



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

Manrique Nieto, Carlos
La moderna concepción de la buena fe objetiva como regla universal para los contratos.
Revista de Derecho Privado, núm. 38, junio, 2007, pp. 27-6
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033186003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA MODERNA CONCEPCIÓN DE LA BUENA FE OBJETIVA COMO REGLA UNIVERSAL PARA LOS CONTRATOS

*Carlos Manrique Nieto**

RESUMEN

La buena fe conlleva una serie de deberes objetivos para las partes en todas las etapas del contrato, desde las negociaciones, pasando por la celebración, ejecución y terminación. La buena fe es una regla común en todos los sistemas jurídicos y cobra especial relevancia en el comercio internacional en un escenario de globalización. El artículo presenta los principales aspectos de la buena fé precontractual y contractual, destacando su función equilibradora.

Palabras claves: Buena fé; Contratos internacionales.

ABSTRACT

Good faith involves several duties for the parties during negotiation period as well as execution, performance and termination of contracts. Good faith is a common rule for all legal systems and becomes particularly relevant for international business within a globalized scenario this article presents the main features of pre-contractual and contractual good faith, highlighting its balancing function.

Key words: Good Faith; International Contracts

* Profesor Facultad de Derecho Universidad de Los Andes y consultor privado.

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización, esto es, la apertura de las relaciones entre Estados, si bien ha sido definido por los expertos como un evento fundamentalmente económico por cuanto implica el aumento en el intercambio de bienes y servicios (comercio internacional), dirigido hacia la consolidación de un mercado único mundial, también involucra tendencias de unificación social y política.

Estas tendencias de unificación son, sin lugar a dudas, y a pesar de sus detractores, una realidad, facilitada entre otras cosas por los avances tecnológicos en materia de comunicaciones.

Pero también es una realidad la existencia de unidades que proclaman su individualidad, autonomía y soberanía: los Estados, que son el resultado de procesos en los que se ha buscado la consolidación de un aparato institucional propio, en cada uno de éstos, capaz de articular y regular las relaciones sociales y la conformación de una "nación", ideal legado de las revoluciones de finales del siglo XVIII, es decir, toda una tradición.

Es importante tener en cuenta estas dos circunstancias, como quiera que la internacionalización del comercio y la apertura de los mercados requieren del establecimiento de unas reglas de juego claras para quienes participan en ellos, independientemente del Estado al que pertenezcan y de la práctica jurídica a la que se acojan internamente, por lo que se necesita un modelo normativo de carácter transnacional que brinde seguridad jurídica y estabilidad a los negocios que se realicen en dicho marco. En la búsqueda de este modelo normativo transnacional se han planteado diversas alternativas que en últimas persiguen la universalización jurídica, bien a través de la unificación o de la armonización normativa. *"Como se ha afirmado, es la mundialización de la economía el factor decisivo en la construcción de un Derecho uniforme con el propósito de que las relaciones*

*económicas se sometan a unas mismas reglas jurídicas"*¹.

La idea de la unificación normativa, mediante la expedición de un código único se enfrenta, además de las dificultades procedimentales, con otras de carácter histórico-político que es preciso advertir: Por una parte, a través del tiempo y aun en la actualidad, en el contexto de consolidación de la Comunidad Europea, el Viejo Continente ha sido escenario de fuertes tensiones nacionalistas, con la intención de reivindicar Estados y naciones más reducidos y autónomos, dentro de los cuales el proceso de la antigua Yugoslavia es bastante ilustrativo, como también lo es el caso de los reivindicados nacionalismos catalán y vasco, en la península ibérica. Por otra parte, esa llamada al nacionalismo también es atendida en América Latina, aunque en condiciones diversas: En esta sección del mundo, pese a que existe el debate sobre la consolidación del Estado nacional, la experiencia histórica republicana sí ha permitido el establecimiento de estructuras unificadoras, manifiestas en el aparato estatal y en el general reconocimiento de las soberanías nacionales. En el mismo sentido podrían citarse realidades políticas en las demás partes del globo y nos encontraríamos con una tendencia, que no debe ser desconocida, hacia una demanda de autonomía relacionada con la persistencia del modelo de Estado nacional.²

1 SERRANO FERNÁNDEZ, María, Estudio de Derecho Comparado sobre la Interpretación de los Contratos, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 347.

2 Según Oscar Osizlak El Estado nacional supone: "1) capacidad de externalizar su poder, obteniendo reconocimiento como unidad soberana dentro de un sistema de relaciones interestatales; 2) capacidad de institucionalizar su autoridad, imponiendo una estructura de relaciones de poder que garantice su monopolio sobre los medios organizados de coerción; 3) capacidad de diferenciar su control, a través de la creación de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas con reconocida legitimidad para extraer establemente recursos de la sociedad civil, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus variadas actividades, y 4) capacidad de internalizar una identidad colectiva, mediante la emisión de

En estas condiciones, la pretendida unificación se complica, toda vez que exigiría de los diferentes países, y de sus nacionales, la disposición a: aceptar que se borren las fronteras que por tanto tiempo han defendido, ceder su identidad diferenciadora, renunciar a sus tradiciones y, en general, abandonar el proyecto de consolidación del modelo Estado-Nación antes mencionado, que en cualquier caso y a pesar de todas las discusiones que se han dado en torno suyo, algunas de las cuales se encuentran vigentes, es indudable que está arraigado en las estructuras económicas, sociales, políticas, jurídicas y culturales de cada uno de ellos.

Nos encontramos de tal manera en un contexto dual: por una parte, en las últimas décadas hemos visto un afianzamiento de la globalización económica que tiende a buscar una generalización en ámbitos conexos a los mercados, y que requiere de un debilitamiento de la facultad normativa del Estado, para consolidar entes supranacionales depositarios de esa competencia, hasta ahora monopolizada por el Estado; pero, en sentido opuesto, también hemos sido testigos, en el mismo período, de una diseminación de reivindicaciones nacionalistas, conforme a las cuales el Estado insiste en arrogarse la función de expedir normas y conservar para sí el monopolio legislativo. Esta dualidad evidencia la dificultad que supondría la creación de nuevas normas, de carácter supranacional.

Es importante aclarar, que no se trata de discutir en esta ocasión, ni la conveniencia, ni las ventajas que podría traer el establecimiento de un cuerpo normativo único que viniera a reemplazar el de cada uno de los Estados reconocidos

como tales. Se trata simplemente de reconocer que en cualquier caso la adopción de un sistema normativo de estas características, de ser viable implica, sin lugar a dudas, un proyecto a largo plazo, tal como lo muestra la propia experiencia del continente americano.

América Latina ha emprendido sin mayor éxito la tarea de unificar el derecho privado desde el siglo XIX. En efecto, el primer intento se dio en 1877 cuando el gobierno peruano convocó a juristas latinoamericanos (Congreso de Lima 1877-1878) con el fin de explorar la posibilidad de unificar el derecho, idea que fue prontamente abandonada por el Congreso y en lugar se concentró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado.

Ya adentrados en el siglo XX, el paso de mayor significación se dio con la participación protagónica de la Organización de Estados Americanos. "Al establecer las bases institucionales de la O.E.A., la Carta de Bogotá aprobada en 1948 dispuso la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas."³ Luego de la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida al Comité Jurídico Interamericano que, de acuerdo con el artículo 105 de la Carta de la O.E.A, tenía la misión de "promover el desarrollo progresivo y codificación (. . .) del derecho internacional (. . .) y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente".

En 1971, la Asamblea General de la O.E.A convocó la Primera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CI-

símbolos que refuerzan sentimientos de pertenencia y solidaridad social y permiten, en consecuencia el control ideológico como mecanismo de dominación" (*La formación del Estado Argentino: orden, progreso y organización nacional*, Buenos Aires, Ariel, 1997, pp. 16-17). Subraya y negrilla fuera de texto.

3 GARRO, Alejandro M. Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. P. 16. Disponible en URL: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/05garro.pdf#search=%22unificacion%20DEL%20DERECHO%22>

DIP-I), que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 de enero de 1975⁴. Desde entonces, las CIDIPs se han venido reunido aproximadamente cada cinco años, reuniones que han dado como resultado 21 convenciones interamericanas. Estas convenciones no han tenido gran aceptación en países como Canadá, Estados Unidos e incluso Brasil. El avance en la unificación respecto a Latinoamérica tampoco ha sido muy efectivo; "Los instrumentos interamericanos elaborados en el seno de las cuatro CIDIPs se han orientado fundamentalmente a los conflictos de leyes y a facilitar la resolución de conflictos mediante el arbitraje y la cooperación judicial, sin incursionar mayormente en el derecho sustantivo"⁵. El proceso de unificación del derecho por tanto, no ha arrojado mayores resultados en el contexto americano.

Con antecedentes como este, y teniendo en cuenta que el dinamismo con que se viven los efectos de la globalización, no da espera, hace falta una solución que pueda llegar a ser implementada prontamente. De ahí que la propuesta más que la unificación de las legislaciones, esté dirigida a armonizarlas en torno a conceptos comunes que sean reconocidos por todos los ordenamientos, con el fin de otorgar una mayor seguridad a las transacciones económicas, teniendo siempre en mente que el Derecho debe ser un instrumento que facilite las relaciones sociales y supla las necesidades que la dinámica de las mismas imponga.

Si bien este sistema armonizador puede tomarse como una medida transitoria, el resultado práctico de su implementación se encargará de determinar la conveniencia de su permanencia.

Revisando cuerpos normativos de orígenes diversos es posible encontrar un elemento común en la evolución del Derecho, a través del tiempo, de

muy amplia aceptación, y de conocimiento generalizado, como lo es el principio de la buena fe⁶.

Este principio es muy propicio para acercar las legislaciones y generar un marco de reglas idóneo para la celebración de contratos y negocios, en el ámbito de la globalización, por cuanto, además de su aceptación universal, es lo suficientemente flexible como para servir de marco a cualquier clase de relación jurídica, respondiendo así a la agilidad y dinamismo con que se desarrollan los mercados y se crean tipos contractuales; pero, ofrece la seguridad jurídica suficiente al ser posible a partir suyo, la creación de un catálogo de conductas claro y concreto, aplicable tanto a la etapa precontractual como a la contractual (buena fe objetiva); y adicionalmente, porque la buena fe tiene, por su naturaleza, una función equilibradora que ayuda a mitigar uno de los efectos nocivos que economistas de la importancia de George Soros y Joseph Stiglitz atribuyen al proceso de la globalización, como lo es la desigualdad y la injusticia del ordenamiento económico internacional. A continuación expondremos cada una de las características de la buena fe mencionadas en este párrafo.

I. LA BUENA FE COMO ELEMENTO COMÚN

La Buena Fe es un elemento común, en primer lugar, porque es inherente al Ser Humano, y que *"significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas"*

4 Ibid. p. 17.

5 Ibid. p. 21.

6 "La buena fe es, en el sentido que aquí nos importa un arquetipo de conducta social; la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente. Supone guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participan en él en virtud de otras relaciones jurídicas." Díez-Picazo Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Edit Tecnos, Madrid 1979. Pág 46.

y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos",⁷ por lo que no resulta extraña a ningún tipo de formación jurídica. Adicionalmente en un elemento con ánimo de permanencia por que se encuentra ligado al núcleo central de los principios generales del Derecho. *"El concepto de "principios generales del derecho, no ha cambiado...ni puede cambiarle el legislador, porque se trata de una categoría "anterior" a la norma concreta, y se haya arraigado en nuestra tradición jurídica. (...) en la tradición romanista, interpretada, a veces, con diferencias de matiz, que no son más que variaciones de un mismo sentimiento del derecho que se concreta, en la mayor parte de los casos, en variantes de orden técnico y sistemático, dependiente de diversas circunstancias, pero que actúan unas constantes, uniformes, comunes a todos los derechos europeos...es ahí donde hay que encontrar el núcleo central de los principios generales del derecho"*⁸

Para ilustrar la manera cómo la buena fe está presente en los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, presentamos una serie de ejemplos.

A. EN AMÉRICA LATINA

El Código Civil napoleónico de 1804 y el Código Civil austriaco de 1811, códigos que son fundamentales para el desarrollo de la legislación civil latinoamericana, recogen el principio de la buena fe en los artículos 1134 y 863 respectivamente. Dicho principio, a su vez está presente en el Código Civil boliviano de 1836 que en su artículo 725 dispone:

"Artículo 725: Toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes. No puede ser revocada sino por con-

sentimiento mutuo o por las causas que la ley autoriza. Debe ser Ejecutada de buena fe".

Por su parte, el Código Civil Chileno de 1855, adoptado posteriormente por Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras, consagró la fórmula del código napoleónico así:

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

Sobre el caso brasileño se puede destacar que la doctrina le ha reconocido plena vigencia al principio de la buena fe como regla objetiva en materia contractual, a pesar del silencio de su codificación al respecto. *"Una nueva aportación en este tema la dio el gran jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas entre 1860 y 1867. Si bien el tema de la buena fe objetiva no resalta a primera vista en los trabajos de Teixeira, no se descarta la idea de que, para él, la buena fe es el alma del comercio, el cual no puede existir sin aquélla."*⁹

El Código argentino de Dalmacio Vélez Sársfield de 1869, en su artículo 1198, estableció que:

"los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos".

Con base en esta redacción y teniendo en cuenta que se trata de un principio que "imperla en todo el derecho, aunque no se le mencione",¹⁰

7 DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo, Barcelona, Bosh, 1963, p. 137.

8 Mozos, J. L. de los, Derecho civil español I. Parte General, 1. Introducción al derecho civil, Salamanca, 1977, pág. 484 y 502.

9 PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo. La Buena fe como Elemento de Integración de América Latina. EN: ADAME GODDARD, Jorge. Derecho Privado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México D.F.: Universidad Autónoma de México. 2006. p. 697.

10 Gastaldi, José, "La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sársfield", nota 2, p. 311. CITADO POR: RAMÍREZ NECO-

en el ordenamiento argentino se le dio artículo 1198 antes transcrito una fuerza expansiva, entendiendo que al hablar de "consecuencias" se incluían aquellas derivadas de la buena fe. Posteriormente, en 1968, Argentina modificó su Código Civil siguiendo los ejemplos del artículo 242 del Código Alemán de 1900, que dio origen a una jurisprudencia de avanzada, y el artículo 1337 del Código Italiano de 1942,¹¹ así:

"Artículo 1198: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Los códigos latinoamericanos del siglo XX también muestran una tendencia hacia la adopción del principio de la buena fe. El Código Civil del Perú de 1984, en su artículo 1362 dispone:

"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe"

El artículo 1.160 del Código Civil de Venezuela estipula:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley".

El artículo 1291 del Código Civil de Uruguay a su vez señala:

"Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley."

Por último, el Nuevo Código boliviano de 1976 establece:

"Art. 520.- (EJECUCION DE BUENA FE E INTEGRACION DEL CONTRATO). El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que se ha expresado en él, sino también a todos los efectos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o a falta de ésta según los usos y la equidad."

B. EN ALGUNOS OTROS PAÍSES.

En el Código de Comercio Uniforme para Estados Unidos,¹² en su Sección I-20I, sobre definiciones generales y principios de interpretación, se encuentra esta definición:

"19. Buena fe significa honestidad de hecho en la conducta o negocio respectivo".

En la Sección I-203 se define la obligación de buena fe, en estos términos:

"Todo contrato u obligación regulada por esta ley impone la obligación de buena fe en su cumplimiento o ejecución forzada"

De otra parte, la Sección 2-I03 de este mismo código, en la venta de mercaderías y en el caso de un comerciante, la buena fe significa no solamente honestidad de hecho sin también la "observancia de los estándares razonables propios de las negociaciones honestas en el tráfico".

En el Código Civil Alemán las reglas son que los contratos deben interpretarse y ejecutarse conforme lo exigen la fidelidad y la buena fe, en atención a los usos del tráfico (§157 y §242).

El Código Civil francés por su parte, establece que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos de buena fe (art. 1134).

CHEA, Mario. La buena fe en los contratos internacionales. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. 5º. 2005. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/6/cmt/cmt22.htm>>

11 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, op. cit.

12 VALLEJO, Felipe. El concepto de la buena fe en los contratos. EN: Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos: Libro Homenaje a Fernando Hinesrosa 40 años de Rectoría 1963-2003. Tomo III. P. 482.

La Comisión Europea sobre Derecho de los Contratos, en la Sección 2, titulada "Deberes generales", incluye estos dos preceptos:

"Artículo 1.201: Buena fe contractual.

Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

Las partes no pueden ni deben excluir este deber ni limitarlo.

Artículo 1.202: Deber de colaboración.

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos."

El Código Civil Italiano¹³ contempla:

"Art. 1337. Tratativas y responsabilidad precontractual. En el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe.

Art. 1366. Interpretación de buena fe. El contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe.

Art. 1375. Ejecución de buena fe. El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe."

El Nuevo Código Civil de Québec que entró en vigencia en 1994, incorpora en su articulado el postulado de la buena fe¹⁴, así:

"Artículo 6: Toda persona está obligada a ejercer sus derechos civiles de buena fe.

Artículo 7: Ningún derecho debe ser ejercido con la intención de dañar a otro o de forma excesiva e irrazonable de tal forma que sea contrario a los requerimientos de la buena fe.
Artículo 1375: "Las partes deben actuar de acuerdo a la buena fe tanto en el momento

del nacimiento de la obligación como en el momento de su ejecución o extinción"

El Código Civil de Lousiana de 1987 establece en su artículo 1759 que:

"La buena fe debe gobernar la conducta del acreedor y del deudor en cualquier materia pertinente a la obligación"

El derecho inglés, a pesar de no se haberse comprometido con el postulado de la buena fe, poco a poco ha ido desarrollando soluciones a los problemas generados por injusticias en la contratación¹⁵. Diferentes instituciones tales como:

- *Equity*: Implica la prohibición de celebrar "acuerdos inconscientes", como forma de proteger a personas ignorantes o pobres contra la explotación de partes más poderosas al momento de contratar.
- *Misrepresentation*: Tergiversar los hechos de tal forma que induzcan a la contraparte a contratar. Por ejemplo, una declaración hecha por una parte en la cual la contraparte confía, a pesar de ser verdadera en cuanto a lo dicho, puede ser incompleta o engañosa. Este tipo de actitudes se sancionan con la rescisión del contrato.
- *Collateral promises, warranties o contracts*: Los términos acordados en los tratos preliminares, a pesar de no estar expresamente contemplados en el contrato, constituyen "promesas colaterales" que deben ser cumplidas por las partes. Esto con el fin de proteger el interés legítimo de las partes a la hora de contratar.
- *Mistake*: Si una de las partes acepta los términos de un contrato que nunca tuvo la intención de acordar (por error), y la otra parte

13 Apéndice I Código Civil italiano de 1942. EN: LEÓN, Leys-
ser L. Estudios sobre el Contrato en General: Por los se-
senta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Lima:
ARA Editores. 2004. p. 1121-1149

14 TETLEY, William. Good faith in Contract. En línea: <http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/goodfaith.pdf#search=%22good%20faith%20in%20contracts%22>

15 TETLEY, William. Good faith in Contract. McGill Universi-
ty. 2004 P. 13. En línea: <http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/goodfaith.pdf#search=%22good%20faith%20in%20contracts%22>

sabía o debía saber del error de su cocontratante, el contrato puede tenerse por vacío y por tanto hacerlo cumplir sería irrazonable.

- *Undue influence*: Esto vicia el contrato, y se presenta cuando el acuerdo es el resultado del ejercicio abusivo del poder que da el tener posición dominante sobre la contraparte, de tal forma que se obtenga una ventaja injusta, en detrimento de la parte influenciada.
- *Duress*: Definida como la coerción ejercida sobre la voluntad que vicia el consentimiento; ha sido reconocida de tiempo atrás como causal de nulidad del contrato, y se presenta cuando versen amenazas a una persona o su propiedad con el fin de lograr el consentimiento de la contraparte.
- *Warranties, conditions and innominate terms*: Estos son una especie de "categorías" de estipulaciones contractuales, que implican que un incumplimiento contractual relativamente menor o leve da lugar a resarcimiento de daños, pero no permite que la parte afectada pueda ser relegada de cumplir con sus obligaciones. Por ejemplo, el incumplimiento de una *warranty* no permite resolver el contrato, mientras que el incumplimiento de una *condition* sí. El fondo de esto es evitar que las partes puedan eximirse de cumplir con sus obligaciones aduciendo incumplimientos irrelevantes para el objeto del contrato.
- *Fundamental Breach*: Esta doctrina sanciona el incumplimiento contractual doloso de tal forma que afectara "las raíces del contrato", y por tanto privara a la contraparte del beneficio que razonablemente había esperado del acuerdo. Esta doctrina busca sancionar la mala fe de las personas.
- *Waiver and Estoppel*: La doctrina del *waiver* y el *estoppel* busca salvaguardar las expectativas razonables de las partes de un contrato. Bajo el *common law*, una persona puede renunciar (*waive*) a su derecho de que

le cumplan el contrato en los términos pactados. De forma similar, cuando una parte prometiera expresa o implícitamente que no insistiría o ejercería sus derechos derivados del contrato (*promissory estoppel*), le está prohibido retractarse de dicha promesa, pues violaría la legítima confianza depositada en su contraparte.

*"Mientras nuestras cortes respeten la expectativa razonable de las partes, nuestro derecho de contratos puede desarrollarse libremente de acuerdo con sus propias tradiciones pragmáticas. Y cuando en contextos específicos obligaciones de buena fe sean impuestas a las partes, nuestro sistema legal puede acomodar sin sobresaltos una noción con larga tradición. Después de todo, no hay un mundo de diferencia entre los requerimientos de la buena fe objetiva y la expectativa razonable de las partes"*¹⁶.

Las "expectativas razonables de personas honestas" es el sustituto más próximo que el *common law* inglés tiene con respecto a la noción civilista de la buena fe contractual. Esto sin embargo, es muy cercano lo que la buena fe implica.

En el caso de Australia y Nueva Zelanda, a pesar de la herencia del *common law* inglés que tienen estos dos países, los tribunales están más abiertos a reconocer el principio de la buena fe de una forma discreta, similar a la que prevalece en Europa y los Estados Unidos. Algunas decisiones de los tribunales van hasta aceptar que la promesa de negociar en buena fe puede hacerse cumplir judicialmente en algunas situaciones¹⁷.

En Israel, en 1973 el Parlamento Israelí promulgó la Ley de Contratos (Parte General). Este estatuto incorporaba los principios del derecho de contratos israelí que antes estaba gobernado por el *common law* Inglés. Una de las mayores innovaciones de la Ley de 1973 fue la introduc-

16 Ibid.

17 Ibid. p. 35.

ción del deber de actuar de buena fe en la forma acostumbrada en la etapa de las negociaciones, la conclusión y la ejecución del contrato¹⁸.

La Sección 12(a) de la Ley de Contratos (Parte General) de 1973, establece que:

"en la negociación de los contratos, las personas deben actuar en la forma acostumbrada y de buena fe".

La sanción por infracción de este deber es imputada por la Sección 12(b), así:

"La parte que no actúe de la forma acostumbrada y en buena fe será responsable de pagar una indemnización a la contraparte por el daño causado a esta, en las negociaciones o en la celebración del contrato..."

La Sección 39 de la Ley de Contratos (Parte General) establece:

"Una obligación o derecho que sea fruto de un contrato debe ser cumplida o ejercida en la forma acostumbrada y de buena fe"

En el Código Civil Japonés de 1898, se incorporó el artículo primero, mediante la Ley 222 del 22 de diciembre de 1947, en el cual se dice:

"Artículo 1. Principios: 1. Los derechos privados estarán sometidos al bien común. 2. Los derechos se ejercerán y los deberes se cumplirán con lealtad conforme a las exigencias de la buena fe. 3. Se prohíbe el abuso del derecho"

En Sudáfrica es frecuente que las cortes aseveren que en el derecho moderno todos los contratos son de *bonae fidei* (buena fe) por naturaleza. Por ende, la buena fe tiene aplicación en la determinación del contenido del contrato (función inte-

gradadora de la buena fe), en las tratativas preliminares y en la ejecución del contrato¹⁹.

C. EN ALGUNOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO

Puede hacerse referencia a por lo menos dos sistemas internacionales de unificación del Derecho, en los que claramente se encuentra presente, de manera explícito, el principio de la buena fe, como son: los *Principios para los contratos comerciales internacionales* del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit);²⁰ y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional.

En los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, que "han tenido mucha acogida, no sólo entre los comerciantes, sino entre los estudiosos del derecho mercantil."²¹, encontramos la siguiente regla:

19 HITCHINSON, Dale. Good Faith in the South African Law of Contract. EN: BROWNSWORD, Roger. Good Faith in Contract: Concept and Context. Inglaterra : Ashgate Publishing Limited. 1999. P. 213-241.

20 "El Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones. Restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica." (OVIEDO ALBÁN, Jorge, "La unificación del derecho privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales" [en línea]. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#ii>)

21 Publicado en Estudio publicado en la revista Universitas No. 96 de la Pontificia Universidad Javeriana (Junio de 1999). "Algunos autores relatan como dichos principios han sido tenidos en cuenta no sólo para interpretar las normas internacionales, sino por Cortes europeas para fallar casos locales, diciendo que ellos contienen "principios generales del derecho," lo cual debe ser tenido en cuenta por nuestra jurisprudencia y seguramente en el futuro permitirá grandes logros y avances en la interpretación y aplicación de nuestras reglas propias."

18 COHEN, Pili. The Effect of the Duty of Good Faith on a Previously Common Law System: The Experience of Israeli Law. EN: BROWNSWORD, Roger. Good Faith in Contract: Concept and Context. Inglaterra : Ashgate Publishing Limited. 1999.. P. 189.

"Artículo 1.7. Buena fe contractual.

Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe en el comercio internacional.

Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo."

En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada en Viena en 1980, regulación uniforme para la compraventa, contrato que *"continúa siendo el instrumento jurídico y económico más idóneo y frecuente para la circulación de los bienes desde sus productores a sus consumidores, generalmente a través de intermediarios, en un circuito que no conoce fronteras"*²², y que concilia sistemas jurídicos tan distintos como lo son la tradición civilista con el common law, se encuentra la siguiente regla:

"Artículo 7º: 1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio."

A modo de resumen, señala la doctrina internacional:

*"Los países del common law han ido perdiendo su resistencia ante este concepto, siendo Inglaterra el único país que sigue rechazando la buena fe como canon general de conducta. Segundo, los países de tradición romanista, de Código Civil, han ido incorporando progresivamente esta norma con carácter abierto. Tercero, el artículo ambiguo sobre la buena fe que contiene la Convención de Viena de 1980, se ha ido interpretando cada vez más como regla general aplicable a los contratos; y cuarto, los Principios de Unidroit ratifican el papel preponderante que tiene la buena fe en la contratación internacional del presente."*²³

22 SERRANO FERNÁNDEZ, María. Estudio de Derecho Comparado sobre la Interpretación de los Contratos. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2005. p. 350.

23 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. La buena fe en los contratos internacionales. En: Anuario Mexicano de Derecho Inter-

II. FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD

Habida cuenta del dinamismo con que se desarrollan las relaciones jurídicas y de la agilidad de los mercados, que impone a quienes participan en ellos el reto de concebir alternativas innovadoras, alianzas estratégicas y, en general, la creación de productos novedosos, cada vez son más comunes y frecuentes los contratos atípicos.

En ese ámbito el principio general de la buena fe ha adquirido mucho protagonismo recientemente, ya que *"ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como "cláusula general" o como "válvula", se permite al juez realizar una labor jurídica creativa cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinados."*²⁴

Esta flexibilidad ha generado un sinnúmero de críticas, respecto de la aplicación de la buena fe, por cuanto se considera que ella nos situaría frente a un grado de ambigüedad y vaguedad inaceptable, especialmente en los regímenes de tradición de derecho continental, como quiera que ampliaría las facultades de los jueces²⁵, de una forma casi ilimitada, como es propio de los sistemas de Common Law. Sin embargo, teniendo en cuenta que la buena fe, como regla

nacional. Vol. 5º. 2005. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/6/cmt/cmt22.htm>>

24 SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", en Universitas, Volumen 108 (diciembre de 2004), p. 290.

25 Esta facultad del juez no es novedosa, puesto que se encuentra ya en el derecho romano: "Las acciones de buena fe van a surgir en el ámbito de la contratación romana cuando se puso como criterio determinante en las relaciones obligatorias la buena fe. Al estar basadas en la confianza mutua, en las reglas de corrección del tráfico, el juez tiene un gran campo de discrecionalidad, pudiendo medir las responsabilidades de las partes, valorando su conducta en el negocio realizado". CITADO POR: RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. La buena fe en los contratos internacionales. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. 5º. 2005. Disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/6/cmt/cmt22.htm>>

objetiva, tiene la facultad de materializarse en un catálogo de reglas concretas, la inseguridad jurídica que algunos le atribuyen a su aplicación se vería menguada, ofreciendo la posibilidad de conservar el modelo elástico, basado en reglas heredadas del Derecho Romano y que se adecuan a cualquier tipo de relación jurídica.

"En todo caso, es conveniente reiterar que por lo general, el concepto de buena fe no hace referencia a una percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, la buena fe es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados".²⁶

Valga la pena aclarar que la buena fe como regla objetiva tiene aplicación, no sólo en la ejecución de los actos jurídicos, sino también en la etapa de formación de los mismos y a través de la doctrina y la jurisprudencia se ha ido concretando su alcance en cada una de esas etapas, como se verá a continuación.

A. DEBERES EN LAS TRATATIVAS DE ACUERDO CON LA BUENA FE PRECONTRACTUAL²⁷

En esta etapa las reglas se pueden resumir así:

1. La parte que en el curso de la negociación se percata de que la otra incurre en error respecto de un elemento esencial del negocio, tiene el deber de aviso, pero no se exige una búsqueda de las causas de dicho error, ni una precisión de otros particulares datos para iluminar a la otra parte sobre el punto.

2. Ninguna de las partes debe obstaculizar la formación del contrato, ni debe apartarse de la negociación, sin una justa causa.
3. Las partes deben abstenerse de hacer surgir en la contraparte la confianza razonable en una futura adhesión de otros sujetos para el perfeccionamiento del mismo contrato, para luego actuar en contrario y disuadir a los mismos sujetos de prestar su consentimiento.
4. Se incurre en responsabilidad, por ejemplo, cuando la forma escrita *ad substantiam* es necesaria, y una de las partes promete verbalmente a la otra que venderá un inmueble, con lo que hace surgir en ésta la confianza razonable en la celebración regular del contrato, pero se niega, posteriormente, a consagrar por escrito la convención.
5. En el caso de que se estén negociando dos acuerdos colaterales, interdependientes entre sí, resultaría contrario a las reglas de corrección y buena fe pretender el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo secundario ya celebrado, una vez decidida la no celebración del contrato principal, sin si quiera haber informado de ello a la contraparte.
6. Una parte se aparta injustificadamente de la negociación después de que ha iniciado tratativas con la otra mostrando proyecciones de muy alta rentabilidad que inducen a la contraparte a dejar de lado otro negocio ya en marcha, siendo dicha circunstancia conocida por la primera.
7. A propósito del contrato de compraventa: el vendedor rompe la negociación a pesar de que ha admitido la toma de posesión por parte del comprador, o ha aceptado sumas desembolsadas en virtud de la misma negociación.

"La Corte declara explícitamente que el principio de la buena fe se extiende a la etapa precontractual, al señalar que el deber de informar el estados de salud en estos seguros, es una "exi-

²⁶ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Op. cit., p. 286.

²⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilidad precontractual en el ordenamiento jurídico italiano. EN: LEÓN, Leysser L. Estudios sobre el Contrato en General: Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002). Lima: ARA Editores. 2004. p. 525-577. (copie textualmente)

gencia que se funda en el principio de la buena fe que ha de existir en las relaciones de las partes y que en el seguro tiene connotación, no sólo a la época de la formación del consentimiento sino que incluso al tiempo de las tratativas preliminares, especialmente al emitirse por el asegurado la declaración de voluntad que contiene el proposición del contrato de seguro que ha de celebrarse..." (C. Santiago, 24 de abril de 2001, confirmada por C. Sup. 7 de junio de 2001, GJ No 252, 2001, p. 51.²⁸

B. DEBERES DE LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Los deberes que se derivan de la buena fe, en esta etapa, pueden concretarse así:

- Deber de cooperación y deber de prudencia y diligencia²⁹

"Por el deber de cooperación, las partes contratantes deben colaborar durante la ejecución del contrato, no obstruyendo el cumplimiento de una obligación contractual.

A título de ejemplo, el proveedor de acceso a Internet debe colaborar durante la prestación del servicio, no dificultando la conexión a Internet; no reduciendo la velocidad de la conexión, manteniendo una velocidad promedio, considerando la que fue informada en la publicidad o en la oferta.

En la hipótesis de que un contrato de ejecución continuada o diferida sea alcanzado por un hecho sobreviviente que altere el contenido económico de las prestaciones, acarreado la onerosidad excesiva para uno

de los contratantes, debe el otro, al contrario de querer beneficiarse de tal situación, colaborar en el sentido de promover la revisión y la alteración de las cláusulas y condiciones contractuales que estén causando el desequilibrio.

También incumple el deber en estudio, el proveedor que dificulta el pago del consumidor, constituyéndose atraso y, consecuentemente, dando origen al derecho de aplicar multa contractual.

Por otro lado, el deber de prudencia y diligencia consiste en actuar con cuidado, cautela y responsabilidad, protegiendo a la otra parte durante la eficacia de la relación contractual. En fin, los compañeros contractuales deben preocuparse el uno por el otro.

Tomándose nuevamente como ejemplo el proveedor de acceso a Internet, debe él tomar providencias para proteger a sus usuarios. Debe proveer la seguridad que razonablemente se puede esperar del servicio prestado, poniendo a disposición el llamado firewall (software de seguridad) y manteniendo siempre actualizada esa seguridad, adquiriendo e instalando nuevas versiones del software, ya que los invasores, con el pasar del tiempo, acaban descubriendo alguna falla en él. Debe, también, verificar si hubo invasiones en el servidor y en los sitios de los usuarios, así como también tomar las providencias necesarias para atenuar los perjuicios."

- Obligación de Información³⁰

"La célebre obligación de información pesa también sobre los profesionales, esencialmente cuando estos tratan con no profesionales. Las informaciones inteligibles para el destinatario, deben ser exactas y pertinentes, adaptadas a la situación.

28 TOMADO DE: CORRAL TALCIANI, Hernán. La Aplicación Jurisprudencial de la Buena Fe Objetiva. EN: CORDOBA, Marcos M. Tratado de la Buena fe en el Derecho: Doctrina Extranjera. Buenos Aires : La Ley. 2004. p. 210.

29 VILLACA ACEVEDO, Marcos De Almeida. Buena Fe Objetiva Y Los Deberes De Ella Derivados. EN: CORDOBA, Marcos M. Tratado de la Buena fe en el Derecho: Doctrina Extranjera. Buenos Aires : La Ley. 2004. pp. 149-150.

30 LE TOURNEU, PHILIPPE. La Responsabilidad Civil Profesional. 1ª Edición. Colombia : Legis. 2006.

Se trata de una obligación accesorio, de naturaleza contractual (prolongando la obligación precontractual de información hacia cualquiera que sea), cuya violación es un desfallecimiento (incumplimiento) contractual del profesional reticente en el sentido preciso de esa palabra. El profesional debe tomar la iniciativa de informar. Si el cumplimiento de esta obligación es de resultado, su sustancia, es decir la calidad y la pertinencia de las obligaciones, no es más que de medios.

El Informador debe informarse. Para poder informar con conocimiento de causa a su cocotante, es a veces necesario que el profesional le solicite precisiones

Tareas del Informador: El profesional debe informar llegado el caso a su contraparte sobre diversos aspectos:

- *De las contraindicaciones de su propia prestación.*
- *De sus restricciones técnicas.*
- *De los límites de sus prestaciones y de su eficacia (Ej: límites de eficacia de un radar de vigilancia, de un sistema de protección antirrobo que podía fácilmente ser neutralizado; el profesional debía sugerir soluciones, impresor frente a un editor sobre las dificultades que podían aparecer en razón del tipo de papel escogido, de un sistema de alarma de depósito, una sociedad de televigilancia debía informar a su cliente de la existencia de un decreto cuyas disposiciones podrían restringir el campo de sus obligaciones).*
- *De los riesgos en que incurrirá su cliente, poco importa que sean materiales o jurídicos.*
- *Inclusive, en presencia de una cosa peligrosa cuya guarda es transferida por un*

profesional a un tercero, debe transmitir, correlativamente a la detentación de la cosa, "toda posibilidad de prevenir él mismo el perjuicio que la cosa pueda causar", por que si no lo hace la transferencia no tendría lugar; dicho de otra manera, el profesional debe informar al tercero de los riesgos de la cosa y de la manera de evitarlos".

- **Deber de fidelidad³¹**

"Como aplicable en principio al mandato, se ha extendido a otro tipo de contratos, particularmente cuando en ellos el elemento confianza se convierte en esencial o característico. El deber de fidelidad tiene manifestaciones positivas como ejecutar completamente el encargo y privilegiar siempre los intereses de la persona por cuya cuenta se actúa, así como algunas expresiones negativas como aquellas que impiden mantener o iniciar relaciones con personas que puedan ocasionar conflictos de intereses con aquellas otras con las que se tengan encargos previamente perfeccionados."

- **Deber del profesional de facilitar la Ejecución del contrato**

Se le prohíbe al profesional:

Volver más difícil el cumplimiento de la prestación de su contraparte

Impedirle de hecho practicar precios competitivos (a propósito de un agente comercial, citando la exigencia de lealtad por parte del mandante).

Descalificar a un proveedor de la lista de vendedores de los que se surte un comerciante

- **Deber del acreedor de mitigar su propio daño**

En virtud de este principio, el contratante a quien le han incumplido, está en la obligación de actuar de una manera razonable y diligente,

31 SOLARTE RODRIGUEZ, Arturo. La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conductas. EN: Universitas. Volumen No. 108. Diciembre de 2004. p. 310.

buscando la forma de aminorar o por lo menos evitar el aumento en los perjuicios que se le están causando, en la medida de sus posibilidades. Si por el contrario, el acreedor de la obligación incumplida no procede de esta forma, se dice que no está legitimado para pedir indemnización por dichos perjuicios, por ser estos imputables a su propio comportamiento omisivo y no al incumplimiento del deudor.

Este principio ha sido plenamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia arbitral nacional que ha sostenido que:

*"La doctrina y la jurisprudencia extranjeras y nacionales han encontrado diversas aplicaciones del principio de buena fe. Así por ejemplo se ha dicho que, en desarrollo de él, las partes deben colaborar lealmente para la cabal y oportuna ejecución del contrato, (...) así mismo, una parte debe obrar con diligencia y cuidado para no agravar la situación del otra; el contratante que haya sufrido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del otro debe hacer todo lo que razonablemente esté a su alcance para limitar el daño. En derecho anglosajón esta obligación se llama mitigation of damages y su cumplimiento es una condición indispensable para que el contratante lesionado pueda recibir una indemnización correspondiente."*³² (subrayas y negrillas fuera del texto)

"Por último, imperativo resulta para el Tribunal hacer mención del reparo que en algún grado le merece la conducta desplegada por la con ocasión de los ofrecimientos de dación a que se ha hecho referencia, pues si bien es cierto que, en estricto rigor, podría argumentar- como quedó visto- que el valor de la garantía y fuente de pago disponible no permitía atender íntegramente las obligaciones garantizadas -en términos de valor comercial y conforme a lo previsto en el contrato-, también lo es, en el sentir del Tribunal, que distintas razones apuntaban a

*sugerir un comportamiento más proactivo en la vía de propiciar la solución de la problemática que afrontaba el fideicomiso." (...) Al deber del acreedor insatisfecho de mitigar el propio perjuicio, como aplicación concreta del principio de buena fe, plenamente vigente en relaciones contractuales de la estirpe de la que es objeto del debate arbitral (...)"*³³

*"En fin, quizá sin invadir el concepto de 'culpa de la víctima', y más bien en la esfera propia de la aplicación positiva del postulado de la buena fe contractual, estima el Tribunal que la conducta del acreedor financiero, aquí demandante, también contribuye en el desenlace de la situación actual del Fideicomiso, y con ella, en caso de comprobarse su existencia, del perjuicio patrimonial que invoca en la reclamación arbitral."*³⁴

*"De una parte, como aplicación concreta del principio de ejecución de buena fe de los contratos, el derecho Europeo Continental señala que la parte lesionada, es decir el acreedor que se le ha incumplido una obligación estipulada, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir, tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido"*³⁵

"No sobra señalar que esta interpretación está basada sobre un texto normativo esencialmente igual al plasmado en el art. 1603 de nuestro Código Civil y 871 del Código de Comercio.(...)Este mismo principio ha sido acogido por el derecho español, en el que la doctrina señala que quien sufre el incumplimiento del contrato, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren a su mano para mitigar la extensión del daño

32 SUESCÚN Melo Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá., 1996. Tomo 1, pg. 18.

33 Tribunal de Arbitramento convocado por la Corporación Financiera Colombiana S.A.- Corficolombiana S.A. contra Fiduciaria Granahorrar S.A.- Granfiduciaria- Bogotá, 14 de marzo de 2002. pg. 113

34 Tribunal de Arbitramento convocado por la Corporación Financiera Colombiana S.A.- Corficolombiana S.A. contra Fiduciaria Granahorrar S.A.- Granfiduciaria- Bogotá, 14 de marzo de 2002. pg. 114

35 VAN OMMESLAGHE Jean Pierre. Droit des Obligations. Vol 1. pag. 26 y ss. Tomado de: Laudo Arbitral, Bogotá Mayo 7 de 2001, Covinades S.A. contra INVIAS

causado por el incumplimiento, y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas."³⁶

"En síntesis, de las explicaciones y comentarios anteriores pueden inferirse dos criterios que para el Tribunal tienen una marcada importancia en el presente caso. Según el primero, el principio de ejecución de buena fe de los contratos obliga a la parte que ha sufrido un demérito patrimonial como consecuencia del incumplimiento de su contratante, a actuar con celeridad, buen juicio y previsibilidad para aminorar tanto como le sea posible sus propios daños o para impedir su propagación, extensión o permanencia. Es este comportamiento providente el que legitima al damnificado para obtener la reparación de los perjuicios. De acuerdo con el segundo criterio, quien demanda la indemnización tiene la carga de la prueba para demostrar las actuaciones diligentes que llevó a cabo, enderezadas a reducir los daños, así como su oportunidad y resultado o en su defecto deberá probar porque no pudo adoptar medidas efectivas de mitigación, o porque las tomadas resultaron fallidas."³⁷ (el subrayado es nuestro)

"Hay ante todo, un deber derivado de la buena fe de evitar la extensión de los daños adoptando para ello las preocupaciones que la razonable diligencia exige. Por otra parte, es claro que en un caso semejante se introduce un factor que rompe la relación de causalidad, pues el aumento de los daños no es ya consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, sino de la inacción o de la pasividad del acreedor."³⁸

- Deber de no actuar contra los actos propios

"Todo el camino que hemos recorrido hasta aquí nos ha servido para sentar esta conclusión: El acto de formular una pretensión, contradictoria con el sentido objetivo que, según la Buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto, es un acto inadmisibles cuando el sujeto pasivo de la pretensión ha modificado su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por la conducta del titular del derecho. La buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever.³⁹ La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que solo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior.⁴⁰ Todo ello conduce a pensar que la pretensión contradictoria constituye un acto que el ordenamiento no puede proteger, un acto que el ordenamiento jurídico debe reprobar."⁴¹

- Deberes secundarios de comportamiento⁴²

"Informar acerca del uso de una cosa que se adquiere

Deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en el suministro de servicios públicos

Informar sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios o la ingestión de drogas, así como la fecha de vencimiento de los mismos."

36 Laudo Arbitral, Bogotá Mayo 7 de 2001, Covinades S.A. contra INVIAS. Pg. 95

37 Laudo Arbitral, Bogotá Mayo 7 de 2001, Covinades S.A. contra INVIAS

38 PICAZO Luis Diez. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Editores Civitas. 5ta Edición. 1996. Vol II pag. 689. Tomado de: Laudo Arbitral Bogotá, mayo 7 de 2001, Coviandes S.A. contra INVIAS.

39 Betti, "Teoria generale delle obbligazioni", I, pág. 91. En Diez-Picazo, Luis. La Doctrina de los Propios Actos. Bosch, Barcelona 1.963. Pág 245.

40 Lehmann, "Enthftung" págs 98 y sigs. En Diez-Picazo, Luis. La Doctrina de los Propios Actos. Op. Cit.

41 Diez-Picazo Ponce de León, Luis. La Doctrina de los Propios Actos. Bosch, Barcelona 1.963. Pág 245.

42 SANTOS BALLESTEROS, Jorge. De la Responsabilidad Civil del Empresario. EN: La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de Responsabilidad. Civil. ACOL-DESE. Bogotá. 2005. p. 140.

IV. LA FUNCION EQUILIBRADORA DE LA BUENA FE

La actuación de buena fe⁴³ supone un individuo coherente entre pensamiento, palabra y acto, que a su vez está en posición de exigir de su cocontratante una actitud similar. En esta coherencia reposa la reciprocidad en las relaciones contractuales, dar aquello que se espera recibir, partiendo de la libertad cada una de las partes para asumir compromisos.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta reciprocidad no significa necesariamente igualdad absoluta en las cargas de las partes, pues en últimas estas cargas en las relaciones contractuales, dependerán de las condiciones de cada uno.

En este contexto, la buena fe asume una función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, pues permite integrar el contenido contractual de manera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, que pueden encontrarse eventualmente en una situación de disparidad.

43 Digesto: Primero, la buena fe exige que se cumpla lo convenido (D.19.2.21); y segundo, la buena fe que se exige en los contratos requiere la máxima equidad (D.16.3.31). En el primer caso, la buena fe consiste en la honestidad necesaria para cumplir con la palabra empeñada; la obligación debe cumplirse, aunque resulte ruinosa para el deudor, o no guarde relación alguna con el valor de lo que reciba a cambio. Esta posición se fundamenta en que los hombres son libres e iguales; y por consiguiente, los compromisos que contraigan ejerciendo los atributos indicados, son justos. Por otra parte, la vida de los negocios depende, en gran medida, de la seguridad que da la intangibilidad de los contratos. En el segundo caso, la buena fe consiste en que cada contratante busque su propio beneficio, pero respetando leal y honestamente los intereses del otro. Cuando falta ese referente moral, el juez puede modificar el contrato en función de diversos conceptos relacionados con la buena fe, y que se manejan en el derecho moderno: La excesiva onerosidad al contratar o por causa sobreviniente; el abuso del derecho, no ir en contra de un hecho propio; el enriquecimiento sin causa o la frustración de la finalidad del negocio.

Es así, como por ejemplo, por aplicación de la buena fe, el nivel de exigencia de diligencia es mucho mayor frente a un profesional, experto en una cierta materia, frente a su cliente neófito en esa misma materia. Sin cambiar norma alguna, ni el régimen de responsabilidad, se logra ajustar la carga, modificando el modelo de conducta frente al cual se compara la actuación de este profesional⁴⁴.

Ahora bien, una de las grandes críticas que ha recibido el proceso de globalización es que, a pesar del poder que se le reconoce para generar más riqueza, tiene efectos adversos principalmente por la diferencia de poder económico que existe entre los participantes del mercado, presentándose injusticias asociadas a dicho proceso. No es que la globalización sea perversa per se, pero si se necesita una regulación que proteja los intereses de los más débiles, sin que ello resulte contrario al interés particular y al ánimo de lucro que cada uno está legitimado para buscar. La aplicación del principio de la buena fe, con el alcance que se ha explicado en este escrito, puede ser el instrumento de equilibrio.

"(...)El comercio internacional y los mercados financieros globales son muy buenos a la hora de generar riqueza, pero no pueden atender al resto de necesidades sociales (...)”⁴⁵

"Debemos dejar la búsqueda irreflexiva del limitado interés propio y meditar un poco sobre el futuro de la humanidad...[Necesitamos] una reafirmación de la moralidad en medio

44 "De otra parte, de los principios planteados por la Doctrina y la Jurisprudencia puede deducirse que las obligaciones de información y consejo, aunque sin desaparecer por completo, tienen un contenido inversamente proporcional al conocimiento, experiencia e idoneidad del cliente, de manera que serán más intensas si este último es un profano o neófito completo en las actividades de que se trate" Tribunal de Arbitramento convocado por el INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA INURBE contra FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA - Bogotá, 8 de junio de 1999.

45 Soros, George, Globalización, Planeta, 2002

de nuestras preocupaciones amorales. Sería ingenuo esperar que la naturaleza humana cambie, pero los seres humanos son capaces de trascender la búsqueda del limitado interés propio. Ciertamente, no pueden vivir sin cierta medida de sentido moral. Es el fundamentalismo del mercado, que sostiene que la mejor manera de procurara el bien social es dejar que la gente busque su interés personal sin pensar para nada en el bien social (siendo idénticos ambos), lo que se constituye en una perversión de la naturaleza humana."

FECHA DE RECIBIDO: DICIEMBRE DE 2006
FECHA DE APROBACIÓN: ABRIL DE 2007