

LA BUENA FE CONTRACTUAL

Shoschana Zusman T.*

¿Debe exigirse la buena fe en la celebración de contratos? De ser el caso, ¿debe ser considerada como una regla o mas bien como una excepción?

A través del presente artículo la autora hace un interesante análisis del concepto de la buena fe así como de sus posibles implicancias, al mismo tiempo que nos lleva a tomar conciencia del importante rol que dicha institución debe desempeñar en el ordenamiento jurídico.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA BUENA FE

En el siglo I AC, Cicerón planteaba el hoy famoso acertijo del trigo de Rodas. La historia es la siguiente: durante una hambruna en Rodas, un comerciante vendió un cargamento de trigo a precios exorbitantes, ocultando a sus compradores que estaban por llegar a Rodas dos grandes embarcaciones de trigo. El acertijo sugiere varias preguntas: ¿debió el comerciante revelar a sus compradores que estaban por llegar las dos embarcaciones? ¿o era legítimo que mantuviera dicha información oculta? ¿por qué? ¿en virtud de qué habría tenido que dar esa información? ¿no atentaba eso contra su propio interés? pero, por otra parte ¿era legítimo que se aprovechara de la hambruna del pueblo de Rodas?

Estas y otras preguntas son las que conducen al concepto de buena fe.

A diferencia del sistema inglés que no acepta la necesidad de exigir buena fe en el contrato, los sistemas del Derecho Continental¹ 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 contratos². No obstante, ninguna norma del Código define, siquiera de manera aproximada, el concepto de buena fe. Porque, ¿qué es la buena fe? ¿la conciencia interna de una actuación correcta o la imposición de estándares externos? Y, en este último caso, ¿existen estándares universales o se trata de los específicamente vigentes en una comunidad? De otro lado, ¿aplica la definición de buena fe a la negociación, celebración, interpretación y cumplimiento o sólo a alguno de esos supuestos? Asimismo, ¿cuáles son los límites de la buena fe? ¿hasta qué punto deben sacrificarse los legítimos intereses de una parte para que la otra obtenga lo que pretende, como plantea el acertijo de Cicerón? Finalmente, ¿cuáles son los efectos de la buena fe? ¿únicamente la ineficacia del contrato, como señala Manuel de la Puente³? ¿o también la declaración de eficacia, que es precisamente lo opuesto? Como puede verse, el asunto no es tan sencillo. Y no lo es, porque se trata de un concepto de una amplitud tal, que puede alojar a casi cualquier ideología. Y hay varias, sobre todo cuando la redacción es tan parca como la del Código Civil peruano.

Planteadas así las cosas, me propongo en el presente artículo divulgar el trabajo de Adams y Brownsword,

destacados autores ingleses que plantean una serie de reflexiones sobre las diversas ideologías que pretenden explicar la naturaleza del contrato y su repercusión sobre el concepto de buena fe. Dichas reflexiones servirán de base para formular algunas ideas destinadas a lograr que jueces y tribunales peruanos, tanto civiles, como administrativos y arbitrales, comiencen a utilizar dicho concepto sin temor a salirse de la letra del contrato. Para ello, comenzaremos preguntándonos si exigir buena fe en el contrato es o no necesario, teniendo en cuenta que la aceptación del concepto no es unánime. A continuación, consignaremos algunas definiciones sobre la buena fe, con la finalidad de apreciar la falta de coincidencia ideológica entre las mismas y terminaremos preguntándonos por los límites de la auto-restricción que impone la buena fe. Finalmente, expondremos los ejemplos de actuaciones de mala fe del "Catálogo de conductas de mala fe" de Robert Summers⁴, algunos fallos emblemáticos expedidos por cortes inglesas, consignados por Adams y Brownsword en su obra *Key Issues in Contract*, y dos laudos arbitrales expedidos por tribunales peruanos, en cuyos procesos se discutió el concepto de buena fe. El artículo terminará sustentando la necesidad de utilizar la buena fe como herramienta primordial de administración de justicia y propondrá algunas ideas que permitan trascender la parquedad del Código Civil, apuntando a que dicho concepto se aplique más y mejor.

II. ¿ES NECESARIA LA EXIGENCIA DE BUENA FE?

No todos los autores consideran necesaria su exigencia. Adams y Brownsword detectan la existencia de tres tendencias al respecto: la teoría de la "repugnancia"; la teoría "pragmática"; y, la teoría de la exigencia de buena fe.

Como su nombre lo indica, la teoría de la "repugnancia" rechaza la necesidad de exigir buena fe en el contrato. Consideran sus seguidores que exigirla atenta contra el modelo clásico de contrato, conforme al cual, al celebrarse y ejecutarse un contrato, cada parte busca maximizar su propio interés. El contrato tiene, entonces, naturaleza confrontacional y mientras no se cometa fraude o engaño ni se establezcan falsos presupuestos, es legítimo que cada contratante persiga su propio interés de la manera más amplia. Como señalan Adams y Brownsword⁵, "a un nivel doctrinario, la visión clásica (del contrato) es que

¹ Los sistemas de Derecho Continental son los derivados del Código Civil Francés y el BGB.

² Artículos 1362 y 168 del Código Civil.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en general". Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p.45.

⁴ SUMMERS, Robert. "The general duty of good faith-its recognition and conceptualization". En: Cornell Law Review 810,03. 1982.

⁵ ADAMS, John y Roger BROWNSWORD. "Key Issues in Contract". Gran Bretaña. 1995. p. 297.

la ley establece un marco regulatorio para las transacciones, dentro del cual los contratantes pueden negociar buscando su propio interés, aún cuando tomen ventaja sobre la ignorancia o vulnerabilidad de la otra parte (...). De manera correspondiente, en un nivel práctico, para el modelo clásico, los contratantes operan como despiadados maximizadores de sus propios beneficios, explotando cualquier oportunidad, dentro de la ley, que les permita incrementar su interés propio (...). (Subrayado agregado).

No se crea, sin embargo, que la teoría de la “repugnancia” es una postura descabellada y sin límites, propia de un capitalismo salvaje. Todo lo contrario, ésta encuentra un sólido fundamento en la seguridad jurídica y en el principio de santidad del contrato, motor que impulsa el desarrollo del mercado, pues permite a los agentes predecir las consecuencias de sus actos con un importante grado de certidumbre. Pero, además de ello, la teoría clásica tiene una base realista. Así, si se observa el juego de dos niños, se apreciará que, casi sin excepción, tratan instintivamente de obtener lo mejor para sí. ¿Cabe entonces esperar algo distinto de dos contratantes? ¿No es acaso contrario a la naturaleza humana? Asimismo, es de la esencia del concepto de “competencia” –pilar del desarrollo del mercado– la destrucción del rival hasta expulsarlo del mercado, siempre que no se infrinjan ciertas reglas básicas. Si la competencia es, entonces, una guerra (casi) sin cuartel ¿por qué debemos exigir que el contrato sea altruista? Si es legítimo destruir a un rival, ¿por qué no es igualmente legítimo destruir a un co-contratante que también puede ser visto como un rival?

La seguridad jurídica y los dilemas que genera, es un tema central de “El Mercader de Venecia”. Así, cuando, ante el Dux de Venecia, Shylock exige a Antonio que cumpla con el contrato y que le entregue la libra de su carne que se comprometió a entregar en caso de no pagar su deuda, se produce el siguiente diálogo:

“Portia: La demanda que intentáis es de extraña naturaleza y, sin embargo, de tal naturaleza legal, que la ley veneciana no puede impedir os proseguir. (A Antonio): Y vos, estáis bajo sus garras, ¿no es verdad?”

Antonio: Según él dice, sí.

Portia: ¿reconocéis haber hecho ese trato?

Antonio: Sí, lo reconozco.

Portia: Entonces Shylock debe mostrarse misericordioso.

Shylock: Decidme, ¿por qué tendría que hacerlo?

Portia: (Luego de ponderar la misericordia y de pedírsela directamente a Shylock) (...). Así, pues Shylock, aunque justicia sea lo que reclamáis, considerad que a ninguno de nosotros bastará la justicia para salvarnos. Todos os suplicamos piedad y es la súplica misma la que nos enseña a ser piadosos. Si hablo tanto es para instaros a moderar la justicia de vuestra demanda. Mas, si persistís en ello, esta severa corte de Venecia, fiel a la ley, deberá pronunciar sentencia contra este mercader.

Shylock: ¡Que mis actos caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la pena y el cumplimiento del contrato.

Portia: ¿Es que no podéis pagar la deuda?

Bassanio: Sí, yo la pago en su nombre a este tribunal y la duplico. Y si no fuera suficiente, me comprometo a pagarle diez veces más y, como aval, ofrezco mis dos manos, mi cabeza y mi corazón. Y si esto no fuese suficiente, será evidente, entonces, que la maldad se impone a la sensatez. Os ruego que por una sola vez sometáis la ley para hacer un gran bien con un pequeño mal y detener la obstinación de este demonio cruel.

Portia: No es posible. No hay poder en Venecia que pueda alterar lo que dicta la ley. Constaría como precedente y se producirían en el Estado todo tipo de abusos siguiendo este ejemplo. No es posible”⁶.

El contrato es, pues, ley entre las partes. Y la razón de dicho rigor es evitar abusos y arbitrariedades, como señala Portia al final del extracto citado.

Pero, además de lo anterior, se sostiene que la teoría de la “repugnancia” es la única que guarda coherencia con la regla de la separación entre la moral y el Derecho. Se señala, en ese sentido, que la buena fe es un concepto cuyo contenido es puramente moral y, por tanto, ajeno al Derecho. De otro lado, lo que es moral (o inmoral) para unos, no lo es para otros. Hay plazas comerciales, por ejemplo, donde el engaño es tolerable, lo que conduce a la práctica del regateo, pues se asume que el precio propuesto por el vendedor ha sido sobredimensionado con el objeto de llegar a un precio que, en otra plaza comercial, sería el inicialmente pedido. Asimismo, la usura es, para algunas plazas comerciales, perfectamente moral, en tanto que para otras es objeto del mayor de los repudios.

Finalmente, para los seguidores de la teoría de la “repugnancia” (y, con ello, del modelo clásico de

⁶ El Mercader de Venecia. Edición del Grupo Shakespeare dirigida por Manuel Angel Conejero Dionís Bayer.

contrato) la introducción del requerimiento de buena fe atenta contra el principio de libertad contractual, pues impone a las partes contratantes una restricción que no tienen por qué aceptar.

La teoría pragmática, por su parte, surge con el objeto de mitigar en algo el rigor de la teoría de la “repugnancia”. Según sus seguidores, los sistemas jurídicos pueden vivir perfectamente sin necesidad de introducir la buena fe como requisito del contrato, siendo suficiente con incorporar un catálogo de reglas de comportamiento que emanen del sentido moral de una comunidad. Y dichas reglas, al ser específicas, no llevarán a resultados imprevistos y excesivos como sí ocurriría con un concepto tan amplio, abstracto y ambiguo como es el de buena fe. Señalan, asimismo, que los jueces nunca dejarán de repudiar la mala fe y que lo más saludable, en términos de seguridad jurídica, es establecerla caso por caso, de manera que las transferencias de propiedad—principal preocupación de los regímenes de libre mercado— tengan un suficiente grado de certeza. A la luz de esta postura, la jurisprudencia inglesa ha fijado ciertas reglas emanadas de la buena fe, aplicables a casos particulares. Se ha señalado en relación a la resolución del contrato, por ejemplo, que quien incumple demuestra una falta de compromiso con el contrato (incumplimiento calculado); que quien incumple crea preocupación en relación a su diligencia (incumplimiento por negligencia); que quien incumple pone en riesgo a la parte inocente; y, que es previsible que la parte inocente no pueda seguir cumpliendo debido al incumplimiento de la otra.

Por último, la tesis de la incorporación de la buena fe como requisito del contrato, es, según sus seguidores, no solo moral, sino racional, pues permite a los jueces fallar de acuerdo a la moral, sin necesidad de buscar circunloquios ni de crear nuevos conceptos que, como el de “términos implícitos”⁷, permitan que la buena fe, expulsada por la puerta, reingrese por la ventana. En relación a la falta de predecibilidad que ocasionaría la introducción de la regla de buena fe, señalan los seguidores de esta teoría que, también introduciendo la buena fe, las partes sabrán a qué atenerse y se comportarán según esta regla explícita. Y eso, porque el problema no está en la exigencia de buena fe, sino en cómo actuará la jurisprudencia ya que los problemas surgen generalmente por la actuación arbitraria de la jurisprudencia y no por causa de la ley. Finalmente, para los defensores de esta teoría, con la introducción

del requisito de buena fe disminuirán los costos de transacción, pues no hay necesidad de que el contrato haga una previsión exhaustiva de todos los casos de mala fe para que el juez pueda condenar la actuación de mala fe mediante la sola apreciación de los hechos.

Pues bien, con independencia de la simpatía o rechazo que pueda despertar una u otra teoría, lo cierto es que hay dos aspectos que resultan incuestionables (i) que la regla de la buena fe restringe la búsqueda del interés propio, a un nivel que va más allá de las restricciones mínimas impuestas por el modelo clásico de contrato (el engaño, el fraude y la incorporación de presupuestos falsos); y que (ii) en la práctica, los jueces no pueden dejar de lado la exigencia de buena fe, viéndose forzados a incorporar dicho requisito a través de ficciones tales como la de “términos implícitos” o, en el caso del “Mercader de Venecia”, de la sentencia que ordena a Antonio cumplir su contrato, entregando a Shylock una libra de su carne, aunque, “sin derramar una gota de sangre”.

Expuestas las tres teorías y su vinculación con los modelos de contrato, corresponde precisar el concepto de buena fe.

III. ¿QUÉ ES LA BUENA FE?

Consignemos textualmente algunas definiciones de buena fe y apreciemos si son o no equivalentes.

Díez Picazo⁸ define la buena fe como “un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. Eso quiere decir que (...). 1° los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiéndolo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades; 2° la buena fe, además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas” (subrayado agregado).

Por su parte Erich Danz⁹, antiguo comentarista del BGB, señala que buena fe significa “confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refiere,

⁷ Los “términos implícitos” son una creación de la jurisprudencia inglesa destinada a mitigar el rigor de los contratos, entendiéndolo como implícitamente establecidas por las partes, ciertas reglas de buena fe. ADAMS y BROWNSWORD reportan entre los casos en los que se trató el problema de la buena fe como uno de “términos implícitos” los siguientes: *Luxor (Eastbourne) Ltd. versus Cooper*, *Bournemouth and Boscombe Athletic Football Club v. Manchester United Football Club y Liverpool City Council versus Irwin*.

⁸ DíEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen 1. Madrid: Tecnos. 1983. p. 263.

⁹ DANZ, Erich. “La interpretación de los negocios jurídicos”. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1955. p. 194.

sobre todo, al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, confiando en que ésta no la engañará". Incorpora Danz, asimismo, el criterio de "normalidad" de la actuación de los contratantes, señalando que "la buena fe prohíbe dar por querido lo que es usual o general querer.(...) el hombre cree y confía que una declaración de voluntad producirá sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha surtido en casos iguales (...)" (subrayado agregado).

Para Manuel de la Puente¹⁰, "la buena fe es un elemento de la relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones. (...). 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 "honesta convicción" (WINDSCHEID), la "honorabilidad" (TUHR), 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).

En lo que se refiere al Derecho Anglosajón, el *Uniform Commercial Code* (UCC) sección 2-103 (1) (b) define la buena fe como "la honestidad y la observancia de estándares comerciales razonables de negociación justa en el comercio" (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. No todas las definiciones son, sin embargo, coincidentes porque, por ejemplo, el "deber de asistencia y fraternidad", que solo es reconocido por un autor (Corfu), responde a una idea de contrato muy alejada del modelo clásico-confrontacional. Los demás autores, en cambio, no parecen llegar tan lejos, limitándose a señalar ciertos valores como la lealtad y la confianza que, a diferencia de la "asistencia y fraternidad", sí son compatibles con

algunas tendencias del modelo clásico de contrato, que toleran una exigencia moderada de buena fe. De otro lado, algunos textos citados aluden directamente a estándares comerciales (Díez Picazo y el CCU), mientras que otros (la mayoría) omiten pronunciarse sobre la necesidad de recurrir a modelos o paradigmas, manteniéndose de todas formas la duda de si la buena fe se "deduce" de un estándar de conducta del "hombre honrado universal" o de un estándar de conducta de "hombre honrado ubicado en una comunidad". De otro lado, salvo la definición del UCC, que alude directamente a la buena fe en la negociación del contrato, ninguna de las definiciones consignadas distingue entre la buena fe en la negociación y en el cumplimiento, lo que obliga a concluir que, o los tratadistas no se han planteado el problema, o han optado por considerar que su tratamiento es común (cosa que no es correcta, como se verá). Existen, pues, diferencias en las definiciones propuestas, las cuales denotan no solo éticas distintas, sino maneras distintas de ver y entender el contrato: el formalismo, en un extremo y el realismo, en el otro y, dentro de éste último, el liberalismo y la protección del mercado, en un extremo y la protección al consumidor, en el otro.

Procederemos ahora a preguntarnos si la buena fe en la negociación y la buena fe en el cumplimiento del contrato son o no conceptos equivalentes.

IV. ¿SON EQUIVALENTES LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN Y LA BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO?

Como hemos señalado, el Código Civil exige la buena fe en cada una de las fases del contrato, aunque no establece si la buena fe en la negociación tiene diferencias con la buena fe en el cumplimiento e incluso en la interpretación. Se trata, sin embargo, de situaciones distintas que tienen efectos distintos. Así, como señalan Adams y Brownsword¹¹, "en el primer sentido (el de buena fe en la negociación), la buena fe denota una particular (inocente) actitud, es decir, una actitud libre de sospechas, una buena fe en el sentido de corazón puro y mente vacía...En el segundo sentido (el de buena fe en el cumplimiento) (...) la buena fe no tiene nada que hacer con una actitud inocente (...) (sino) denota decencia, corrección y razonabilidad en el cumplimiento (...) y está unida a la idea de un término implícito que requiere cooperación de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables" (subrayado agregado). Pero, además de las diferencias señaladas por Adams y Brownsword, existe otra, que es

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 24.

¹¹ ADAMS, John y Roger BROWNSWORD. Op. Cit. p. 213.

fundamental: al negociar un contrato, nada une a las partes, salvo el interés común de celebrarlo. ¿Por qué, entonces, tendrían éstas que restringir sus legítimas aspiraciones, al punto de “deber asistencia y fraternidad” una a la otra, como señala Corfu? ¿No son acaso las partes libres de retirarse de una negociación? En cambio, al ejecutar un contrato, existe ya un vínculo jurídico entre éstas que les impone considerar las legítimas expectativas de su contraparte, cuyos intereses –ahí sí– están respectivamente obligadas a respetar¹². Puede decirse por eso, que la diferencia entre ambos órdenes de buena fe – la buena fe en la negociación y en el cumplimiento¹³– es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda.

Pero, además de ser distintos en su naturaleza y grado, los dos órdenes de buena fe son distintos en sus efectos, porque la mala fe en la ejecución puede llevar a la ineficacia del contrato, privando así al contratante deshonesto de beneficiarse del mismo, mientras que la mala fe en la negociación no podría –*vis a vis*– obligar a la parte deshonesto a celebrar el contrato, porque –ahí sí– la libertad de contratar se impone sobre la buena fe y solo procederá el reclamo de daños y perjuicios fundados en la *culpa in contrahendo*, cuya vía es, como se sabe, la responsabilidad extracontractual.

No son, pues, lo mismo, la buena fe en la negociación que la buena fe en la ejecución. No obstante, en ambos momentos del contrato se formula una misma pregunta: ¿hasta qué punto debe una parte priorizar el interés de la otra? o, lo que es lo mismo, ¿cuánto es necesario renunciar a la búsqueda del propio interés para cumplir con el requerimiento de buena fe? Preguntémos, entonces, ¿cuál es el límite de la auto-restricción impuesta por la buena fe?

V. ¿HASTA DÓNDE DEBE LLEGAR LA AUTO-RESTRICCIÓN? ¿BUENA FE COMO EXCEPCIÓN O COMO REGLA?

Esta pregunta está en la base de la problemática de la buena fe y del contrato, y su respuesta depende de la posición que se tenga sobre la naturaleza del contrato.

Los partidarios de la tesis de la “repugnancia” responden a dicha pregunta señalando que afectar o

limitar los propios intereses es un sinsentido, porque, ¿cuál interés se prioriza? ¿el de la otra parte? ¿y por qué no el propio? ¿es acaso el derecho del otro más importante que el de uno mismo? Por eso, los seguidores de esta teoría consideran que, lo que en el fondo se propone con la exigencia de buena fe, es una inaceptable visión altruista del contrato, que atenta contra su naturaleza individualista y confrontacional.

Pero, aun si se tratara de un modelo altruista de contrato, al exigirse la buena fe a los dos contratantes, se establece un balance que coloca a ambas partes en una situación equivalente a la que se produciría si la buena fe no fuera exigida. Se señala también que, en todo caso, es mejor adoptar un modelo altruista de contrato que uno que permita la ilimitada persecución del propio interés, pues en este último caso, se crearían situaciones de abuso e injusticia que resultarían intolerables para cualquier sociedad civilizada. Y, además, no se trata propiamente de “altruismo” sino de dar el mismo peso a los intereses de la otra parte que a los de uno mismo o, de manera más precisa, de respetar los legítimos intereses de la otra parte, lo que implica, necesariamente, la auto-imposición de restricciones en la persecución del interés propio. Se dice por eso que, aunque el concepto de legítimo interés es difícil de precisar, puede considerarse que el interés de una parte es legítimo, en tanto sea compatible con el interés de la otra.

¿Cómo establecer, entonces, los límites a la persecución del interés propio?; ¿cuán egoísta se permite ser?; ¿dónde se pone, pues, la valla?

La respuesta a dichas preguntas depende del paradigma de conducta deseable adoptado por una comunidad. Porque, como hemos señalado al referirnos al engaño, al regateo y a la usura, los modelos de honestidad, razonabilidad y lealtad de una plaza comercial –es decir, los requerimientos de buena fe– no necesariamente coinciden con los de otra. Y todo indica que hay un mayor grado de tolerancia frente a ciertas prácticas –“criolladas”, que les dicen– en sociedades menos desarrolladas que en sociedades más desarrolladas, donde la “criollada” es, sencillamente, inadmisibles, entre otras razones, por el valor que se concede a la palabra dada. Lo cual no significa desconocer que la manera de hacer negocios en, por ejemplo, *Wall Street*, es muchas veces más agresiva y más de mala fe que cualquier “criollada”¹⁴. Así y todo, no puede dudarse de que la cultura de la confianza

¹² La distinción que se propone lleva a la curiosa conclusión de que la buena fe en la negociación se parece más a la buena fe en la adquisición de la propiedad –que también implica creencia, ingenuidad y confianza– que a la buena fe en el cumplimiento.

¹³ No nos referimos a la buena fe en la interpretación con identidad propia porque se trata de un principio de interpretación que obliga a analizar la conducta de las partes antes, durante y después de la suscripción del contrato.

¹⁴ Prueba de lo señalado son los casos de entrega de información falsa al mercado por parte de grandes empresas (*id est* casos Enron y Parmalat).

está en directa relación con el desarrollo, lo que significa que, a más desarrollo, menos tolerancia a la mala fe y, a la inversa, a menos desarrollo, más tolerancia a la mala fe. Y eso tiene que ver con el grado de institucionalidad y, en particular, con sus respectivos sistemas judiciales: disuasivos los del mundo desarrollado y poco o nada disuasivos los del mundo subdesarrollado.

La buena fe responde, pues, a un determinado modelo de comunidad y de contrato¹⁵. Y, como concepto “relativo” que es, Adams y Brownsword plantean dos distintos “ideales” de buena fe que reflejan dos tendencias sobre la naturaleza del contrato: la buena fe como excepción y la buena fe como regla. La primera adhiere al modelo confrontacional, que es propio de sociedades con una marcada tendencia al mercado y al individualismo, mientras que la segunda –la buena fe como regla– adhiere a un modelo de cooperación, propio de sociedades con tendencia al control estatal y a la protección del consumidor. Ambas posiciones pueden, por cierto, ser llevadas al extremo: la primera, al capitalismo salvaje, que no reconoce otra cosa que no sea la voluntad de los particulares como fuente creadora de Derecho y la segunda, a la “publicización” del contrato, donde la injerencia del Estado en la contratación es tan intensa, que puede llegar a diluir la distinción entre el Derecho Público y Privado, como ocurrió con el Código italiano de 1942 cuando introdujo concepciones colectivistas y de economía planificada y controlada¹⁶, que “pusieron de lado” la iniciativa individual.

Cada una de las nociones de buena fe tiene, por supuesto, adeptos y detractores. Los partidarios de la “buena fe como excepción” –Summers por ejemplo– consideran que la única manera de definir un concepto (lo que es) es mediante la definición de su opuesto (lo que no es), por lo que la buena fe se define por exclusión, es decir, enumerando los supuestos de mala fe. Por eso, la buena fe es una excepción y funciona, como señala Summers, a modo de “*estándar mínimo, más que un alto ideal*”¹⁷. Los partidarios de la “buena fe como regla” (*id est* Byles, Burton, Eisenberg), en cambio, consideran que el contrato surge en situaciones en la que A tiene lo que B quiere y B tiene lo que A quiere o que A y B quieren lo mismo, pero no pueden lograrlo sin cooperar el uno con el otro. Lo cual no supone, ni mucho menos, que dejen de

perseguir su propio interés, sino, simplemente, que cada una respete los legítimos intereses de la otra. Se habla así del “mutuo beneficio” del contrato (Byles); de la “racionalidad” de la buena fe y de la “moralidad” del concepto en el marco de los estándares de la sociedad (Eisenberg).

Llegado a este punto, conviene “bajar a la realidad” y dar cuenta de las tendencias (a veces opuestas) de la jurisprudencia inglesa sobre la buena fe, exponiendo para ello dos casos que fueron vistos por tribunales arbitrales en el Perú, donde se plantearon dos puntos de vista distintos sobre la importancia de la exigencia de la buena fe.

VI. ALGUNOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE MALA FE

VI.1 Según el “Catálogo de conductas de mala fe” de Summers

Como hemos señalado, Robert Summers es uno de los principales exponentes de la tesis de la buena fe como excepción. De ahí que se haya ocupado de hacer un catálogo de supuestos típicos de mala fe, que puedan servir como excepciones a la regla de persecución del interés propio.

VI.1.1 Mala fe en la negociación

Son supuestos de mala fe en la negociación los siguientes: mostrar una intención de no cerrar el contrato (iniciar negociaciones únicamente con el objeto de que la otra parte no las inicie con un tercero); abusar del derecho de retirarse de la negociación (en los casos de alzas o bajas intempestivas de precios); celebrar un contrato a sabiendas que el cumplimiento será imposible (información privilegiada sobre la quiebra inminente de la empresa) o ser reticente, es decir, omitir revelar a la otra parte ciertas características del bien que podrían desalentarla a celebrar el contrato (no revelar al comprador que el caballo tiene una lesión en la rodilla que le impide competir).

VI.1.2 Mala fe en el cumplimiento

Evadirse del espíritu del contrato (interpretaciones forzadas de cláusulas mal redactadas); cumplir sólo con lo sustancial y no con lo accesorio (en un contrato de

¹⁵ Algunos consideran, sin embargo –concretamente los *ius naturalistas*– que el concepto de buena fe es universal. Nosotros discrepamos con dicha posición.

¹⁶ Señalaba Messineo hace más de 5 décadas, que el contrato se guía por el *principio de socialidad*, que supone “*la preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares*”, lo que, a todas luces, apunta a la “publicización” del contrato que corresponde a un sistema político que apunta a convertir en público, aquello que nació como privado. MESSINEO, Francesco. “Doctrina general del contrato”. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 21.

¹⁷ Summers Robert en ADAMS y BROWNSWORD. Op. Cit. p. 219.

construcción, negarse a ejecutar ciertos trabajos implícitamente considerados); abuso en determinar el incumplimiento (incumplimientos nimios o sin importancia); interferir en el cumplimiento de la otra parte (otorgar un mandato y privar al mandatario del objeto del mismo, transfiriendo el bien); solución abusiva de disputas (haciendo interpretaciones antojadizas de las cláusulas del contrato, a fin de tomar ventajas sobre la otra parte para lograr la renegociación); remedios oportunistas (renegociar el contrato imponiendo condiciones mucho más onerosas); y, finalmente, abuso del poder de terminación del contrato.

VI.2 En la jurisprudencia inglesa

VI.2.1 "Jugando al mercado" (*Playing the market*)

(i) *Arcos versus Ronansen*: Se trataba de un contrato de suministro de madera donde, debido a un atraso muy poco significativo, los compradores decidieron resolverlo por incumplimiento. No obstante, parecía que su intención era "escapar" del contrato, debido a que los precios de la madera estaban cayendo y podían conseguirla en el mercado a un precio bastante más bajo. En este caso, la Corte, acogió la teoría de la "repugnancia" y sostuvo que los compradores tenían derecho a desvincularse del contrato, puesto que había habido incumplimiento y eso era suficiente para ponerle fin.

(ii) *Docker versus Hyam*: Se trataba de la venta de un producto manufacturado "a satisfacción del comprador", donde éste lo rechazó en varias oportunidades. La Corte consideró que el comprador "era el juez del contrato" y que, si bien le estaba prohibido actuar deshonestamente, no le estaba prohibido actuar irracionalmente.

(iii) *Rockland Utilities Inc. versus Amerade Hess Corprn*: Se trataba de un contrato de suministro de gasolina celebrado por un plazo de cinco años, donde se pactó un precio fijo. Los montos mensuales de suministro, sin embargo, quedaron sujetos a las necesidades del comprador, quien mes a mes podía variar las cantidades. El precio de la gasolina bajó y el comprador comenzó a hacer pedidos inusualmente grandes, lo que motivó que la Corte diera por finalizado el contrato, debido a la mala fe del comprador. En este caso, la Corte acogió la teoría de la buena fe como regla.

VI.2.2 Renegociación oportunista

(i) *Headley versus Hackley*: *Headley* debía a *Hackley* 6000 libras esterlinas por la compra de unos troncos. Pasado un tiempo, el deudor se percató que el acreedor tenía un apuro económico y le ofreció pagar 4000 libras esterlinas en lugar de las 6000 libras esterlinas que le

debía, cosa que el acreedor aceptó. La Corte decidió que el deudor había actuado de mala fe y que el acreedor debía recibir la diferencia.

(ii) *Alaska Packers Association versus Domenico*: Se trataba de la contratación de unos pescadores de salmón en Alaska quienes, poco antes de que se iniciara la pesca, pidieron un aumento de salario. La Corte consideró que había "renegociación oportunista" de los pescadores al pedir el aumento en un momento en que cambiar de personal era muy difícil, considerando que la temporada de pesca era bastante corta.

(iii) *Goebel versus Linn*: En este caso, el proveedor solicitó un reajuste de precio, debido a que le era imposible suministrar al comprador cierta cantidad de hielo al precio comprometido, debido a una inesperada ola de calor, que hizo que los precios subieran drásticamente. La Corte consideró que la renegociación del contrato no fue oportunista, para lo cual tomó en consideración la situación económica en la que quedó el proveedor de hielo debido a la ola de calor.

(iv) *The Atlantic Baron*: Este es un caso en el que el armador demandó un reajuste de precio por la devaluación de la moneda. La discusión se centró en determinar si la devaluación era una situación que estaba fuera del control del armador, decidiendo la Corte que no, porque la ausencia de una cláusula que lo cubriera de una devaluación, era indicativa de que éste había asumido dicho riesgo.

VI.2.3 Términos implícitos

Bournemouth and Boscombe Athletic Football Club versus Manchester United Football Club: Se trataba de la transferencia de un jugador del club *Bournemouth* al *Manchester*. La transferencia se pactó en 175,000 libras esterlinas más 25,000 libras esterlinas, pagaderas siempre que el jugador metiera 20 goles en campeonatos de primera. Antes de que el jugador metiera los 20 goles, cambió la directiva del *Manchester* y el club vendió al jugador al club *West Ham United* por 170,000 libras esterlinas. El club *Bournemouth* alegó la mala fe del *Manchester* y el incumplimiento de un "término implícito" de dar un tiempo prudencial al jugador para que pudiera meter los 20 goles. La Corte no acogió la demanda, señalando que *Manchester* no había actuado de mala fe.

VI.2.4 Reticencia

(i) *Banque Financiere de la Cité S.A. versus Westgate Insurance Co Ltd*: Se trata de un caso en el que el demandado no reveló al demandante un hecho importante cuando negociaron el contrato. La Corte fue tolerante con la reticencia del demandado,

señalando que la ley no puede controlar la corrección en el cumplimiento de los contratos y que si bien la revelación de ese hecho hubiera evitado pérdidas al demandante, no era procedente reabrir una negociación ya cerrada.

(ii) *The Good Luck*: En este caso se produjo también reticencia. La Corte consideró que el contrato es de naturaleza confrontacional y que las partes no tienen por qué revelar hechos, ni siquiera en el caso que sean relevantes para la otra parte.

(iii) *Smith versus Hughes*: La Corte consideró que un granjero vendedor de avena no tenía obligación de revelar a su comprador –un entrenador de caballos– que la avena que le estaba ofreciendo no estaba en buen estado. El razonamiento de la Corte se basó en que el entrenador había examinado la avena y pudo haber apreciado por su cuenta si estaba en buen o mal estado. Era, pues, su responsabilidad.

VI.3 Dos laudos expedidos por tribunales peruanos

VI.3.1 El caso del Grupo Económico Familiar

Se trataba de un grupo de empresas de propiedad de una familia (padre y hermanos), donde todos trabajaban. En un momento, uno de los hermanos (el Hermano A) decidió que lo más conveniente era separarse del grupo económico familiar (el Grupo), porque –sostenía– era él quien trabajaba para el resto. El Hermano A logró convencer al resto y se acordó la separación. Para dicho fin se suscribieron los siguientes contratos: (i) uno de permuta, donde el Hermano A permutaba con el Grupo acciones de distintas empresas, a fin de individualizar la propiedad de cada uno; (ii) un contrato de licencia de uso de nombre comercial, donde se reconocía al Grupo ingresos por franquicia equivalentes al 5% de las ventas del Hermano A; y, (iii) un contrato de arrendamiento que garantizara indefinidamente al Grupo los ingresos por arrendamiento y derecho de paso por las instalaciones del Grupo.

Cuatro meses después de suscribirse los contratos, el Hermano A decidió poner fin unilateralmente el contrato de licencia, alegando que ya no necesitaba usar el nombre comercial. Esa alternativa había sido prevista en el contrato, aunque ocasionaría el pago de US\$ 350,000 como cláusula penal. Pocos días después de la resolución del contrato de licencia, el Grupo dio unilateralmente por resuelto el contrato de arrendamiento, alegando que el Hermano A no había contratado un nuevo seguro, sino, renovado el anterior y que había dejado de pagar 2 meses y 15 días de renta adelantada. El Hermano A, sin embargo, había intentado consignar la renta impaga ante el Tribunal,

cosa que fue rechazada por éste por razones formales y tampoco pudo hacerlo en el Banco de la Nación, porque éste no recibía depósitos referidos a procesos arbitrales. La resolución de los contratos de arrendamiento –que, además, activaba cláusulas penales de US\$ 500,000 cada una– creaban un verdadero problema al Hermano A, no sólo por el monto de las cláusulas penales, sino porque –lo más importante– el inmueble arrendado le servía de paso para ingresar a sus propias instalaciones y crear un ingreso alternativo resultaba sumamente oneroso. La discusión se centró en la mala fe y en el abuso del derecho del Grupo frente al Hermano A, al intentar resolver el arrendamiento por razones poco relevantes ya que –alegaba el Hermano A– lo que los motivaba era el deseo de venganza porque éste le había puesto fin al contrato de licencia. El Tribunal no acogió dicho planteamiento y adoptó una posición formalista, señalando que la demora en la contratación de la póliza de seguro no había podido ser justificada por el Hermano A, aun cuando la renovación del seguro cubría el riesgo y se abstuvo de pronunciarse sobre la falta de pago de la renta porque era suficiente con la ocurrencia de una sola causal para que el contrato quedara resuelto. Durante la discusión entre los árbitros, se pusieron en debate dos posiciones claramente contrastantes: una formalista que, invocando la seguridad jurídica, sólo reconocía la letra del contrato, y otra, mas bien, realista, que postulaba la necesidad de apreciar los motivos del Grupo para resolver el contrato de arrendamiento, sosteniendo que si los motivos eran –como el árbitro suponía– la venganza, debía negársele la resolución. Esta última posición no fue acogida por el Tribunal, por considerar que la investigación no podía alcanzar a los motivos. Pero la reflexión puede ir todavía más allá. Así, era claro que existía un desbalance a favor al Grupo en toda la transacción, lo que podía llevar a pensar que el Hermano A había suscrito los contratos con el ánimo de “firmo y luego peleo”, lo cual podría ser un supuesto de mala fe consistente en contratar con el ánimo de rescindir. Pero, ¿actuó el Hermano A de mala fe? ¿no es, mas bien, lógico pensar que su actuación fue legítima al firmar “lo que sea” porque, era la única manera de lograr la separación? ¿era justo tener que trabajar para toda la familia? ¿no hay, entonces, abuso? Pero, ¿interesa quién trabaja más a efectos societarios, donde lo único que cuenta es el número de acciones? Si el Hermano A trabajaba más, debió pedir un aumento de sueldo, pero no necesariamente la separación ¿qué es, entonces, lo moralmente correcto y qué no?

VI.3.2 El caso de la Consultora

En el mes de diciembre de 1999, una empresa consultora (la Consultora) celebró con un banco con

problemas financieros (el Banco) un contrato de asesoría financiera para la valorización del Banco y para la estructuración de una operación financiera que implicaba la incorporación de un socio estratégico. El plazo del contrato era de 3 meses renovables por acuerdo entre las partes. Las partes acordaron un honorario fijo ascendente a US\$ 50,000.00. Adicionalmente, se pactó un honorario de éxito, con el siguiente texto: “En caso que, por razón de la asesoría financiera de la Consultora llegara a incorporarse un socio estratégico al Banco, la Consultora deja establecido que en el marco de las condiciones que se pactarán con dicho socio, la Consultora le cobrará por los servicios prestados el monto de US\$ (...). Al monto resultante se le añadirá el IGV, así como el pago que el socio estratégico hará a la Consultora en aplicación de éste acápite, el cual se realizará al momento de cierre de la transacción” (subrayado agregado).

La Consultora comenzó a ejecutar el contrato de asesoría y el Banco le pagó el honorario fijo pactado. No obstante, a pesar de que dicha empresa organizó una licitación para ubicar un socio estratégico, no pudo lograrlo.

Pues bien, unos meses después de fracasada la licitación, se expidió un Decreto Supremo que permitió que el Estado apoye económicamente el salvataje de empresas bancarias. La expedición de dicha norma permitió que el Banco acordara realizar una operación de reorganización, mediante la cual se aportaría un bloque patrimonial integrado por ciertos activos y pasivos de su propiedad a una institución financiera.

Efectuada dicha operación, la Consultora exigió al Banco –y no a la institución adquirente, como se estipulaba en el contrato de asesoría– el pago del honorario de éxito, alegando que la operación se había efectuado como consecuencia de su trabajo y que, por lo tanto, le correspondía recibir dicho honorario. Y que –como ocurrió– si el adquirente aducía su calidad de tercero, correspondía al Banco pagar ese honorario. El Banco le respondió que no existía estipulación alguna que lo obligara a efectuar dicho pago, y que la operación no era consecuencia de los servicios prestados por la Consultora, porque no se trataba de la incorporación de un socio estratégico, sino de una reorganización patrimonial.

La discusión en el Tribunal se centró en la buena fe. Un árbitro sostenía que, aun cuando eso no se había pactado en el contrato, era obligación del Banco informar a la institución adquirente del bloque patrimonial la existencia de un compromiso de pago a la Consultora y que, si no lo hizo, debía asumir la responsabilidad del pago con la Consultora. Otro árbitro sostenía, en cambio, que dicha obligación no

había sido pactada y que, en todo caso, la operación no era consecuencia de la actividad de la Consultora, porque se había efectuado después del vencimiento del contrato de asesoría y, además, era de naturaleza totalmente distinta a la incorporación de un socio estratégico, que era lo que se había acordado con la Consultora. Para el primer árbitro, había mala fe en el Banco por no haber dado noticia a la Consultora de la nueva operación, mientras que para el segundo árbitro, la mala fe era de la Consultora, al pretender cobrar un honorario que no le correspondía por no haber gestado la operación. En conclusión, pues, para el primer árbitro, el contrato implicaba colaboración y, por tanto, existía la obligación implícita de notificar a la Consultora sobre la adquisición del bloque patrimonial; para el segundo árbitro, en cambio, la obligación de colaborar no podía llegar al extremo de considerar obligada a una persona que ni siquiera sabía que le correspondía cursar la notificación, dado que, para ésta, el contrato de asesoría había vencido y la operación de reorganización no era consecuencia del trabajo de la Consultora. Este segundo árbitro acogió, como puede apreciarse, la tesis del contrato como búsqueda del propio interés. El árbitro dirimente tomó una posición intermedia, otorgando a la Consultora una indemnización significativamente menor que la solicitada, acogiendo en la argumentación del laudo la tesis del contrato como colaboración extrema, pero expresando a través de la reducción de la indemnización, sus reservas a dicho planteamiento.

VII. ¿QUÉ HACER EN EL PERÚ?

Lo expuesto hasta ahora permite concluir que la exigencia de buena fe en los contratos, sea como regla o como excepción, es necesaria. Mas aun: es indispensable si lo que se quiere es contar con un sistema de contratación no solo seguro, sino también justo. La letra del contrato, pues, puede crear inequidades y es bueno que éstas sean “corregidas” por los jueces.

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 explicable, 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.

Una segunda razón de la poca aplicación de la buena fe es la predilección del razonamiento jurídico del Derecho Continental por la abstracción. Esa abstracción domina la técnica de redacción normativa, donde la “regla de oro” es el “sistema” y la no repetición. En esa línea de pensamiento, si la regla general de buena fe ya ha sido incorporada, no hay necesidad de definirla (pues la definición es restrictiva) y mucho menos de reiterarla a propósito de supuestos específicos, donde, no obstante, podría favorecerse su aplicación. Esa es, en el sistema continental, la buena técnica jurídica, no importa si la abstracción del concepto lo convierte en inaplicable. Alguna vez he escuchado decir al profesor Roberto Mac Lean, con gran sabiduría, que el Derecho se ha convertido en un intrincado sistema de reglas complejas e inentendibles y que eso ha llevado a que la administración de justicia pierda su esencia, que es, sencillamente, resolver problemas entre las personas: A le debe a B y no le quiere pagar; C pretende una reparación por haber sufrido un accidente; J y K quieren divorciarse; el vecino M ha invadido el terreno de Y; X ha incumplido el contrato de mala fe, etcétera.

Una tercera razón de la poca utilización de esta figura es la escasa importancia que los juristas formados en el sistema continental conceden a los hechos. Así, por ejemplo, la teoría del Acto Jurídico plantea una serie de “verdades” que obligan a los jueces a alejarse de los hechos. Baste mencionar la regla de que el intérprete no puede investigar la “voluntad interna” sino la “voluntad declarada” (sin que se sepa con certidumbre cuál es cuál); o la regla de que los “motivos” no interesan en los contratos, mientras que la “causa” sí (sin que pueda determinarse su diferencia); o la idea de que la interpretación es un procedimiento puramente objetivo (es decir, se refiere a un “texto”), y no analiza las “intenciones” de las partes (siendo así que la búsqueda de “la común intención” tiene que ver con la voluntad de las partes). Y, como queda claro en el caso de la empresa familiar, esas “verdades” no permiten hacer justicia porque no cabe “penetrar” en la mente de las personas para analizar qué los motivó a actuar y acoger o repudiar actitudes que merecen (o no) protección. Existe, pues, una tremenda restricción impuesta por la teoría del Derecho Civil Continental de aproximarse abiertamente a los hechos y, más concretamente, a las intenciones, deseos y pensamientos de las partes. Si, en el antes expuesto caso de la empresa familiar, el Tribunal hubiera desestimado la venganza como razón de terminación del contrato, habría llegado, tal vez, a una mejor composición de los intereses de las partes. Pero, de manera totalmente explicable, el Tribunal no quiso llegar tan lejos y se mantuvo fiel a la letra del contrato. De otro lado, ¿quién no ha escuchado decir a colegas procesalistas que los hechos

tienen una importancia secundaria frente a la importancia del Derecho y que, dado ese carácter, las pruebas sobre los mismos, deben obtenerse después de hacer el planteamiento jurídico? No importa si luego no “calzan” exactamente, porque la discusión central es netamente jurídica.

¿Qué hacer, entonces, para incentivar la utilización de la buena fe?

La primera responsabilidad compete a nuestras facultades de Derecho, que tienen el deber de “relativizar” el valor que hoy se concede a la teoría formalista y comenzar a tratarla como una manera de ver el Derecho, que no es, ni mucho menos, la única. Eso no quiere decir, por supuesto, que la seguridad jurídica pase a segundo plano. Todo lo contrario, ésta tiene la mayor relevancia, pero esa importancia no excluye que en determinados casos puedan elegirse ppciones más flexibles si amerita preocuparse más por la justicia que por la seguridad jurídica. Lo mismo deben hacer las Facultades de Derecho con la predilección a la abstracción y comenzar a fomentar una mirada más “humana” de la justicia, es decir, más concentrada en su misión de resolver problemas entre personas, como bien planteaba el profesor Mac Lean.

Compete también a las facultades de Derecho, fomentar la importancia del estudio y del análisis de los hechos de un caso, con lo cual se podrá acceder a las intenciones y, con ello, a la buena o mala fe. La indiferencia frente a la importancia de los hechos, no es, sin embargo, un problema que sólo se produce en el Perú. Por el contrario, la propia doctrina anglosajona reclama, igualmente, mayor atención a los hechos. Así, por ejemplo, en *Essential Lawyering Skills*, Krieger y Neumann señalan lo siguiente: “Durante el proceso de representación del cliente, uno maneja hechos. Cuando un cliente acude donde el abogado –independientemente de si lo hace para pedir una indemnización por un accidente, para interponer un reclamo sobre un contrato o para comprar una propiedad (...)– el cliente entrega al abogado hechos y no teorías legales. Al preparar el caso, el abogado dedicará más tiempo a los hechos que a la investigación legal. En la mayor parte de las negociaciones, los abogados se concentran mucho más en los hechos que en la ley aplicable (...) En juicio los testigos declaran sobre hechos (...) Lamentablemente, pasamos poco tiempo en las escuelas de Derecho, analizando temas de cómo investigar, organizar y presentar hechos (...). Las teorías sobre interpretación se centran exageradamente en la lectura de textos y las diversas estrategias de interpretación aportan reglas para entender dichos textos (...) entender los hechos, se escapa como una parte del proceso poco interesante,

poco estimulante o irrelevante. Una vez en la práctica, los abogados deben desarrollar “en el trabajo” las habilidades para investigar los hechos, organizar los hechos y diseñar una teoría persuasiva sobre los hechos”¹⁸ (subrayado agregado).

Finalmente, en relación al Código Civil y su eventual reforma, parece claro que su parquedad es un obstáculo, si se considera que existe un temor reverencial a la letra del contrato, una predilección por los conceptos abstractos y que se concede poca importancia a los hechos. Y si a eso se añade la falta de institucionalidad y, en general, el subdesarrollo – más tolerantes con la mala fe–, seguiremos con un Código Civil altamente moral, pero de escasa aplicación. Por eso y aunque parezca paradójico, al reformar el Código sería recomendable “dar un paso

atrás” y comenzar incorporando la buena fe como excepción, como paso previo a la aplicación de la buena fe como regla, estableciendo, como ha hecho Summers, un catálogo de conductas de mala fe en relación a temas clave tales como la *culpa in contrahendo*, la reticencia, la resolución abusiva del contrato y la renegociación oportunista. Eso permitirá a los jueces –a falta de una jurisprudencia sistematizada– contar con reglas claras, precisas y sencillas, que permitan incorporar la buena fe en los aspectos esenciales de los contratos, sin el temor a modificarlos. Dicho tratamiento puede ser temporal, esperando un desarrollo jurisprudencial que permita pasar a la buena fe como regla. Con esto, la administración de justicia se aproximará al ideal de justicia y seguridad jurídica, y perderá el temor reverencial a las formas y a los conceptos abstractos.