

## ¿CONTRATOS HECHOS POR JUECES? 4½ sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato<sup>1</sup>

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá<sup>2</sup>

### *Introducción*

Patrick S. Atiyah, Profesor de la Universidad de Oxford y una de las mentes más lúcidas que se haya dedicado al estudio del contrato, en su manual de derecho contractual inglés distingue a (i) los contratos (y cláusulas contractuales) *hechos por las partes* de (ii) los contratos (y cláusulas contractuales) *hechos por jueces*.<sup>3</sup> Esto último se presenta como un evidente solecismo. ¿No es acaso el contrato una obligación voluntaria, en la que la libertad (más o menos restringida, según el caso) del agente es vista como fundamental para la afirmación de la existencia de deberes jurídicos? ¿No es acaso este hecho – que las obligaciones son creadas por las partes y no por otros extraños (como, por ejemplo, jueces) lo que precisamente distingue a la obligación contractual de las demás obligaciones jurídicas? En gran medida, es evidente que ello es así.

Y esto puede decirse sin necesidad de recurrir a ese “mito”<sup>4</sup> o “sueño de los civilistas”<sup>5</sup> que es la “autonomía de la voluntad”, figura que ha hecho tanto por obscurecer el estudio del contrato y para llevar a muchos de sus estudiosos a caer en ligerezas y simplificaciones injustificadas. No. Lo que se está tratando de decir aquí es que la razón de ser del contrato, y por sobre todo, la fuente de su *legitimidad* como fuente de obligaciones, se encuentra en que el mismo es un modo de asunción *voluntaria* de deberes jurídicos. Que existan casos en que el ámbito de esa libertad de asunción de obligaciones se vea reducida al “sí, acepto” del contrato por adhesión no debe ocultar esta realidad fundamental del instituto. La mejor prueba de ello es que la frase “contrato hecho por los jueces” nos choque, nos parezca equivocada - en síntesis, un solecismo.

Pero es precisamente en este punto que la idea atiyahna de que existen “contratos (y cláusulas contractuales) hechos por jueces” se vuelve extremadamente útil para el jurista. Especialmente, agrego, para el formado en la tradición civilística, que tanto tiempo ha visto su lente jurídico empañado por ese concepto omnipresente de la “autonomía de la voluntad”. Ha invadido a tal punto este mito la mente del civilista que muchas veces no le permite ver que en la práctica los jueces *legislan contractualmente en lugar de las partes*, impetrando deberes contractuales *no establecidos por ellas*; incluso *contra contractum*, en contra la intención de los contratantes.

Por ello, el “ácido cínico” – para recordar la frase de Oliver Wendell Holmes, Jr.<sup>6</sup> – que arroja la noción de Atiyah de “contratos hechos por jueces” me parece más que bienvenido para comprender mucho de lo *realmente* ocurre en sede de la interpretación de los contratos. Aquellos sistemas jurídicos que han incluido a la “buena fe” como pauta interpretativa (“objetiva”) del

<sup>1</sup> El presente ensayo es una versión abreviada de otro aparecido en la obra *Tratado de la Interpretación del Contrato en Latinoamérica*, Carlos Soto (Director), Tomo II, Edit. Grijley, publicado en Lima, Perú, en el año 2006.

<sup>2</sup> Master en Derecho y en Derecho Comparado por la Universidad de Oxford, egresado en el cuadro de honor con distinción por desempeño sobresaliente (2002-2003, *Magister Juris, First Class Honours, Distinction*). Abogado, Mejor Egresado de la Promoción 2000 (Fac. de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, U.C). Notario Público (UNA, 2001). Profesor Encargado de Cátedra de Contratos e invitado al Curso de Doctorado (Fac. Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, U.C.). Profesor Invitado a la Universidad de *Princeton* (U.S.A. 2005). Profesor del Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2006-07). Quedo abierto al diálogo franco con los lectores por la vía electrónica: [rmoreno@moreno.com.py](mailto:rmoreno@moreno.com.py).

<sup>3</sup> Patrick S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, OUP, Oxford, 1995. Ver especialmente Capítulos 3, 4, 10 y 11 de la obra.

<sup>4</sup> Ver J. Gordley, “Myths of the French Civil Code”, 42 *American Journal of Comparative Law*, pag. 459 y sgts. muy bien pone de manifiesto que la “autonomía de la voluntad” no está en el Código Civil, y además explica cómo surgió y cuáles son las falencias de este mito, creado por (cierta) doctrina.

<sup>5</sup> Palabras del brillante jurista argentino F. López de Zavalía, *Teoría de los Contratos*, Zavalía, pag. 299. Como elocuentemente dice: “El contrato puede prescindir de ella”. ¿No es hora que lo hagamos (y que devolvamos el concepto a donde nunca debe de haber salido, es decir, a la rigurosa doctrina moral de Immanuel Kant)?

<sup>6</sup> Holmes, “The Path of the Law” (1897), 10 *Harv. Law Rev.* 457.

contrato – como el caso del Código Civil Paraguayo de 1987 – corren el riesgo en la práctica de abrir una ventana demasiado grande para que los jueces “hagan los contratos” e impongan a las partes obligaciones contractuales que éstas simplemente no han previsto o querido. Y preparan así el terreno para el *rentreé* del juez *cadí* al cual se refería Max Weber: aquél que se despoja de las normas establecidas en el derecho racional y las sustituye por su opinión – caso por caso – de lo que *él considera la solución correcta, ética, justa, religiosa, etc.* (o en ese contexto, la solución ajustada al “*shari’ah*”).<sup>7</sup>

Y por más que suene políticamente incorrecto en estos tiempos “multiculturalistas”<sup>8</sup>, yo no deseo el regreso del juez *cadí*<sup>9</sup> – mucho menos, en una rama del derecho en la que debe primar la seguridad jurídica como la del contrato.

No voy a ser yo “quien hable mal de la buena fe”, como diría en acertada frase del Prof. R. Vernengo.<sup>10</sup> Se trata de un elemento fundamental del contrato, al punto que es legítimo preguntar si no es redundante señalar que el contrato debe ser cumplido “de buena fe” (es decir, si no es lo mismo que decir “el contrato debe ser cumplido, cumplido”). Si me gustaría apuntar el hecho que quizás pasemos por alto muchas veces, que al “interpretar el contrato de buena fe”, los jueces están en realidad imponiendo sus convicciones personales (que en mayor o menor medida pueden ser acertadas o no) por sobre la voluntad de las partes. La buena fe es fundamental para la vida del contrato; pero no es la panacea que resolverá todos los problemas del mundo, como parecen creer algunos juristas, optimistas aquí al grado leibniziano. La experiencia práctica muestra que, en no pocas ocasiones, cuando el juez suplanta a la voluntad de las partes por la “buena fe”, está imponiendo una opinión personal (incluso su capricho), quitándole precisamente la fuente de legitimidad misma del instituto: su carácter voluntario. Y esto vale incluso para el juez que, valga la redundancia, actúa de buena fe.

Quizás la figura del “juez *cadí*” sea demasiado virulenta. Debo decir, por lo demás, que se trata de un recurso retórico. De todas maneras, me animo a decir que en su exageración trasunta bien la tesis que quiero sostener. La buena fe es un elemento útil para interpretar el contrato pero no hay que abusar de él. A saber: *una copa de vino hace más placentera la vida; diez botellas por noche la destruyen*. Luego de analizar brevemente el sistema de interpretación del contrato del Código Civil, pasaré a repasar la problemática que presenta la primacía del criterio objetivo e indeterminado de la buena fe, para finalizar con 4½ que espero ayuden a limitar precisamente a la buena fe en la interpretación contractual. Es decir, para intentar reducir al “contrato hecho por los jueces” a la categoría de caso extremo, de *ultima ratio*.<sup>11</sup>

### ***El sistema de interpretación del contrato en el Código Civil Paraguayo***

Uno de los sectores que supuso un cambio normativo importante respecto del Código de Vélez fue el de la interpretación del contrato. Como se sabe, Vélez prefirió no regular expresamente a la interpretación del contrato, apartándose del antecedente francés. Esta decisión

<sup>7</sup> M. Weber, *Economy and Society*, T. II., pag. 806.

<sup>8</sup> Sin dudas que la cultura musulmana tiene atributos altamente valiosos; en particular, su sincera religiosidad y sentido de tradición que en occidente estamos perdiendo a velocidad inusitada. Es sólo este aspecto del derecho musulmán – tal cual lo expone Weber – al que se opone el texto.

<sup>9</sup> Ver en este sentido el excelente e ineludible artículo de De Trazegnies Granda, “Desacralizando la buena fe en el derecho”, en Córdoba (Director), *Tratado de la Buena fe en el Derecho*, T. II, La Ley, especialmente, pag. 42. Este artículo es más que recomendable por la profundidad de las ideas expuestas y el espíritu “desacralizador” del mismo, que en muchos aspectos alimenta también este ensayo.

<sup>10</sup> En su por demás interesantísimo ensayo sugestivamente titulado “Los Principios de la Buena Fe”, en Córdoba (Director), *Tratado de la Buena fe en el Derecho*, T. I, La Ley, Buenos Aires.

<sup>11</sup> *Caveat lector*: antes de empezar el trayecto, conviene hacer dos oportunas advertencias al lector. En primer lugar, es conveniente aclarar que en este ensayo nos ocupamos esencialmente del contrato “negociado” o “paritario”, y no del “contrato por adhesión” (salvo indicación contraria). Ello, precisamente por el hecho que estos contratos tienen su legitimidad socavada *ab initio* (por tener su contenido un carácter unilateral en lugar de bilateral), por lo que me parece saludable que en los mismos primen otros factores, especialmente la buena fe y la interpretación *contra proferentem*. En segundo lugar, aquí se entiende a la “interpretación” en sentido amplio; no se hacen distinciones entre “interpretación”, “integración” o “interpretación integradora del contrato”, etc. pues a los efectos de este trabajo, la pauta elástica de la buena fe puede ser utilizada sin problema en cualquiera de éstas sedes. Y véase las provocadoras e incisivas palabras de López de Zavalía al respecto, ob. cit. pag. 273 y sgts.

continúa dejando perplejos a los juristas argentinos.<sup>12</sup> La versión final del Código supuso una vuelta al *Code*, como se expresó en la Exposición de Motivos:

*Así se salva una omisión de nuestro Código actual, que hubo de llenar, aplicando por analogía las normas pertinentes del Código de Comercio, inspiradas en la enseñanza de Pothier. Otra vez se pone énfasis, en el valor asignado a la buena fe.*<sup>13</sup>

El Código contiene un Capítulo especial dedicado específicamente a la interpretación del contrato (arts. 708 a 714 del Libro III, dedicado a los contratos y otras fuentes de las obligaciones), y, como se vislumbra en la nota anterior, se adoptó el conocido “doble” sistema de la interpretación del contrato:

- (i) *Análisis subjetivo (o basado en la voluntad y conducta de las partes):* que fundamentalmente se dedica a analizar la “intención común” tal cual las partes de ese contrato la realizaron, trayendo el Código “una serie de normas que orientan al intérprete en la tarea de desentrañar la intención real” de las partes.<sup>14</sup> Los artículos 708 al 711 se dedican especialmente al análisis de las partes y su voluntad declarada y actuada.
- (ii) *Análisis objetivo (o basado en criterios ajenos a la estricta voluntad de las partes):* aquí se analiza como un tercero (normalmente, el juez o árbitro) podría entender lo que las partes quisieron decir. El más importante de estos criterios es, como se resalta en la Exposición de motivos, el test objetivo de la “buena fe”. Los artículos 712 al 714 se dedican a los criterios objetivos de interpretación.

En materia de la interpretación del contrato, el Código hace una copia casi *verbatim* del Código Civil Italiano en sus arts. 1362 a 1371, por lo que las indicaciones de esta doctrina deben ser especialmente tomadas en cuenta por el operador jurídico paraguayo. A continuación haré sólo un breve repaso recordando las pautas de interpretación, dejando el análisis dogmático exhaustivo a las obras especializadas para un ahondamiento mayor.<sup>15</sup>

**(i) Criterios subjetivos de interpretación**

a. *Intención común:* En primer lugar, el Código establece lo que es el criterio más importante de interpretación del contrato, el de la intención común de las partes. En este sentido, el juez primeramente atenderá la voluntad de las partes, basándose en la “intención común” que va más allá de lo meramente declarado por las partes: “*Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato*”.<sup>16</sup>

Lo que prima en nuestro sistema es lo “declarado” y “actuado”, lo que verdaderamente quisieron las partes al celebrar el contrato. Los criterios que da la ley civil paraguaya para aprehender la intención común de los contratantes son la literalidad del contrato (*in clarit cessat interpretatio*), y también el análisis histórico de la relación.

b. *Globalidad del contenido contractual:* En segundo lugar, el art. 709 del Código entiende que el contrato es un todo, un verdadero plexo obligacional “coherente”<sup>17</sup> y como tal debe ser

<sup>12</sup> Ver J. Mosset Iturraspe, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, pag. 304 y sgts.

<sup>13</sup> Ver Exposición de Motivos del Código.

<sup>14</sup> *Idem.* anterior.

<sup>15</sup> Especialmente útiles me parecen: F. Galgano, *El Negocio Jurídico*, Tirant Lo Blanch, 1992; Messineo, *Doctrina General del Contrato*, T. II. Buenos Aires, 1986; Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996; J. Moreno Rodríguez, *Hechos y Actos Jurídicos*, Edit. Intercontinental, Asunción, 1991; y, desde una perspectiva comparada, el excelente Beale-Hartkamp-Kotz-Tallon, *Contract Law, Cases Materials and Text*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

<sup>16</sup> Art. 708 del Código Civil.

<sup>17</sup> Sobre la coherencia en el derecho, ver R. Dworkin, *Law's Empire*, Hart Pub., Oxford, 1986, y J. Raz, “The Relevance of coherence”, en *Ethics in the Public Domain*, OUP, Oxford, 1994.

estudiado por el juez o las partes. Así, el art. 709 señala que “*Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del contexto general*”.<sup>18</sup>

c. *Expresiones generales*: El Código también establece, como criterio restrictivo de interpretación, el de las expresiones generales en los contratos: “*Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar*.”<sup>19</sup>

d. *Uso de ejemplos*: por último, el Código recoge también el criterio subjetivo que prevé la utilización de ejemplos por las partes: “*Cuando en un contrato se hubiere hecho referencia a un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluidos los casos no expresados, a los que, de acuerdo a la razón, puede extenderse dicho pacto*”.

## (ii) Criterios objetivos de interpretación: la buena fe y otros

a. *La Buena Fe*: En el derecho obligacional paraguayo, como le gusta repetir al Profesor Silva Alonso, “campea” el principio de la buena fe.<sup>20</sup> Así, en primer lugar, el Código repite la fórmula del art. 1134 del *Code* – no recogida por Vélez Sarsfield – de que los contratos “deben ser cumplidos de buena fe”.<sup>21</sup> Todavía más: se exige la buena fe en la fase pre-contractual<sup>22</sup>, en el ejercicio de los derechos subjetivos patrimoniales<sup>23</sup>, y también en la interpretación del contrato.

Esta norma que introduce a la buena fe en la interpretación del contrato es también una novedad respecto al Código de Vélez (no así al sistema argentino actual, que introdujo en el Decreto Ley 17.711 la pauta de la buena fe).<sup>24</sup> Es un trasiego del Código Italiano, pero con una diferencia: en lugar de incluirse un artículo independiente dedicado a la buena fe, se la incluyó al final de otro artículo que establece una pauta interpretativa distinta, lo cual es un obvio error de técnica legislativa.

*Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso.*

*El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe.*<sup>25</sup>

No me ocuparé aquí del error de técnica legislativa que supone la superfetación de ambos criterios interpretativos (el de obscuridad y el de buena fe), problema que puede ser superado mediante una interpretación razonable. Solo quiero resaltar la importancia sobresaliente del criterio de la buena fe, que, del cual ha alertado el maestro Francesco Galgano:

*(la buena fe) es un criterio que puede conducir a conferir al contrato un significado distinto del significado literal de las expresiones que en el figuren, cuando este significado diverso puede ser aquel que le darían al contrato los contratantes corrientes y leales.*<sup>26</sup>

<sup>18</sup> Un ejemplo: una cláusula puede tener un sentido distinto o irrazonable si no la ponemos en el contexto del contrato. Un caso es el de la cláusula penal “excesiva”. En principio, en el derecho paraguayo el juez tiene la facultad de morigerar equitativamente toda cláusula penal “excesiva”. Un contrato entre una multinacional dedicada al ramo de bebidas refrescantes y una compañía de limpieza que fije una suma baja por el servicio de limpieza pero que contenga una cláusula penal exorbitante y millonaria puede parecer, *prima facie*, como un abuso de la cláusula penal. Sin embargo, supongamos que la cláusula se fijo en razón de que la multinacional depende de una “fórmula secreta” para su éxito y la compañía de limpieza tenía acceso a la misma por la naturaleza de la tarea. Obviamente, la divulgación de la fórmula sería de un perjuicio enorme y permite entender así el monto excesivo de la cláusula penal.

<sup>19</sup> Art. 710 del Código Civil.

<sup>20</sup> Silva Alonso es el autor de la única obra de nota sobre obligaciones bajo el Código vigente en Paraguay. Ver su *Derecho de las Obligaciones*, Edit. Intercontinental, Asunción, 1996.

<sup>21</sup> Art. 715 del Código Civil.

<sup>22</sup> Art. 689 del Código Civil.

<sup>23</sup> Art. 372 del Código Civil.

<sup>24</sup> Ver por ejemplo, Mosset Iturraspe, ob. cit. pag. 301 y sgts.

<sup>25</sup> Art. 714 C. Civil.

<sup>26</sup> Galgano, ob. cit. pag. 432.

Como percibe Galgano, la cuestión no es menor, pues le otorga un inmenso poder a los jueces, poder que motiva este ensayo. Más adelante me ocuparé en detalle de los contornos de este tema y una solución para el atolladero que puede crear.

b. *Principio favor contractus*: Otro criterio de interpretación objetivo del contrato que recoge el Código es el de conservación del contrato. En caso de duda sobre la validez de una cláusula (y del contrato mismo) debe estarse siempre por la validez, por la producción de sus efectos positivos. Este principio se desprende del art. 712 del Código.<sup>27</sup>

c. *Regla contra proferentem*: Otra innovación del Código Paraguayo es haber adoptado el principio básico de interpretación de los contratos por adhesión: el criterio *contra proferentem*. En caso de ambigüedad, las cláusulas se interpretarán contra el que redactó unilateralmente el contrato (art. 713 del Código).

Finalmente, debemos recordar que también está la pauta para la obscuridad del contrato, a la cual ya nos hemos referido más arriba, contenido en la primera parte del art. 714 del Código.

### **Quaestio juris a resolver**

A la luz de lo señalado en el apartado anterior, en sede de la interpretación del contrato en nuestro derecho se presenta una cuestión jurídica trascendental que debe ser resuelta por el jurista y el juez. A saber: ¿Debe primar el criterio subjetivo o el objetivo en la interpretación del contrato? ¿Debe primar la intención o voluntad de las partes o la voluntad del juez, si bien expresada en términos más atractivos de la “buena fe”?

Se trata, como resulta claro, no de una cuestión puramente formal o conceptual sino 100% *valorativa*. La respuesta tiene consecuencias sobre el concepto mismo de la obligación contractual que uno pueda tener, así como también del rol de los jueces y los límites de sus poderes. Por último, la respuesta en sí tendrá consideraciones sobre lo que el jurista piensa respecto a la “seguridad jurídica”, principio elemental del derecho.

Antes de explicar mi posición respecto a esta delicada cuestión, me detendré en un breve *excursus* respecto del carácter sumamente elusivo de la buena fe, y de los efectos que ello tiene sobre la respuesta final.

### ***La indeterminación de la buena fe y el fantasma de Leon Green (y del realismo jurídico)***

La primera mitad del siglo XX vio en los Estados Unidos el nacimiento y apogeo de la escuela conocida comúnmente como “el realismo jurídico”. Si bien la delimitación precisa de este movimiento y los objetivos que precisaban son todavía materias muy controvertidas entre los filósofos del derecho<sup>28</sup>, hay una cosa sobre la cual no se discute: lo que caracterizaba a estos juristas era su afán de desnudar al derecho “tal cual funcionaba en la realidad”, desmitificar al derecho y hacer entender que el derecho finalmente es “lo que los jueces dicen que es”.<sup>29</sup> La intención de los realistas era precisamente llamar la atención del jurista en este sentido, que muchas veces está mistificado y confundido ante la imponente majestad de palabras como “justicia”, “lo justo”, “lo correcto”, etc. Incluso, algunos realistas – notablemente Hutcheson y Frank – llegaron a afirmar que las leyes y los códigos no tienen peso en la decisión judicial final,

<sup>27</sup> “Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más contenga a la naturaleza de los contratos y las reglas de la equidad”.

<sup>28</sup> La mejor exposición del realismo es la de N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, OUP, Oxford, 1997. En general, me remito a Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, “Una reinterpretación del realismo jurídico americano”, manuscrito inédito basado en una conferencia brindada en el Congreso de Filosofía del Derecho Latinoamericana en Porto Alegre, Brasil, en el año 2006, que espero vea la luz pública pronto.

<sup>29</sup> Este es el mantra realista, de cuyo precursor fue Holmes y su concepto profético del derecho; la expresión es de K. Llewellyn en *The Bramble Bush*, Oceana, N. York, 1930; treinta años después este gran jurista se retractó en parte y refinó en gran medida en su *opus* máxima, *The Common law tradition: Deciding Appeals*, Boston, 1960.

la cual no es más que un simple “*hunch*” o corazonada del juez (llegándose incluso a la caricatura que la solución depende de lo “que el juez desayunó esa mañana”).<sup>30</sup>

Las posturas exageradas de los realistas de considerar al derecho como meramente “lo que los jueces hacen”, o de reducir la decisión judicial al “*hunch*” o intuición del juez, fueron correctamente refutadas por H.L.A. Hart.<sup>31</sup> Pero el realismo jurídico, a mi modo de ver, deja importantes enseñanzas en sus errores y virtudes para los juristas actuales.

Considérese el caso de Leon Green, Decano de la Facultad de Northwestern, estudioso del *tort law* y exponente del realismo jurídico.<sup>32</sup> Para Green, existen conceptos jurídicos o *standards* que permiten una amplia aplicación y elasticidad por parte de los jueces, de forma tal a que los mismos no pueden ser definidos con claridad *ex ante*. Se tratan de verdaderas “cajas negras” (*black-box*) de las que puede salir cualquier cosa para llegar a la solución adecuada al caso. El caso típico estudiado por Green es el de la “negligence” (nuestra “culpa”), pero lo que dice Green es aplicable a otras cláusulas generales, como “el orden público”, “la moral y buenas costumbres”, y en nuestro caso, la “buena fe”. Se tratan, dice Green, de moldes vacíos que pueden ser llenados *a piacere* por el juez para llegar a la mejor solución del caso.

Pero, para Green (y otros realistas), este carácter indeterminado e impreciso de los *standards* más que un defecto era una virtud. Ello, teniendo especialmente en cuenta que los realistas veían al derecho y sus conceptos fundamentales como meramente instrumentales en la búsqueda de otros fines sociales particulares, en especial la “ingeniería social”.<sup>33</sup> Y es que vaciado de todo contenido, cualquier concepto jurídico – la “culpa” o la “buena fe”, por ejemplo – adquieren el potencial de ser aplicables a toda clase de conductas, proveyendo así a los jueces y juristas un mandato ilimitado, un verdadero “cheque en blanco” para llevar adelante la “ingeniería social” y el derecho hacia líneas más “progresistas”.<sup>34</sup>

Así, el realce y celebración del carácter “indeterminado” de los *standards* jurídicos viene de la mano de un amigo (sobre el cual debemos ser más suspicaces), que tiene una personalidad eminentemente *ideológica*. Este carácter ideológico es precisamente lo que caracterizó al realismo jurídico, ni que decir a sus dos herederos: el análisis económico del derecho (llenar los conceptos abiertos desde la derecha), y el *critical legal studies* (llenarlos desde la izquierda).<sup>35</sup>

¿A qué viene todo este cuento del realismo en un artículo dedicado a la interpretación del contrato?

Creo que tiene mucho que ver. Pues, el “reverdecer” de la buena fe como pauta interpretadora – al punto de adquirir carácter de culto – tiene mucho que ver con las bondades que ejerce este concepto que es precisamente “indeterminado”, al estilo de Green y los realistas. El contenido eminentemente “plástico”<sup>36</sup> de la buena fe viene como anillo al dedo para quienes

<sup>30</sup> Que como explica Leiter no la proclamó autor alguna sino que es pura caricatura. B. Leiter, “Legal Realism”, en *Blackwell Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, en pag. 272.

<sup>31</sup> En el inolvidable Capítulo VII del *Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, 1963, traducido por Genaro Carrió.

<sup>32</sup> El análisis está contenido en el clásico artículo de Leon Green, “The Negligence Issue” 37 *Yale Law Journal*, (1928), pags. 1029, 1032, 1044.

<sup>33</sup> Obligada es la referencia a J. Dewey y R. Pound y sus visiones instrumentales del derecho. Ver, N. Buxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, n. 45. En el campo de la responsabilidad civil, la visión instrumentalista del derecho fue defendida por el célebre Dean Prosser, para quién esta rama del derecho debía hacer “reingeniería social”. Fuerte y decisiva crítica a esta visión de la responsabilidad civil en F. Pantaleón Prieto, “Cómo Repensar la Responsabilidad Civil”, en Martínez (coord.) *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Tercer Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

<sup>34</sup> Goldberg, John P. “Unloved: Tort in the Modern Legal Academy”, *Vandebilt Law Review*, Vol. 55, pags. 110-111. Este artículo es altamente recomendable por las ideas desplegadas por el autor, que sugieren que gran parte de los teóricos dedicados a la responsabilidad civil no “aman” a su disciplina. Lo mismo podría decirse, a mi parecer, de algunos teóricos dedicados al contrato: no lo “aman” lo suficiente.

<sup>35</sup> Que *law & economics* deriva en cierto sentido del realismo es algo discutido, pero me parece que la discusión (insuperable) de A. Allan Leff en “EAL: Some Realism about Nominalism” 60, *Virg. Law Rev.*, 1974 es concluyente; la herencia de “CLS” es todavía más clara. En general, para el análisis económico del derecho ver, Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, “¿Qué es *law & economics*... y a quién le importa?”, *Rev. La Ley Paraguaya*, Asunción, Año 2003.

<sup>36</sup> A. Benabent, *Droit Civil, Les Obligations*, Montchrétien, pag. 204.

entienden que a través de él se pueden hacer realidad una serie de “iniciativas” que lleven a cabo objetivos sociales (de los más diversos tintes) políticos e ideológicos.

Esto fue dejado en claro por el *Travaux de l'Association Capitant*, en 1994, en donde se señala que el “redescubrimiento” de la buena fe en la interpretación del contrato

*Corresponde a un cambio general de actitud de los jueces (y yo agregaría juristas), menos respetuosos de la voluntad de las partes y más deseosos de introducir por todas las vías posibles un control de la moralidad y la justicia en los contratos.*<sup>37</sup>

La “justicia” y la “moralidad”, por supuesto, son términos “esencialmente contestables”, controvertibles e indefinibles, como se reconoce en la filosofía por lo menos desde la famosa intervención de Gallie.<sup>38</sup> Permiten que un juez disfrace cualquier opinión o ideología como una cuestión de “justicia” o “moralidad”. En suma, creo que la contundencia y términos de la cita francesa me eximen de mayores comentarios. Y dejan en claro la relación que existe entre nuestra actual “buena fe” y los *standards* de los realistas americanos.

Por otra parte, me parece que la afirmación que la buena fe tiene – para la inmensa mayoría de los juristas y jueces – justamente un carácter sumamente “plástico” es indemostrable por lo evidente. Se sabe que en el derecho en el cual “explotó” la buena fe – el alemán – el concepto se utilizó para fundar innumerables fallos con muy poca relación unos con otros, razón por la cual se ha dicho con acierto que es hora de “domesticar al monstruo”.<sup>39</sup> En el derecho alemán se entiende generalmente que la buena fe es “esencialmente indefinible”, y lo que más uno puede esperar es una lista o *Fallgruppen*,<sup>40</sup> pues es una “norma abierta”.<sup>41</sup> En el derecho francés se ha visto ya también que la buena fe es tenida como esencialmente indeterminada, pues es un concepto “plástico”, “vago”, “impreciso” y “oscuro”.<sup>42</sup> En el derecho norteamericano, ha sido muy influyente el concepto “excluyente” de *good faith* de Robert S. Summers, que ha definido en forma negativa a la buena fe, pero sin intentar siquiera una definición positiva.<sup>43</sup> En el derecho argentino, asimismo, se considera en forma casi unánime que la buena fe es un “estándar” o “cláusula general” con una incumbencia casi “total” sobre el sistema contractual.<sup>44</sup> López de Zavalía recuerda que “no es fácil definir a la buena fe” debido a su “elástica riqueza”, tratándose de un concepto “inteligible” pero “sumamente” difícil de concretar.<sup>45</sup>

En suma, me parece fuera de toda discusión el hecho que la buena fe es generalmente considerada como una “cláusula general”, y por ende, elástica y adaptable a la lectura personal del intérprete. También me parece bastante aceptado que esto es considerado como un hecho bueno, como algo que debe ser aplaudido.

Se entiende ahora porque hablé de la sombra de Leon Green y del realismo jurídico americano. En la medida en que la buena fe sea un concepto eminentemente abierto e indeterminado, crece el poder del juez. Y cuando este puede vaciar el molde con su propia visión del asunto, o de la vida social o política al interpretar el contrato, el resultado es absolutamente incierto. Especialmente si recordamos con la Asociación Capitant que últimamente los mismos

<sup>37</sup> *Travaux de l'Association Capitant, La bonne foi dans les contrats*, Litec 1994. Énfasis añadido.

<sup>38</sup> W. B. Gallie, “Essentially Contestable Concepts”; ver especialmente A. MacIntyre, “On the Essential Contestability of Some Social Concepts”, *Ethics*, 1973, pag. 1 y sgts.

<sup>39</sup> R. Zimmermann y S. Whittaker, “Good Faith in European Contract Law: Surveying the Landscape”, en Zimmermann y Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, CUP, Cambridge, 2000, pag. 22.

<sup>40</sup> G. Roth, *Munchener Kommentar zum BGB*; citado por J. Gordley, “Good Faith in the Medieval Ius Commune”, en Whittaker y Zimmermann, ob. cit., pag. 116.

<sup>41</sup> Palandt/Heinrichs, citado por Whittaker y Zimmermann, “Good Faith in European Contract Law”, ob. y loc. cit. pag. 31.

<sup>42</sup> Jourdain, *Rapport*, citado por Whittaker y Zimmermann, ob. y loc. cit., pag. 38.

<sup>43</sup> R. Summers, “Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” (1968) 54 *Virginia Law Review*, pags. 185 y sgts.

<sup>44</sup> Ver, por ej. R. Stiglitz, *Contratos*, Abeledo Perrot, T. I., pag. 439, y A. Alterini, *Contratos*, Abeledo Perrot, pag. 36, y *passim*.

<sup>45</sup> F. López de Zavalía, ob. cit. pag. 263.

están “*más deseosos de introducir por todas las vías posibles un control de la moralidad y la justicia en los contratos*”.

El paralelo con Green y sus aláteres es evidente. Y también debe servir como primera alerta para no ir en forma demasiado apresurada a abrazar sin más a la buena fe como pauta absoluta de interpretación del contrato.

Pero existen todavía más argumentos que nos alertan respecto al optimismo desmesurado en la buena fe.

### ***La legitimidad del contrato y la seguridad jurídica: más problemas para la interpretación del contrato de buena fe***

El problema que presenta la buena fe como pauta de interpretación del contrato no es meramente que consiste en una “cláusula abierta y plástica”, y que por tanto, permite todo tipo de incorporaciones e intervenciones en casos concretos – justificados o no. La interpretación de buena fe presenta también conflictos con lo que llamo la legitimidad del contrato y con la seguridad jurídica.

Vayamos primeramente a la fuente de la legitimidad del contrato. El elemento definicional de la obligación es que otorga una razón para actuar (*peremptory reason for action*) “perentoria”.<sup>46</sup> En este sentido, una obligación excluye toda otra razón para actuar de nuestra razón práctica, y nos impetra a tomar un curso de acción antes que otro. Sólo así se entiende que un deudor se sienta constreñido a cumplir una obligación ya contraída en el pasado, a pesar de que en el presente ello vaya (por ejemplo) en contra de su interés propio, o de sus deseos del momento, o de su estado de ánimo, o de sus finanzas, y así sucesivamente.

Al excluir otro tipo de acciones e imponerse perentoriamente sobre nuestra razón práctica, la obligación se convierte en un instrumento sumamente poderoso. Al determinar nuestras acciones y el curso de nuestras vidas, asume un rol preponderante en las mismas. Es por eso que el derecho – que impone obligaciones de todo tipo a sus súbditos – sólo puede ser perentorio y exigir el acatamiento de sus mandatos, si el mismo es *legítimo*. Como recuerda Jürgen Habermas, sólo un derecho legítimo puede ser obligatorio.<sup>47</sup> Y lo mismo ocurre con la especie de obligación que llamamos contractual. La misma para ser obligatoria debe ser legítima. Y la obligación contractual – a diferencia de la que impone el Estado, por ejemplo, una tributaria, o una obligación general de obediencia a las leyes – encuentra su fuente de legitimidad en la voluntad de las partes; en el hecho de que un sujeto ha consentido a obligarse, a modificar y limitar de esa forma su accionar en el futuro. Si no se reconoce este hecho, no se puede distinguir a la obligación surgida de un contrato de una surgida de otra fuente.

Este divague no está demás aquí. Y es que cuando se tiene bien en claro que lo que distingue al contrato es su carácter voluntario toda intención de imponer deberes no creados por las partes o de obligarlos a hacer cosas que claramente ellos no habían querido hacer, es sospechosa. Y, agrego, *ilegítima*. Pues, olvida la fuente de legitimidad del contrato y prefiere otras fuentes de deberes contractuales, desnaturalizando al instituto. Todo esto presenta también un grave problema desde la filosofía política, pues supone una intervención estatal en la vida privada del individuo, y ésta para ser legítima siempre debe estar justificada.<sup>48</sup> Una buena justificación es justamente el hecho que el juez le está obligando a hacer al individuo algo que el mismo había

<sup>46</sup> Terminología de H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, OUP, Oxford, 1982; ver también J. Raz, *Razonamiento Práctico y Normas*, Madrid, 1992.

<sup>47</sup> J. Habermas, *Facticidad y Validez*, Edit. Trotta, Madrid, 1996 y su anterior obra sobre la crisis de legitimación en la sociedad capitalista moderna, *Legitimitätsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt, 1973.

<sup>48</sup> Este problema – el de la coerción del individuo por el estado – es por supuesto, uno de los problemas fundamentales de la filosofía política. Una visión liberal del asunto es la J. Raz, *The Morality of Freedom*, OUP, Oxford, 1986; una “iusnaturalista” es la de J. Finnis, *Aquinas*, OUP, Oxford, 1998.

*consentido* hacer. Una abusiva interpretación de la buena fe socava la fuente de legitimidad del contrato mismo al desplazarla de su normal centro de gravedad.<sup>49</sup>

Pero hay todavía más. Quizás mucho más grave que el hecho notorio de que al contrarrestar la voluntad de las partes y suplantarla por la judicial se deslegitima al contrato, es que se produce un grave ataque a la seguridad jurídica – alma mismo del contrato. El contrato es el reino de la seguridad jurídica no por un capricho “liberal” o “economicista”, sino por que, al permitir a las partes hacer un “plan racional del futuro”, les concede beneficios y bienes (entendidos en sentido amplio “moral o ético”) valiosos, que de otra forma no podrían alcanzar.<sup>50</sup> La seguridad en el contrato es un imperativo o exigencia moral.

Y, como la buena fe es, para repetir, un concepto “elástico” y “abierto”, puede llevar a resultados precisamente impredecibles. Los juristas alemanes hace tiempo ya se han dado cuenta, y por ello, luego de haber vivido la “hipertrofia” de la buena fe, han hecho todo lo posible para “domesticar al monstruo”.<sup>51</sup> También los italianos han tomado nota de los problemas que acarrea la buena fe y su plasticidad en la seguridad jurídica. Galgano le dedica páginas memorables y profundas.<sup>52</sup> Y ese gran civilista que fue Rescigno definió bien la encrucijada: “la fortuna de la breve fórmula solo ha acompañado el declive de la certidumbre y a la crisis de la libertad”.<sup>53</sup>

El maestro Philip Wood ha advertido que es deber del jurista evitar las sorpresas – “emboscadas jurídicas” las llama con lenguaje colorido – y recuerda agudamente que “la variedad es bien vista en la vida, en la naturaleza, en el arte. Pero la variedad no es adecuada para el derecho (de los contratos)”.<sup>54</sup>

Todas estas sabias palabras deben servir de sobria advertencia a la hora de recurrir demasiado rápido a conceptos “abiertos” para imponer soluciones no previstas mediante labores “interpretativas” – sean o no ellas mismas encaradas de buena fe.<sup>55</sup>

A continuación, en el siguiente apartado, haré un breve análisis de dos casos para ver como la interpretación de buena fe del contrato puede llevar, precisamente por su carácter deslegitimante, inseguro y de radical indeterminación, a soluciones que son producto del mero arbitrio (o en el peor de los casos, capricho) de los jueces, y no de la voluntad de las mismas.

### **Krell v. Henry, doctores intercambiables y el abuso de la buena fe**

(a) *Krell v. Henry y la buena fe como creadora de figuras jurídicas inexistentes y ajenas a nuestra tradición*

<sup>49</sup> Y aquí quizás conviene repetir un *disclaimer* implícito en el texto: insistir en el carácter voluntario del contrato no equivale a suscribir una teoría voluntarista del contrato o *will theory*, del cual Charles Fried es el más notorio exponente contemporáneo. Sólo se insiste en la no legitimidad del juez para imponer sus obligaciones. Para teorías no voluntaristas convincentes, ver J. Raz, n. 1 *supra*; J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, 2001 (trad. y excelente prólogo de Cristóbal Orrego); J. Gordley, “Moral Foundations of Private Law”, *Notre Dame Law Review*, 2001; D. Kimel, *From Promise to Contract*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

<sup>50</sup> J. Finnis, “Natural Law: The Classic Tradition”, apartado “Contract Law”, en Coleman y Shapiro, *The Oxford Handbook for the Philosophy of Law*, OUP, Oxford, 2002.

<sup>51</sup> Ver Whittaker y Zimmermann, ob. cit. pag. 22.

<sup>52</sup> F. Galgano, *Negocio Jurídico*, pag. 455 y sgts.

<sup>53</sup> Citado por Galgano, ob. cit. pag. 456; agrega prudentemente este maestro que de la certidumbre y de la libertad han irradiado, con una crudeza de tonos desconocida, otros instrumentos del pensamiento, tendientes al egoísmo.

<sup>54</sup> P. Wood, “Comparative Financial Law” en R. Cranston, (ed), *Making Commercial Law*, OUP, Oxford, 1997, pags. 31 y 32. Las páginas de Recaséns Siches también son aquí dignas de ser citadas: *...Sin seguridad no hay derecho, ni bueno, ni malo ni de ninguna clase. Es verdad que además el derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay derecho de ninguna clase...la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico.* .L. Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, México, Edit. Porrúa, pag. 224

<sup>55</sup> De pasada, me gustaría recordar que existe un fuerte argumento económico a favor de la interpretación del contrato en términos subjetivos y no objetivos. Sin embargo, dado el prejuicio (hasta cierto punto justificado) negativo en contra de este tipo de análisis, sumado al hecho incontrovertible que la eficiencia debe ser perseguida siempre en un marco ético (o moral), omito este argumento (que, sin embargo, es uno más a favor de la presente tesis). El interesado en la posición económica hará bien en recurrir al excelente trabajo de los Profesores A. Schwartz y R. E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, publicado en el *Yale Law Journal*, 2003.

Para hacer notar como la interpretación de buena fe de un contrato puede llevar mucho más allá de lo que las partes dijeron – e incluso, a modificar sustancialmente el derecho de contratos, voy a recordar en primer lugar el famoso caso de *Krell v. Henry*<sup>56</sup>, uno de los que se agrupa comúnmente bajo el nombre de los “*coronation cases*”. Como se sabe, los *coronation cases* tuvieron como trasfondo la suspendida coronación del Rey Eduardo VII. La trascendencia e importancia que prestaron los ingleses a la coronación sólo puede entenderse por los dos factores que la condicionaban: era la primera coronación en más de 70 años (luego del largo reinado de la madre de Eduardo, Victoria), y el Imperio Británico se encontraba en un apogeo que, para ser sinceros, supera ampliamente al poderío norteamericano de nuestro tiempo.

Los hechos del caso son bien conocidos. El Sr. Krell aprovechó la situación de la coronación para ganarse un poco de dinero extra. Procedió a ofrecer en alquiler los balcones de su casa (“*flat*”) para observar los festejos. Al suspenderse la celebración con anticipación, el demandante decidió solicitar el “*discharge*” u orden de no pago, fundándose en la doctrina *del common law* de la *frustration of contract* – doctrina que tenía hasta ese caso, y esto es importante decirlo, aplicación solo en casos de *imposibilidad absoluta de la prestación*. La acción del demandante fue exitosa, y la *Court* le eximió de responsabilidad invocando la *frustration*.

Por las más diversas razones, este caso tuvo la capacidad de capturar la imaginación de buen número de nuestros civilistas, al punto que se ha sostenido insistentemente en la consagración del instituto. Así, el Proyecto de Código Civil de 1998 (como también así otros proyectos anteriores, específicamente, el de 1987 y 1993) de la Argentina contiene expresamente una norma que acoge la frustración del contrato. Y, en general, la doctrina cuenta con un gran apoyo, especialmente en la Argentina y en España.

Esto me parece, muy respetuosamente, un craso error. La doctrina de frustración del contrato es radicalmente ajena a nuestra tradición, y aunque no lo fuere, tampoco debería, bajo ningún punto de vista, acogerse. En primer lugar, *Krell* es un caso aislado, y uno cuya autoridad expresamente ha declarado *la House of Lords* (per Lord Wright) – “no debe ser extendida”.<sup>57</sup> En términos prácticos, esto es la declaración de muerte de una doctrina en el sistema de *stare decisis*. Y de hecho, esto es lo que ocurrió, pues no hay otro caso relevante en el *case law* de contratos que haya seguido a *Krell*. En segundo lugar, *Krell* fue el único caso de los miles que suscitó la coronación que fue decidido en este sentido (De hecho, un caso resuelto el mismo día rechazó el argumento, *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*<sup>58</sup>). En tercer lugar, la doctrina de *frustration* inglesa es muy distinta a la propuesta en nuestras latitudes, en su ámbito de aplicación y extensión. La *frustration* surgió como respuesta a la tradicional negatoria inglesa de la “imposibilidad de pago”, y es a este tipo de supuestos a la que generalmente se aplica. Nuestro derecho civil, bajo la influencia romana, siempre ha tenido la doctrina del *casus*. Y, por último, la doctrina de la *frustration* en sí es sumamente peligrosa, pues desdibuja la noción misma de lo que es un contrato y por qué las personas los celebran, y abre la puerta a un derecho “a no pagar las deudas”, al decir de Ripert<sup>59</sup>, cosa que ha sido notada por jueces ingleses en casos posteriores a *Krell*, que se han negado a extender la doctrina.<sup>60</sup>

Pero el interés de este apartado no es en criticar la doctrina de la “frustración del contrato” que se pretende incorporar a la tradición civilista. El interés es de demostrar como una mala utilización (abuso) de la “buena fe” como pauta interpretativa puede servir para incorporarla – y ello, a pesar de su no acogida legal y a pesar de que las propias partes no se hayan referido a la misma.

<sup>56</sup> (1902) 2 KB 740.

<sup>57</sup> *Maritime Nacional Fish Co. v. Ocean Trawlers*, 1935 AC 529.

<sup>58</sup> (1903) 2 KB 683.

<sup>59</sup> Citado por M. A. Risolía, en *Soberanía y Crisis del Contrato*, Abeledo-Perrot, 1958, pag. 138.

<sup>60</sup> Notablemente por el prestigioso Lord Radcliffe en *Davis Contractor Ltd. V. Fareham*, 1956, AC 696.

Si bien en la doctrina argentina se ha insistido que la “frustración” está relacionada con la “causa”<sup>61</sup> (cosa que por otro lado no tiene sentido desde que la “causa” es obviamente ajena al derecho anglosajón), no es menos cierto que algunos autores han señalado igualmente que la aplicación del canon de la buena fe en la ejecución e interpretación del contrato también sería suficiente para invocar la doctrina de la frustración.<sup>62</sup> Por lo demás, al no existir en el Paraguay el requisito de la “causa” por expresa decisión del legislador, la herramienta que quedaría en manos de un juez para invocar la frustración sería sin dudas la buena fe.

Y lastimosamente no veo como muy improbable que llegue el momento en que se invoque el art. 714 *in fine* del Código Civil Paraguayo – que impone la interpretación de buena fe del contrato – para pretender hacer ingresar de “contrabando” (no veo otro término aplicable) a la frustración del contrato en nuestro derecho. En el Paraguay ya existe un artículo que reduce el valor de la santidad del contrato en forma lo suficientemente amplia – el art. 672 que permite la revisión del contrato por imprevisión – por lo que se hace absolutamente innecesario incluir esta figura foránea. La doctrina paraguaya que se ha ocupado del tema ha expresado su “vehemente” rechazo a esta fórmula.<sup>63</sup>

Más allá de esto, me gustaría expresar que el ingreso de la frustración del contrato a través del art. 714 – es decir, incorporando deberes implícitos al contrato mediante el proceso interpretativo – supondría la creación de una figura (i) no prevista en el derecho paraguayo, (ii) que es *contrario contractum*, es decir, no solo suplementa la voluntad de las partes sino que verdaderamente la corrige y suprime, y (iii) presenta un claro caso de inseguridad jurídica. Y es que en países en donde rige una cultura judicial tan laxa respecto del deudor - como es el caso del Paraguay -, ¿puede haber alguna duda que la frustración del contrato será una institución más que bienvenida, y que en caso de ser utilizada en exceso, puede llevar a socavar los cimientos del contrato? No creo que pueda dudarse de esto.

*(b) El swapping de prácticas médicas y la creación de deberes contractuales inexistentes*

Otro caso que me gustaría tratar aquí es un caso alemán de 1954 en el cual dos doctores decidieron hacer un “swap” o intercambio del lugar de sus prácticas médicas.<sup>64</sup> El caso se encuentra asimismo debidamente estudiado en la excelente obra sobre la buena fe de Whittaker y Zimmermann, con análisis de las hipotéticas soluciones que darían los diversos sistemas jurídicos europeos realizados por expertos de cada país.<sup>65</sup>

Luego de proceder al intercambio físico de sus prácticas médicas, el demandado encontró que no estaba muy a gusto en su nuevo lugar, por lo que nueve meses después de firmar el contrato decidió volver a su viejo pueblo. El demandante, temeroso de que sus ex pacientes volverían al demandado ante su vuelta inició acciones judiciales y solicitó una medida cautelar para impedir su regreso. El contrato, a pesar de ser extenso y estar bien redactado, no tenía nada en específico estableciendo el “derecho a volver o no”.

El BGH<sup>66</sup>, fundándose en el criterio de interpretación de buena fe del contrato establecido en el art. 157 del BGB, falló a favor del demandante y concedió la medida cautelar. Lo hizo revocando la decisión del Tribunal de Apelación, que había decidido no hacer lugar a la medida por la sencilla razón que las partes no habían previsto nada al respecto, y que imponer un deber sería precisamente un caso de lo que he llamado “contrato hecho por jueces”. Lo que me gustaría destacar aquí es que si bien el BGH no tuvo problemas en crear una obligación “colateral” que el

<sup>61</sup> Por todos, R. Stiglitz, *Objeto, Causa y Frustración del Contrato*; G. Messina de Estrella, “La Causa y el Fin del Contrato”, en Alterini-de los Mozos-Soto, *Contratación Contemporánea*, Tomo I.

<sup>62</sup> Explícitamente: J. Mosset Iturraspe, *La frustración del contrato*, Rubinzal-Culzoni, pag. 113; también defiende esta tesis la Profesora Noemí Nicoulau, en tanto entiende que “no es necesario desarrollar (legislativamente) el principio de la frustración del fin pues ante supuestos de hecho concretos, sería posible solucionarlos apelando al principio general de la buena fe...”. Ver artículo “La frustración del fin”. *Rev. La Ley*, 1993, p. 882.

<sup>63</sup> Moreno Rodríguez, Jose, *Teoría de la Causa*, Edit. Intercontinental, Asunción, pag. 383.

<sup>64</sup> BGH, 18 de diciembre de 1954. El caso se encuentra en el excelente casebook de H. Beale, A. Hartkamp, H. Kotz y D. Tallon, *Contract Law, cases, materials and text*, Hart Pub., Oxford, pag. 579.

<sup>65</sup> Whittaker y Zimmermann, ob. y loc. cit.

<sup>66</sup> Tribunal Supremo federal alemán.

médico en cuestión claramente no consideró jamás existente en su razonamiento práctico (pues de hecho, nunca existió en el contrato, por lo que mal pudo haberle creado una razón para actuar en ese sentido), el lenguaje empleado es extremadamente cuidadoso e insistente de que en realidad sólo se está “dando lo que las partes presuntamente hubieran decidido si hubieran tenido el tiempo de pensarlo” y que no se trataba de una “extensión del contenido del contrato”, a pesar del hecho notorio e incontestable de que *sí se trataba de una extensión del contrato y de que es imposible saber que hubiesen hecho las partes de haber tenido el tiempo de negociar la cláusula correspondiente*. (¿O es imposible conjeturar que el médico que ahora demanda haya sido un médico de segunda categoría o con mala fama en su ciudad y que ello haya afectado la suerte del demandado, por lo que exigirle que se quede en aquella ciudad podría terminar arruinándolo? Etcétera. Las posibilidades hipotéticas acá son ilimitadas, y bajo condiciones fácticas, puede demostrarse claramente que el deber impuesto por el juez perjudica a una de las partes.<sup>67</sup>)

Insisto: el lenguaje de los jueces del BGH, en el sentido de que no están imponiendo obligaciones sino solo interpretando el “espíritu” de las partes no puede ocultar el hecho notorio de que *sí lo están haciendo* – más allá de la justicia o no del caso. Y, por otro lado, *es altamente sugestivo que decidan auto-justificarse de esta manera, a insistir una y otra vez que solo están interpretando el contrato, la voluntad presunta de las partes, etc.* Es obvio que existe una intención de disimular lo que se está haciendo, y el hecho que los propios jueces sean renuentes a reconocer que los mismos “hacen el contrato” en esos casos da que pensar. *¿Por qué la renuencia si no se está haciendo algo que parece incorrecto?*

En consecuencia, en este caso parece posible advertir que el principio de buena fe es utilizado en realidad para desconocer la voluntad de las partes, imponer deberes no previstos (lo opuesto al contrato, que impone deberes a futuro pero que son obligatorios por qué se *consintió* a ellos) y finalmente, perjudicar a una de las partes (¿equidad?).

La misma interpretación del BGB puede darse en el derecho paraguayo bajo el amparo del art. 714, que contiene la misma idea del apartado 157 del Código Alemán.

Y este caso – son infinitos otros que se pueden imaginar – también da que pensar sobre el rol de la buena fe, especialmente, si el juez bajo cuyo ejido se encuentra el juicio es un juez “cadí”.

#### ***4½ sugerencias para evadir al juez cadí***

Si el lector tuvo la fortaleza de llegar hasta esta altura del trabajo, no sería ilegítimo que me impute que he incumplido mi promesa de “no hablar mal de la buena fe”. Pero no es que no me guste la buena fe. Al contrario; suscribo letra por letra la frase de ese jurista de inigualable visión que fue Marco Aurelio Risolía: “El derecho se baña íntegro en el agua lustral de la buena fe”.<sup>68</sup> Por ello, debe quedar en claro que no estoy “hablando mal de la buena fe” en sí, sino más bien de *cómo se la usa o se quiere utilizarla, o mejor, de los abusos que se cometen o pueden cometerse con ella*.

La mala utilización de la buena fe o su abuso por parte de tribunales puede llevar a la multiplicación de “contratos hechos por los jueces”, a la deslegitimación de cada contrato e incluso tener implicancias sobre la seguridad jurídica. La presencia potencial o real de jueces cadí complica todavía más el panorama. Entonces: ¿Cómo evitar que los males del abuso de la buena fe se multipliquen, si el propio derecho positivo (en este caso, el Código Civil Paraguayo) impone la obligación de interpretar el contrato de buena fe?

La cuestión no es sencilla y no puede ser resuelta de un plumazo o en forma matemática, con un algoritmo. Me animo, sin embargo, a proponer cuatro sugerencias y media que pueden tender a evadir al juez cadí, o al menos, a minimizar su influencia en el desarrollo del derecho de los contratos.

<sup>67</sup> Fíjese, por ejemplo, el impecable razonamiento del comentarista francés en este caso en Whittaker y Zimmermann, ob. cit., pag. 484, negándose a “imponer” una obligación que las partes no previeron.

<sup>68</sup> M. A. Risolía, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Abeledo-Perrot, 1958, pag. 205.

(1) *Presunción fuerte a favor de la interpretación subjetiva del contrato*

La primera sugerencia es más bien directa, pues responde a la *quaestio juris* que habíamos planteado más arriba: ante un sistema como el paraguayo, que acoja los criterios subjetivos y objetivos de la interpretación del contrato, ¿cuál de estos criterios debe primar?

La respuesta es: debe existir una fuerte presunción a favor de la interpretación del contrato respetando la voluntad y términos de las partes.<sup>69</sup> Como expresa en términos (siempre claros y perentorios) Medicus, “*en caso alguno puede el juez establecer simplemente su propia valoración subjetiva en lugar de las queridas por el legislador o por los contratantes*”.<sup>70</sup> Este excelso jurista justamente se concentra en dos de los rasgos problemáticos de la buena fe en la interpretación del contrato que he sugerido ya en este artículo: la misma puede suponer la deslegitimación del contrato (“en lugar... de los contratantes”), y asimismo, una intervención del juez en lugar de la ley (...“por el legislador”).

Por otra parte, esta presunción a favor de la interpretación subjetiva debe ser *fuerte*, en el sentido que sólo debe ser rebatible en casos extremos. Dicho de otra forma, debe primar la interpretación subjetiva del contrato siempre, salvo que exista una manifiesta o extraordinaria necesidad de recurrir a factores objetivos, especialmente, la buena fe. En las palabras de Larenz, debe existir un verdadero “estado jurídico de necesidad”.<sup>71</sup>

Por último, en caso que el juez decida optar por “hacer el contrato”, debe correr con la carga de la prueba, con el *onus*; es decir, debe exponer y justificar su decisión en la forma más detallada posible, de manera que la misma no se presente como arbitraria o caprichosa sino todo lo contrario. Y, debe dejar bien en claro que no se trata de un supuesto de “interpretación de la voluntad implícita (o presunta, o tácita, o lógica, etc.) de un contrato, sino más bien, de imposición heterónoma de deberes contractuales. Debe dejarse en claro, en síntesis, de que el juez “ha hecho el contrato, *rectius*, la obligación contractual”.

(2) *Distinguir, distinguir, ¡distinguir!: la lección del common law inglés*

Una segunda sugerencia es la de distinguir claramente entre los distintos supuestos fácticos que llegan para interpretación de un tribunal.

Así, hemos adelantado en primer lugar más arriba la opinión (obvia, pero en ocasiones perdida de vista) de que no es lo mismo interpretar el contrato negociado o paritario que el contrato por adhesión o el contrato de consumo. Resulta bastante claro que la presunción señalada en el párrafo anterior aquí carece de sentido, ya que el *substrato mismo del caso y del contrato varía radicalmente*. La legitimación que hablamos ya no existe en el contrato con cláusulas predispuestas, desde que sólo una parte legisla para ambas. Es ilógico, en consecuencia, buscar la “intención común” de las partes, cuando hay una intención claramente unilateral.

Otras distinciones que me parecen fundamentales son lecciones que nos llegan desde el inmemorial *case law* del *common law*.

Como es sabido, gran parte de lo que trataría un juez civilista al interpretar de buena fe un contrato, un juez inglés lo haría a través de la doctrina de los “implied terms”.<sup>72</sup> El juez se ocupa de insertar cláusulas contractuales a los contratos, términos que estarían “implícitos” en el plexo

<sup>69</sup> La presunción es similar a la que hizo Stuart Mill a favor de la libertad: “[T]he burden of proof is supposed to be with those who are against liberty; who contend for any restriction or prohibition.... The a priori assumption is in favour of freedom...”. J. Stuart Mill, *On Liberty*, 1991 [1859]: pag. 472.

<sup>70</sup> D. Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales*, Edit. Bosch, Barcelona, pag. 78.

<sup>71</sup> Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*; citado por Medicus, *idem*. anterior.

<sup>72</sup> Excelente estudio de esto en J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, OUP, Oxford, 2002, pag. 145 y sgts; E. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave, 2003. Los “implied terms” serían, además, parte del *ius dispositivum* de nuestros Códigos Civiles.

contractual, ya que, de lo contrario, el negocio no tendría “eficacia comercial”.<sup>73</sup> Como expresó MacKinnon LJ, se trata de una disposición contractual tan obvia que debe explicitar la reacción “Oh, ¡por supuesto!”.<sup>74</sup>

La primera distinción que surge entonces es la siguiente: los ingleses no ven a los *implied terms* como términos insertados por jueces para “moralizar” el contrato, sino para favorecer el tráfico jurídico (“la eficacia comercial”). La diferencia puede parecer nimia, pero, a mi modo de ver, es mayor.

En segundo lugar, los jueces implican cláusulas sólo en casos extremos, siguiendo así la presunción ya señalada arriba.<sup>75</sup>

En tercer lugar, en el *common law* se hace otra distinción que me parece sumamente útil. Las cortes inglesas han distinguido entre dos categorías de casos. (i) En la primera, cuando se está ante la existencia de un contrato que es de redacción extensa o detallada – es decir, cuando estamos ante un contrato en serio – los tribunales y jueces ingleses casi con seguridad *no insertarán* cláusulas implícitas.<sup>76</sup> Y ello, por más que existan lagunas o cláusulas que *prima facie* no parezcan demasiado razonables.<sup>77</sup> (ii) En el segundo caso, cuando el contrato sea extremadamente breve o ligero – cicatero en contenido contractual, por así decirlo – los jueces estarán más dispuestos a incorporar términos. Sin embargo, aquí hay una nueva distinción. En este segundo supuesto los jueces dejan bien en claro que están legislando, en el sentido que en su sistema de *stare decisis* están fijando una norma que se aplicará a la generalidad de los contratos que tengan un contexto parecido.<sup>78</sup> Queda claro que los jueces realmente están “haciendo” el contrato, pero no solo para ese caso sino para todos los futuros casos similares. Esto lo pueden hacer, claro está, dado su sistema de precedente vinculante.

Estas valiosas distinciones sirven para frenar la posible intervención del juez *cadí*.

### (3) *Tipificación precisa de deberes impuestos en base a la buena fe*<sup>79</sup>

Otra sugerencia que tiende a reducir los problemas que acarrea interpretar libremente de “buena fe” un contrato es la de “exigencia de tipificación de los comportamientos según la buena fe”. Se entiende. Si uno de los peligros de una libre interpretación de contratos según la buena fe es, como hemos apuntado más arriba, el menoscabo de la seguridad jurídica, una forma de contrarrestar a la misma es de delimitar claramente esa “cláusula general” o “indeterminada”.

Lo que se busca es, para recordar, “domesticar al monstruo”. Y una forma sabia de hacer ello es tipificar o establecer una lista de los casos en los que los jueces estarán más dispuestos a modificar el contenido o la intención contractual, de forma tal a que no se produzca una “emboscada jurídica”. Como ha dicho bien Mengoni,

*El Juez debe tener a su disposición un catálogo de tipos normales de comportamiento y de standards de valoración aceptados socialmente, que le ofrezcan líneas directrices, criterios orientativos para la búsqueda de la decisión.*<sup>80</sup>

La doctrina, muy especialmente la alemana e italiana, ha seguido estas indicaciones y ha intentado ir sistematizando al mayor grado posible estos deberes.<sup>81</sup> Sin dudas se trata de un buen

<sup>73</sup> El término es del famoso caso decimonónico *The Moorcock*, de 1889. Al respecto, ha dicho MacKinnon LJ que se trata del “último recurso del abogado en apuros”.

<sup>74</sup> *Shirlaw v. Southern Foundries*, 1939 2 KB 206.

<sup>75</sup> Algo parecido a esta presunción rige en el derecho inglés: ver *Philips Electronique v. BSB Ltd.* 1995, EMLR, pag. 472.

<sup>76</sup> Ver Beatson, ob. cit. pag. 146.

<sup>77</sup> *Luxor Ltd. V. Cooper* 1941, AC 108, pag. 137.

<sup>78</sup> *Liverpool City Council v. Irwin*, 1977, AC 239.

<sup>79</sup> Ver el excelente y profundo desarrollo de Galgano, ob. cit. pags. 455 y sgts. Dicho sea de paso, la preferencia de Galgano por el criterio objetivo por sobre el subjetivo solo puede entenderse en el contexto que este excelso jurista italiano exige la tipificación precisa de los deberes de buena fe.

<sup>80</sup> Citado por Galgano, ob. cit. pag. 461.

remedio, aunque es obvio que no puede curar del todo la enfermedad. Especialmente si consideramos que, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, carecemos de una regla firme de *stare decisis*, lo que hace que el precedente no necesariamente obligue al juez en otro caso similar. La disparidad de criterios jurisprudenciales en el Paraguay es especialmente endémica, por lo que la intensidad positiva de este camino puede dudarse. Pero es una buena alternativa para reducir el ámbito de actuación del juez cadí.

#### (4) *Hacia una “Judicatura de la Virtud”*

La presente sugerencia es mucho más amplia que las anteriores, en tanto que no se limita al problema de la interpretación del contrato, y además, escapa los confines de la dogmática jurídica para entrar en el campo de la filosofía jurídica y moral. Me parece, sin embargo, una sugerencia más que válida.

Los últimos treinta años de filosofía moral – en especial, tras el estrepitoso fracaso del positivismo lógico y de los que intentaron reducir la moral a la “meta-ética”<sup>82</sup> – han sido caracterizados (hasta cierto grado) por “reverdecer de las fuentes”, que en este caso se refiere a la ética aristotélica, también llamada “ética de la virtud” (“*virtue ethics*”).<sup>83</sup> Justamente, en un perenne ensayo<sup>84</sup>, la brillante filósofa Elizabeth Anscombe había señalado que las dos tradiciones dominantes – la utilitarista y la kantiana deontológica – estaban agotadas y sólo quedaba el regreso al Estagirita, quién ha dejado de ser parte de la “historia” para volver a ser punto de referencia y partida.

La ética aristotélica se concentraba en las virtudes, que son las disposiciones del ser humano hacia la excelencia, a la buena vida. De entre estas virtudes, Aristóteles resaltaba muy especialmente al coraje, la templanza, la magnanimidad, el orgullo, el valor, la justicia, la sabiduría teórica y (la más importante en el derecho) la *prudencia* o sabiduría práctica.<sup>85</sup> Recientemente se ha propuesto ingeniosamente adaptar las virtudes aristotélicas a la función del juez, de forma tal a tener una verdadera “Judicatura de la Virtud”.<sup>86</sup> Ésta insiste más en el carácter y disposiciones virtuosas del juez que en su formación meramente técnica (las falsas promesas de las “escuelas judiciales”) o de su ideología (los debates absurdos que se dan en la Corte Suprema Norteamericana). Como se ha dicho,

*Las teorías centradas en las virtudes responden a la pregunta: ¿Cómo deben juzgar los jueces los casos que se les presentan? La teoría de la virtud responde de la siguiente manera: los jueces deben decidir los casos de acuerdo con las virtudes, o bien, los jueces deben emitir los fallos que serían idealmente hechos por un juez virtuoso.*<sup>87</sup>

¿Cuáles serían estas virtudes aplicadas al rol del juez? De entre las virtudes de la judicatura que se deberían resaltar, se encuentran (en forma resumida):

*a. Sobriedad o templanza judicial:* sería el paralelo de la virtud aristotélica de la templanza. El buen juez debe tener la capacidad de controlar sus emociones y apetitos y no permitir que las mismas influyeran sus decisiones. En contrapartida, un juez libertino que se

<sup>81</sup> Ver, por ej. el desarrollo de Galgano, ob. cit., en pag. 461 y sgts.

<sup>82</sup> Para un representante influyente del positivismo lógico en la moral (emotivismo), ver A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, 1936; para uno de la analítica “meta-ética”, ver R. M. Hare, *The Language of Morals*, 1958. Estas posiciones han sido tantas veces refutadas que no se a quien referirme para ello. Quizás la *Teoría de la Justicia* de Rawls, de 1971, pueda considerarse como el comienzo de su debacle final. Una buena refutación es la de B. Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard, 1984.

<sup>83</sup> Buenas obras al respecto: A. MacIntyre, *After Virtue*, ND Press, 1981; P. Foot, *Virtues and Vices*, OUP, 1978; P. Geach, *The Virtues*, Cambridge, 1978.

<sup>84</sup> E. Anscombe, “Modern Moral Philosophy”, *Philosophy*, 1958, pag. 1 y sgts.

<sup>85</sup> Ver en general Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, en *The Basic Works of Aristotle*, editado por Richard McKeon, Modern Library Classics, 2001.

<sup>86</sup> Esta sección debe muchísimo al excelente trabajo de L. Solum, desplegado, por ejemplo, en “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging”, 34 *Metaphilosophy* 178 (2003).

<sup>87</sup> Idem anterior.

somete repetidamente a los placeres puede permitir que los mismos terminen interfiriendo con sus tareas.

*b. Coraje judicial:* La virtud aristotélica del coraje encuentra su correlato en el juez corajudo, es decir, aquél juez que está dispuesto a arriesgar su cargo y reputación en aras a la justicia. El juez timorato es, precisamente, antípoda del juez corajudo.

*c. Inteligencia o sabiduría judicial:* se trata de la virtud correspondiente a la sabiduría teórica aristotélica (*sophia*). Es el correctivo para los vicios de ignorancia o estulticia judicial – el juez que ignora el derecho y las teorías del derecho. Esta virtud se refiere a la excelencia en la comprensión y teorización del derecho, pues un buen juez debe dominar el conocimiento del derecho y poder participar de los más sofisticados debates.

*d. Prudencia o razonabilidad judicial:* el buen juez debe tener la sabiduría práctica de poder determinar que es bueno y que es malo en cada caso. Se trata de la virtud perenne de la *phronesis* o *prudentia*. El juez prudente ha adquirido la excelencia en los objetivos a perseguir en cada caso concreto; como diría Karl Llewellyn, el buen juez tiene el “sentido de situación”<sup>88</sup> (de “contexto” – “*situation sense*”); al ubicarse en un caso debe poder entender todas las aristas del mismo para llegar a la mejor solución.<sup>89</sup>

Por otra parte, a las *virtudes* de la judicatura pueden oponerse los *vicios* de la judicatura, que serían los siguientes: la corrupción, la cobardía cívica, mal genio, incompetencia y la imprudencia. Al asociar estos vicios a un juez, automáticamente podemos saber que es lo contrario de la “judicatura de la virtud”.

En suma, y para no ahondar en un tema que exige un tratamiento mucho más completo, me parece que ensalzar una “Judicatura de la Virtud” ayudaría en gran parte a evitar los problemas que pueden surgir del abuso de la buena fe (obviamente, esta teoría tiene una aplicación mucho más amplia). Un juez con todas estas virtudes será respetuoso de la voluntad de las partes, y evitará introducir su opinión disfrazada como una norma jurídica, y sabrá determinar los casos extremos en los que la presunción por la interpretación subjetiva debe revertirse.

La “Judicatura de la Virtud” es, en muchos sentidos, antípoda del *kadijustiz* weberiano.

(1/2) ¿Objetivar la buena fe? La propuesta de Gordley

Había adelantado que iba a ofrecer cuatro sugerencias y media para poner coto al juez *cadí*. Podría preguntarse por qué digo “y media”. La respuesta es que esta última sugerencia – que la hago siguiendo al brillante comparatista James Gordley – la hago justamente a medias, pues aún no estoy del todo convencido.

Este Profesor norteamericano ha dedicado gran parte de sus esfuerzos intelectuales para demostrar que sólo la tradición aristotélica-tomista puede explicar el derecho contractual moderno, y muy especialmente, las categorías de justicia distributiva y conmutativa. Esta última, dice Gordley, se basa en el principio de “igualdad en el intercambio”<sup>90</sup>, y es el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Gordley explica, asimismo, como el abandono de las ideas aristotélico-tomistas ha sido la causal de gran parte del desarreglo conceptual que existe en el derecho de los contratos en la modernidad.<sup>91</sup>

En un reciente artículo en el que se ocupa específicamente de la buena fe<sup>92</sup>, Gordley nota (como lo hemos hecho más arriba), que el problema de este instituto se explica en el hecho que se

<sup>88</sup> K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little; pags. 59-61.

<sup>89</sup> Esta virtud debe distinguirse de la del juez que tiene la inteligencia o sabiduría judicial (c). Éste es un maestro del derecho teórico, pero no necesariamente puede saber (o en algunos casos, *querer*) llevar dicho conocimiento a la práctica. Sólo el juez con la debida prudencia judicial sabe cuando llegar a un determinado resultado.

<sup>90</sup> J. Gordley “Equality in Exchange”, 1981, 69 California Law Review, pag. 1587 y sgts.

<sup>91</sup> J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, OUP, Oxford, 1991.

<sup>92</sup> J. Gordley, “Good Faith in the Medieval *Ius Commune*”, en Whittaker y Zimmermann, ob. y loc. cit.

lo considera un concepto “eminente indefinible”.<sup>93</sup> Como solución a este galimatías, Gordley (además de proponer una lista definida o tipificada de casos de buena fe) deja entrever que una *objetivación* o “cierre de la cláusula general” sería la solución, y que la misma puede encontrarse en los trabajos del jurista medieval Baldo. En otras palabras, “nada nuevo bajo el sol”. Baldo había utilizado la postura de la justicia conmutativa de la tradición clásica para identificar a la buena fe con la “igualdad en el intercambio”. Este principio, según Gordley, ayudaría a explicar porque en ciertos casos las partes están obligadas por obligaciones que ellas mismas no introdujeron expresamente o porque en algunos casos no son obligatorias las cláusulas que ellas mismas previeron.

A pesar de la profundidad y eminencia del expositor, me mantengo en la postura de dejar esta sugerencia como “½” sugerencia. En primer lugar, pues como el propio Gordley reconoce, de aceptarse esta sugerencia ya no estaríamos hablando de la buena fe, sino de otro concepto, “la igualdad en el intercambio”.<sup>94</sup> En segundo lugar, creo que en el tratamiento de Gordley se pasa por alto que el derecho ha cambiado sustancialmente desde la época de Baldo, razón por la cual muchas veces su análisis ha dejado de ser válido para nosotros. No me queda claro – aunque reconozco que la cuestión amerita más discusión – si la buena fe tal cual la expone Baldo es la misma que la que está contenida, por ejemplo, en el Código Civil Paraguayo. En tercer lugar – y esta es la objeción más importante – me parece que el concepto de “igualdad de intercambio” de Gordley es, a su vez, tan indeterminado o difícil de definir como el de la “buena fe”. Para ser irrespetuoso: ¿no estaríamos cambiando gato por liebre? ¿No es posible subsumir indefinidamente la “igualdad en el intercambio” y transformarla en un nuevo concepto “plástico”, “indeterminado”, etc.?

Se que para Gordley ello no es así; el diría que este criterio es objetivo, y tiendo a estar de acuerdo con él. Pero ese no es el problema. ¿Cuántos jueces tienen la formación teórica y clásica de Gordley, o la suficiente prudencia o sabiduría para no expandir *ad infinitum* este concepto? ¿No será igual de fácil decir en base a la “igualdad en intercambio”, un número indefinido de “tal y tal...(solución jurídica)”?

En el fondo, sin embargo, la idea subyacente de Gordley es sumamente atractiva. Y me parece que es la misma que he venido trabajando en este ensayo. Interpretar el contrato de buena fe requiere de esfuerzos de domesticación de este concepto, para delimitarlo y aminorar los casos en que pueda convertirse en opción de sustituir y tomar el lugar de las partes sin más.

### ***A modo de colofón***

Existen razones muy buenas para señalar, con Atiyah, que la expresión “contratos hechos por jueces” es un solecismo que debe ser evitado al máximo. La buena fe es uno de los conceptos más preciados del derecho: ni yo ni nadie puede hablar mal de ella, pero sí puede hacerlo de su abuso, de los “contratos hechos por jueces”. La existencia de éstos es especialmente posible en sistemas jurídicos como el paraguayo, que a la par de criterios subjetivos de interpretación, incorporan reglas objetivas de gran potencial, como la buena fe. Llamar la atención sobre esta realidad ha sido el principal objetivo de este ensayo. Pero para no caer en el error de la crítica por la crítica misma – el vano “criticísimo” – he intentado sugerir 4½ herramientas para evitar los contratos hechos por jueces y sujetar a la cláusula general de la buena fe a cánones más precisos. Las sugerencias no pretenden llevar a la buena fe al ostracismo jurídico, sino más bien todo lo contrario: guiar su correcta utilización en forma rigurosa y respetuosa de los demás valores del ordenamiento. Espero que las mismas sean de utilidad para los operadores jurídicos, y tengo la esperanza que el debate se enfoque hacia ahí en el futuro.

Y, por último, no estaría demás dejar en claro que si he emprendido quizás un trabajo demasiado crítico, *lo he hecho de buena fe*.

---

<sup>93</sup> Idem. pag. 116.

<sup>94</sup> Idem. pag. 117.