

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.
Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 124

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La buena fe subjetiva.
- III. La corrección.

"rerum venalium, non quidem pretiosarum, sed tamen quarum fidem male ambulantiem obscuritas temporis facillime tegeret".

PETRONIO, 12, 1.

y duradera entre las constantes de su evolución técnico-jurídica".¹ Este dato histórico no puede ser más vigente si tenemos en cuenta que el art. V.5 del Título Preliminar de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor regula que:

"En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular".

I. INTRODUCCIÓN

Con razón se advierte que "exigencias de comportamiento que era solamente éticas han sido incorporadas al Derecho. Lo que eran deberes éticos, solo sancionables en el orden moral o en el de las relaciones económicas, se han convertido en obligaciones legales". La buena fe es definida como "una exigencia ético-social que está compuesta por el respeto de la personalidad ajena y por la colaboración con los demás".²

Se sostiene que el primer testimonio técnico que se encuentra de la presencia de la *fides* en las instituciones jurídicas romanas, está contenida en la antiquísima norma "*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*", que se halla en las Doce Tablas (8,21: Serv. ad Aen. 6, 609); pero la tradición recogida por Diógenes de Halicarnaso (2, 10) atribuía esta norma al mismo fundador de la ciudad³, o sea "esta norma es tan antigua como la institución de la clientela y, por consiguiente, más antigua que la misma ciudad, en cuanto ordenamiento unitario y asentado". Se agrega que "en la norma citada no encontramos la palabra *fides*, sino la palabra *fraus*, que expresa el desvalor polarmente opuesto al valor *fides* (cuyo valor, como es evidente, constituye el núcleo normativo de la institución de la clientela)".⁴ Por ello, "en esta oposición polar *fides*-(*fraus*) *dolus* la noción de *fides* se manifiesta como la más notable

Comparto la posición de quien afirma que "está fuera de lugar afrontar el estudio de la *fides bona* sin haber tomado preventivamente conocimiento del problema relativo a la naturaleza de la *fides*".⁵ En la mitad del 800, sobre todo en Alemania, la *fides* ha sido entendida por DANZ, *Der sacrale Schutz in römische Rechtsverke*, Jena, 1857, como una entidad que nace de una promesa jurada, la cual adquiría fuerza vinculante y relevancia en la vida social porque era un fruto de la conjunción de componentes tanto sacros como jurídicos. Veinte años después, PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, Halle 1873; II, Halle 1878, presentaba a la *fides* como un elemento de la vida *latu sensu* negocial, tomado en consideración por el ordenamiento en el ámbito del derecho sustancial, viniéndose así a alinear la *bona fides* entendida como un aspecto dinámico de la *fides*, relevante en el ámbito procesal.

1. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*. Quinta edición, revisada, actualizada y ampliada, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 23.
2. BETTI, Emilia. *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 67.
3. FREZZA, Paolo. "Fides Buona", en *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 3.
4. FREZZA, Paolo. *op. cit.*
5. FREZZA, Paolo. *op. cit.*, pp. 3-4.
6. FREZZA, Paolo. *op. cit.*, p. 4.
7. FASCIONE, Lorenzo. *Cenni bibliografici sulla "bona fides"*, en *Studi sulla buona fede*, *cit.*, p. 53.

En su poderoso estudio del derecho romano, JHERING, *Geist der römische Rechts*, (3 vol.) Basel 1877-1883, presentaba la *fides* como generada por las antiguas formas solemnes a través de las relaciones que se han ido creando entre palabras y formas, sintetizando el concepto de confianza que el individuo puede aplicar en el cumplimiento de determinadas actividades.⁸ En Italia, a finales del 800, BONFANTE, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto con la teoretica del errore*, en *BIRD* 6, 1893, 85 ss. (*Scritti Gluriduci*, II, Torino, 1918, 708 ss.), enfatizando aún el aspecto ético de la *fides*, escribía que esta se presentaba como un concepto general e igual en todas las relaciones que el Derecho asume; pero que no alteran en nada la esencia de este componente inmaterial.⁹ Como se puede observar, la *fides* es el antecedente histórico de la buena fe, teniendo en común el correcto actuar de los individuos en sus relaciones jurídicas.

Se afirma que, "en el texto napoleónico, con el lenguaje técnico y riguroso de las leyes modernas, las normas que imponen seguir los negocios en buena fe y encuentran en la equidad una fuente subsidiaria de deberes, son previstas a propósito de los "efectos de las obligaciones" (*effets des obligations*). Son normas carentes de énfasis, expresadas en términos mandatorios"¹⁰ Así, "se trata, de principios que tienden a asumir un carácter general, puesto que, no limitándose a prever los supuestos individuales, comprenden toda la casuística de los acuerdos inter privados y constituyen su irrenunciable presupuesto".¹¹

Se ha calificado de "vanidad de esfuerzos"¹², a aquellos que están dirigidos a esbozar una

definición de la buena fe, advirtiendo que "a menudo, los intentos de definición se resuelven en la indicación de sinónimos o de perifrasis que no describen la noción más de cuanto no haga el puro y simple empleo de la fórmula "buena fe" y que, por consiguiente, no parecen poder agotar la equivalencia verbal (aunque sí de algunos de estos, puede obtenerse (...) algunas indicaciones útiles acerca de los criterios de aplicación de la regla): "corrección y lealtad", "respeto de la palabra dada", "protección de la confianza suscitada", "fidelidad a un acuerdo concluido" y "compromiso al cumplimiento de las expectativas de la contraparte", "solidaridad", "honestidad", "cooperación" y "linealidad de comportamiento", "respeto de la personalidad y de la dignidad del otro".¹³ No estoy de acuerdo con este juicio crítico: al ser tan polidrico y sumamente general el principio de buena fe, este se manifiesta en diversos tipos de comportamiento que, a su vez, generan diversas acepciones. Estas no son meros esfuerzos retóricos, sino variadas maneras de calificar el correcto actuar de los individuos que se reconducen a una sola acepción. Es más, un sector de la doctrina, en vez de considerar a la buena fe como un principio, lo entiende como una cláusula general.¹⁴ En mi opinión, la diferencia entre uno y otra es inexistente: se trata de standards con los cuales se evalúa en comportamiento de los sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación.

Frente a ello, se observa que "la cuestión sobre la unicidad conceptual de la buena fe se pone en términos perjudiciales respecto al examen de las hipótesis individuales previstas por específicas normas de ley, ya que en relación a la solución de

8. FASCIONE, Lorenzo. op.cit., pp. 51-52.

9. FASCIONE, Lorenzo. op.cit., p. 52.

10. CORRADINI, Domenico. *Il criterio de la buona fede e la Scienza del Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 26.

11. CORRADINI, Domenico. op. cit., pp. 26-27.

12. D'ANGELO, Andrea. *La buona fede, Il Contratto in generale*, Tomo IV, *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Mario BESSONE, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 3-4.

13. D'ANGELO, Andrea. op. cit., p. 4.

14. Como, por ejemplo, ASTONE, Francesco *Venire contra factum proprium, Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Jovene, Napoli, 2006, p. 239.

tal problema se desarrollará de manera diferente el examen de las figuras específicas previstas en la normativa del Código civil".¹⁵ En este orden de ideas, la buena fe objetiva y subjetiva "no constituyen dos subespecies de una misma categoría jurídica, sino dos distintos conceptos, que tienen un ámbito de aplicación diferente y responden a modelos operativos diversos".¹⁶ El principio de la buena fe subyace en el universo de las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho: basta dar una somera lectura al Código Civil para encontrarlo en el Libro de Acto Jurídico, en Familia, Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos e incluso en el Libro de Registros Públicos. El esfuerzo de clasificación de este principio no debe generar un entendimiento fragmentado del mismo: se trata de un principio único en su esencia y que se materializa o se presenta en diversas manifestaciones, como diverso es el actuar del hombre en el Derecho.

Se sostiene que, "en las cláusulas generales de buena fe, no hay solo una generalidad en la previsión, sino en la valorización de los hechos. En estas se encuentra, como característica de generalidad, la afirmación de un deber general de comportamiento".¹⁷ De ello surgen dos consecuencias:

- a. Estas cláusulas, para estar dirigidas a establecer un deber de comportamiento indicado solo de manera general o genérica, mediante el reenvío a la buena fe, acogen las convicciones de honestidad dominantes en un consorcio social y las transforman en derecho positivo. De esta manera, se abre el camino hacia la discrecionalidad del juez (o del árbitro), al cual corresponde la tarea

de decir, frente al caso concreto, cómo se habría comportando un hombre que, sobre la base de las convicciones éticas de la sociedad en la cual vive, pueda ser juzgado como honesto.¹⁸

- b. Con la introducción de estas cláusulas generales el ordenamiento ha superado la situación en la cual, el reclamo a la honestidad era necesariamente confiado a la imposición de obligaciones específicas para situaciones concretamente determinadas. En otras palabras, "se debe afirmar un primado de las cláusulas generales de buena fe sobre las reglas particulares y específicas que estén dirigidas a tutelar la honestidad y a reprimir la deshonestidad".¹⁹

La buena fe es entendida como una "exigencia de la convivencia y de la solidaridad social"²⁰ que se presenta bajo un doble aspecto: "a) bajo un aspecto puramente **negativo**: aspecto que está impreso en la máxima romana del "alterum non laedere" (D. 1, 1, 10, 1) y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto **positivo**, que impone no simplemente un comportamiento de respeto, sino una comprometida colaboración con otros sujetos, dirigido a promover su interés".²¹ Para la doctrina alemana, la buena fe "es esencialmente un comportamiento de cooperación, dirigido a cumplir de manera positiva las expectativas de la otra parte: comportamiento cuyos aspectos sobresalientes son la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la disponibilidad para socorrer a la contraparte y, en sede de negociación, de formación del contrato, la lealtad y la veracidad hacia la contraparte".²²

15. UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 2.

16. UDA, Giovanni Maria. *op. cit.*, p. 3.

17. PIETROBON, Vittorino. *Il dovere generale di buona fede*, CEDAM, Padova, 1969, p. 41.

18. PIETROBON, Vittorino. *op. cit.*, p. 42.

19. PIETROBON, Vittorino. *op. cit.*, p. 43.

20. BETTI, Emilio. *op. cit.*

21. BETTI, Emilio. *op. cit.*

22. HARTMANN, citado por Emilio BETTI, *op. cit.*, p. 93.

Cuando el Código civil hace referencia al principio de buena fe, se pueden distinguir cuatro acepciones²³:

- a) **Como el estado de ignorancia de un interés ajeno tutelado por el derecho**, como el caso del art. 284 c.c. (que se refiere al cónyuge que no sabía que había contraído matrimonio con una persona casada) o el del art. 906 c.c. (uno cree que posee un bien de manera legítima, cuando en verdad no es así). Sin embargo, se advierte que *"hay normas elementales de sociabilidad que imponen tener conocimiento de la situación que nos interesa y que para nosotros no es lícito ignorar: éstas establecen una carga de atención y de diligencia en orden al conocimiento. Si nosotros ignoramos estar en una situación irregular y a esta ignorancia estamos siendo llevados por nuestra inexcusable inercia, no podemos invocar esta ignorancia para sostener que estamos en buena fe. La buena fe debe ser ignorancia, pero también legítima ignorancia, de manera tal que, con el uso de la normal diligencia, no habría podido ser superada"*.²⁴
- b) **Como creencia en la apariencia de una relación o situación que legitima a la contraparte, a disponer de un derecho determinado**²⁵, como el supuesto del art. 1225 c.c. (pago al acreedor aparente), del art. 665 c.c. (contrato celebrado con el heredero aparente) y del art. 194 c.c. (contrato celebrado en la creencia de la realidad del negocio aparente).
- c) **Como lealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado**²⁶, que consiste en un *"leal comportamiento caracterizado por un consciente respeto al interés del otro contratante"*²⁷, como es el caso del art. 1362 c.c. (negociación, celebración y ejecución del contrato). Este tipo de buena fe se traduce en *"el comportamiento de activa cooperación en el interés ajeno, en un comportamiento de fidelidad al vínculo, por el cual una parte de la relación obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte"*.²⁸
- d) **Como criterio hermenéutico**²⁹, así lo determina el art. 168 c.c. Es importante tener en cuenta que *"la regla de la buena fe en la interpretación quiere ser una medida razonable de lo justo, representando también un límite a la discrecionalidad del intérprete"*.³⁰

También se identifican los siguientes modelos de la buena fe:³¹

- a) **Buena fe esterilizada**, en el cual el tratamiento de las relaciones contractuales está tendencialmente orientado solo a la integración entre el contenido de la regulación de lo convenido y la disciplina legal. Por ello, *"los conflictos de interés, los casos que se manifiestan en el curso de la actuación de la relación que no estén regulados expresamente en el contrato, se resuelven por el juez en virtud de la interpretación"*

23. BETTI, Emilio, op. cit., p. 69.

24. BETTI, Emilio, op. cit., p. 72.

25. BETTI, Emilio, op. cit.

26. BETTI, Emilio, op. cit., p. 75.

27. BETTI, Emilio, op. cit., pp. 75-76.

28. BETTI, Emilio, op. cit., p. 76.

29. BETTI, Emilio, op. cit., p. 89.

30. CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto. Norme normative e riscontri giurisprudenziali*, reimpressioni actualizzate, CEDAM, Padova, 1996, p. 339.

31. D'ANGELO, Andrea. *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, En: D'ANGELO, Andrea, MONATERI, Pier Giuseppe, SOMMA, Alessandro Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto, Giappichelli, Torino, 2005, p. 7.

de los pactos o, en caso que no se pueda, mediante la calificación del contrato y a las normas dispositivas".³²

- b) **Buena fe auxiliar del programa contractual**, en este modelo la buena fe, además de las normas dispositivas y antes de los usos y de la equidad, es fuente de integración del reglamento contractual. Así, *"esta opera cuando se trata de resolver un conflicto de intereses que no ha sido regulado en el contrato (...) mediante la construcción de una regla (...) que sea coherente, o al menos compatible, con la 'economía del contrato', con la pactada composición de los intereses antagónicos de las partes"*.³³
- c) **Buena fe solidaria**, el cual *"pone de relieve valores metacontractuales, de justicia y de equidad. Se inspira en una visión cooperativa de la relación contractual que tiende a temperar el antagonismo entre los intereses de los contrayentes"*.³⁴ A propósito de un obiter dictum de la sentencia No. 10511 del 24.09.99 de la Corte de Casación Italiana (en la cual se reduce el monto de la cláusula penal por ser excesiva, pese a que no fue solicitado), se sostiene que *"la intervención del juez sobre el contrato (es decir, sobre el equilibrio contractual) ahora es permitida en razón de la cláusula general de la buena fe. Y ello es evidente, a fin de que las relaciones contractuales sean justas y equilibradas, en el supuesto que la autonomía privada sea en natural oposición a la justicia contractual; de aquí la necesidad, a tutela de los valores fundamentales, de introducir, por decir así, correctivos contractuales, que limiten y direccionen, es decir, hagan funcional, la libertad negocial de las partes"*.³⁵

- d) **Buena fe imperativa**, la premisa de este modelo *"está constituida por la afirmación de la inderogabilidad del precepto de buena fe en un sentido que no se limita al reconocimiento de la nulidad del pacto de inaplicabilidad a la relación de la cláusula general, sino que importa la pertenencia al orden público de los mismos contenidos atribuibles, en cada caso particular, a la buena fe"*.³⁶ Dicho en otras palabras, la buena fe —aun en contra de la autonomía privada de las partes— es un principio de plena aplicación, al ser una exigencia para un orden social y jurídico.

Téngase en cuenta que puede tratarse de modelos tanto legislativos, doctrinarios o jurisprudenciales. Así, el Código Civil peruano, cuando adopta la regla de interpretación según el principio de buena fe, asume el modelo esterilizado, mientras que el operador jurídico podría alinearse, sea en una sentencia o en un laudo; a un modelo solidario o auxiliar del programa contractual.

II. LA BUENA FE SUBJETIVA

Acertada y autorizadamente se enseña que *"la buena fe, aunque presuponga un error o la ignorancia de la verdad, se resuelve en un estado intelectual de una naturaleza específica, que consiste en la convicción (explícita o implícita) de actuar de conformidad con el derecho. Y es justo a tal particular condición de espíritu del agente que la ley, en ciertos casos, atribuye relevancia como circunstancia, en sentido lato, discriminante o sanatoria (de la virtual ilicitud o, respectivamente, de la irregularidad) del acto cumplido, tal de excluir o atenuar la responsabilidad consecuente del sujeto con respecto a terceros o asegurarle en*

32. D'ANGELO, Andrea. op. cit.

33. D'ANGELO, Andrea. op. cit., p. 8.

34. D'ANGELO, Andrea. op. cit., p. 9.

35. GRONDONA, Mauro. Buona fede e solidarietà: giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un "obiter dictum" della Corte di Cassazione, Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, No. 9/10, settembre/ottobre, Piccin - Vallardi, 2003, p. 244.

36. D'ANGELO, Andrea. op. cit.

todo o en parte (directamente o por equivalente) los efectos esperados".³⁷

La buena fe subjetiva es entendida como "un estado intelectual o, con mayor precisión, "gnoseológico" del sujeto, referente a la esfera de conocimiento del individuo. En otros términos, la expresión "buena fe" expresa un estado intelectual que constituye parte integrante de un supuesto previsto y disciplinado por la ley".³⁸

Sin ánimo de ser exhaustivo, el Código civil peruano regula a la buena fe subjetiva en los arts. 1268 (pago indebido recibido de buena fe), 277.8 (matrimonio de buena fe ante funcionario incompetente), 903 (adquiriente de buena fe de objetos no identificables), 906 (posesión ilegítima de buena fe), entre otros. Téngase que la buena fe del poseedor se presume (art. 914 c.c.).

III. LA CORRECCIÓN

La corrección o buena fe objetiva, es un criterio elástico de evaluación o una "cláusula general"³⁹, la cual, "constituye un criterio general de determinación de la prestación, en cuanto amplía la esfera de los intereses que el deudor debe perseguir; y además integra la esfera del comportamiento debido sobre el plano de un imperativo atenuado, sin superar los límites de un considerable sacrificio"⁴⁰. El art. 1175 c.c.ita. establece que "el deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección". Al respecto, se afirma que, "la disposición parecía estrechamente vinculada al contenido de los principios de la "solidaridad corporativa", ya invocados en la norma (caída con el fin del régimen fascista) de la segunda parte del mismo artículo".⁴¹ Se agrega que, "corrección y buena fe objetiva son conceptos

análogos que permiten al intérprete, en todo caso, evaluar el comportamiento de las partes en relación al contenido de la relación y a las circunstancias del hecho: o según los cánones que no están íntegramente predeterminados por la ley; pero que se deducen del conjunto de los valores puestos como fundamento del sistema vigente"⁴².

La buena fe objetiva está regulada en el Código Civil peruano en los arts. 1135 (acreedor del bien inmueble de buena fe que ha inscrito su derecho), 1136 (acreedor del bien mueble de buena fe que ha inscrito su derecho), 1670 (buena fe registral), entre otros.

No obstante esta impecable clasificación, me asalta la duda respecto del criterio para determinar la buena fe de los sujetos. En efecto, ¿cómo evaluar la "creencia" de una persona respecto de su buena fe? ¿Acaso no deberíamos observar su "comportamiento"? Veamos el supuesto del art. 666 c.c., ¿basta la "creencia" que se está poseyendo de buena fe? ¿No se debe evaluar el "comportamiento" del sujeto para generar la convicción de su creencia? La "creencia" jurídica no puede ni debe ser evaluada con criterios psicológicos, sino con parámetros objetivos. Por ello, si bien (por motivos didácticos) es válido clasificar la buena fe en esta dicotomía subjetiva-objetiva, los criterios para determinarla siempre serán objetivos. Comparto plenamente que "el conocimiento de un determinado hecho, que influye sobre la posición de otras, puede constituir el presupuesto de una aplicación de las reglas de la corrección. Debe traducirse en una norma de buena fe objetiva, tanto en el sentido de dar impulso a una determinada actividad, como en el sentido de permitir una valorización no formal de las posiciones de las partes"⁴³.

37. GIAMPICCOLO, Giorgio. La buona fede in senso soggettivo nel Sistema del Diritto Privato, en Studi sulla buona fede, cit., p. 93.

38. UDA, Giovanni Maria. op. cit., pp.6-7.

39. BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni, Trattato di Diritto Privato, a cura de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milano, 1991, 356, quien incide en el comportamiento del acreedor.

40. BIANCA, Diritto Civile, 4, L'obbligazione, Giuffrè, Milano, 1993, p. 88.

41. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 231. La modificación se hizo con la Ley 287, del 14.09.1944.

42. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 232.

43. BRECCIA, Umberto. Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Giuffrè, Milano, 1968, p. 29.

Las denominadas **obligaciones integradas** son aquellas que se derivan de una relación obligatoria que podemos llamar principal. Estas obligaciones accesorias de prestación, "implican el cumplimiento de todos aquellos actos que, aunque no hayan sido explícitamente establecidos en obligación, son indispensables para la actuación de una relación obligatoria, o son medios de protección o seguridad, que tienen por objeto inmediato la conservación de la persona o de los bienes de la contraparte, o están fundados en una exigencia de información recíproca; más o menos vinculados a la prestación principal y que conciernen a la figura del deudor, los unos; tendientes a enfrentar los peligros derivados del denominado contacto social (traducidos o no en los extremos de una relación), los otros, por ello misma, están destinados no solo al deudor, sino también al acreedor"⁴⁴. Un sector de la doctrina se manifiesta particularmente escéptico respecto de las obligaciones de seguridad o de protección, como derivadas de la regla de la corrección, calificándolas de una "inútil superferrección"⁴⁵, entendiendo que son "típicas aplicaciones de la prestación principal".⁴⁶

Se afirma que "a la luz de este criterio directivo por el cual se impone al deudor hacer todo cuanto sea necesario para que la contraparte obtenga el resultado de la prestación, se observa cómo estas obligaciones integradas, que el criterio de la buena fe actúa, puedan distinguirse: a) en obligaciones antecedentes a la conclusión del contrato, b) concomitantes al desarrollo de la relación contractual, c) subsiguientes al cumplimiento de la prestación".⁴⁷ Dentro de las primeras se encuentra la obligación de información en la negociación del contrato. En las segundas la denominada obligación de seguridad en

los locales abiertos al público (que, en mi opinión, solo se concretaría si ya se configura una relación jurídica entre las partes) y en las últimas podemos individualizar la obligación de saneamiento de la cosa vendida o el caso que una institución financiera, no obstante que su cliente ya pagó la totalidad de la deuda, sigue reportándolo como deudor.

Se advierte que, "atribuir al principio de buena fe función lato sensu integradora a priori equivale a reducir el complejo juego de las relaciones intersubjetivas a una serie estandarizada de comportamiento pre-identificados, en virtud de una suerte de ars divinandi, en la cual es muy improbable que el juez sea experto"⁴⁸. Por ello, se sostiene que se debería "poner un límite a todas aquellas "ficciones" que llevarían a dilatar de manera anormal el área de la responsabilidad contractual, hasta cubrir inacionalmente sectores que bien podrían ser tutelados en base a las reglas generales dictadas en materia de responsabilidad civil por acto ilícito".⁴⁹

La buena fe, "por un lado hace explícito lo que en el compromiso contractual es, a menudo, implícito, puesto que es immanente al vínculo en cuanto tal, en vez de las obligaciones individualmente consideradas; por otro lado, la buena fe da un concreto relieve a las exigencias no previsibles de relaciones que se desarrollan en un consistente arco de tiempo y que postulan contactos no restringidos a la fase de la ejecución de los singulares "segmentos" de la prestación: o por el hecho que las personas mismas son directamente partícipes del desenvolvimiento de la relación o por el hecho que las posiciones de las partes están caracterizadas por una diversa distribución de las competencias profesionales, o en razón de la naturaleza misma del contrato".⁵⁰

44. BIGLIAZZI GERI, Lina. *voz: Buona fede nel Diritto Civile, Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, 8, UTET, Torino, 1988, p. 170.

45. NATOLI, Ugo. *La regola de la correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c. ita.)*, en: *Studi sulla buona fede*, cit., p. 146.

46. NATOLI, Ugo. *op. cit.*, p. 147.

47. BETTI, Emilio. *op. cit.*, p. 95.

48. BIGLIAZZI GERI, Lina. *op. cit.*, p. 171.

49. BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*, cit., p. 360.

50. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 372.

Paradójicamente, si por un lado se pretende ampliar el espectro de la relación obligatoria, por otro se llega incluso a afirmar que el incumplimiento dentro de la misma llegaría a ser (desde el punto de vista económico) eficiente: es la *theory of efficient breach*. Así, *“el análisis del sistema positivo concerniente al incumplimiento de las obligaciones demuestra que el deudor no está constreñido al cumplimiento a todo costo, y que el acreedor —consecuentemente— no pueden ostentar una pretensión de naturaleza real frente a la prestación debida, por lo menos, en la normalidad de los casos. La parte obligada, entonces, puede eventualmente sustraerse del cumplimiento, resarciendo al daño al acreedor afectado. El acreedor, al cual se le resarce tanto el daño emergente como el lucro cesante, es puesto en la misma situación (patrimonial) en la cual se hubiera encontrado si la obligación hubiera sido cumplida (según los conceptos de los economistas, sobre la misma curva de indiferencia que habría sido obtenida por el acreedor con la puntual ejecución de la promesa). El tipo de tutela (de la sola integridad patrimonial) predispuesta por el legislador parece ejercer presión sobre el deudor para cumplir, pero al mismo tiempo, permite violar las obligaciones, cuando ello se revele oportuno a efectos de una mejor distribución de los recursos. Mediante el incumplimiento, en efecto, el acreedor recibe las utilidades equivalentes a las que habría obtenido con el cumplimiento regular, mientras el deudor, no obstante el pago de los daños, se coloca en una mejor situación de aquella en la cual se hubiera encontrado en el caso en el cual no le hubiera sido posible sustraerse de la obligación del incumplimiento”⁵¹.*

Se critica esta posición, afirmando que *“la utilidad de una ilicitud no es un criterio automático de justificación; puede ser a lo mucho un índice que funda la búsqueda de nuevas bases de la*

licitud de comportamiento. Hasta que no haya una modificación del sistema, la elección por el incumplimiento no es suficiente para suprimir automáticamente el derecho del otro, ni siquiera si el deudor ofrezca a cambio el resarcimiento. Existen, a lo sumo, situaciones, evaluadas en la línea del derecho en el marco de la corrección además que en base a consideraciones económicas, en las cuales, aún siendo posible el cumplimiento, sería de todo injustificado el rechazo del acreedor de recibir, en lugar del cumplimiento, el equivalente en dinero. Pero, en tal caso, ni siquiera podría hablarse de violación de la obligación, puesto que el deudor habría hecho lo que en las circunstancias debía serle pedido. Entonces, es siempre necesaria, al menos en el cuadro de un sistema como el nuestro, una argumentación que no sustituya la evaluación económica a la interpretación en conjunto de las normas específicas y de las cláusulas generales”⁵². Estoy plenamente de acuerdo con esta posición. En este mismo sentido, una atenta doctrina nacional sostiene que, si se asimila esta teoría en nuestro sistema, se generaría un “irritante jurídico”⁵³, vale decir, una reacción adversa, pues existen varias figuras jurídicas ya consolidadas, incluso a nivel doctrinal y/o legal, que se verían afectadas”, proponiendo como alternativa la teoría de “la conclusión contractual eficiente”.

Un sector de la doctrina española entiende (contradictoriamente) que, si bien el fraude a la ley implica no actuar de buena fe, aquel es *“un concepto técnico, perfectamente delimitado en la Ciencia del Derecho, que no cabe incluir entre las supuestas de infracción del principio general de la buena fe”⁵⁴. En este orden de ideas se sostiene que “se incurre en fraude siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por norma que responde a finalidad distinta, con independencia*

51. COSENTINO, Fabrizio. *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, *Quadrimestre*, No. 3, Giuffrè, Milano, 1988, p. 522.

52. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 367.

53. SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente ¿Un irritante jurídico a una figura de aplicación imposible?*, en *Thémis*, No. 58, Lima, 2010, p. 275.

54. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *op. cit.*, p. 37.

de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan⁵⁵.

Se agrega que "mientras que es la contravención de este comportamiento leal y honesto lo que sanciona el principio de la buena fe, con abstracción de que se haya tratado de amparar en norma distinta. No concurren dos normas jurídicas. Al valorar su aplicación no hay que tener en cuenta dos normas: la de cobertura y la realmente aplicable. Lo que el principio conlleva no es impedir que se legitime una conducta en norma dictada con otra finalidad. Presupone una actuación ajustada a la norma jurídica aplicable y al acto que la legitima; pero no es la que podría esperarse de la relación de reciprocidad"⁵⁶. Veamos un ejemplo: una ruptura injustificada de las tratativas (sobre todo si la contraparte ha comenzado a asumir algunos gastos; piénsese en la construcción de un local y de su equipamiento para abrir una tienda para comercializar productos en exclusiva de una marca determinada) podría ser calificada como una contravención al principio de buena fe; evidentemente no se cumplió con la conducta esperada acorde a un comportamiento leal y si bien es un acto contrario a la buena fe, no tiene nada que ver con un fraude a la ley.

Me permito observar el razonamiento que hace la doctrina que vengo citando, si bien explica las notas características del principio de la buena fe y el de fraude a la ley, así como el hecho que pueden haber actos que sean contrarios al primero de los principios (y no al segundo), no llega a explicar por qué un acto con fraude a la ley no es un supuesto de infracción al principio de buena fe. Como lo anotara en otra sede⁵⁷, el fraude a la ley es un principio derivado de la buena fe: quien contraviene el principio de actos propios contraviene el principio de buena fe.

La equidad es entendida como la justicia aplicada al caso concreto. Piénsese en un proceso indemnizatorio de una viuda y su menor hijo por la pérdida del esposo y padre en un accidente de tránsito y producto de una dramática devaluación de la moneda, el quantum indemnizatorio deviene en una miseria: una sentencia equitativa convertirá el mismo a un monto equivalente al valor que tenía al interponerse la demanda. En el caso, que es real, la demanda se interpuso en 1986, pidiendo una indemnización de seis millones de intis. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (aunque en discordia), con resolución del 04.10.91, confirmando la sentencia de primera instancia revocó el monto de la indemnización y fijó la cantidad de siete mil dólares americanos o su equivalente en soles en moneda nacional. El órgano colegiado afirmó que:

"(...) los culpables no pueden ser beneficiados con un pago diminuto de seis millones señalados en la sentencia, que no repara una vida y por el contrario se crea desconfianza en el Poder Judicial; que, es necesario evitar este descrédito, recurriendo a la Constitución que nos prescribe cuando existen vacíos o defectos de la ley deben aplicarse los principios generales del derecho; que el legislador no previó los efectos de la devaluación en el pago de las obligaciones, al efecto es un principio ordenar el pago de una indemnización que repare en algo el daño, incluso los gastos del funeral; así se desprende del artículo mil trescientos treinta y dos del Código civil cuando dice si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez "con valoración equitativa"; esta ley supera y deroga cualquier ley procesal que se oponga a impedir hacer justicia" (el subrayado es mío).

55. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. op. cit., p. 38.

56. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. op. cit. El autor agrega que "Se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho nacido con arreglo a una norma aplicable; se incurre en fraude a la ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable" (cit., p. 39).

57. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto jurídico negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, Segunda Edición, actualizada, aumentada, corregida, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

La equidad y la buena fe "conllevan la necesidad de examinar las circunstancias que concurren en el caso concreto".⁵⁸ Sin embargo, "las diferencias entre una y otra radican, simplemente, en los distintos planos en que operan: la equidad opera en relación a la norma que se aplica y es interpretada; el principio general de buena fe, en relación con los actos jurídicos, con los derechos que se ejercitan y las obligaciones que se cumplen. La primera atenuará la aplicación de la norma en función de circunstancias fundamentalmente objetivas; el principio general de la buena fe, en función de la conducta del sujeto".⁵⁹

Es importante distinguir la buena fe de la diligencia. Autorizadamente se enseña que "el uso milenario del término (diligencia) nos denuncia que este denota, sobretodo, el esfuerzo que el deudor está obligado a cumplir para satisfacer el interés del acreedor".⁶⁰ Se agrega que la diligencia también comprende la pericia, o sea "el uso de las normas técnicas necesarias para aquella determinada prestación, además que al respeto de las prescripciones legislativas, consuetudinarias o reglamentarias".⁶¹ Pléñese en el art. 2236 c.c.ita., (el cual ha sido asimilado por el art. 1762 c.c.), cuando reñta que "si la prestación de servicios implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable". La culpa inexcusable hace referencia a la pericia y no al esfuerzo, por cuanto "sería, en realidad, sumamente extraño que el profesional fuese obligado a un esfuerzo y a una atención menores, justamente cuando

debe resolver problemas de especial dificultad".⁶² El standard de diligencia es reservado al deudor, según el art. 1176 c.c.ita., bajo el comportamiento del "buen padre de familia". Sin embargo, en su segundo párrafo, se precisa que:

"En el cumplimiento de obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse con respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada".

Por ello, se sostiene que "en una noción tan amplia, en la cual encuentra expresión una orientación en gran parte ignorada por la tradición que culminó en la codificación napoleónica, se comprende también el concepto de "pericia" que tiene un carácter más extrínseco y objetivo (se presume el conocimiento de reglas que no son patrimonio de todos y cuya trasgresión puede ser independiente del compromiso "voluntarista" del deudor)".⁶³ El canon del buen padre de familia ha sido entendido en el sentido de "mas bien mediocre en vez de normal y ponderado y evoca aún comportamientos característicos de una economía pre-industrial".⁶⁴ Recordemos que en el Common law el metro es el standard of care of the reasonable man y en Alemania, las reglas del "tráfico" jurídico (§276 BGB).⁶⁵

La diligencia ha sido calificada como "la medida de evaluación del "como" de la actuación de la relación a parte debitoris".⁶⁶ Esta "indica en abstracto la medida de atención, del cuidado, en síntesis, del esfuerzo psicológico que el deudor debe emplear para cumplir la prestación en la

58. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., p. 49.

59. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit.

60. GIORGIANNI, Michele. *Onadempimento. Corso di Diritto Civile*, tercera edición revisada, Giuffrè, Milano, 1975, p. 271.

61. GIORGIANNI, Michele, op. cit., p. 272.

62. GIORGIANNI, Michele, op. cit.

63. GIORGIANNI, Michele, op. cit., p. 234.

64. GIORGIANNI, Michele, op. cit., p. 240.

65. GIORGIANNI, Michele, op. cit., p. 241.

66. NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, *Il comportamento del debitore*. En *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XVI, t. 2, dirigido por Antonio OCIO y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, Giuffrè, Milano, 1984, p. 81.

manera establecida, es decir, exactamente. Esta surge, en concreto, como "una cualidad subjetiva de una actividad" o, en otros términos, como la expresión del *quantum scientiae et voluntatis* (y, por consiguiente también *prudentialis et peritiae*) que corresponde al deudor en la asunción del comportamiento debido; pero es, al mismo tiempo, el momento que, en la práctica, especifica tal comportamiento en su función más inmediatamente instrumental en vista de la obtención del resultado perseguido, determinándolo en la elección de medios —no específicamente previstos, es decir, in obligatione— considerados más idóneos y convenientes para tal fin. Y, en este sentido, esta surge como el criterio determinante y límite de aquel tanto de discrecionalidad que, (...), es, aunque con diversa intensidad, propia de todas las obligaciones⁶⁷.

Se pone énfasis en el carácter relativo del criterio de diligencia. Así, "es necesaria una evaluación, que en concreto tenga en cuenta del tipo de relación y de la actividad en la cual la prestación se manifiesta y de las circunstancias en la cual esta es o debe ser realizada; y que no esté, por ello, anclada a una medida abstracta y determinada una vez por todas, aunque sea tendiente a un nivel general de suficiencia, como es aquel, que en cada caso, puede ser revelado por la "común experiencia". Tal nivel puede calificarse de normal; pero se trata de una normalidad que no es uniformidad, variando esta con el variar del género y de la especie de cada situación en particular"⁶⁸.

Se sostiene que la diligencia "es un criterio de responsabilidad frente a una prestación ya determinada completamente; presupone un contenido integralmente fijado".⁶⁹ Así, "la distinción entre

diligencia y corrección no podría ser tan clara: corresponde a la primera solo la medida de lo esfuerzo del deudor, la conformidad de su comportamiento al que se debe tener, la segunda, en cambio, el mismo hacer del contenido"⁷⁰. En este sentido se advierte que la diligencia es "un criterio para medir el comportamiento del deudor, puesto que es una cualidad de su comportamiento"⁷¹. Así, se desprende que:⁷²

- a) La diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano.
- b) Esta calificación opera en el sentido de la conformación del comportamiento a un modelo inspirado en el cuidado, la atención, la cautela; a un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente, en cuanto adecuado a fin que este debe obtener.

En este esfuerzo de diferenciación, se afirma que, en esencia, la buena fe "puede ser entendida como una cláusula general que, al interior de todo el ordenamiento jurídico, colma sus lagunas, está en la base de la interpretación de toda norma controvertida, determina plenamente el contenido de la prestación (...) y en general, de todo deber jurídico; y se puede decir que, admitida o excluida la configuración de una cláusula general, en manera variada, con limitaciones, acentuaciones o variaciones más o menos marcadas, la doctrina se ha alineado, en amplia parte, a posiciones similares: en el considerar a la buena fe un criterio en base al cual se determinan deberes de comportamiento en el sujeto (...); deberes de comportamiento que, independientemente del recurso a la buena fe, no corresponderían al sujeto".⁷³ En cambio, la

67. NATOLI, Ugo. op. cit.

68. NATOLI, Ugo. op. cit., p. 98.

69. RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 160.

70. RODOTÀ, Stefano. op. cit.

71. FRANZONI, Massimo. *La correttezza e la buona fede*. En: *Le obbligazioni*, I. *Le obbligazioni in generale* (1173-1320 c.c.), a cura de Massimo FRANZONI, UTET, Torino, 2004, p. 64.

72. Alberto RAVAZZONI, voz *Diligencia*, *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, p. 1.

73. RAVAZZONI, Alberto. op. cit., p. 2.

diligencia "constituye una modalidad de comportamiento a cargo del sujeto, ya determinada; esta presupone ya establecida la extensión de lo que el deudor está obligado a hacer (...); aunque si esta determinación no es fijada con precisión (...), sino de manera elástica, justo por la naturaleza del concepto de diligencia"⁷⁴.

Si queremos complicar las cosas, también se suele clasificar a la diligencia en subjetiva y objetiva.⁷⁵ La **diligencia subjetiva** es la que le correspondería a cada deudor en particular, mientras que la **diligencia objetiva** cubre a la generalidad de los deudores. Ahora bien, "si se habla de diligencia subjetiva y objetiva, se usan tales expresiones en un significado bien diverso de aquel que sirve para distinguir a la buena fe como estado intelectual del sujeto, de la buena fe como regla (ética) de conducta. La diligencia, de por sí, no parece que pueda referirse a la esfera intelectual, sino a la voluntaria, del comportamiento; y ciertamente, las dos nociones de esta, individualizadas por la doctrina, son especies que se remontan a un *genus* común"⁷⁶.

Por ello, "la diligencia es una regla intrínseca a una actividad instrumentalmente coordinada al fin de evitar o de conseguir un determinado resultado; y la buena fe, o es un estado intelectual, o es una regla de conducta intersubjetiva. Esto, si fuera necesario, explica por qué la diligencia, como resulta del ordenamiento, pese exclusivamente sobre el deudor y la buena fe a ambas partes de la relación, así como justifica alguna perplejidad sobre la oportunidad de configurar a la diligencia como un no muy bien preciso esfuerzo subjetivo, en vez de una medida objetiva concretamente idónea, en relación a la naturaleza de la prestación y a las

circunstancias en las cuales se desenvuelve, para evitar o conseguir un determinado resultado"⁷⁷. Esta afirmación es impecable en el ordenamiento jurídico italiano, sin embargo, para el Código civil peruano el **standard** de diligencia también le corresponde al deudor. Basta leer el art. 1327 que a la letra dice:

"El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario".

Con respecto a la diligencia y a la buena fe subjetiva se afirma que "el estado intelectual del deudor no puede, de por sí, conducir a su liberación o a excluir su responsabilidad; puesto que la necesidad de respetar la regla de la diligencia en el cumplimiento está prevista, en vía general, por el ordenamiento. Tal regla constituye, el insustituible criterio de control de la conformidad del comportamiento en concreto asumido por el sujeto, respecto a aquel abstractamente deducido in obligatione"⁷⁸. Tanto la diligencia como la buena fe objetiva son formas de comportamiento.⁷⁹ A la buena fe, entendida como "la exigencia de la armonización de los intereses involucrados en el ejercicio del derecho o en la actuación de una obligación"⁸⁰, se le asigna una función que "trasciende el ámbito de la mera positividad de la norma. Esta parece erigirse como principio inspirador de la actividad del legislador, capaz —en su amplia y general relevancia— de justificar la introducción de otros criterios (como el de la diligencia), de precisar las características (referencia al *bonus pater familias*), de influenciar en la interpretación y en el ámbito de aplicación"⁸¹.

En cambio, el criterio de la diligencia "no parece que pueda tener esta posibilidad de aplicación

74. RAVAZZONI, Alberto. *op. cit.*

75. Como pasa en evidencia Umberto BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 8.

76. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 11.

77. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 14.

78. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 30.

79. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 41, que se refiere concretamente al comportamiento del deudor.

80. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, pp. 46-47.

81. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 46.

global. Sin embargo, es un criterio elástico de evaluación, si se quiere de menor alcance, pero presumiblemente no dependiente de otro".⁸² En otras palabras, mientras la buena fe es un principio, la diligencia es un criterio de comportamiento; pero no son dependientes⁸³.

Se advierte que la buena fe y la diligencia son "reglas de conducta que concurren en diversa medida en la definición de la obligación; pero no se identifican, ni se sobreponen en el sentido que la una pueda ponerse como fundamento de la otra, o de la especificación de la otra en un deber particular".⁸⁴ Ambas son criterios homogéneos, "reglas objetivas y elásticas de actuación y de valoración de una conducta, a menudo precisada en sus fines (satisfacción del interés del acreedor); pero imprecisa en sus límites del deber (y, por consiguiente, de licitud)".⁸⁵

Los límites de una relación jurídica obligatoria están determinados por el acuerdo de las partes o la voluntad unilateral y también "se configuran en abstracto por la ley, en cuanto determina las características del comportamiento debido, define los intereses a satisfacer a través de aquel comportamiento, se vale de los criterios de la diligencia y de la buena fe. Esta definición, ya de por sí compleja, puede sufrir una adaptación frente a la existencia de situaciones nuevas e imprevisibles, que pueden imponer un re-examen de tal genérica prefiguración de la obligación. Y tal re-examen se conduce, justamente, sobre la base de los únicos dos criterios que permitan mantener en términos jurídicos la constatación del deber y aquel —vinculado a este— de la licitud del comportamiento".⁸⁶

Tanto la diligencia como la buena fe tienen la "delicada función de individualización concreta de la obligación, a efectos de establecer la violación"⁸⁷, son "criterios con los cuales claramente se caliga la satisfacción del crédito".⁸⁸ Ambos conceptos "se vinculan, en tanto aspectos de la actuación de una prestación, en la fase ejecutiva de una relación. En su calidad de instrumentos de evaluación de una actividad debida sirven para integrar o excluir las hipótesis de actuación, o de la imputabilidad de la no actuación, de la obligación".⁸⁹ Particularmente, con respecto a la diligencia, téngase presente el art. 1314 c.c., que establece lo siguiente:

"Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

En cada obligación en particular, primero deberá establecerse el *standard* de diligencia para luego determinar si hay responsabilidad (o no) por la inejecución de la obligación. Salvo previsión legal o negocial, la diligencia será individualizada en la fase ejecutiva de la relación jurídica. Ello, en complemento con el art. 1362 c.c., ya que los contratos deben ejecutarse según la buena fe.

Se sostiene que la buena fe y la diligencia operan en dos escenarios distintos, dentro de la relación jurídico patrimonial, siendo la primera una "actividad de relación" y la segunda una "actividad de prestación".⁹⁰ Así, "la evaluación conducida a la luz de la diligencia, se vincula de manera inmediata a la prestación, es un modo

82. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 48.

83. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 51.

84. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 85.

85. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 88.

86. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 92.2ad.

87. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 101.

88. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 105.

89. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 113.

90. BRECCIA, Umberto. op. cit., p. 126.

de ser de la actividad a la cual el deudor está obligado, individualiza los actos a cumplir en cada momento para satisfacer el interés del acreedor.⁹¹ Mientras que, "la valorización conducida sobre la base del principio de la buena fe, en cambio, tiene referencia con la relación que se instaura entre los dos sujetos de la relación, relación que puede hacer necesaria la adopción de comportamientos sólo mediatamente vinculados con la ejecución de la prestación".⁹² Se le reconoce a la buena fe una "función constructiva, en el sentido completar la exteriorización al contenido de la obligación".⁹³

La buena fe "no establece cómo se debe ejecutar la prestación, sino cómo se debe comportar, en relación a las circunstancias, durante y después de la actuación (o expectativa) de la prestación. La corrección da vida a una actividad que es el otro momento lógicamente típico de toda obligación y de todo crédito".⁹⁴ Así, "mientras el criterio de la diligencia hace que lo abstracto se concrete, es decir, fija el iter instrumental que mejor permite obtener el resultado pre-establecido y, al mismo tiempo, evita los eventos que impiden o dañan aquel resultado; el criterio de la buena fe dice lo no dicho (...) es decir, colma de contenido aquella actividad de relación, a la cual ciertamente, en principio, todo deudor está obligado en la fase ejecutiva del contrato, con mayor o menor intensidad, según la naturaleza de la relación; pero que, a diferencia del otro aspecto fundamental de la obligación (la actividad de la prestación) es indeterminada".⁹⁵ En otras palabras, "mientras que la actividad de prestación tiene un esquema al cual remitirse, la actividad de relación, a parte de la genérica correspondencia a la lealtad, puede ser dejada completamente en blanco y vivir sólo en concreto en la fase ejecutiva de la relación".⁹⁶

Puede ser cierto "que la valorización ex fide bona permita precisar las modalidades concretas de actuación de la prestación debida. En este sentido podría decirse que, no funda ni delimita la intensidad del denominado esfuerzo, sin embargo, integra la regla de la diligencia; pero aquí se hace referencia, no a la buena fe como regla de conducta, sino a la buena fe como criterio interpretativo que puede permitir evaluar globalmente también las características que, en el supuesto, deberá asumir el comportamiento diligente".⁹⁷

Otro sector de la doctrina, afirma que en las prestaciones de diligencia, la corrección y la buena fe tienen una función secundaria, por cuanto, "si el deudor ha empleado la medida de la diligencia debida y, no obstante, una causa sobreviniente haya impedido el completo desenvolvimiento del programa obligatorio, la cláusula de buena fe podrá activarse, en los límites trazados por la solidaridad contractual, compromisos de diligencia ulteriores, que se integran, con el fin de superar el obstáculo. En este sentido, podría decirse que el principio de corrección no monopoliza en absoluto la definición de la prestación principal de la diligencia —mas bien, le es fundamentalmente extraño—, convirtiéndose en activo solo en una fase sucesiva y eventual de la relación de débito, dinámicamente entendida".⁹⁸

Todas estas consideraciones, a propósito de la buena fe y de la diligencia, me permiten llegar a estas conclusiones:

- a. Tanto la buena fe como la diligencia son *standards* de comportamiento. Hago la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe excede el comportamiento de

91. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 130.

92. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, pp. 130-131.

93. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 131.

94. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*

95. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 132.

96. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 133.

97. BRECCIA, Umberto. *op. cit.*, p. 154.

98. CARBONE, Enrico. *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 106-107.

las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a esta.

- b. Ambos *standards* de comportamiento (se entiende, dentro de un negocio jurídico) son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica (justamente: su actuar correcto, sin afectar a la contraparte), mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación (o prestaciones) ya delimitada(s) por las partes.

- c. Cuando se habla de diligencia como límite de la buena fe se hace alusión solo al escenario en el cual la creencia de un sujeto puede ser calificada como buena fe subjetiva.

- d. La buena fe, dado su carácter de principio poliédrico (que asume diversas manifestaciones) también (en tanto parámetro de interpretación) puede servir para evaluar un comportamiento diligente.

- e. La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial.