS. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padua-Venecia-Treviso, 14-15-16 de junio de 2001)*, al cuidado de Luigi Garofalo. Volumen I. Papua: Cedam, 2003. p. 189, llama la atención sobre diversas referencias a la buena fe en las Directivas, señalando, entre otras, la Directiva 86/653

Como es conocido, la versión italiana de la Directiva contiene una anómala previsión sobre la buena fe, entendida como estado subjetivo del profesional que no impide el carácter vejatorio de las cláusulas contractuales (Artículo 31: “una cláusula contractual (...) se considera abusiva si, a pesar del requisito de la buena fe, determina, en perjuicio del consumidor, un significativo desequilibrio de derechos y deberes de las partes derivadas del contrato”). Análoga es la disposición de la Ley de Ejecución (artículo 1469¹-bis del *Codice Civile*)^(NT5).

Las otras versiones de la Directiva, y en particular la versión inglesa, hacen en cambio explícita mención a la buena fe en sentido objetivo, a la buena fe como precepto de comportamiento. En efecto, son definidas como vejatorias las cláusulas que, “contrariamente al precepto de la buena fe” (cfr., por ejemplo, el texto inglés: “contrary to the requirement of good faith” [“contrario al requisito de la buena fe”]) determinan un significativo desequilibrio de las posiciones contractuales⁽⁴⁾. Y, por lo tanto, en el significado recibido por los Estados miembros, la Directiva presupone la existencia del principio de buena fe como principio de derecho y, por ende, sanciona su violación.

No obstante la diversa versión italiana de la Directiva, debe considerarse que, también para nuestro derecho, la predisposición de cláusulas abusivas constituye violación del principio de buena fe. En efecto, la ley de 1998 sobre los derechos de los consumidores y usuarios (Número 281, del 30 de julio) ha sancionado como fundamental el derecho del consumidor y del usuario “a la lealtad, transparencia y equidad en las relaciones contractuales”. El término lealtad [*correttezza*] designa a la buena fe en sentido objetivo.

5. La postura crítica de la doctrina inglesa vista por un jurista del *Civil Law*

Sin embargo, frente a la recepción legislativa del principio de buena fe para la protección del consumidor, la actitud prevalente por parte de la doctrina inglesa resulta negativa⁽⁵⁾.

relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo que atiene a los agentes comerciales (artículo 3, primer párrafo; artículo 4, primer párrafo); la Directiva 93/83 para la coordinación de algunas normas en materia de derecho de autor y derechos conexos aplicables a la radiodifusión vía satélite y a la retransmisión vía cable (artículo 12); la Directiva 96/92 referente a las normas comunes para el mercado interno de la energía eléctrica (artículo 20, segundo párrafo).

^(NT5) La primera versión del artículo 1469-bis del *Codice Civile*, que es la aludida por el autor, disponía, en su primer párrafo, lo siguiente: “En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, se consideran vejatorias las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinen a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de los deberes derivados del contrato”.

(4) En particular, y para una exposición de la doctrina de lengua inglesa sobre el principio de buena fe, puede consultarse ANTONIOLLI DEFLORIAN, Luisa. *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*. En: *Rivista del diritto civile*. Año XXXVIII. Número 3, 2002, parte I. p. 451.

(5) En cambio, la orientación de la doctrina del *commonwealth* muestra una orientación favorable a la buena fe. Al respecto, véase, MASON, Anthony. *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing*. En: *Law Quarterly Review*. Volumen 116, 2000, p. 66.

Con respecto al derecho estadounidense, el deber de buena fe ha tenido expreso reconocimiento en el *Uniform Commercial Code* y en el *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205: “Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement” [“Todo contrato impone sobre cada parte un deber de buena fe y negociación justa en su ejecución y aplicación”]).

El profesor FARNSWORTH, E. Allan. *Good Faith in Contract Performance*. AUTORES VARIOS. *Good Faith and Fault in Contract Law*, edición a cargo de Jack Beatson y Daniel Friedmann, cit., p. 153, advierte como otras numerosas diversas disposiciones del Code contienen una expresa mención a la *good faith*.

Superada una fase de cuestionamientos y de críticas, la noción de buena fe “has now become so entrenched in the American legal vocabulary that it is difficult to imagine life without it” [“se ha convertido ahora en algo tan asentado en el vocabulario jurídico norteamericano que resulta difícil imaginar la vida sin ella”]: en estos términos se pronuncia NEHF, James. *Bad Faith Breach of Contract in Consumer Transactions*. AUTORES VARIOS. *Good Faith in Contract: Concept and Context*, edición a cargo de Roger Brownsword, Norma J. Hird y Gerant Howells. Dartmouth: 1999, p. 137.

Massimo Bianca

Puede señalarse, al respecto, el clásico tratado de Chitty, en su edición del año de 1999, al cuidado de Beale. Se objeta, en primer lugar, que no existe un significado común de buena fe al cual darle tal relevancia⁽⁶⁾ en los ordenamientos de los Estados miembros. En segundo lugar, no existiría necesidad de desarrollar un concepto europeo de buena fe en la medida que tiene una específica previsión en la Directiva, donde se ofrecen los criterios para determinar su aplicación. En tercer lugar, se asume que no resultaría apropiado imponer un determinado principio de buena fe sino que parecería mejor dejar un espacio autónomo a las varias tradiciones nacionales⁽⁷⁾.

Otros argumentos, esgrimidos por la doctrina contraria a adoptar “a general doctrine of good faith in contracts” [“una doctrina general sobre la buena fe en los contratos”], apelan

al carácter foráneo de la buena fe dentro de la tradición contractual inglesa⁽⁸⁾, al interés egoísta perseguido por las partes, a la dificultad de indagar sobre sus intenciones, al compromiso con la autonomía privada, al carácter inadecuado de un principio abstracto frente a la diversidad de particulares hipótesis que puedan presentarse⁽⁹⁾.

Se debe también señalar la posición reduccionista de quien reputa que la buena fe debe entenderse como respeto de las expectativas razonables, basadas sobre las prácticas contractuales⁽¹⁰⁾ y de quien reputa que, en lugar de adoptar un “general ethical

En los derechos continentales europeos, el problema se ha centrado más bien en la determinación del contenido del principio. Al respecto, véase, principalmente, el análisis de FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 2da. edición. Boston: 1990. p. 550; e, *Ibid*: *Good Faith in Contract Performance*, cit., p. 161.

- (6) Tal objeción se encuentra también en un documento presentado para el Congreso de Secola, el cual tuvo lugar en la ciudad de Londres los días 16 y 17 de mayo de 2002, acerca del punto de vista del Gobierno inglés con respecto al libro verde de la Unión Europea sobre el derecho contractual europeo.

Se lee en el citado documento que el Gobierno inglés teme seriamente que la introducción de una cláusula general como la de la buena fe pueda crear graves problemas: en efecto, un acuerdo entre los Estados miembros sobre el concepto de “fairness” resulta extremadamente complicado en la medida que las nociones de buena fe son diferentes en cada uno de los Estados miembros, en tanto que su significado depende de los diversos sistemas legales, tradiciones y regímenes de autorregulación. Encontrar una cláusula general de buena fe claramente definida no sería por lo tanto fácil y una fórmula genérica crearía incertidumbre en los negocios, en especial si es que los jueces nacionales pudiesen darle diversas interpretaciones.

La dificultad que se genera en base a la diversidad de significados de la buena fe en los distintos ordenamientos europeos es ilustrada por PATTI, Salvatore. *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*. En: AUTORES VARIOS. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Volumen III, cit., p. 62.

- (7) WHITTAKER, Simon. *Chitty on Contracts*. 28va. edición a cargo de Hugh Beale. Londres: 1999. p. 759.
- (8) WHINCUP, Michael. *Contract Law and Practice*. 4ta. edición. La Haya: 2001. pp. 69 y 130: “It is one of English law’s most remarkable characteristics, and one most clearly distinguishing it from its continental and even American counterparts, that it has neither an express requirement of good faith in contracts generally, nor (...) any principle of common law by which a general duty be implied” [“Es una de las características más notables del Derecho inglés, y una que lo distingue, de la manera más clara posible, de sus pares continentales e inclusive de su par norteamericano, la ausencia de una exigencia expresa general a la buena fe en los contratos, ni (...) a cualquier principio del common law por el cual un deber general pueda ser inferido”]. Whincup admite por otro lado que “this situation may be changing” [“esta situación puede estar cambiando”] y que “a limited good faith obligation has been imported into English law under European Union influence, in the form of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999” [“un limitado deber de buena fe ha sido importado al derecho inglés a través de la influencia de la Unión Europea, en la forma de la Regulación de las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con los Consumidores de 1999”].
- (9) Tales argumentos son mencionados por BROWNSWORD, Roger. *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Law*. En: AUTORES VARIOS. *Good Faith in Contract: Concept and Context*, edición a cargo de Roger Brownsword, Norma J. Hird y Gerant Howells, cit., p. 13.
- (10) WIGTMAN, John. *Good Faith and Pluralism in the Law of Contract*. En: *Good Faith in Contract*, cit., p. 41, quien habla de *contextual good faith*: “The contextual meaning of good faith derives the content of good faith from the reasonable expectations of the parties. These expectations are based on norms which are widely observed in their contracting community” [“El significado

imperative” [“un imperativo ético general”], sería preferible estudiar las soluciones ya ofrecidas por el derecho positivo a los problemas⁽¹¹⁾.

La introducción del precepto general de buena fe resultaría, entonces, no tanto peligroso sino más bien superfluo⁽¹²⁾. Además esta posición, aparentemente “neutral”⁽¹³⁾, es en realidad esencialmente negativa en cuanto dirigida a cuestionar la buena fe como principio regulador del contrato⁽¹⁴⁾.

La actitud prevalentemente negativa de la doctrina inglesa encuentra algunas objeciones sencillas.

Si bien de manera breve, por el momento, podemos decir lo siguiente: fijar un límite al interés egoísta resulta ser una función propia de la buena fe; luego, la buena fe objetiva resulta ser

una regla de comportamiento que no requiere indagaciones sobre las actitudes subjetivas; ella no penaliza la autonomía privada sino que la tutela contra los abusos; es la propia abstracción del criterio de la buena fe la que permite su aplicación a diversas hipótesis en relación a las cuales especifica los contenidos de los comportamientos debidos.

Asimismo, la posibilidad de que particulares carencias sean resueltas mediante soluciones alternativas no hace decaer la exigencia de identificar un principio unitario en función al cual las soluciones deben ser racionalmente justificadas (¡evitando, por ejemplo, las ficciones de las *implied conditions!*)⁽¹⁵⁾.

contextual de la buena fe deriva el contenido de ésta de las expectativas razonables de las partes. Estas expectativas se encuentran basadas en las normas que son ampliamente observadas dentro de la comunidad en la que se contrata”. Sería distinta, respecto de ella, la *normative good faith* vista “as a canon of contractual justice which is imposed on the parties” [“como un canon de justicia contractual que se impone a las partes”].

Según SMITS, Jan. *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*. En: AUTORES VARIOS. *An Academic Green Paper on European Contract Law*, edición a cargo de Stefan Grundmann y Jules Stuyck. La Haya: 2002. p. 393, los diversos significados de la buena fe se descubrirían también al interior de los Estados miembros, en razón de las diversas visiones de los varios componentes etnoculturales de Europa resultantes del fenómeno de la inmigración, por lo cual “fairness nowadays is a pluralistic concept” [“la justicia es el día de hoy un concepto plural”].

(11) BRIDGE, Michael. *Good Faith in Commercial Contracts*. En: AUTORES VARIOS. *Good Faith in Contract*. p. 139.

(12) Tal y como lo resalta DE VITA, Anna. *Buona fede e Common law: attrazione non fatale nella storia del contratto*. En: AUTORES VARIOS. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., p. 484: respecto de la pregunta de “si el derecho inglés tiene necesidad de un principio general de buena fe, una conspicua mayoría doctrinal y jurisprudencial parece responder negativamente. O mejor, es extendido el acuerdo de que tal principio de fondo resulte superfluo en un sistema, dotado desde hace mucho de instrumentos idóneos a hacer respetar a los ciudadanos reglas de *fairness, reasonableness and honesty* en el ejercicio de la propia autonomía contractual”.

(13) Una posición “neutral” es identificada y criticada por BROWNSWORD, Roger. *Op cit.*; p. 21.

(14) También resulta sustancialmente escéptica la actitud de quien ve a la buena fe como una regla extranjera, susceptible no de ser transplantada sino de obrar como estímulo legal (*legal irritant*) de nuevas e insospechadas reconstrucciones, mientras el intento de unificar el derecho europeo conduciría a *new cleavages* [“nuevas resquebrajaduras”]: TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*. En: *Modern Law Review*. Volumen 61, 1998, p. 11.

(15) BROWNSWORD, Roger. *Two Concepts of Good Faith*. En: *Journal of Contract Law*. Volumen 7. 1994. p. 197: “English contract law urgently needs an explicit doctrine of good faith to enable it to deal more openly, more rationally, with the many manifestations of bad faith encountered in commercial contracting” [“El derecho contractual inglés necesita una explícita doctrina sobre la buena fe que le permita afrontar de modo más abierto, y de modo más racional, las múltiples manifestaciones de mala fe que pueden encontrarse en la contratación comercial”].

Véase también MASON, Anthony. *Op. cit.*; p. 94: “recognition of good faith and fair dealing Concepts would bring greater coherence and unity to the varied array of principles which are presently available in the area of contract performance” [“el reconocimiento de los conceptos de buena fe y negociación justa traerían mayor coherencia y unidad al variado arsenal de principios que se encuentran actualmente disponibles en el área de ejecución contractual”].

Massimo Bianca

No basta, luego, tener en consideración las expectativas y prácticas de las varias tipologías contractuales si es que falta el criterio jurídico que deba guiar la solución de los conflictos de intereses.

Y aún más: la referencia a una tradición contractual que no conoce la buena fe pierde fuerza si se tiene presente que la buena fe es una realidad de la legislación inglesa para la protección de los consumidores. En efecto, ya en el año 1973 la *Fair Trading Act* había previsto a la *fairness* como requisito legal de los contratos con los consumidores, y la *fairness* quiere decir buena fe⁽¹⁶⁾. Sucesivamente las *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 (y ya desde el año 1994) han recibido la previsión de la buena fe contenida en la Directiva del año 1993⁽¹⁷⁾.

No se trata entonces de rechazar el ingreso del principio de buena fe, en tanto ignorado por el derecho inglés, sino de verificar su significado y alcance.

Sobre este plano se advierte cómo los argumentos adoptados para sostener la posición escéptica respecto de la buena fe son reconducibles a una objeción de fondo: la ausencia de una noción de buena fe suficientemente determinada.

En efecto, los juristas de lengua inglesa añaden, a la enunciación de las diversas nociones de buena fe⁽¹⁸⁾, la formulación de las hipótesis más dispares sobre los peligros que el ingreso de una figura tan problemática importaría: tornar inciertos los derechos y deberes de las partes, autorizar a los jueces a cambiar el contenido del contrato, obligar a cada una de las partes a revelar a la otra las circunstancias que tornan más o menos conveniente el negocio, etcétera.

(16) ATIYAH, Patrick S. *The Law of Contracts*. 9na. edición. Londres: 1999. p. 312, reputa que la noción de buena fe introducida en la Directiva, que impone obrar correctamente frente a la otra parte teniendo en cuenta sus legítimos intereses, difiere de la noción de *fairness* privilegiada por la *Unfair Contract Terms Act* del año 1977. Sin embargo, los resultados serían sustancialmente equivalentes.

(17) § 5: "A contractual term (...) 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 ["Una disposición contractual (...) será considerado injusta si, contrario al requerimiento de la buena fe, causa un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones que surgen del contrato, en detrimento del consumidor"]".

(18) COLLIN, Hugh. *The Law of Contracts*. 3ra. edición. Londres: 1997. p. 251, que se encuentra entre los pocos autores ingleses que se han ocupado de la *fairness* como uno de los principales conceptos del derecho contractual, indica tres nociones: "First, in cases involving the fairness of the price, the criterion is likely to be one connected to the market price. Secondly, for challenges to ancillary terms, we discover a combination of the ideas of balance of advantage and conformity to reasonable expectations. Thirdly, in connection with subsequent events which arguably render the contract unfair in its application, the comparison lies with the original balance of advantage at the time when the contract was formed" ["Primero, en casos que impliquen la justicia del precio, el criterio aparentemente estaría vinculado al precio de mercado. En segundo lugar, para los desafíos en las cláusulas accesorias, descubrimos una combinación de ideas sobre el balance de ventajas y de la conformidad con las expectativas razonables. En tercer lugar, con respecto a eventos sucesivos que tornan discutible que el contrato sea injusto en su aplicación, la comparación se centra en el balance original de ventajas al momento en que el contrato es celebrado"].

Tratando de la buena fe en la ejecución del contrato también FARNSWORTH, E. Allan. *The Concept of Good Faith in American Law*. En: *Collana del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Roma: 1993. p. 3, señala tres significados: aquel propuesto por el propio Farnsworth, de la buena fe como fundamento de las implied conditions; aquel propuesto por Summers, de la buena fe como criterio de exclusión (*exclude*) de comportamientos de mala fe (opinión expresada en la *Virginia Law Review* del año 1968 y, últimamente, en *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 125); aquel propuesto por Burton, de la buena fe como deber de no usar poderes discrecionales para recuperar, en ventaja propia, oportunidades no consideradas en la contratación (*Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 94. 1980, p. 369).

Farnsworth observa que las cortes americanas no advierten un conflicto de opiniones y que, en efecto, podrían tratarse de referencias a diversos aspectos del mismo concepto.

Se ha advertido, de modo particular, el peligro de que, en nombre de un emotivo sentido de equidad, venga lesionada la autonomía privada⁽¹⁹⁾.

6. Precisiones de la noción de buena fe

La actitud crítica de la doctrina inglesa pone en evidencia la necesidad de precisar el contenido de la buena fe, entender lo que ella requiere en cuanto al hacer y al no hacer⁽²⁰⁾.

A tal fin, es necesario proceder sobre el concreto terreno de la legislación comunitaria y traer de esta las referencias a la noción de buena fe como un principio inherente al patrimonio jurídico europeo.

La mencionada Directiva del año 1993 no define la buena fe. Empero, en uno de sus considerandos (el 16°), ofrece una puntual indicación de la buena fe como precepto que exige al profesional tratar de manera leal y equitativa a su contraparte, respecto “de quien debe tener presente sus legítimos intereses”.

El tener en cuenta los “legítimos intereses” de la contraparte es una fórmula que se encuentra ya en la literatura de lengua inglesa⁽²¹⁾, pero que no indica en qué medida una de las partes

deba tener en consideración tales intereses. En estos términos, dicha fórmula deja espacio a la objeción de fondo planteada contra el principio de buena fe, vale decir que ella no serviría para fijar exactamente los derechos y deberes de las partes y con ello comprometería la certeza de las relaciones contractuales⁽²²⁾.

Por tanto, es necesario ir más allá y especificar hasta qué punto una parte debe tener en cuenta

«UN INDUDABLE DEBER DEL PROFESIONAL ES AQUEL DE INFORMAR AL CONSUMIDOR SOBRE LA EXISTENCIA DE VICIOS EN EL BIEN Y LA AUSENCIA DE CALIDADES ESENCIALES, ASÍ COMO ADEMÁS SOBRE LOS RIESGOS VINCULADOS AL USO DEL BIEN O A LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO».

- (19) BRIDGE, Michael. *Good Faith in Commercial Contracts*, cit., p. 139, habla de *visceral justice* [“justicia visceral”]. Son de compartir los relieves expuestos por Bridge en cuanto llamen nuestra atención contra la introducción de un principio de buena fe que importe el arbitrio de la parte o del juez. La indicación normativa de la buena fe debe ser suficientemente precisa si es que se quiere garantizar la certeza de las relaciones jurídicas.
- (20) A la especificación del principio de buena fe está dirigida la fórmula que hace referencia a los *prevailing community standards* [“estándares comunitarios prevalentes”]. Sobre ello, véase O’CONNOR, John F. *Good Faith in English Law*. Dortmund: 1990, p. 100.
- La importancia de definir la esencia de la buena fe es subrayada por STAPLETON, Jane. *Good Faith in Private Law*. En: *Current Legal Problems*. Volumen 52. 1999. p. 1, quien observa que el principio está dirigido a constreñir la búsqueda del propio interés que resulte reprobable (*unconscionable*) en razón de un comportamiento deshonesto, no coherente con el compromiso asumido o bien dirigido a abusar de una posición fuerte.
- (21) BROWNSWORD, Roger. *Two concepts of Good Faith*, cit., p. 49: “each party must respect the legitimate interests of the other contracting party (as defining by a co-operative ideal of contracting)” [“cada parte debe respetar los legítimos intereses de la otra parte contratante (como es definido por un ideal contractual cooperativo)”].
- (22) FRIEDMANN, Daniel. *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*. AUTORES VARIOS. *Good Faith and Fault in Contract Law*, edición a cargo de Jack Beatson y Daniel Friedmann, cit., p. 400, resalta, entre los varios significados de buena fe, aquel que requiere restringir el propio interés frente a un mayor interés de la otra parte, por lo que un derecho o un poder no podrían ser ejercitados de modo que “greatly exceeds that required for the protection of one’s legitimate interest or for its legitimate exploitation, where such conduct leads to a disproportionate loss to another party” [“exceda enormemente el requerimiento de protección de los legítimos intereses de una parte o su explotación legítima, donde tal conducta nos llevaría a pérdidas desproporcionadas para la otra parte”]. Por otro lado, Friedmann advierte que términos como *excessive use* [“uso excesivo”] y *legitimate interest* [“interés legítimo”] son *inherently vague* [“inherentemente vagos”].

Massimo Bianca

los legítimos intereses de la contraparte. La especificación de la buena fe es buscada dentro del límite del sacrificio apreciable, el cual circunscribiría al deber de buena fe: precisamente, la buena fe exige que una parte tenga en consideración la utilidad de la contraparte en los límites en los que ello no le importe un sacrificio apreciable.

El principio de buena fe, viene posteriormente precisado, al articularse con los cánones de la lealtad y de la salvaguardia, los cuales operan respectivamente sobre los planos de la formación y de la ejecución del contrato.

7. La buena fe en la formación del contrato: el deber de no imponer al consumidor cláusulas vejatorias

En la formación del contrato, el principio de buena fe demanda lealtad en los comportamientos y su violación dará lugar a responsabilidad precontractual. En el derecho continental constituye un típico caso de responsabilidad precontractual el rompimiento injustificado de las tratativas. La doctrina inglesa señala este caso entre los casos de difícil solución debido a la ausencia de una norma sobre la buena fe en las tratativas⁽²³⁾. Puede, sin embargo, evidenciarse que nuestra jurisprudencia tiende a apartar a la rotura injustificada de las tratativas de la matriz de la buena fe, y a reconocerle relevancia sólo en presencia de los presupuestos del ilícito aquiliano (y a observar, por tanto, una responsabilidad por apartamiento culposo).

Una manifestación certera del principio de buena fe en la formación del contrato es el mencionado deber del

profesional de no servirse de la propia posición de superioridad contractual para imponer al consumidor cláusulas vejatorias. En cuanto a la deslealtad inherente al hecho mismo de imponer al consumidor un reglamento contractual desbalanceado, el problema de la valuación de la conducta del profesional, en relación con la buena fe, encuentra solución en un puntual índice normativo, cuya aplicación se ve facilitada por la detallada enumeración de cláusulas presuntamente abusivas. Ello explica cómo la particular versión italiana del texto de la Directiva no comporta una diferente determinación del carácter vejatorio de las normas y cómo, a nivel doctrinal, se haya podido reputar superflua la referencia al principio de buena fe frente a la directa aplicabilidad del criterio del desequilibrio significativo⁽²⁴⁾.

Por otro lado, sin la referencia al principio de buena fe no es posible entender cómo el criterio del significativo desequilibrio se inserta en el sistema general del contrato y sobre cuyo fundamento se pueda atribuir antijuridicidad al comportamiento abusivo.

8. El deber de información

En la formación del contrato el canon de la lealtad puede comportar un deber de información⁽²⁵⁾.

(23) Véase O'CONNOR. Op. cit.; p. 35.

Un amplio examen del problema se observa en el ensayo de FARNSWORTH, E. Allan *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair dealing and failed negotiations*. En: *Columbia Law Review*. Volumen 87. Número 2, 1987. p. 218, quien señala análoga dificultad para los jueces americanos, debido también a la ausencia de una referencia a la buena fe aplicable al período de tratativas por parte del *Uniform Commercial Code* y del *Restatement (Second) of Contracts*.

(24) BELLELLI, Alessandra, en *Commentario al capo XIV-bis del Codice dei contratti del consumatore: Art. 1469-bis-1469-sexies*, al cuidado de C. Massimo Bianca y Francesco D. Busnelli (extracto de la Nuove leggi civile). Padua: Cedam, 1999. p. 936: "ahora el criterio del desequilibrio significativo, que antes se extraía sobre la base de la buena fe, es introducida por la actualización [novella] y, como tal, es directamente aplicable [...]. En este sentido puede causar perplejidad la duradera actitud de la doctrina dirigida a reconducir la valuación del carácter vejatorio hacia la cláusula general de buena fe".

(25) En general, sobre el deber de información en el período de tratativas véase GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Nápoles: ESI, 1990; COSTANZA, Maria. En: AUTORES VARIOS. *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*. Volumen I. Padua: Cedam, 1992. p. 219; y D'AMICO, Giovanni. *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*. Nápoles: ESI, 1996.

En el Tratado de Maastricht, se hace mención a un derecho a la información por parte de los consumidores, ello en los términos programáticos del compromiso de la Unión Europea de contribuir a promover el derecho en cuestión (artículo 153)^(NT6). A tal fin, han sido sancionados, en varias disposiciones comunitarias⁽²⁶⁾, específicos deberes de información a cargo del profesional. Sin embargo, ha sido observado, que no existe una Directiva que prevea el deber de información en términos generales⁽²⁷⁾.

La Ley italiana 281, de fecha 30 de julio de 1998, eleva el derecho “a una adecuada información” entre los derechos fundamentales tanto del consumidor como del usuario (artículo 1, literal c)^(NT7). A este derecho resulta correlativo -en cabeza del profesional- el deber de informar. Sin embargo, la ley no precisa el objeto de la información.

Un indudable deber del profesional es aquel de informar al consumidor sobre la existencia de vicios en el bien y la ausencia de calidades esenciales, así como además sobre los riesgos vinculados al uso del bien o a la utilización del servicio, salvo que se trate de riesgos notorios cuya magnitud también podría ser evaluada por una persona inexperta.

Un deber accesorio de información puede además observarse en relación con las instrucciones necesarias para el uso del bien. Tal deber tiene una importancia que trasciende la esfera de los contratos con los consumidores, por lo que se impondría en los casos donde la naturaleza del bien -o de la obra- requieran para su empleo apropiado y seguro la observancia

de instrucciones técnicas, cuyo conocimiento no resulte posible de presumir en posesión del adquirente o comitente.

Los mencionados deberes de información se insertan, como quiera que sea, al contenido de la relación obligatoria.

Por lo tanto, su violación se manifiesta como un supuesto de responsabilidad contractual, por inexactitud de la prestación, y no de responsabilidad precontractual (el vendedor, por ejemplo, responde no por haber guardado silencio sobre los vicios de las mercaderías sino porque ha entregado mercaderías viciadas y, por lo tanto, es obligado al resarcimiento del daño positivo).

9. Información acerca de la peligrosidad de la prestación

El contratante debe advertir a la contraparte acerca de la peligrosidad de la prestación. La prestación peligrosa es ilícita en cuanto constituye una injerencia susceptible de causar un daño injusto a la persona o al patrimonio.

El deber de respeto de la esfera jurídica ajena prohíbe no solamente efectuar una

^(NT6) De acuerdo con el primer párrafo del artículo 153 del Tratado de Maastricht “[a] fin de promover los intereses de los consumidores y asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores, la Comunidad contribuye a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores además de promover su derecho a la información, a la educación y a la organización para la salvaguardia de sus propios intereses.”

⁽²⁶⁾ Véase ALPA, Guido. En: AUTORES VARIOS. *Diritto Europeo e autonomia contrattuale al cuidado de Rosalba Alessi*. Palermo: 1990. pp. 90 y 118.

⁽²⁷⁾ Véase Hans Micklitz, ponencia presentada en el mencionado Congreso de Secola, quien resalta que las diversas disposiciones sobre los deberes de información no derivan de un concepto común y no pueden condensarse en un unitario precepto legal.

^(NT7) En efecto, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley 281, Disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios, los consumidores y usuarios tienen derecho: a) a la tutela de la salud; b) a la seguridad y calidad de los productos y servicios; c) a una adecuada información y a una correcta publicidad; d) a la educación sobre el consumo; e) a la lealtad, transparencia y equidad en las relaciones contractuales en lo que atiene a los bienes y servicios; f) a la promoción y al desarrollo de la asociación libre, voluntaria y democrática entre los consumidores y usuarios; g) a la erogación de servicios públicos de acuerdo al standard de calidad y eficiencia. Los mencionados derechos tienen el carácter de fundamentales de acuerdo al propio texto del artículo aludido.

Massimo Bianca

prestación peligrosa sino también negociar su ejecución con quien ignore su peligrosidad. La información brindada al momento de la formación del contrato es una medida de precaución que permite a la contraparte no exponerse al riesgo de una prestación peligrosa. La necesidad de la información viene por tanto mensurada según el principio del ilícito extracontractual, debiéndose reconocer la responsabilidad de la parte que hubiere omitido advertir a su contraparte acerca de la peligrosidad de la prestación, peligrosidad de la cual aquella parte estaba consciente o que debería haber conocido empleando la diligencia debida.

10. Información acerca de la inutilidad de la prestación

Otro deber de información autónomamente relevante es el deber del profesional de advertir que la prestación, aun siendo posible y lícita, resulta inútil para el consumidor. La inutilidad no implica inexactitud de la prestación, esto es si el bien o servicio tiene las calidades que el vendedor ha prometido o que son esenciales para el uso al cual el bien o servicio se encuentran destinados.

La inutilidad, en tal caso, atiene a una calidad erróneamente atribuida por el consumidor, pero no debida por parte del

profesional. Estamos, por lo tanto, en el área del error: el consumidor no habría contratado para obtener un bien o un servicio si es que hubiese estado consciente de que estos se encontraban privados de la utilidad esperada.

Tal error puede calificarse como esencial en cuanto recae sobre una cualidad del objeto de la prestación que, en relación con las circunstancias, tiene valor determinante del consentimiento (artículo 1429² del *Codice Civile*)^(NT8).

Tratándose de un error esencial, este comportaría la anulabilidad del contrato y la responsabilidad precontractual del profesional que no hubiese advertido al consumidor acerca de su error respecto de la utilidad de la prestación: error que el profesional conocía o habría debido conocer, en cuanto cognoscible^(NT9). En tal caso, la falta de información se evidencia específicamente como una violación dolosa o culposa del deber de una parte de dar noticia a la otra sobre las causas de invalidez del contrato (artículo 1338 del *Codice Civile*)^(NT10).

^(NT8) Artículo 1429 del *Codice Civile*.- Error esencial

El error es esencial:

Cuando recae sobre la naturaleza u objeto del contrato;

Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación, o bien sobre una cualidad del mismo que, según la apreciación general o en relación a las circunstancias, deba considerarse determinante del consentimiento.

Cuando recae sobre la identidad o sobre las cualidades de la persona del otro contratante, siempre que la identidad o las cualidades hubiesen sido determinantes del consentimiento;

Cuando, tratándose de error de derecho, ha sido la única razón o la razón principal del contrato.

^(NT9) Sobre este punto resulta aconsejable la consulta del ensayo de ESCOBAR, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: el caso del artículo 207 del Código Civil peruano*. En: *Thémis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2005. pp. 153–160, en donde se desarrolla en detalle el supuesto de error como hipótesis de responsabilidad precontractual y, en particular, el rol que desempeña el requisito de cognoscibilidad. Por otro lado, y en términos más amplios, se puede consultar el sugerente y documentado trabajo de LEÓN, Leysser L. *Actualidad de Jhering: El daño por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68, 2006. pp. 183-209, ahora también disponible en el sitio web *The Cardozo Electronic Law Bulletin* editado por los profesores italianos Ugo Mattei y Pier Giuseppe Monateri, en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Leon.pdf>, en donde se analiza la categoría germana de los daños a la confianza a través del estudio de un caso específico como el del *falsus procurator*.

La consulta del trabajo del profesor Escobar resulta particularmente interesante (la razón de ello se verá más adelante) en la medida que en dicho ensayo se adhiere, sin mayores reservas, a la teoría del *affidamento* italiano, al menos en lo que respecta al análisis del error como vicio de la voluntad, la cual es una atemperación de la teoría declaracionista del negocio jurídico (esto es, una teoría objetiva). No obstante ello, en un reciente artículo el profesor ESCOBAR, Freddy. *El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación)*. En: *ius et veritas*. Número 35. Lima:

Es necesario observar que, en nuestro Derecho, la específica previsión de tal deber también es reconocida vía el precepto de la buena fe. El contratante, en efecto, es responsable si, conociendo o debiendo conocer, las causas de invalidez del contrato no lo manifiesta a su contraparte (artículo 1338 del *Codice Civile*). Ello evidencia, por tanto, el necesario empleo de la normal diligencia, y, según los casos, de la diligencia profesional, a fin de preservar a la contraparte del daño que le irrogaría estipular un contrato invalido.

En los ordenamientos que no conocen una específica norma que sancione el deber de dar noticia sobre las causas de invalidez del contrato, el deber del contratante de informar a su contraparte de que la prestación le resultará inútil encontraría fundamento en el principio de buena fe, en cuanto el contratante tuviere el conocimiento sobre dicha inutilidad. Aquí estamos en presencia de una típica hipótesis en que el comportamiento de una parte se encuentra dirigido a la salvaguardia de la utilidad de la otra, dentro de los límites de un apreciable sacrificio.

11. La información precontractual en el Derecho inglés

Sobre la existencia de un deber precontractual de información se ha dicho en un reciente ensayo que existiría una amplia divergencia entre los sistemas francés e inglés⁽²⁸⁾.

La divergencia entre los dos sistemas se centraría, con respecto al plano de la buena fe, en el hecho de que, como ha sido advertido, el contratante inglés no se encuentra obligado *on ground of good faith* [sobre la base de la buena fe] a revelar a la otra parte hechos que esta ignore, aun encontrándose consciente de que la otra parte no concluiría el contrato en caso de que fuese informada de tales hechos⁽²⁹⁾.

La doctrina inglesa excluye la existencia del citado deber haciendo mención al famoso ejemplo literario, expuesto por Cicerón, del comerciante que llega a Rodas con una carga de grano que puede vender a un precio elevado en tanto que en dicho lugar reina la carestía. Cicerón se pregunta si acaso el comerciante tiene el deber de revelar a los ciudadanos de Rodas que están por arribar otras naves con cargas de granos y que el precio del cereal se encuentra destinado a descender⁽³⁰⁾.

En ésta y en análogas hipótesis, se dice, el comerciante inglés no se encuentra obligado a informar a los clientes sobre eventos que harán descender los precios⁽³¹⁾.

Asociación Civil **ius et veritas**, 2007. pp. 28-48, aboga por la adopción de un distinto marco conceptual que se acerca, sin lugar a dudas, al que es sugerido por la teoría de la autorresponsabilidad, la cual es una atemperación de la denominada teoría voluntarista del negocio jurídico (esto es, una teoría subjetiva).

Ambos trabajos nos parecen inspirados en dos perspectivas distintas, la primera en una descripción sobre nuestro actual sistema de invalidez en los casos de error (una discusión de *lege lata*); y, la segunda, en una propuesta alternativa a la misma (una discusión de *lege ferenda*). Vale decir, ambos trabajos no resultan *per se* contradictorios, debido a la anotada diversidad de perspectivas, antes bien parecen denotar un cambio en la postura doctrinal del autor respecto a las temáticas propias de la teoría del negocio jurídico. Empero, debemos resaltar que la apreciación aludida sólo encontraría sustento en la contraposición de ideas que se percibe en el pensamiento del autor en los dos ensayos antes aludidos.

(NT10) Artículo 1338 del *Codice Civile*. Conocimiento de las causas de invalidez.- La parte que conociendo, o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no diere noticia de ella a la otra parte quedará obligada a resarcir el daño causado a esta, por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

(28) NICHOLAS, Barry. *The Pre-contractual Obligation to Disclose Information, English Report*. En: AUTORES VARIOS. *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, edición a cargo de Donald Harris y Denis Tallon. Oxford: 1989. p. 187: "That the two systems diverge quite widely in regard to the existence of a general obligation of disclosure is beyond question" ["Que los dos sistemas divergen ampliamente con respecto de la existencia de un deber general de información se encuentra fuera de discusión"].

(29) Véase NICHOLAS, Barry, cit., p. 168, que expone en tal sentido la *classical English position*.

(30) *De officiis*, 3.12: "si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame zumaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus".

Cicerón reputa que el mercader de grano no habría debido callar a los ciudadanos de Rodas sobre el inminente arribo de

Massimo Bianca

La divergencia respecto al derecho francés se ha reducido en la creciente relevancia, asumida a nivel de la jurisprudencia, del silencio [omisión] [*reticenza*] doloso⁽³²⁾. Empero, si bien tal relevancia ha sido entendida como violación del deber de buena fe⁽³³⁾, parece que ella deba aún reconducirse propiamente al esquema del dolo, como vicio de la voluntad, siendo necesario, en todo caso, una conducta maliciosa del contratante dirigida a inducir al engaño a su contraparte⁽³⁴⁾, si bien ejecutada a través del silencio.

En cambio, no se puede reconducir, ni siquiera en los ordenamientos del *civil law*, un deber de brindar información sobre la conveniencia del negocio de la buena fe.

En efecto, es un apreciable interés de las partes contractuales, el obtener el mayor beneficio del negocio aprovechándose de su capacidad de contratación y de las circunstancias favorables que existan, ello de acuerdo a la regla basilar del libre mercado.

Lo que la buena fe impone al contratante, como se ha visto, es la información sobre la inutilidad de la prestación. Que el contratante del otro lado del canal^(NT11) [*Oltremarica*] se encuentre exento de tal deber, resulta, muy por el contrario, cierto.

Al respecto, una excepción específica es ofrecida por Nicholas, quien aduce el ejemplo de una orden de compra que tenga por objeto una maquinaria para una planta eléctrica. Nicholas reputa “fuera de toda duda” que el comitente debe ser advertido

que la maquinaria requerida no resulta apta para el objetivo (“unsuitable”)⁽³⁵⁾.

Es difícil creer que el deber de información no sea reconocido en análogos casos en que el profesional sabe que la prestación será del todo inútil para el cliente (¿no debería, por ejemplo, el abogado advertir al cliente que la acción a iniciarse no tiene ninguna posibilidad de éxito positivo?).

En contra de lo expuesto, se aducirá que en el derecho inglés no se admite la anulación del contrato por error. Excluir el error como causa de invalidez del contrato no implica, sin embargo, que un contratante pueda impunemente especular sobre el error en el que está incurriendo su contraparte respecto de la calidad de la prestación y que no resulte reconducible al contenido del contrato.

El rechazo de la doctrina inglesa hacia un principio que imponga al contratante no especular sobre la base de las falsas expectativas de la contraparte acerca de la calidad de la prestación, puede explicarse en consideración del temor de que el deber de informar pueda ser extendido a circunstancias que puedan incidir sobre el valor del bien o del

las otras naves (3.13) y que según la naturaleza, que es fuente de derecho, ninguna persona debiera obrar para obtener una ventaja en base a la ignorancia ajena (Ex quo intellegitur quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem ida gire, ut ex alterius praedetur inscitia) (3.17).

(31) NICHOLAS, Barry. *Op. cit.*; p. 167. GOODE, Roy. *The Concept of Good Faith in English Law*. En: *Collana del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Roma: 1992. p. 10, señala el ejemplo en términos problemáticos.

(32) GHESTIN, Jacques. *The Pre-contractual obligation to disclose information: French Report*. En: AUTORES VARIOS. *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, edición a cargo de Donald Harris y Denis Tallon, cit., p. 155: “this sanctioning by the jurisprudence of fraudulent silence (reticence dolosive) constitutes, at least indirectly, a recognition of an obligation of disclosure” [“esta determinación de la jurisprudencia frente al silencio fraudulento (reticencia dolosa) constituye, por lo menos indirectamente, un reconocimiento de un deber de información”].

(33) Véase Henri y Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD y François CHABAS. *Leçons de droit civil. Obligations, Théorie générale*. 9na. edición. Paris: 1998. p. 184.

(34) Sobre la reticencia como un instrumento de engaño consúltese el trabajo de VISINTINI, Giovanna. *La reticenza nella formazione dei contratti*. Padua: Cedam, 1972.

(NT11) Se refiere, como es indudable, a los contratantes ingleses, vale decir, a los contratantes que se encuentran al otro lado del canal de la Mancha.

(35) NICHOLAS, Barry. *Op. cit.*; p. 166.

servicio. Sin embargo, sobre el punto hay que reafirmar que la buena fe no impone al contratante dar informaciones atinentes a la conveniencia del negocio, en la que medida que la primera regla del libre mercado es que cada operador tiende a obtener la mayor ganancia aprovechando su propia capacidad de contratación y demás circunstancias favorables.

El jurista inglés puede, sin embargo, temer que un deber de información, aunque restringido en su objeto, perjudique la certeza de las relaciones comerciales en cuanto daría relevancia a un estado intelectual del contratante de no sencilla determinación (el conocimiento del error acerca de la inutilidad de la prestación).

Tampoco este temor parece fundado. En efecto, lo que revela es un error que se torna patente en dicha afirmación, que al momento de la conclusión del contrato el comprador-usuario

tendría conocimiento sobre el destino de la prestación y el uso particular para el que la prestación resulta inidónea⁽³⁶⁾.

12. El deber de transparencia

La Ley de 1998 sobre los derechos de los consumidores menciona el derecho a la “transparencia” (artículo 1, literal e).

Por tanto, el profesional debe “hablar claro”, como se encuentra previsto por la Directiva sobre cláusulas abusivas (artículo 5) y su ley de actuación (artículo 1469-*quater* del *Codice Civile*)^(NT12). Ante la carencia de ello, la interpretación de las cláusulas ambiguas debe

(36) La idea de una comparación de las varias aproximaciones nacionales, para la solución de los casos que pueden ser evaluados según el principio de la buena fe, ha sido realizada por Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (editores), en AUTORES VARIOS. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: 2000.

A tal fin han sido examinados, por parte de juristas de diversas áreas, treinta hipotéticos casos. Sin embargo, parte de estos casos son ajenos a la temática de la buena fe, en cuanto atienen, por lo demás, a específicos deberes de información acerca de la prestación (por ejemplo: modalidades de uso del bien) o de reserva.

De los restantes casos examinados algunos encuentran soluciones sustancialmente convergentes a la aplicación del principio de buena fe (o, en el derecho inglés, del principio de razonabilidad). Son estos, por ejemplo, los casos de defectos de leve entidad que no permiten el rechazo de la prestación en cuanto que no legitiman la resolución del contrato.

Otros casos parecen que no pueden ser resueltos sobre la base del principio de buena fe. Se trata de hipótesis en los que al sujeto le es atribuido un específico derecho potestativo de resolución del contrato. Aquí el “perjuicio” de la contraparte es de por sí correlativo al poder atribuido al titular, y su consideración no puede, por lo tanto, ser impedimento para el ejercicio de aquel poder.

En el ejemplo del propietario que resuelve el contrato de arrendamiento, así, es irrelevante que el propietario se haya visto movido por un rechazo contra el arrendatario. El principio de buena fe podrá más bien incidir sobre las modalidades temporales para el ejercicio del poder. Empero, en cuanto a temas de arrendamiento es conocido que las leyes han intervenido decididamente para la tutela del arrendatario.

Otros casos son expresamente regulados por las legislaciones nacionales en el ámbito de la responsabilidad precontractual. Las hipótesis de responsabilidad precontractual presuponen el dolo o la culpa, empero integran en parte violaciones del precepto de buena fe. En los ordenamientos que no conocen la culpa *in contrahendo* la aplicación del principio de buena fe valdría, por lo tanto, a reducir el vacío existente.

Al confrontar las soluciones propuestas, Whittaker y Zimmermann distinguen un grupo en perfecta armonía de resultados y un grupo de amplia divergencia en los resultados.

En la evaluación global de los casos examinados, los curadores del volumen expresan en todo caso un juicio de sustancial reconocimiento al rol de la buena fe. En efecto, las diversas técnicas empleadas para atemperar las exigencias de certeza del derecho y justicia individual son reconducibles a la noción de buena fe. Finalmente, no obstante que la buena fe no resulta susceptible de una precisa definición ejercita una innegable influencia sobre el derecho contractual.

(NT12) Artículo 1469-*quater* del *Codice Civile*. Forma e interpretación.- En el caso de contratos en los que todas o algunas de las cláusulas hayan sido propuestas al consumidor por escrito, tales cláusulas deben ser siempre de manera clara y comprensibles.

Massimo Bianca

ser la más favorable al consumidor (artículo 5 de la Directiva; artículo 1469²-*quater* del *Codice Civile*) y el carácter vejatorio puede derivarse también del precio si es que el objeto del contrato o bien el correspondiente no hubieren sido determinados de manera clara o comprensible (artículo 4² de la Directiva; artículo 1469²-*ter* del *Codice Civile*)^(NT13).

Puede entonces entenderse que tanto la ambigüedad cuanto la obscuridad del lenguaje constituyen violación del precepto de buena fe si es que ellas son empleadas como un instrumento para obtener ventajas injustificadas.

El problema de la transparencia se manifiesta en términos más amplios con respecto al derecho a la información, cuya promoción es solicitada por el Tratado de Maastricht (Número 8). El problema deriva de las “asimetrías informativas” que entrañan la ignorancia del consumidor acerca de la información que le permitiría una evaluación consciente de la prestación ofertada (por ejemplo: ingredientes del bien, su origen, su calidad, etcétera).

Sin embargo, el problema no atiene a la buena fe y, como ha sido observado, su solución se encuentra confiada a preceptos normativos que pueden ser justificados más allá del ámbito concreto de los contratos con los consumidores⁽³⁷⁾.

13. La buena fe en la ejecución del contrato

En la etapa de ejecución del contrato, el principio de buena fe se identifica como el deber de las partes de actuar en salvaguarda de la utilidad de su contraparte, en los límites en los que ello no importe un sacrificio apreciable.

A la pregunta sobre si la buena fe, como precepto de salvaguarda, pertenece a los principios generales del Derecho europeo de los contratos, no basta responder que en sede comunitaria no tenemos una previsión textual de aquel precepto. Es necesario más bien tener presente los siguientes aspectos: la buena fe en la etapa de ejecución del contrato es un principio que ciertamente opera en los ordenamientos europeos; las normas nacionales para la actuación de las directivas comunitarias se encuentran integradas por el principio de buena fe vigente en los particulares ordenamientos; y, el reconocimiento del principio de buena fe en la ejecución de los

En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalece la interpretación más favorable al consumidor.

La disposición referida en el segundo párrafo no se aplica en los casos del artículo 1469-sexies.

^(NT13) Artículo 1469-ter del *Codice Civile*. Determinación del carecer vejatorio de las cláusulas.- El carácter vejatorio de una cláusula es evaluado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato y haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las demás cláusulas del propio contrato, o de otro con el que se encuentre coligado o del cual dependa.

La evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no atiene a la determinación del objeto del contrato, ni a lo adecuado de la contraprestación de los bienes y servicios, a condición que tales elementos sean individualizados de manera clara y comprensible.

No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales o que repiten disposiciones o aplican principios contenidos en convenios internacionales de las cuales sean partes contratantes todos los Estados miembros de la Unión Europea o la Unión Europea.

No son vejatorias las cláusulas o los elementos de las cláusulas que hubieren sido objeto de tratativas individuales.

En el contrato celebrado mediante suscripción de modelos o formularios predispuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, incumbe al profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de la cláusula, a pesar de haber sido predispuestas unilateralmente han sido objeto de tratativa específica con el consumidor.

⁽³⁷⁾ Véase GRUNDMANN, Stefan. *La struttura del diritto europeo dei contratti*. En: *Rivista del diritto civile*. Año XXXVIII. Número 3, 2002. Parte I. p. 395, quien resalta cómo tales asimetrías, descubiertas también en los contratos comerciales, tendrían mayor importancia en los contratos con los consumidores. Su remoción parece sin embargo confiada a intervenciones normativas (justificables en cuanto no limiten el libre mercado sino más bien incrementen la eficiencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos).

contratos se torna necesario para garantizar la uniforme aplicación de las normas comunitarias.

El primer relieve aparece descontado para los ordenamientos continentales. En particular, en el derecho italiano el deber de buena fe en la ejecución de los contratos se encuentra formalmente sancionado por el *Codice Civile* (artículo 1375)^(NT14) y es además máxima jurisprudencial que el contratante debe salvaguardar los intereses de su contraparte en los límites en los que ello no comporte un apreciable sacrificio⁽³⁸⁾.

El derecho inglés no tiene un Código que sancione de manera análoga tal deber y, además, la doctrina aparece inclinada a resolver sobre la base de contrarios precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, parece que de los precedentes, no puedan obtenerse resultados seguros. Algunos precedentes se remontan muy atrás en el tiempo; otros precedentes atienen a pretensiones privadas de fundamento aun en función a la buena fe; y otros, finalmente, presentan decisiones que no mencionan al principio de buena fe pero obtienen resultados que corresponden sustancialmente con los que se alcanzan aplicando tal principio.

Un caso que es a menudo citado en los textos ingleses como emblemático atañe a un contrato que preveía una fuerte penalidad por cada día de atraso en la restitución de los bienes alquilados⁽³⁹⁾. La parte que se encontraba en retraso pretendía no pagar la penalidad que se acordó argumentando para ello no haber sido alertada por su contraparte. Al rechazar tal pretensión, el juez inglés había observado que no valía invocar el principio de buena fe como conocido en los Derechos continentales tratándose de un principio extraño al Derecho inglés. Puede decirse con suficiente seguridad que tampoco el juez italiano habría admitido aquella pretensión. En efecto, no existía la necesidad de que la arrendadora alertara a la arrendataria, al encontrarse esta consciente o debiendo esta conocer de la existencia de la citada cláusula penal estipulada en el contrato.

En otro precedente, un contrato preveía que el pago del precio debía tener lugar en determinada hora de cierto día, autorizando luego al vendedor a resolver el contrato frente a cualquier incumplimiento del comprador. El adquirente había retrasado el pago por diez minutos y, por su parte, el vendedor había resuelto el contrato. El principio de buena fe fue invocado en vano para contradecir la legitimidad del comportamiento del enajenante⁽⁴⁰⁾. Difícilmente el juez italiano habría resuelto el caso de manera diversa. En efecto, cuando se trata de un plazo esencial, incluso un mínimo retraso comporta la resolución del contrato.

En general, puede decirse que la previsión contractual de puntuales cumplimientos como condición de determinados efectos jurídicos prescinde de una evaluación sobre su importancia y, por lo tanto, no puede ser cuestionada sobre la base del principio de buena fe.

Más allá de las hipótesis en las que, a fin de obtener la resolución del contrato, la importancia del incumplimiento es evaluada de modo previo por las partes mediante la estipulación de un plazo esencial o de una cláusula resolutoria expresa, se requiere de una evaluación en concreto de la incidencia que el retraso o el incumplimiento tuviere sobre el interés del acreedor. La regla del *Codice Civile* que niega la resolución del contrato en presencia de un incumplimiento de escasa importancia (artículo 1455)^(NT15) se encuentra influenciada por el principio de buena fe. En efecto, ello quiere decir que resolver el contrato luego de un incumplimiento de leve entidad

^(NT14) Artículo 1375 del *Codice Civile*. Ejecución de buena fe.- El contrato debe ser ejecutado de acuerdo a la buena fe.

(38) Cfr. C. 18 de julio de 1989, No. 3362.

(39) Cfr. C. 18 de julio de 1989, No. 3362.

(40) *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd.* (All England Law Reports, 1997, II, 215).

^(NT15) Artículo 1455 del *Codice Civile*. Importancia del incumplimiento.- El contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra.

Massimo Bianca

importa el empleo del remedio resolutorio no para tutelar el interés lesionado por el incumplimiento sino el liberarse de un contrato considerado, ahora, poco conveniente. El incumplimiento se erige, por lo tanto, en el pretexto para un acto abusivo, el cual penaliza a la parte destinataria sin encontrarse justificado en un interés merecedor de tutela.

El principio de buena fe sirve como fundamento de la regla del *Codice Civile* y de las reglas correspondientes contenidas en otras legislaciones nacionales, así como en la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías (artículo 25). A tal principio también debe reconducirse aquella disposición de la Directiva 1999/44/CE que excluye la resolución del contrato en presencia de un defecto “menor” de acuerdo con el contrato (artículo 3).

Debe luego, afirmarse que el principio de buena fe impone al deudor informar al acreedor que la prestación prevista en el contrato resulta o se tornará inútil. La información acerca de la inutilidad de la prestación es necesaria en la formación del contrato pero lo es también en fase de ejecución, en la medida que el acreedor debe ser puesto en condición de apartarse de un contrato de cuya ejecución no podrá obtener la utilidad esperada o bien pueda inclusive causarle un perjuicio⁽⁴¹⁾. Siempre en la fase de ejecución, debe considerarse que el principio de buena fe impone a las partes ejecutar sus poderes discrecionales evitando que el destinatario sufra un perjuicio desproporcionado respecto del interés cuya satisfacción se persigue a través del ejercicio del poder.

Así, viola el principio de buena fe el contratante que se vale de la excepción de incumplimiento aun cuando tal excepción comporta para la contraparte la pérdida de su prestación o cuando el comprador se vale de la resolución del contrato aun cuando el vendedor le ofrece sustituir o reparar el bien defectuoso.

La Convención de Viena sobre la venta internacional de bienes prevé expresamente la facultad del vendedor de

remediar su incumplimiento, aun luego de realizada la entrega, si es que no significa para el comprador atrasos o inconvenientes irracionales (artículo 48¹). Análoga disposición no se encuentra contenida en la citada Directiva 1999/44/CE, por lo que la ilegitimidad de la resolución contractual ejercida por el consumidor que hubiere rechazado la reparación o la sustitución del bien defectuoso debe entonces ser juzgada en base a su contrariedad al principio de buena fe⁽⁴²⁾. Las interpretaciones que confieren al consumidor el poder de resolver el contrato aun luego del irracional rechazo de la reparación o sustitución del bien, no atienden a tal principio.

14. La buena fe como principio general del Derecho contractual europeo

El principio de buena fe es reconocido como un principio general del derecho contractual europeo. Dos razones fundamentales justifican dicho reconocimiento. La primera razón es una exigencia de coherencia sistemática con el dato del derecho positivo. La segunda razón es una exigencia de justicia contractual.

Como se ha visto, el legislador comunitario ya ha hecho mención expresa al principio como un precepto que resulta aplicable en los casos de cláusulas abusivas, ello al sancionar, en términos de contrariedad a la buena fe, los comportamientos del profesional que generen un desbalance en el reglamento contractual en perjuicio del consumidor. Más allá de cualquier cuestionamiento, la buena fe, por tanto, forma

(41) En un precedente jurisprudencial inédito, una parte se había obligado a construir una maquina de acuerdo al proyecto provisto por el comitente, pero luego había determinado que el proyecto era errado y que la máquina, tal y como había sido proyectada, no habría podido funcionar. El contrato fue, sin embargo, ejecutado sin que el comitente fuese informado del error en su proyecto.

(42) BIANCA, C. Massimo. En: AUTORES VARIOS. *EU: Sales Directive*, edición a cargo de C. Massimo Bianca y Stefan Grundmann. Antwerp–Oxford–Nueva York: 2002. p. 149.

parte del derecho europeo por fuerza de una expresa referencia legislativa.

El principio se encuentra previsto en el área de los contratos con el consumidor. Empero, no es susceptible de ser confinado a este ámbito, en la medida de que se trata de un principio que prescinde de la calidad de las partes. En efecto, la buena fe es un precepto de ética contractual que no tolera limitaciones sectoriales: la contraparte es tratada honestamente cualquiera sea su calidad o categoría. Una diversificación del precepto jurídico, que permitiese tratar deshonestamente al no consumidor, crearía una irracional incoherencia en el sistema⁽⁴³⁾.

Por lo tanto, la afirmación de la buena fe como principio general del Derecho contractual responde ante todo al canon de la interpretación sistemática. Además, con ello también se le reconocería como un principio general del ordenamiento, en cuanto refleja el más amplio principio de la igualdad de las relaciones privadas frente a la Ley.

La buena fe responde, luego, a la exigencia de construir para Europa un derecho contractual con la impronta de la lealtad y la solidaridad⁽⁴⁴⁾.

Puntuales confirmaciones del carácter esencial de la buena fe en el citado proceso de construcción se perciben en los principios UNIDROIT⁽⁴⁵⁾ y en los proyectos de derecho contractual europeo de la Comisión Lando⁽⁴⁶⁾ y de la Comisión Gandolfi⁽⁴⁷⁾.

Una mención significativa de la buena fe se encuentra también en la Convención de Viena sobre la venta internacional de bienes (artículo 7¹).

Un derecho contractual europeo que no diese espacio a tal exigencia conduciría al resultado de degradar a tal derecho por debajo del mínimo de ética contractual que el Derecho privado, en un amplio sector de los Estados miembros, ya ha expresamente recibido.

El cuestionamiento del principio de buena fe que apela al presunto atentado a la libertad de mercado y a la seguridad del tráfico tiene escaso valor. En efecto, resulta difícil pensar que la libertad de mercado y la seguridad del tráfico se encontrarían amenazadas por una regla que exige un mínimo de honestidad contractual.

En países industrializados, como Italia y Alemania, se evidencia más bien que la economía de libre mercado encuentra un momento de específica tutela legislativa en la represión de la competencia desleal, esto es de la competencia dirigida en violación de la lealtad profesional.

(43) El objetivo de la integración de las disciplinas de los contratos con los consumidores en la parte general del contrato, es percibida por SIRENA, Pietro. *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*. En: *Studi in onore di Benedetti* (en curso de publicación), como la "valorización sistemática de los nuevos principios generales" que tales disciplinas han introducido en el derecho de los contratos.

(44) ALLESI, Rosalía. En: AUTORES VARIOS. *Diritto Europeo e autonomia contrattuale*, cit., p. 44, solicita un discurso sobre los "valores del naciente derecho europeo".

(45) Artículo 1.7: "Cada parte debe obrar de conformidad a la buena fe en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir o limitar este deber": UNIDROIT. *Principi dei contratti commerciali internazionali*. Roma: 1995. p. 16.

(46) Artículo 1.201: "Las partes deben obrar en respeto de la buena fe y de la lealtad. Las partes no pueden excluir o limitar este deber": COMISIÓN PARA EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS, presidida por Ole Lando. *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, edición italiana al cuidado de Carlo Castronovo. Milano: 2001. p. 115. La buena fe se encuentra igualmente prevista, por lo demás, en el período de tratativas (artículo 2.301) y para los casos de reticencia dolosa (artículo 4.107).

(47) El proyecto de la Comisión Gandolfi prevé el deber de buena fe para las tratativas (artículo 6, segundo párrafo), la integración del contrato (artículo 32, primer párrafo, literal b), los efectos del contrato (artículo 44), el comportamiento de la parte en el período de pendencia de la condición (artículo 51), la ejecución de la prestación (artículo 75, primer párrafo): véase *Code européen des contrats, Avant-projet*, coordinado por Gandolfi, I. Milán: 2002.