

## ¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?

### Should good faith in contracts be construed restrictively?

*Pablo Sylvester\**

#### Resumen

Este artículo se ocupa del principio de la buena fe en los contratos. Su objetivo es determinar cuál es el verdadero alcance que debe tener la buena fe en la contratación entre iguales. Parte de la hipótesis de que dicho principio se expresa de forma tan amplia y abarcativa que puede llevar a situaciones en las que la voluntad de los jueces reemplace a la de las partes y, sobre todo, en las que exponga a estas últimas a una litigiosidad innecesaria. Para verificar estas presunciones, se analiza este principio desde su origen en el derecho romano, su distinta recepción en el sistema del *common law* y del derecho civil continental, y su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Posteriormente, se distingue entre la buena fe subjetiva y la objetiva, siendo esta última, de forma general, la propia de los contratos. Se comentan cuáles son las funciones de la buena fe o, dicho de otro modo, para qué sirve la buena fe en los contratos. Seguidamente, se exponen las críticas que se han formulado a este principio relativas a su falta de certeza, por un lado, y al excesivo poder que da a los jueces, por el otro. Finalmente, se fundamenta cuál debería ser el alcance de este principio en la contratación paritaria y se responde la pregunta, menos obvia de lo que parece a primera vista, si las partes pueden pactar la no revisión de su contrato bajo criterios vinculados a la buena fe.

**Palabras clave:** contratos – contratación paritaria – principios del derecho – buena fe – normas imperativas – sistema judicial

---

\* Abogado argentino (UBA, 1998) y español (UBU, 2007). Máster en Derecho Internacional y Europeo (Universidad de Lovaina, 2005). Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios (Universidad de Barcelona, 2009). Doctorando en Derecho, UBA. Profesor de UCASAL. Autor de los libros “Derecho de Internet”, Astrea, 2023, y “Tratativas contractuales”, Astrea, en edición.

### Abstract

This article deals with the principle of good faith in contracts, aiming to determine its actual scope in arm's length agreements. It posits that the principle's broad expression may lead to judicial overreach, potentially supplanting the parties will, and above all, exposing them to unnecessary litigation. To test these assumptions, this principle is analyzed from its origins in Roman law, its divergent evolution in common law and civil law systems and its regulation in the new Argentine Civil and Commercial Code. Subsequently, a distinction is made between subjective and objective good faith, the latter being, in general, that which is applicable to contracts. The article discusses the functions of good faith or, in other words, the purposes that good faith serves in contracts. It then sets forth the criticisms made the principle of good faith in contracts, pertaining to its lack of certainty, on the one hand, and the excessive power it grants to judges, on the other. Finally, the study develops a rationale regarding what the scope of this principle should be in arm's length agreements, and it answers the question, less obvious than it seems at first glance, of whether the parties can agree not to have their contract reviewed under criteria linked to good faith.

**Keywords:** contract – arm's length agreements – general principles of law – good faith – mandatory rules – judicial system

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

“El camino del infierno está pavimentado de buenas intenciones” (proverbio medieval)

## I. Introducción

Se ha dicho, con razón, que “es claro que no se puede hablar mal de la buena fe”.<sup>1</sup> Sin embargo, en este artículo aceptaremos el desafío de explorar las debilidades y los límites del principio general de la buena fe en materia contractual, el cual es proclamado en términos tan amplios que se corre el riesgo de desvirtuar otros principios, sobre todo el de la autonomía de la voluntad (o de autodeterminación) y la libertad de contratación, lo que termina por reemplazar la voluntad de las partes por la de los jueces y habilita litigios innecesarios.

Con tal propósito, retomaremos el origen del concepto de la buena fe contractual y su aplicación en el derecho romano. Seguidamente, examinaremos los motivos por los que este principio ha sido históricamente mirado con recelo en el ámbito del *common law*, sobre todo, en el derecho inglés. Comentaremos brevemente la amplia aceptación que ha tenido el principio de la buena fe contractual en los países regidos por el derecho civil continental, entre los cuales se encuentra nuestro todavía reciente Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “Cód. Civ. y Com.”), estándar que también ha sido reconocido en los principales proyectos internacionales y regionales de armonización y unificación normativa (Principios Unidroit, los Principios de derecho de los contratos europeo y latinoamericano, etc.). Después, abordaremos las críticas que pueden oponerse a este principio en materia contractual, tanto en su enunciación positiva como en la negativa; la mala fe. Por último, intentaremos definir el que –entendemos– debería ser el encuadre correcto de dicho principio en el régimen general de los contratos, y cómo las partes pueden protegerse de, valga el tropo, invocaciones con mala fe de la buena fe.

Este estudio estará limitado a los contratos llamados paritarios dado que, como lo indica el propio texto del art. 1062 Cód. Civ. y Com., la interpretación restrictiva no resulta aplicable a los contratos por adhesión ni a los de consumo.

---

<sup>1</sup> Roberto J. Vernengo, “Los principios de la buena fe”, en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, dir. M. Córdoba, 1ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2004), p. 28.

## II. Derecho romano: los contratos de derecho estricto y de buena fe

En el derecho romano arcaico<sup>2</sup> (*ius quiritarium*) los contratos, además de solemnes y típicos, daban lugar a acciones de derecho estricto (*stricti iuris*) en las que el pretor solamente podía conceder la prestación exacta convenida por las partes, es decir, no se debía ni más ni menos que lo que había sido acordado bajo las solemnidades del contrato tenido en miras, sin margen para entrar a evaluar las circunstancias particulares del caso. Recién en la época clásica, por influencia del *ius honorarium* y con la aparición del procedimiento formulario, se habilitaron a favor de determinados contratos las acciones de buena fe (*bonae fidei*) en las que el juez podía resolver con base en la equidad. A partir de ese momento, convivieron los contratos de derecho estricto (paulatinamente en *desuetudo* hasta, prácticamente, desaparecer en la época justiniana) y los de buena fe. Entre estos últimos, estaban los contratos consensuales (compraventa, locación, sociedad y mandato) y algunos reales como el comodato, el depósito o la prenda.

Por otra parte, cabe recordar que en el derecho romano, el mero acuerdo de voluntades, denominado simple pacto, no era suficiente para crear obligaciones. De esta forma, se distinguía entre los contratos (*contractus*), necesariamente formales conforme a su *causa civilis*, y los pactos (*pacta, pactum, pactiones, pacta conventa*), los acuerdos de voluntades realizados sin ninguna formalidad y desprovistos de efectos jurídicos.<sup>3</sup> Sin embargo, rápidamente, la jurisprudencia derogó esta regla para los pactos accesorios a los contratos de buena fe (*pacta adjecta*), primero, solamente como excepción y, posteriormente, con la misma acción que el contrato principal, siempre que el pacto se hubiera celebrado junto con el mismo contrato (*in continenti*) y no con posterioridad (*ex intervallo*).<sup>4</sup>

La buena fe, por tanto, sirvió para dotar de mayor flexibilidad al contrato romano, permitiendo la inclusión de obligaciones que no estaban contempladas en la

<sup>2</sup> Eugène Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, t. I, 4ª ed. (Buenos Aires: Abeledo, 1917); J. M. Caramés Ferro, *Curso de derecho privado romano*, t. II, 4ª ed. (Buenos Aires: Emilio Perrot, 1943); L. R. Argüello, *Manual de derecho romano*, 3ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2019); Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil argentino*. Obligaciones, 3ª ed. (Buenos Aires: Perrot, 1971).

<sup>3</sup> Este principio se enunciaba bajo la fórmula “*nuda pacta obligationem non parit*”. Digesto, libro II, título 14, ley 7, art. 4. El principio contrario, “*pacta sunt servanda*”, que es la base del derecho contractual moderno, tiene su origen en la obra de los canonistas medievales.

<sup>4</sup> Entre los pactos accesorios al contrato de compraventa y que perduran hasta nuestros días, se hallaban el pacto de retroventa (*pactum de retrovendendo*), el pacto de reventa (*pactum de retroemendo*), el pacto de preferencia (*pactum protimeseos*), el pacto comisorio (previsto en la llamada *lex commissoria*), el pacto de mejor comprador (*in diem addictio*) y la prohibición de venta (*pactum de non alienando*).

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

formulación típica de cada contrato, pero tales obligaciones debían haber sido “pactadas”, *i.e.*, incluidas en un pacto. La buena fe como un principio generador de obligaciones tácitas fue algo desconocido por el mundo romano.

### III. La buena fe contractual en el common law

El *common law* ha sido tradicionalmente contrario a reconocer la existencia de un deber general de buena fe, implícito y vigente para todos los contratos<sup>5</sup>, por considerarlo excesivamente abstracto, difuso y abierto, opuesto al requisito de certeza (*certainty*) que debe gobernar los contratos<sup>6</sup> o, como se ha dicho, “*uncertain in content, inefficient, and giving too much power to the judges*”.<sup>7</sup>

Esta postura es particularmente firme en el derecho inglés<sup>8</sup>, en el que sigue siendo válida la famosa cita del juez Bingham en el caso *Interfoto v. Stiletto*:

In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith... It is in essence a principle of fair and open dealing ... English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions to demonstrated problems of unfairness.<sup>9</sup>

En este aspecto, el derecho inglés tiene un carácter “darwinista”, en el que un operador incauto o “simplemente idiota” no debe ser rescatado de sus errores comerciales sino padecerlos, aún a riesgo de desaparecer. Por ello, en el ámbito comercial de este país, la cultura del asesoramiento jurídico es esencialmente

<sup>5</sup> Joseph H. Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, 29ª ed. (Londres, Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2004), p. 18.

<sup>6</sup> La *certainty* es un requisito imprescindible para la validez de un contrato bajo el derecho inglés: “*An agreement is not a binding contract if it lacks certainty, either because it is too vague or because it is obviously incomplete*”. G. H. Treitel (actualizada por Edwin Peel), *The Law of Contract*, 13ª ed. (Londres, Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2011), p. 50.

<sup>7</sup> Paula Giliker, “Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?,” *Liverpool Law Review* 43 (2022): 175–202, p. 177.

<sup>8</sup> Como se ha dicho reiteradamente, el derecho inglés no acepta que esté rutinariamente implícita “some positive obligation upon a contracting party to subordinate its own commercial interests to those of the other contracting party”. *Hamsard 3147 Ltd. v Boots UK Ltd.* [2013] EWHC 3251 (Pat). La misma conclusión, con aún mayor contundencia, es trasladable a la fase precontractual, en la que una obligación de negociar de buena fe será, por lo general, considerada un “agreement to agree” y, en cuanto tal, no vinculante. Cfr. *Walford v Miles* [1992] 2 A.C. 128; 108 L.Q.R. 405; *Courtney & Fairbairn v Tolani Bros (Hotel) Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 297, 301; *Mallozzi v Carapelli SpA* [1976] 1 Lloyd’s Rep. 407; *Paul Smith Ltd. v H & S International Holding Inc.* [1991] 2 Lloyd’s Rep. 127, 131; *Charles Shaker v Vistajet Group Holding SA* [2012] EWHC 1329 (Comm).

<sup>9</sup> *Interfoto Library Ltd. v Stiletto Ltd.* [1989] 1 QB 433, 439.

Las consideraciones expuestas en este fallo han sido posteriormente reiteradas, inter alia, en *MSC Mediterranean Shipping Co SA v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ 789; [2017] 1 All ER (Comm) 483; y, más recientemente, por la Corte Suprema del Reino Unido en *Pakistan International Airlines Corp. v Times Travel (UK) Ltd.* [2021] UKSC 40.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

preventiva. Las partes son libres de pactar pero deben hacerlo bien, lo cual implica un alto costo de negociación, dado que se exigen cláusulas muy precisas, omnicomprensivas y, por tanto, extensas. En contrapartida, existe una mayor seguridad jurídica y previsibilidad, y la litigiosidad disminuye, descartándose la externalidad imprevisible de que un juez o un árbitro pretenda introducir sus propios criterios sobre lo que es “justo” o “equitativo”.<sup>10</sup>

Sin embargo, esta posición del derecho inglés, rotundamente opuesta a considerar la vigencia de cualquier deber general e implícito de buena fe, pareciera estar cambiando al menos en parte. Por un lado, deben distinguirse los casos en los que una cláusula de buena fe ha sido expresamente incluida en un contrato. En tales supuestos, se ha sostenido que una cláusula de este tipo debe interpretarse conforme a estándares razonables de lealtad comercial<sup>11</sup>, requiere unos mínimos estándares de conducta<sup>12</sup>, y prohíbe prácticas que personas honestas y razonables hubiesen considerado comercialmente inaceptables.<sup>13</sup>

Por otro lado, se estaría gestando una línea argumental conforme a la cual, en contratos de cooperación, de larga duración (*relational contracts*) como podrían ser los de *joint-venture*, franquicia o distribución a largo plazo, existiría un deber implícito de obrar de buena fe, lo que no ocurriría en los contratos de cambio (*adversarial contracts*). Esto fue lo sostenido, por ejemplo, por el juez Leggatt en el asunto *Yam Seng*<sup>14</sup>, posteriormente reiterado por el mismo magistrado en *Sheikh Tahnoon v Kent*<sup>15</sup>. Sin embargo, resulta todavía prematuro afirmar que esta postura se encuentra definitivamente consolidada en el derecho inglés.<sup>16</sup>

Otros países regidos por el *common law* han sido más proclives a aceptar, bajo ciertas condiciones, la vigencia de deberes de buena fe en los negocios contractuales. En

<sup>10</sup> Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transaccional*, t. I (Navarra, España: Thomson Reuters, 2016), p. 175.

<sup>11</sup> *Berkeley Community Villages Ltd. v Pullen* [2007] EWHC 1330 (Ch); [2007] 3 EGLR 101.

<sup>12</sup> *Unwin v Bond* [2020] EWHC 1768 (Comm).

<sup>13</sup> *Re Compound Photonics Group Ltd.; Faulkner v Vollin Holdings Ltd.* [2022] EWCA Civ 1371.

<sup>14</sup> *Yam Seng Pte Limited v International Trade Corporation Limited* [2013] EWHC 111 (QB); [2013] 1 Lloyd's Rep. 526. Puede verse un comentario del propio juez Leggatt a este fallo y a las obligaciones expresas de buena fe en su exposición ante la Commercial Bar Association de 18 de octubre de 2016, titulada “Contractual duties of good faith” y disponible online en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/mr-justice-leggatt-lecture-contractual-duties-of-faith.pdf>

<sup>15</sup> *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Shakboot Al Nehayan v Kent* [2018] EWHC 333 (Comm).

<sup>16</sup> Otro antecedente en la misma dirección fue lo resuelto en el asunto *Essex CC v UBB Waste* [2020] EWHC 1581 (TCC) [113], en el cual un contrato de financiamiento a largo plazo fue considerado un ejemplo de contrato relacional que llevaba implícito el deber de obrar de buena fe.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

EE.UU., tanto el *Restatement (Second) of Contracts* como el *Uniform Commercial Code* (UCC) establecen que cada contrato “*imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*”.<sup>17</sup> En Canadá, la Corte Suprema en el fallo *Bhasin v Hrynew*<sup>18</sup>, reconoció la conveniencia de establecer un principio organizador de buena fe (“*a general organizing principle of good faith*”) y un deber general de honestidad en el cumplimiento de los contratos.<sup>19</sup> En otros países como Australia, la buena fe contractual sigue siendo objeto de debate: la Corte Suprema (*High Court*) de este país todavía no se ha expedido sobre los alcances de este principio; en las instancias inferiores, algunos pronunciamientos han sostenido la existencia de un deber de buena fe implícito en cualquier contrato comercial<sup>20</sup>, mientras que otros han negado no solo la existencia de ese deber implícito sino que además, han cuestionado su utilidad y conveniencia debido a su falta de certeza.<sup>21</sup>

#### IV. La buena fe contractual en el derecho continental y en los instrumentos internacionales

En los países regidos por el derecho civil, la buena fe en los contratos es un principio largamente aceptado y hasta cierto punto indiscutido. El art. 1.104 del Código Civil francés, después de la reforma de 2016-2018, dispone que “los contratos deben ser negociados, formalizados y ejecutados de buena fe”. Y se añade: “Esta disposición es de orden público”. Similar regla contienen el BGB alemán (§ 242 tras la reforma de 2001), el *Codice Civile* italiano (arts. 1175, 1337, 1366 y 1375) y el Código Civil español (arts. 7 y 1258), entre otros.<sup>22</sup> En el derecho americano, la buena fe se encuentra regulada

<sup>17</sup> UCC § 1-304; el § 205 del *Restatement (Second) of Contracts* dispone que “every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”. Para los antecedentes y los motivos de la incorporación de esta norma en la versión del *Restatement* publicada en 1981, puede verse R. Summers, “General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization,” *Cornell Law Review* 67 (1982): 810.

<sup>18</sup> *Bhasin v Hrynew*, 2014 SCC 71; [2014] 3 SCR 494.

<sup>19</sup> Este deber de buena fe en la ejecución de los contratos fue reiterado e, incluso, ampliado en fallos posteriores de la Corte Suprema de este país como *Callow v Zollinger* 2020 SCC 45; 452 D.L.R. (4th) 44.

<sup>20</sup> *Cordon Investments Pty Ltd v Lesdor Properties Pty Ltd* [2012] NSWCA 184; *Caswell v Sony/ATV Music Publishing (Australia) Pty Ltd* [2014] NSWSC 841; *Virk Pty Ltd (in liq) v YUM! Restaurants Australia Pty Ltd* [2017] FCAFC 190.

<sup>21</sup> Así lo sostuvo, por ejemplo, la Court of Appeal of Victoria en *Eso Australia Resources Pty Ltd. v Southern Pacific Petroleum NL* [2005] VSCA 228: “If good faith is not readily capable of definition then that certainty is undermined. It might be that a duty of good faith is no more than a duty to act reasonable in performance and enforcement, a long established duty”.

<sup>22</sup> Esta regla también está prevista, por ejemplo, en el art. 2 Código Civil suizo, en los arts. 15, 16, 71 y 73 del Libro V de las Obligaciones del nuevo Código Civil belga, y arts. 227 y 762 del Código Civil portugués.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

expresamente en los Códigos de Quebec (arts. 6, 7 y 1375), Perú (art. 1362), Chile (art. 1546) y Uruguay (art. 1291, 2º párr.), también entre otros.<sup>23</sup>

En el ámbito del derecho internacional privado, el principio de la buena fe en materia contractual ha tenido también una amplia recepción. Por ejemplo, el art. 7.1 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías prevé la necesidad de “asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Entre los instrumentos internacionales de *soft-law* cabe destacar, en primer lugar, los Principios Unidroit que, en su art. 1.7, prevén que “las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial (fair dealing) en el comercio internacional”. Y, en línea con lo dispuesto por el nuevo texto del Código Civil francés, se agrega: “Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.<sup>24</sup> Similar regla contienen los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL según sus siglas en inglés) en su art. 1:201<sup>25</sup>, así como, también en ese continente, el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR, también conforme a sus siglas en inglés) en su art. III. 1:103.<sup>26</sup> En el ámbito latinoamericano, el deber general de buena fe está previsto en el artículo 7 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC).

## V. La buena fe en el Código Civil y Comercial de la Nación

En el Cód. Civ. y Com. la buena fe está prevista como un principio general del derecho (art. 9), reiterado en materia de obligaciones (art. 729) y de contratos (art. 961). También rige expresamente para la etapa de las tratativas precontractuales (art. 991)<sup>27</sup>, lo cual resulta casi inconcebible en el ámbito del *common law* y, particularmente, en el

<sup>23</sup> Este principio, en materia contractual, se encuentra también recogido, *inter alia*, en el art. 1603 del Código Civil colombiano, art. 1562 del ecuatoriano y art. 715 del paraguayo.

<sup>24</sup> De esta forma, por ejemplo, en base al principio de la buena fe previsto en los Principios Unidroit, se rechazó la pretensión de pagar en pesos, moneda de curso legal, una operación de comercio internacional pactada en dólares estadounidenses. Vid. CNCom., Sala F, 03/11/2022, “Unipox SA c/Panimex Química S.A. s/ordinario”, ED-IV-CCCVIII-463.

<sup>25</sup> Esta norma, incluida en la Sección 2 relativa a los deberes generales, estipula: “Art. 1:201: Buena fe contractual. (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”.

<sup>26</sup> En su versión en inglés, esta regla prevé: “1:103: Good faith and fair dealing (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship”. Y, en línea con los PECL, se agrega: “(2) The duty may not be excluded or limited by contract”.

<sup>27</sup> Se ha señalado esta forma de reglamentar la buena fe en el nuevo Código como una falla metodológica por sus repeticiones innecesarias, añadiéndose que se prefiere la antigua norma del art. 1198 Cód. Civ., “técnicamente mejor redactado y conceptualmente más amplio”. C. A. Ghersi, *Contexto jurisprudencial y doctrinario del Código Civil y Comercial: Parte general*, 1ª ed. (Ciudad de Buenos Aires: La Ley, 2017), p. 118.



ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

derecho inglés en el que los pactos para negociar son considerados “*agreements to agree*” sin valor legal.<sup>28</sup> En nuestro ordenamiento, la buena fe abarca todo el espectro del derecho privado, es un concepto jurídico indeterminado o norma abierta, “un mandato de optimización que impone reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible”.<sup>29</sup>

Se distinguen rutinariamente dos aspectos de la buena fe, la *buena fe – creencia* o subjetiva y la *buena fe – lealtad* u objetiva. Como sintetizaba Borda con su habitual claridad, la primera “se refiere a la misma creencia del sujeto de poseer legítimamente un derecho”. La segunda alude “a la buena fe debida entre personas relacionadas jurídicamente, en especial, en lo contractual”.<sup>30</sup>

La buena fe subjetiva, por tanto, sería la creencia justificada en la validez ya sea del propio derecho o del derecho ajeno: “Por buena fe – creencia entendemos la convicción razonada y diligente del contratante de que se atiene a lo que surge de la apariencia, de lo externo, porque existe una situación invencible para poner de resalto la verdad jurídica”.<sup>31</sup> Esta variante de la buena fe sería, en principio, ajena a los contratos<sup>32</sup> y tendría amplia difusión en otras áreas del derecho, como los derechos reales o las sucesiones.<sup>33</sup>

La buena fe objetiva, por su parte, es el obrar recto, leal y honesto exigible según las circunstancias de la relación jurídica, “es proceder con rectitud y miras honestas”<sup>34</sup>; bajo esta concepción de la buena fe se analiza no ya la creencia (elemento psicológico, interno), sino la conducta (elemento conductual, externo) del sujeto para ver si se

<sup>28</sup> Ver *supra* nota 8. Según el derecho inglés clásico, en un proceso de negociación contractual entre iguales (*at arm's length*), “las partes son libres de avanzar en la búsqueda de su propio interés”. Treitel, *The Law of Contract*, p. 61.

<sup>29</sup> Gustavo Caramelo, “La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LOnline, AR/DOC/180/2015.

<sup>30</sup> Guillermo Borda, “El principio de la buena fe”, *Revista Signos Universitarios*, N° 20 (diciembre de 1991), p. 41.

<sup>31</sup> Alberto G. Spota y Luis F. P. Leiva Fernández, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. III (Buenos Aires: La Ley, 2009), p. 412.

<sup>32</sup> Cf. Jorge H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª ed. (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2016), com. art. 961, § 1.

<sup>33</sup> Sin embargo, siguiendo en esto a Brebbia, consideramos que más allá de estas clasificaciones y su utilidad para entender los distintos alcances de este concepto, la buena fe es una sola de forma tal que, en materia de contratos, concurren ambos componentes de la buena fe, el subjetivo y el objetivo. R. H. Brebbia, *Responsabilidad precontractual*, 1ª ed. (Buenos Aires: La Rocca, 1987), p. 92.

<sup>34</sup> José M. Gastaldi, “La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sarsfield”, en M. Córdoba (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, 1ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2004), p. 309; H. Lafaille, *Derecho civil. Contratos*, t. VIII, vol. I (Buenos Aires: Ediar, 1953), p. 329.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

comportó adecuadamente, con rectitud, frente a una situación de relevancia jurídica. Según la cita de Messineo incluida en el fallo “Aldana Acosta”, clásico en esta materia:

[L]a observancia de la buena fe objetiva (lealtad) por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato.<sup>35</sup>

La buena fe objetiva sería la propia del ámbito de los contratos y de las obligaciones en general, y es a la que haremos referencia en el resto de este artículo.

## VI. Las funciones de la buena fe contractual

De forma general, se han indicado las siguientes funciones de la buena fe en el ámbito de los contratos:<sup>36</sup>

a) En primer lugar, la buena fe constituye una regla de interpretación de los contratos, la pauta hermenéutica esencial que ayuda a desentrañar el sentido de lo acordado.<sup>37</sup> La primera acepción de esta regla sería lo dispuesto en el art. 961 Cód. Civ. y Com., los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.<sup>38</sup> Se trata de una regla objetiva “puesto que el standard no se refiere a lo que las partes entendieron efectivamente, sino a lo que pudieron entender conforme a lo que es ordinario que entiendan”.<sup>39</sup> Esta norma está diseñada para proteger las *legítimas expectativas* de las partes, es decir, aquello que estas últimas confían razonablemente obtener del contrato.

<sup>35</sup> CNCiv., Sala F, 14/08/1986, “Aldana Acosta, Fulgencio c/ Camba Fernández, Consuelo”, JA 1987-III-332. En este fallo se sienta el principio de que la buena fe objetiva, es decir, la recíproca lealtad de conducta, debe acompañar al contrato en cada una de sus fases, “debe inspirar la ejecución del contrato, como debe inspirar su formación e interpretación”. Este principio está expresamente recogido hoy en el Cód. Civ. y Com. (arts. 961, 991 y 1061).

<sup>36</sup> Para una síntesis de estas funciones de la buena fe en sede judicial, puede verse CNCiv., Sala F, 17/03/2022, “G., D. E. c/ C., D. s/art. 250 CPC – Incidente Familia”, ED-II-DCCXVIII-668.

<sup>37</sup> La expresión proviene de Jorge H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, 2ª ed. (Buenos Aires: Thomson Reuters – La Ley, 2016), com. art. 1061, § 2 b).

<sup>38</sup> Reglas similares están previstas en otros ordenamientos comparados; así, por ejemplo, el art. 1135 del Código napoleónico (hoy, art. 1194 del Código Civil francés, con algunas variaciones tras la reforma de 2016) disponía: “*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*”. Parecida es también la norma del art. 1258 del Código Civil español.

<sup>39</sup> Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª ed. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2018), p. 199.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

Se ha señalado que, para que la interpretación sea posible, lo pactado entre las partes no debe estar claro (*in claris non fit interpretatio*): “Si no hay ambigüedad o vaguedad, se trata simplemente de aplicar lo pactado”.<sup>40</sup> De todas formas, las partes pueden limitar de manera convencional esta función acordando una interpretación restrictiva y literal conforme a lo dispuesto en el art. 1062 Cód. Civ. y Com. Esta función se completa con el deber de resolver a cargo de los jueces (art. 3º Cód. Civ. y Com.) y con el principio de conservación (art. 1066 Cód. Civ. y Com.) en virtud del cual, en caso de duda, debe favorecerse la validez del contrato (*favor negotii*).

b) Tanto la doctrina nacional como comparada derivan del principio de buena fe la vigencia de unos deberes secundarios (o colaterales) de conducta a los que las partes deben ajustar su accionar durante todas las etapas del contrato.<sup>41</sup> Estos deberes serían implícitos y estarían conectados con la regla de interpretación del art. 961 Cód. Civ. y Com. ya comentada. No está del todo claro cuáles serían estos deberes –ni tampoco, como se verá, su contenido específico– pero se suelen citar los de información, colaboración (sobre todo en los contratos de larga duración de conformidad con lo dispuesto hoy en el art. 1011 Cód. Civ. y Com.), custodia y seguridad, entre otros posibles.<sup>42</sup> También entraría aquí el deber de confidencialidad, ahora regulado por el art. 992 Cód. Civ. y Com.

c) En tercer lugar, la buena fe puede servir como un método de integración de las relaciones jurídicas, destinada a colmar las inevitables lagunas contractuales y legales ya que, como se ha dicho, “la ley, por cuidada y detallista que sea, no puede prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas, ni todos los abusos que las

<sup>40</sup> Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª ed. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2018), p. 561. Como fundamento se cita jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual “cuando los términos o expresiones empleados en un contrato son claros y terminantes, sólo cabe limitarse a su aplicación sin que resulte necesaria una labor hermenéutica” (Fallos: 307:2216; 314:363). Esto es lo que dispone también el art. 1192 del Código Civil francés: “On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation”.

<sup>41</sup> Vid. CNCiv., Sala H, 17/03/2025, “Crisalle, Marisa c/ Proto, María Natalia y otros s/ escrituración”, ED-VI-CCXXIV-282; CNCiv., Sala E, 18/02/2025, “G., F. S. c/ S., F. D. y otro s/ resolución de contrato”, ED-VI-CXCVII-726; CNCiv., Sala C, 09/08/2024, “C., C. J. y otro c/ I., C. M. s/ cumplimiento de contrato”, ED-V-CMXII-850.

<sup>42</sup> Lorenzetti, por ejemplo, menciona – de forma un tanto excesivamente ligera – los de información, protección, custodia, consejo, colaboración, no concurrencia, lealtad. Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos. Parte general*, 3ª ed. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2018), p. 481. En otra parte, agrega “el deber de ofrecer alternativas suficientes a la contraparte”, aunque acotado mayormente al derecho de consumo. Ricardo Lorenzetti, “Contratos y deberes secundarios de conducta: la libre elección,” *La Ley* 1998-B, 1004; LLonline, AR/DOC/5182/2001.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

partes pueden cometer, la una en perjuicio de la otra”.<sup>43</sup> Del mismo modo, en caso de nulidad parcial, el juez tiene el deber de integrar el contrato de acuerdo a su naturaleza y los intereses que, razonablemente, puedan considerarse perseguidos por las partes (art. 389 Cód. Civ. y Com.), esto es, sobre la base de la buena fe.

Es interesante resaltar que el nuevo Código contiene una norma expresa referida a la integración de los contratos (art. 964 Cód. Civ. y Com.), y que la buena fe no está mencionada en el orden de prelación dispuesto en esa norma. Sin embargo, dado su carácter de principio general de los contratos, debe considerársela implícita o dentro de las normas indisponibles aludidas en el punto a), sin perjuicio de la facultad de los jueces de modificar el contrato, aun de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público (art. 960 Cód. Civ. y Com.), lo cual incluye el supuesto del contrato que, de forma evidente, resulte contrario a la buena fe.

No obstante lo anterior, no deja de plantearse la duda de si ante una situación no regulada expresamente en el contrato, el juez debe recurrir antes a la norma supletoria o si puede acudir directamente a la buena fe, en tanto principio general, y consagrar obligaciones implícitas que se deriven razonablemente de las previstas formalmente en el contrato. Entendemos que debería elegirse la primera opción o, más bien, que deberá recurrirse a la buena fe únicamente cuando se trate de normas supletorias dejadas deliberadamente abiertas por el legislador o, por supuesto, cuando no haya una norma supletoria ni un uso o práctica del lugar de celebración aplicable al caso.<sup>44</sup>

d) Por último, se ha identificado la función de corrección, reservada para los casos extremos de contratos o cláusulas manifiestamente opuestas a la buena fe que, por tal motivo, deben ser modificadas por vía judicial, si ello resulta posible, en virtud del principio de conservación de los contratos. La buena fe es una norma imperativa que se impone por sobre la voluntad de las partes. Por tanto, todo acuerdo que la contravenga abiertamente es ineficaz y, de resultar viable, deberá reemplazarse por uno que respete los límites de la buena fe. Se trata, evidentemente, de una función que debe ser usada

<sup>43</sup> Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas, *Responsabilidad precontractual*, 1ª ed. (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2006), p. 287.

<sup>44</sup> En este sentido, como se ha sostenido en la doctrina comparada que “[...] las normas legales que configuran el derecho positivo pueden tenerse por una tipificación legal de lo ordenado por la buena fe, cuyo contenido equivale a lo que habría acordado dos contratantes leales y honestos si es que hubieran abordado cuidadosamente el punto en cuestión, teniendo a la vista los intereses de ambas partes y sin considerar la existencia de costos de transacción”. A. Schopf Olea, “El desarrollo y la concreción de la buena fe en la integración de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 38 (julio 2022): 131–171, pp. 141 y ss.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

con prudencia, a riesgo de que sean los valores éticos o morales particulares del juez los que terminen prevaleciendo y que las partes queden vinculadas en un contrato que no desean ni consintieron.

Conforme a esta función correctiva, la buena fe también marca y limita el ejercicio de los derechos subjetivos.<sup>45</sup> Esta acepción de la buena fe se confunde con el concepto de abuso del derecho aunque, como se ha señalado, muchas veces existe una concurrencia de criterios cuando se aplican los principios generales del derecho, una suerte de “destinos paralelos<sup>46</sup>” que conducen a la misma solución, además de que los distintos principios se complementan, vivifican y enriquecen unos a otros.<sup>47</sup>

## VII. Crítica a la buena fe contractual

Como es sabido, Vélez Sarsfield no incluyó expresamente en su Código Civil el principio de buena fe en materia de contratos. En esta parte se apartó de su fuente, el art. 1134 del Código Napoleónico; Vélez reprodujo dicha norma en el art. 1197 de su Código sin incluir la última parte del modelo francés, que estipulaba que “las convenciones deben ser cumplidas de buena fe”.<sup>48</sup>

Las explicaciones doctrinales para esa omisión fueron muchas y diversas a lo largo de los años en que estuvo en vigor dicho Código, imponiéndose la visión de que se trató de una omisión expresa en aras de una mayor seguridad en las relaciones jurídicas:

el codificador quería las cosas claras en punto a la obligatoriedad de las convenciones y huía de esos conceptos que refutaba imprecisos y vagos: de la lesión y de la buena fe”. Y se añadía: “Vélez temió que los jueces, en aras de la aplicación del principio de la buena fe, atentaran en contra de la voluntad expresada por las partes al otorgarle

<sup>45</sup> Conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987.

<sup>46</sup> La expresión es de Rezzónico quien, citando a Loussouarn, señala que la buena fe es prácticamente ilimitada pero no exclusiva, ya que puede llegarse a soluciones idénticas o vecinas recurriendo al “abuso de derecho, la responsabilidad civil, el fraude a la ley, la teoría de la apariencia, el recurso a la razón y a la equidad, sin perjuicio de otros principios generales del derecho”. Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, 1ª ed. (Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 1999), p. 471.

<sup>47</sup> Cf. Lidia María Garrido Cordobera, “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos”, en M. Córdoba (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, 1ª ed. (Buenos Aires: La Ley, 2004), p. 343.

<sup>48</sup> Sin embargo, en el art. 1198 del Código Civil derogado se establecía la principal consecuencia de la buena fe, hoy recogida en el art. 961 Cód. Civ. y Com. También la apelación a los principios generales del derecho como regla interpretativa, “si aún la cuestión fuere dudosa” y “teniendo en consideración las circunstancias del caso”, inserta al final del art. 16 del Código original de Vélez puede considerarse como abarcativa de la buena fe contractual, aunque usada de forma excepcional y no de forma generalizada como ocurrió después.

ARTÍCULO	<i>¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?</i>
----------	--

la posibilidad de rever lo manifestado por éstas en un contrato y, por lo tanto, no lo incorporó expresamente.<sup>49</sup>

Recién con la reforma de la Ley Nro. 17711 se modificó el art. 1198 del Código de Vélez Sarsfield, estableciéndose la regla de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, norma que constituye el antecedente directo del actual art. 961 Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, a pesar de las normas actuales que imponen el deber de obrar conforme a la buena fe en todas las etapas del contrato, algunas de las dudas ya apreciadas por Vélez Sarsfield persisten: ¿cuál es el alcance en la práctica de este principio? ¿Cuáles son las conductas concretas que se exigen a las partes? ¿Qué significa, en definitiva, obrar de buena fe según las circunstancias del caso y hasta dónde llegan las facultades (y las capacidades) de los jueces para apreciar si ese requisito se ha cumplido (o no)? Hemos agrupado en dos categorías las críticas que, a nuestro entender, pueden formularse a este principio, a saber:

#### **A. Crítica basada en la falta de certeza de las conductas requeridas por la buena fe**

La primera crítica está vinculada a la falta de certeza que un principio como el de la buena fe puede introducir en los contratos; esta observación es la que ha hecho que otros derechos, como el inglés, hayan visto con reparos el reconocimiento de un deber general de obrar de buena fe en esta materia. La crítica se centraría, principalmente, en los deberes secundarios de conducta, que rigen para todos los contratos junto con –y aun por encima de– las obligaciones pactadas expresamente. El problema de estas verdaderas obligaciones implícitas (denominarlos deberes no afecta su carga de obligatoriedad, aunque sí acentúa su carácter difuso) es determinar cuáles son y cuál es su alcance, es decir, precisar qué tipo de comportamientos imponen a las partes.

Al respecto, cabe señalar primeramente que la función del derecho no es crear ciudadanos virtuosos que deban estar a la altura de estándares ideales de comportamiento, sino establecer, con la mayor claridad y precisión posible, qué conductas son obligatorias, cuáles están prohibidas y cuáles permitidas sobre la base de

<sup>49</sup> Alberto López Fidanza, “El principio de buena fe”, *La Ley* 2004-E, 1201; LLonline, AR/DOC/1953/2004.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

que lo no prohibido está permitido (art. 19 CN)<sup>50</sup>. En este sentido, invocaciones relativas a inciertos deberes secundarios de conducta no dejan de constituir un riesgo cierto para la seguridad jurídica.

Existe, por ejemplo, consenso doctrinal sobre que el deber de información es uno de los que integra estos deberes laterales de conducta derivados de la buena fe. Sin embargo, más allá de los casos de consumo (arts. 1100, 1107 y 1111 Cód. Civ. y Com.; arts. 4, 10, 21, 34 y 36 Ley Nro. 24240)<sup>51</sup> y del deber de evitar la configuración de vicios en el perfeccionamiento del contrato, incluyendo el de no suministrar información falsa ni incurrir en reticencias, no existen en nuestra legislación criterios definidos sobre cuáles son los alcances de este deber de información en la contratación paritaria.<sup>52</sup> Fuera de los casos de consumo: ¿deben informarse, por ejemplo, circunstancias de derecho que puedan afectar la operación o es cada parte la que tiene la carga de asesorarse<sup>53</sup>, dado que el derecho se presume conocido (art. 8 Cód. Civ. y Com.) y el error que vicia el acto es el de hecho, no el de derecho (art. 265 Cód. Civ. y Com.)? ¿*Quid* con respecto al precio? ¿Entre comerciantes deben informarse si el precio solicitado es justo o, por el contrario, si está por encima o por debajo del valor normal de mercado?<sup>54</sup> Por último, ¿el deber de información incluye el de advertencia y el de asesoramiento o consejo?<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Como se ha afirmado con razón “un problema normativo puede ser considerado como una pregunta acerca del estatus deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad”. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos*, 2ª ed.; 4ª reimp. (Buenos Aires: Astrea, 2024), p. 15

<sup>51</sup> Otros supuestos en los que este deber está reglamentado son los vinculados a los actos médicos e investigaciones en salud (art. 59 Cód. Civ. y Com.), los contratos bancarios con consumidores (arts. 1385 a 1389 Cód. Civ. y Com.) y el comercio electrónico (Res. GMC 21/04 y 37/19).

<sup>52</sup> En otras legislaciones sí se ha regulado el deber de información precontractual en los contratos paritarios. Tal es el caso del nuevo art. 1112-1 del Código Civil francés, así como el del art. 7 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. También el Proyecto de Código Civil de 1998, fuente directa del Código actual, contenía en su art. 927 una regla vinculada al deber de información.

<sup>53</sup> En el derecho anglosajón rige el principio del “*caveat emptor*”, que significa que es el comprador quien debe obrar con cuidado y conforme al cual, por regla general, recae sobre aquél la carga de pedir y obtener toda la información que considere relevante antes de celebrar el contrato. En nuestro medio, este principio ha sido invocado en algún precedente jurisprudencial; vid. CNCom., Sala B, 5/2/1999, “Zunghiri, H. J. c/ Sánchez, Carlos y otros”, La Ley 1999-D, 193.

<sup>54</sup> En Francia, esta cuestión motivó un célebre caso judicial, el *affaire Baldus* (Cass. Civ. 1ère, 03/05/2000, n.º 98-11.381), en el que un fotógrafo profesional compró unas fotos por un precio muy inferior a su valor de mercado ante el desconocimiento de su valía por parte de la vendedora. La Corte de Casación resolvió que el fotógrafo no tenía la obligación de informar el valor del bien adquirido, regla que posteriormente ha sido incorporada en el nuevo art. 1112-1 del Código Civil francés, ya citado, que expresamente dispone que el deber de información no incluye “la estimación sobre el valor de la prestación”.

<sup>55</sup> La doctrina comparada ha distinguido entre información, advertencia y consejo. La advertencia está vinculada con algún riesgo material o jurídico y, en general, debe comunicarse. El consejo o

La situación se vuelve aún más compleja en lo que respecta a los grandes contratos empresariales. Para las empresas, la información es un activo valioso, resguardado por la legislación y protegido penalmente. Del mismo modo, hay contratos cuyo objeto es, precisamente, la obtención o la transmisión de información, como los referidos a las exploraciones mineras y petroleras, en el primer caso, o a la transferencia de *know-how* y de bases de datos, en el segundo. En tal contexto, obligar a las empresas a que, sobre la base de una supuesta noción abstracta de buena fe, compartan más información de la estrictamente prevista en el contrato y negociada con el apoyo de profesionales altamente especializados, no parece ser una medida justa ni económicamente conveniente. Al contrario, puede tener como único resultado desalentar inversiones y operaciones de alto impacto, sin que ello genere un beneficio apreciable para nadie.

Es ya una práctica habitual que las empresas realicen una *due diligence* antes de celebrar determinados contratos de gran trascendencia económica (y a veces también después, en la conocida como “*post-closing due diligence*”). Estos procesos de diligencia debida, entre otras cuestiones, regulan la entrega y la revisión de la información entre las partes y, al mismo tiempo, distribuyen los riesgos vinculados a posibles asimetrías informativas o a contingencias ocultas. Como se ha destacado en la doctrina comparada:

esta revisión tiende, desde la perspectiva del inversor, a servir de medio especialmente cualificado de información sobre el objeto y proyecto pretendido o por él auspiciado. Desde el prisma del empresario y en cuanto éste facilite al inversor, o a sus profesionales, la información que les permita identificar los riesgos inherentes a la empresa o sus elementos, junto con el control que los técnicos realicen de los datos suministrados, le permiten eludir el principio “*caveat emptor*”.<sup>56</sup>

Por otra parte, esas operaciones suelen completarse con contratos que incluyen cláusulas, de inspiración anglosajona, como las denominadas coloquialmente “*reps & warranties*”<sup>57</sup> o *pro-sandbagging* (o *anti-sandbagging*)<sup>58</sup>, que, de forma general, tienen

---

asesoramiento está destinado a orientar la elección y ayudar a la contraparte a tomar la mejor decisión posible. Este último no sería debido en la contratación entre iguales. P. Wery, *Droit des obligations*, 2ª ed. Vol. 1, (Lovaina, Bélgica: Larcier, 2011), p. 152.

<sup>56</sup> Luis Hernando Cebria, *La revisión legal (“legal due diligence”) en el derecho mercantil*, 1ª ed. (Granada, España: Comares, 2008), p. 12.

<sup>57</sup> De forma general, las “*representations & warranties*” son hechos que una parte manifiesta como ciertos ante su contraria (normalmente vinculados al resultado de una *due diligence*), y que dan lugar a una indemnización (generalmente, una corrección del precio) en caso de que se prueben falsos o inexactos. Para un estudio en profundidad de este instituto, puede verse Juan Aguayo, *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español*, 1ª ed. (Pamplona, España: Civitas, 2011).



la función de repartir las cargas en lo que respecta al intercambio de información entre las partes. Incluso, las partes pueden incluir una cláusula de no confianza y exención de responsabilidad (*non-reliance and waiver clause*), conforme a la cual el emisor de la información no garantiza su exactitud ni su integridad.<sup>59</sup> Apelaciones a la buena fe en este tipo de contratos altamente profesionalizados suena no solo naíf, sino peligroso; todo debe estar pautado y acordado, de lo contrario, las partes quedan expuestas a riesgos millonarios imprevistos que solo pueden llevar a desalentar la transacción.

En ocasiones, la doctrina tampoco ha sido demasiado precisa a la hora de fijar los límites del deber de información en las operaciones B2B. Por ejemplo, se ha sostenido: “La pregunta es entonces: ¿hay un deber de informar, más allá de lo referente a los vicios de la cosa comprometida? Si se obliga a comunicar todo, no habrá competencia; si se deja librado a las partes, habrá salvajismo”.<sup>60</sup> Cómo de una aseveración tan genérica (muchas de las provistas doctrinariamente son de un tenor similar) pueden extraerse criterios claros para delimitar el deber de información en los contratos paritarios es un misterio.

Otros autores sostienen que el deber de información del art. 1100 Cód. Civ. y Com., previsto para las relaciones de consumo, debe extenderse también al ámbito de los contratos paritarios<sup>61</sup>, lo que no es sino convertir una regla fijada en el marco de un derecho tuitivo como es el del consumo, en el que las asimetrías entre proveedor y consumidor se presumen, en la regla general, posición que llevaría a distorsionar todo el sistema del derecho patrimonial privado. Esta situación, trasladada después al ámbito judicial, ya fue advertida en el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com., cuyos redactores sostuvieron: “En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando

---

<sup>58</sup> Mediante una cláusula *pro-sandbagging*, las partes acuerdan que las condiciones del contrato no se verán alteradas por el hecho de que se pruebe que una de las partes conocía de antemano la falsedad de alguna de las manifestaciones insertadas en el contrato. La cláusula *anti-sandbagging* tienen el efecto contrario y las partes quedan dispensadas de indemnizar a la contraria en caso de que se demuestre que conocían la falsedad de alguna declaración prevista en el contrato antes del *closing*.

<sup>59</sup> La validez de este tipo de cláusulas en el derecho norteamericano ha sido sostenida, entre otros, en el fallo *Raa Management, LLC v. Savage Sport Holding, Inc.*, No. 577 (2011), citado en Rodolfo G. Papa, *Tratativas precontractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed. (Ciudad de Buenos Aires: Erreius, 2016), p. 141.

<sup>60</sup> Ricardo Lorenzetti, *Tratado de los contratos*. Parte general, 3ª ed. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2018), p. 388.

<sup>61</sup> En particular, Rodolfo G. Papa, *Tratativas contractuales*, p. 94.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica”.<sup>62</sup>

Por último, no se desconoce que, entre las empresas, también se registran asimetrías de información y diferencias en lo que se denomina “el poder de negociación” (*bargain power*). Sin embargo, esas situaciones se resuelven en general mediante la aplicación de la doctrina del abuso y, más precisamente, del abuso de posición dominante en el mercado (art. 11 Cód. Civ. y Com.; art. 5 y ss. Ley Nro. 27442).<sup>63</sup> También se recurrirá al concepto de abuso en los casos de contratos entre empresas celebrados mediante cláusulas generales predispuestas (art. 988 Cód. Civ. y Com.). Volveremos sobre esto cuando tratemos la noción de mala fe en la sección siguiente.

Lo hasta aquí dicho en relación con el paradigmático deber de información, se vuelve aún más oscuro cuando se examinan otros supuestos deberes secundarios de conducta. El deber de confidencialidad está ahora regulado tanto en el Cód. Civ. y Com. (arts. 318 y 992) como en otras normativas (Ley Nro. 24766; arts. 157 bis y 222 del Código Penal). Lo mismo ocurre, hasta cierto punto, con el de colaboración en los contratos de larga duración (art. 1011 Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, otros deberes de conducta no tienen un contenido definido; así ocurre, por ejemplo, con los de seriedad, credibilidad, transparencia, lealtad, consejo, etc., identificados por la doctrina y que solo parecen ser adjetivos a disposición de los jueces cuando deciden reprobare el accionar de una de las partes. Ni hablar de los deberes de exclusividad o no concurrencia los cuales, por regla general, no existen salvo que hayan sido pactados expresamente o que estén previstos en una norma positiva, como ocurre con la exclusividad, de forma imperativa en el caso del contrato de agencia (art. 1480 Cód. Civ. y Com.) y dispositiva en los de concesión (art. 1503 Cód. Civ. y Com.) y franquicia (art. 1517 Cód. Civ. y Com.).

La lista de los deberes secundarios no deja de agrandarse con nuevos aportes pero, muchas veces, a costa de un mínimo rigor y obviando que, en la buena técnica contractual, cada palabra cuenta.

## B. Crítica basada en el exceso de discrecionalidad judicial

<sup>62</sup> Claudia Wagner, “Tratativas preliminares. Libertad para abandonar las tratativas y deber de justificar su frustración”, JA 2015-IV, 1108; LLonline: AR/DOC/5606/2015.

<sup>63</sup> Con respecto a la aplicación de la doctrina del abuso de posición de dominio en el ámbito de la contratación empresarial, puede verse CNCom., Sala B, 29/03/2023, “JM Comer S.R.L. c/ Coto CICSA s/ ordinario”, ED-IV-DCCXL-842.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

Por otra parte, un principio como el de la buena fe está dirigido principalmente a los jueces y, como ya lo notara Vélez Sarsfield, les da demasiado poder. En efecto, los principios son mandatos de optimización que, como se ha señalado, “so pretexto de alcanzar mejor solución o hacer justicia en un caso, implican de hecho una derogación anárquica de las normas generales”.<sup>64</sup> Según se ha dicho, siguiendo a Schlechtriem:

“[el] principio de buena fe [...] es utilizado [...] para crear y aplicar nuevas obligaciones para las partes que ni fueron consentidas por ellas mediante contrato, ni resultan de las disposiciones jurídicas aplicables”, de forma tal que muchas veces resulta que “tal supuesto principio o standard general se reduce a la creencia personal, política o religiosa del juez particular” y su invocación “puede ser un procedimiento abusivo de los jueces para imponer sus prejuicios particulares”.

Y se añade: “Es como si en un cuerpo normativo cualquiera, con disposiciones coherentes y que se pretende suficientemente completo para conjuntos de casos, apareciera una disposición que autoriza al juez a poner de lado cualquiera de las normas promulgadas cuando la considera injusta”. En relación con una actuación de este tipo se concluye: “La delegación de facultades discrecionales de derogación, a favor de los órganos de aplicación, es incompatible con la idea de un Estado de Derecho”.<sup>65</sup>

Como corolario de lo anterior, cabe recordar que, como se ha dicho con razón: “Los principios no son meras excusas para hallar lagunas legales, donde ellas no existen”. Y se añade:

Los principios son siempre enunciados generales, de formulación abierta y alcance indeterminado, que funcionan a la manera de súper-conceptos jurídicos indeterminados. Si nuestros ordenamientos están plagados de conceptos jurídicos indeterminados, que el juez debe precisar en su alcance al aplicarlos, estos principios generales configuran el máximo grado de abstracción posible del ordenamiento, lo que los hace por un lado muy útiles en manos hábiles y, por el otro, muy peligrosos, al alcance de personas de formación deficiente, o faltos de medida y tino.<sup>66</sup>

Vale traer a colación lo resuelto por la CSJN hace tiempo, pero todavía de actualidad, en el clásico fallo “Automóviles Saavedra” de 1988.<sup>67</sup> Allí se invocaba precisamente la buena fe como fundamento para dejar sin efecto la cláusula que autorizaba a rescindir sin causa un contrato de concesión de plazo indeterminado,

<sup>64</sup> Roberto J. Vernengo, “Los principios de la buena fe”, en *Tratado de la buena fe en el Derecho*, dir. M. Córdoba (Buenos Aires: La Ley, 2004), p. 29.

<sup>65</sup> Roberto Vernengo, “Los principios de la buena fe”, p. 30 y ss.

<sup>66</sup> Marcelo J. López Mesa, “Los principios del derecho privado patrimonial en el Código Civil y Comercial”, *Revista Especializada en Derecho Notarial y Registral* n° 1 (noviembre 2023), IJ-IV-DCCLIII-389.

<sup>67</sup> CSJN, 04/08/1988, “Automóviles Saavedra SACIF c/ Fiat Argentina SACIF”, Fallos: 311:1337.

argumento que había sido atendido por las instancias anteriores. La Corte rechazó tal interpretación, que derogaba una previsión contractual con base en supuestas invocaciones a la buena fe; sostenía el tribunal que este tipo de conclusiones:

podrían resultar altamente peligrosas para la seguridad jurídica, pues la ejecución y el cumplimiento de los contratos se sometería al arbitrio de los jueces, quienes terminarían por convertirse en contratantes, o en sustituir a las partes en el ejercicio de su libertad contractual, garantía que se encuentra firmemente amparada por la Constitución Nacional.

Y, más adelante, se agregaba, siguiendo a Bibiloni, que con esta forma de proceder:

[...] se entrega todo, ley, derechos, fortuna, honor, a la vaga incertidumbre de las palabras vacías. Lo único que hay, es el arbitrio judicial. De su opinión resultará cuál es el verdadero significado social y económico de la ley. Y eso que la ley no ha acertado a definirlo encontrará el juez, con ley, sin ley y contra la ley. Cada juez lo verá según su criterio moral, político, económico. Lo que no saben los escritores, puesto que sólo le dan fórmulas generales, lo que sabe tampoco la ley, eso lo sabrá el juez.<sup>68</sup>

Ambas críticas están conectadas; en efecto, la tarea de determinar cuáles serían los deberes secundarios exigidos por la buena fe en el caso concreto quedará a cargo de los jueces.<sup>69</sup> Y serán por tanto estos últimos los que decidan, *ex post facto*, cuáles eran los deberes implícitos a los que las partes deberían haber ajustado su conducta. En contratos de menor cuantía, en los que las partes no hayan tenido asesoramiento legal suficiente y que, por tal motivo, el contrato presente lagunas evidentes, esta facultad judicial podrá estar más justificada. Sin embargo, en contratos de mayor entidad, en los que ambas partes negociaron consciente y arduamente sus términos con el apoyo de equipos de profesionales y en los que, por tanto, el contrato dice todo lo que se quiso decir y lo que no dice fue excluido a propósito, el juez no debería incluir obligaciones implícitas que fueron dejadas de lado *ex profeso* por las partes.

### VIII. Un estándar más restrictivo: la mala fe. Problemas

En vista de los cuestionamientos hasta aquí expuestos, podría pensarse en la aplicación de un estándar más restrictivo, fundando ya no en la buena fe sino en la mala

<sup>68</sup> CSJN, “Automóviles Saavedra”, Consd. 13.

<sup>69</sup> Así lo ha destacado nuevamente la doctrina comparada, al señalar que “el desarrollo y concreción de la buena fe es una tarea que solo puede ser efectuada judicialmente frente a un conflicto contractual concreto, de manera que corresponde al juez la tarea de determinar cuál es el específico deber de conducta o efecto jurídico ordenado por el estándar del contratante leal y honesto, para así definir un término implícito que pueda incorporarse al contrato y suplir el vacío u omisión de la regulación propiamente convencional, resolviendo el conflicto entre los contratantes”. Schopf Olea, “El desarrollo y la concreción de la buena fe”, p. 149.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

fe. Ya no se exigirían conductas idealizadas, difíciles de calibrar, relacionadas con el hombre leal, honesto y recto, sino simplemente sancionar los casos en los pueda apreciarse, de forma manifiesta, la mala fe de una de las partes.

Contrariamente a lo que ocurre con la buena fe, la mala fe no ha tenido un tratamiento tan exhaustivo en nuestro derecho. Conforme a un autor que se ocupó bastante de este concepto hace un tiempo,

la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc., relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.<sup>70</sup>

El problema con la mala fe es que se superpone con otros institutos jurídicos bien consolidados, como el dolo (art. 271 Cód. Civ. y Com.), el abuso del derecho (art. 10), la lesión (art. 332) o la *regla venire contra factum proprio non valet* (art. 1067)<sup>71</sup>; hay una sobrepoblación de conceptos jurídicos más o menos “líquidos”, según terminología en boga en los últimos tiempos, que pueden llevar a difuminar hasta casi volver irreconocible el contenido de los obligaciones nucleares acordadas por las partes.

En efecto, cuesta imaginar casos de mala fe contractual en los que no exista, ya sea un artificio, astucia o maquinación para la celebración del contrato, esto es, dolo<sup>72</sup>, el ejercicio de un derecho de forma abusiva, la explotación de las debilidades de la otra parte (lesión), o la contradicción con una conducta previa, jurídicamente relevante, del mismo sujeto.<sup>73</sup> Incluso en la definición de mala fe antes propuesta, si la situación, circunstancia, etc. relevante era conocida por una de las partes y no fue comunicada a la contraria, hubo dolo o culpa; si era conocida y fue aceptada por ambas partes, habrá abuso o lesión; si no era conocida por la parte que debía conocerla, habrá culpa o error,

<sup>70</sup> Pascual E. Alferillo, “Reflexiones sobre la mala fe”, *Revista del Notariado* año CVIII (abril-junio 2005): p. 32.

<sup>71</sup> La mala fe también está vinculada con la regla de no dañar (arts. 1710 y 1716 Cód. Civ. y Com.). Al respecto, véase Juan Carlos Rezzónico, *Principios fundamentales de los contratos*, p. 510.

<sup>72</sup> Así, por ejemplo, un romanista como Caramés Ferro afirmaba, a modo de definición, que el dolo “es, en general, todo acto de mala fe” (Caramés Ferro, *Curso de derecho romano privado*, p. 217). De hecho, el desarrollo de la buena fe objetiva se encontraría en la *exceptio doli*, también de origen romano. Judicialmente, se ha señalado al dolo en el incumplimiento contractual como una especie dentro del género mala fe. CNCiv.Com.Fed., 16/06/1989, “Artefactos a Gas Llama Azul S.A.I.C.Y.F. c/ Gas del Estado s/ cobro”, SAIJ: SUD0003203.

<sup>73</sup> Si bien tradicionalmente la teoría del abuso del derecho y la doctrina de los actos propios se ha señalado como derivaciones del principio general de la buena fe, aquellas no solo han devenido categorías autónomas sino, lo más importante, se han transformado en reglas claras (y, al menos en el primer caso, de aplicación restrictiva), lo cual no necesariamente ocurre con la buena fe objetiva conforme a lo hasta aquí expuesto.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

excusable o no. Ahora bien, si el espectro de conductas que se quieren reprimir ya está cubierto, no tiene sentido llamar a la misma cosa por dos nombres distintos, lo cual no puede sino generar confusión. Este parecería ser el caso de la mala fe, que se subsume dentro de supuestos ya tipificados por el ordenamiento sin que se observe un grupo de casos en los que tal concepto pueda aportar algo sustancialmente distintivo.

Ahonda la conclusión anterior el hecho de que la mala fe no ha sido incluida entre los factores subjetivos de atribución, lugar que le correspondería técnicamente y en los que el nuevo Código solo distingue a la culpa y el dolo (art. 1724 Cód. Civ. y Com.). Como se ha dicho: “Sin duda que el doloso y el culposo incurren en mala fe, pero ésta no es un factor independiente de ellos. En la mala fe mediará intencionalidad dañosa, indiferencia por los intereses de los demás o falta de la diligencia que correspondiere, es decir, ya bien, dolo, o ya bien culpa”<sup>74</sup>.

## IX. Alcance de la buena fe contractual

¿Cuál es pues el valor y la utilidad de una regla general de buena fe en materia de contratos? En la contratación entre iguales consideramos saludable establecer, antes que nada, la regla de que cada parte tiene prioritariamente la responsabilidad de cuidar sus propios intereses conforme al clásico adagio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” (nadie puede alegar su propia torpeza). Es lo que algunos han denominado como el principio de la autorresponsabilidad<sup>75</sup> y que estaría reflejado en normas como las de los arts. 1067 y 1729 del Cód. Civ. y Com. Otro tanto ocurre con la actual doctrina del error que, para ser causa de nulidad, además de esencial debe ser reconocible por el destinatario de la declaración (cf. arts. 265 y 266 Cód. Civ. y Com.), es decir, el que incurre en el error puede verse impedido de invocarlo si no demuestra al mismo tiempo que era reconocible para la otra parte de la relación.

Sentado este principio general de la responsabilidad principal de cada parte en la protección de sus intereses, entendemos, en segundo término, que si bien integran una

<sup>74</sup> Algunos autores sostienen que la mala fe es un factor de atribución subjetivo injustamente postergado en el nuevo Código y que se trata de una figura autónoma, que no puede ser confundida con el dolo porque, en el caso de la mala fe, solo debe acreditarse que el sujeto infractor tenía el conocimiento relevante pero no la intencionalidad. Jorge H. Alterini (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*, T. VIII, Com. art. 1721, 2 c). Parece una distinción muy forzada (tener el conocimiento de actuar mal pero no la intención, lo cual no dejaría de ser una conducta culposa) y preferimos la opinión que aquí transcrita, formulada por Jorge e Ignacio Alterini en la primera edición de la obra antes citada.

<sup>75</sup> Marcelo J. López Mesa, “Los principios del derecho privado patrimonial en el Código Civil y Comercial”, *Revista Especializada en Derecho Notarial y Registral* n° 1 (noviembre 2023), IJ-IV-DCCLIII-389.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

única categoría jurídica, los contratos paritarios no son todos iguales y, por tanto, no deberían ser tratados como tales. En este sentido, de forma general, a los empresarios debe exigírseles la mayor prudencia, pleno conocimiento de las cosas y diligencia en el establecimiento de sus relaciones contractuales (art. 1725 Cód. Civ. y Com.), con lo cual los jueces deberían evitar cualquier tentación de enmendar los malos negocios en los que un empresario se haya involucrado voluntariamente.

Cabe distinguir, por otra parte, los casos en los que una empresa actúa dentro del ámbito de su actividad profesional y la otra no, incluso si esta última no reviste la condición de consumidor. En tales supuesto, a la empresa que actúa como experto sí debería exigírsele que asista a su contraria en la elección del producto o servicio que más se adapte a sus necesidades. Esto resulta aún más evidente cuando se promete un resultado eficaz en los términos del art. 774 inc. c) del Cód. Civ. y Com.<sup>76</sup>

Otros criterios que deberían tenerse en cuenta son si se llevaron a cabo negociaciones previas intensas y si hubo asesoramiento profesional en la redacción del contrato final. Como se dijo, en los contratos entre grandes empresas, en los que intervienen equipos de profesionales, debe presumirse que el contrato expresa con absoluta exactitud la voluntad de las partes y el juez no debería apartarse de lo previsto en el contrato salvo en casos muy patológicos, en los que no solo la buena fe sino el orden público en general se viera afectado. De ahí, la importancia de incorporar a estos contratos las ya mencionadas “*reps & warranties*”<sup>77</sup>, precisar cuál ha sido la intención común de las partes al celebrar el contrato, como también incorporar la expresa referencia al intercambio de información habido entre las partes, la revisión efectuada y el asesoramiento recibido. Todo esto con la intención de acotar al máximo el margen de interpretación y actuación del juez.

Por el contrario, en aquellos contratos mal redactados o llenos de lagunas, en los que las partes, de forma evidente, no contaron con un asesoramiento adecuado, los jueces podrán cumplir una función más proactiva y completar los vacíos e imprecisiones, intentando restaurar lo que las partes podrían haber querido de buena fe.

<sup>76</sup> Vid. CNCom., Sala D, 16/07/2019, “Phynx SA c/ Microsoft SA y otros s/ ordinario”, LLonline: AR/JUR/23882/2019, y jurisprudencia allí citada.

<sup>77</sup> Además, como ya se indicó, será importante prever contractualmente las consecuencias para las inexactitudes o falsedades en las “*reps & warranties*” que se comprueben durante la ejecución del contrato.

Un último llamado de atención contra un excesivo activismo judicial tiene que ver con el desconocimiento general que los jueces poseen (y es normal que así sea) de las distintas industrias sobre las que ejercen sus facultades jurisdiccionales. Un mismo juez comercial puede ser convocado a resolver sobre temas vinculados a contratos de software, de distribución automotor, de construcción, etc., sectores de actividad de los que, generalmente, ignora casi todo. ¿Cómo hará entonces para determinar cuál debió ser la conducta de las partes? Más arriesgada aún resulta esta tarea en el interior del país donde, en general, los juzgados son civiles y comerciales (y, en algunos casos, se suman otras competencias como trabajo, minería, tributario, etc.) y, por lo tanto, el espectro de actividades revisadas por los jueces es más vasto y disperso. Ante esta realidad tan evidente, la prudencia judicial y la represión de un instinto demasiado intervencionista debiera ser mayor.

## **X. ¿Puede pactarse la no aplicación de la buena fe en los contratos?**

Queda finalmente plantearse si, ante los riesgos de quedar sujetos a condiciones imprevisibles, las partes pueden acordar que su contrato no será revisado sobre la base de criterios fundados en la buena fe. Una primera respuesta, de *lege data*, es contundentemente no. En nuestro derecho, la buena fe es una norma imperativa y, por tanto, de forma similar a lo que disponen de forma expresa otras normativas (el actual Código Civil francés, los Principios Unidroit o los PECL ya citados, entre otros), no puede excluirse ni limitarse convencionalmente.

Sin embargo, vale la pena preguntarse si ésta es la mejor solución de *lege ferenda*. Pactar que un contrato no podrá ser revisado bajo estándares de buena fe no significa habilitar el todo vale, como pudiera parecer a primera vista, sino simplemente intentar reducir los motivos de judicialización del contrato y evitar pleitos interminables fundados en argumentaciones abstractas que busquen evadir lo efectivamente acordado por las partes.

El Cód. Civ. y Com. –no casualmente hecho por magistrados– peca de una excesiva confianza en los jueces, un poco a contramano de las estadísticas y de la percepción social en general, que ve al servicio de justicia como bastante ineficiente y no pocas veces venal, y lo hace, curiosamente, bajo apelaciones a la defensa del orden público, la buena fe, impedir conductas abusivas, etc., toda una retahíla de expresiones bien intencionadas pero que, muchas veces, sólo conducen a una sobrecarga del sistema



ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

judicial y a resultados opuestos a los buscados. Que las partes intenten mantener su contrato alejado de este sistema tan poco confiable no parece ser necesariamente algo cuestionable ni a evitar necesariamente.

De todas formas y a pesar de su carácter de orden público, la aplicación de la buena fe contractual en ocasiones se puede limitar. Una forma sería, como ya se señaló, mediante una disposición convencional que establezca una interpretación restrictiva (art. 1062 Cód. Civ. y Com.). En tal caso, conforme al texto legal, deberá estarse a la literalidad de los términos utilizados por las partes, sin acudir, salvo situaciones flagrantes, a criterios fundados en la buena fe.

Lo anterior se vincula con la discusión sobre la llamada “ultraliteralidad”, esto es, determinar qué prevalece en caso de duda, la intención común de las partes, determinada conforme al principio de la buena fe (art. 1061 Cód. Civ. y Com.), o la literalidad de lo pactado (art. 1062). Como se ha señalado, la clave está dada

por el art. 1062, que ordena estarse a la literalidad cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva. *A contrario sensu*, este artículo parece indicar que, cuando no media una interpretación restrictiva impuesta legal o convencionalmente, debe prevalecer la indagación sobre la intención común sobre la literalidad de los términos utilizados en el texto.<sup>78</sup>

Será importante, por tanto, que las partes establezcan de manera explícita la interpretación literal si tal es su deseo, a riesgo de quedar expuestas a interpretaciones fundadas en el concepto de buena fe del juez, que, necesariamente, escaparán a su control. En ausencia de una previsión restrictiva de este tipo, se aplicará la regla general conforme la cual “al interpretar el contrato no debemos limitarnos al sentido estricto y literal de las palabras en él utilizadas, sino que debemos indagar sobre la intención común de las partes”. Y se agrega: “Para determinar la intención común de las partes resultará necesario entonces ponderar la actitud asumida por ellas tanto al momento de firmar el contrato como con posterioridad a dicho hecho”.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Hernán Verly, “La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial”, *RCCyC* 2020 (octubre): p. 231; Llonline: AR/DOC/2866/2020.

<sup>79</sup> CNCom., Sala F, 02/02/2024, “L., M. c/ F., A. y otros s/ ordinario”, ED-V-DCXXXIV-107. Sin embargo, en otros pronunciamientos judiciales se ha sostenido que “sin olvidar que los contratos deben interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe (art. 1198 del Código Civil), el método literal es la primera forma de interpretar y desentrañar la real voluntad expresada por los contratantes” (por todas, ver CNCom., Sala D, 06/06/2024, “C., E. C. y otro c/ C., A. N. y otros s/ ordinario”, ED-V-DCCCLXXXIII-765, citando jurisprudencia anterior en el mismo sentido).

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

Del mismo modo, a fin de atemperar la aplicación del art. 991 del Cód. Civ. y Com., en las negociaciones precontractuales podrá incluirse una cláusula de irresponsabilidad, cuya validez ha sido refrendada por nuestros tribunales<sup>80</sup>, y que impide cualquier reclamo en caso de que una de las partes se retire de las tratativas.<sup>81</sup> Finalmente, en el caso del arbitraje (ámbito cada vez más natural para resolver los conflictos entre empresas), puede pactarse que el laudo sea de derecho o en equidad (cf. art. 1652 Cód. Civ. y Com.); si bien el principio de buena fe es también parte del derecho, parece claro que las facultades de los árbitros para recurrir a la buena fe son más restringidas en el primer caso que en los arbitrajes pactados en equidad.

## XI. Conclusiones

A modo de conclusión, debemos resaltar que, contra lo que tal vez pueda parecer de una lectura rápida de este texto, no somos contrarios a la vigencia del principio general de buena fe en materia de contratos, el cual tiene la inestimable valía de impulsar la evolución del derecho de los contratos ya que constituye una herramienta muy eficaz para el desarrollo de nuevas reglas y principios. También, evidentemente, sirve como elemento moralizante y civilizatorio, imponiendo un mínimo decoro en las relaciones privadas y evitando la llamada ley de la jungla que es, precisamente, la falta de cualquier ley.

Creemos, sin embargo, que, como ocurre de forma general con los principios –por definición abiertos e indefinidos–,<sup>82</sup> deben ser empleados con la mayor prudencia, en particular por los jueces, sus principales usuarios. Fundamentalmente para, bajo motivaciones bienintencionadas, no avanzar excesivamente sobre la libertad de las partes ni introducir factores de imprevisibilidad que afecten la seguridad jurídica.

En los contratos paritarios entre empresarios, la interpretación en función de criterios vinculados a la buena fe debe ser sumamente restringida en los supuestos en los que las partes negociaron y redactaron su contrato con evidente apoyo profesional. También cuando acordaron una interpretación restrictiva conforme las autoriza el art. 1062 Cód. Civ. y Com. En tales casos, la exigencia de deberes implícitos de conducta

<sup>80</sup> CNCom., Sala D, 17/02/2010, “Neptan SA c/ International Container Terminal Services y otros”.

<sup>81</sup> La cláusula de irresponsabilidad es una variante del “*subject to contract*” del derecho anglosajón. Para el valor de esta cláusula en el derecho inglés y norteamericano, puede verse del mismo autor, P. Sylvester, “Cartas de intención: las ‘invenciones del diablo’ en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (noviembre-diciembre 2021): p. 311; LLonline: AR/DOC/2024/2021.

<sup>82</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 2ª ed. (Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989), p. 72 y ss.

ARTÍCULO	<i>Pablo Sylvester</i>
----------	------------------------

que derivan de la buena fe, debe seguir el mismo derrotero de esta última y exigirse de manera excepcional sobre la base de que, si las partes no los acordaron expresamente, posiblemente fue porque decidieron no quedar vinculadas por tales deberes. La distinción entre contratos de cambio y de larga duración también puede ser útil. En los segundos, el deber de colaboración, hoy previsto por el art. 1011 del Cód. Civ. y Com., parece imprescindible para que el contrato pueda cumplir los fines perseguidos por ambas partes,<sup>83</sup> lo cual no ocurre necesariamente en los contratos de ejecución inmediata.

Por otra parte, de forma general, los jueces deberían encontrar fórmulas para permitir que las partes –sobre todo cuando se trata de empresarios a los que, por ese carácter, debe suponerseles la mayor diligencia en sus acuerdos comerciales– puedan pactar en sus contratos excluir invocaciones a la buena fe en sede judicial a fin de reducir las causas de litigiosidad. De lo contrario, se puede conseguir en los hechos resultados contrarios a los buscados con principios como el de la buena fe. Esto es, que una de las partes, de mala fe, elija no cumplir y cuestionar el contrato mediante dudosas imprecaciones a supuestos deberes derivados de la regla de la buena fe. Estas conductas disfuncionales deberían desalentarse, dándose a las partes la posibilidad de prevenirse contra ellas con la mayor extensión posible ya desde el momento de la redacción del contrato.

---

<sup>83</sup> Lo mismo puede ocurrir en situaciones a más corto plazo, como la obligación de escriturar tras la firma de un boleto de compraventa, la cual exige la cooperación diligente de ambas partes. Al respecto, ver CNCiv., Sala H, 17/03/2025 “Crisalle, Marisa c/ Proto, María Natalia y otros s/ escrituración”, ED-VI-CCXXIV-282.

## Bibliografía

- Aguayo, Juan. *Las manifestaciones y garantías en el derecho de contratos español*. 1ª ed. Pamplona (España): Civitas, 2011.
- Alchourrón, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, 2ª ed., 4ª reimp., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2024.
- Alferillo, Pascual E. “Reflexiones sobre la mala fe”. *Revista del Notariado*, año CVIII (abril–junio 2005): 23–45.
- Alferillo, Pascual E. “La mala fe en la doctrina judicial de Mendoza”. *LL Gran Cuyo* (septiembre 2008): p. 715.
- Amato, Cristina. *Confianza y responsabilidad*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Alterini, Jorge H., dir. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. 2ª ed. Buenos Aires: Thomson Reuters–La Ley, 2016.
- Argüello, Luis R. *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- Beale, Hugh. *Chitty on Contracts*. 29ª ed. Londres (Reino Unido): Sweet & Maxwell, 2004.
- Borda, Alejandro. *La formación del contrato en el Código Civil y Comercial argentino*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Derecho, 2020.
- Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*. 3ª ed. Buenos Aires: Perrot, 1971.
- Borda, Guillermo. “El principio de la buena fe”. *Revista Signos Universitarios* 20 (diciembre 1991).
- Brebbia, Roberto H. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: La Rocca, 1987.
- Cajarville, Juan C. “La buena fe y su aplicación en el derecho argentino”. *Prudentia Iuris* 74 (2012).
- Caramelo, Gustavo. “La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”. LLonline: AR/DOC/180/2015.
- Caramés Ferro, José M. *Curso de Derecho Privado Romano*, t. II. 4ª ed. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1943.
- Cebriá, Luis Hernando. *La revisión legal (“legal due diligence”) en el derecho mercantil*. Granada (España): Comares, 2008.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

- Córdoba, Marcos M., dir. *Tratado de la buena fe en el Derecho*. 1ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6ª ed. Pamplona (España): Thomson Civitas, 2007.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. 2ª ed. Barcelona (España): Ariel, 1989.
- Ghersí, Carlos A. *Contexto jurisprudencial y doctrinario del Código Civil y Comercial: Parte general*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.
- Giliker, Paula. *Pre-contractual Liability in English and French Law*. La Haya (Países Bajos): Kluwer Law International, 2002.
- Giliker, Paula. “Contract Negotiations and the Common Law: A Move to Good Faith in Commercial Contracting?”. *Liverpool Law Review* 43 (2022): 175–202.
- Lake, Ralph B., y Ugo Draetta. *Letter of Intent and Other Precontractual Documents: Comparative Analysis and Forms*. 2ª ed. Lexis Publishing, 1994.
- Lamarca Marquès, Albert, dir. *Código Civil alemán*. Madrid (España): Marcial Pons, 2008.
- López Fidanza, Alberto J. “El principio de la buena fe”. *La Ley* 2004-E: 1201; LOnline: AR/DOC/1953/2004.
- López Mesa, Marcelo J. “Los principios del derecho privado patrimonial en el Código Civil y Comercial”. *Revista Especializada en Derecho Notarial y Registral* 1 (noviembre 2023); IJ-IV-DCCLIII-389.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. “Contratos y deberes secundarios de conducta: la libre elección”. *La Ley* 1998-B: 1004; LOnline: AR/DOC/5182/2001.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte General*. 3ª ed. revisada. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni, 2018.
- Morales Hervias, Rómulo M. “Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista Ius et Veritas* 57 (diciembre 2018): 170–189.
- Mosset Iturraspe, Jorge, y Miguel A. Piedecasas. *Contratos: aspectos generales*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni, 2005.
- Mosset Iturraspe, Jorge, y Miguel A. *Responsabilidad precontractual*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni, 2006.

ARTÍCULO	¿La buena fe en los contratos debe ser de interpretación restrictiva?
----------	---

- Nicolau, Gustavo Rene. “O princípio da boa-fé objetiva e sua concretização”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 1, n° 6 (2015): 551–566.
- Papa, Rodolfo G. *Transferencia del control accionario*. 1ª ed. Buenos Aires: Errepar, 2012.
- Papa, Rodolfo G. *Tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación*. 1ª ed. Buenos Aires: Erreius, 2016.
- Petit, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, t. I. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo, 1917.
- Recart Apfelbeck, Joaquín. “Sobre el conocimiento del comprador...”. *Revista Chilena de Derecho* 47, n° 2 (2020): 565–588.
- Rezzónico, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Rolland, Louise. “La bonne foi dans le code civil du Québec: du général au particulier”. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 26 (1996).
- Sánchez Herrero, Andrés, dir. *Tratado de derecho civil y comercial*. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.
- Sánchez Lorenzo, Sixto, ed. *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transaccional*, t. I. Navarra (España): Thomson Reuters, 2016.
- San Martín Neira, Lilian, ed. *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.
- Santarelli, Fulvio G., y Segundo J. Méndez Acosta. *Fuentes de las obligaciones...* 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.
- Schopf Olea, Adrián. “El desarrollo y la concreción de la buena fe en la integración de los contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado* 38 (julio 2022): 131–171.
- Sims, Vanessa. “Good Faith in English Contract Law: Of Tiggers and Concentric Circles”. *Ankara Law Review* 1, n° 2 (invierno 2004): 213–232.
- Spota, Alberto G., y Luis F. P. Leiva Fernández. *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Stiglitz, Rubén S. “El deber general de información contractual”. *RCCyC* (diciembre 2016): 3; LLonline: AR/DOC/3810/2016.

ARTÍCULO	Pablo Sylvester
----------	-----------------

- Summers, Robert. “General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization”. *Cornell Law Review* 67 (1982): 810.
- Sylvester, Pablo. “El nuevo artículo 11 del Código Civil y Comercial y las acciones de daños por abuso de posición dominante en el mercado”. *Diario El Derecho*, 23/09/2015: ED 264-661.
- Sylvester, Pablo. “Cartas de intención: las ‘invenciones del diablo’ en el nuevo Código Civil y Comercial”. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (noviembre–diciembre 2021): 311; LLonline: AR/DOC/2024/2021.
- Treitel, Gunter H., y Edwin Peel. *The Law of Contract*. 13ª ed. Londres (Reino Unido): Sweet & Maxwell, 2011.
- Turrín, Daniel M. “Las obligaciones de información, consejo y claridad de los precontratantes”. *RDCO* 1990-A: p. 311.
- Valente, Luis Alberto. “La excusabilidad o la reconocibilidad del error esencial”. *Revista Cartapacio de Derecho* 26 (2014).
- Verly, Hernán. “La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial”. *RCCyC* 2020 (octubre): 231; LLonline: AR/DOC/2866/2020.
- Wagner, Claudia. “Tratativas preliminares. Libertad para abandonar las tratativas y deber de justificar su frustración”. *JA* 2015-IV: p. 1108; LLonline: AR/DOC/5606/2015.
- Waisman, Agustín. “El deber contractual de información”. *La Ley* 2004-D: p. 1403; LLonline: AR/DOC/1623/2004.
- Wéry, Patrick. *Droit des obligations*. 2ª ed. Lovaina (Bélgica): Larcier, 2011.
- Zuloaga, Isabel. *Reliance in the Breaking-off of Contractual Negotiations. Trust and Expectation in a Comparative Perspective*. Cambridge (Reino Unido): Intersentia, 2019.