

LAS DESIGUALDADES NEGOCIALES Y LA TRASCENDENCIA DEL PODER EN LA NEGOCIACIÓN CONTRACTUAL*

*Lidia M. Rosa Garrido - Cordobera***

RESUMEN

Fecha de recepción: mayo 1° del 2008
Fecha de aceptación: mayo 30 del 2008

Se plantea la necesidad de analizar conforme a la moderna teoría general del contrato, recurriéndose al análisis económico del derecho y a los principios jurídicos, el proceso de negociación contractual y las diferentes categorías contractuales (contratos discrecionales, contratos de adhesión y contratos de consumo), analizándose la problemática de las cláusulas y de la interpretación conforme a la buena fe.

Palabras clave: contratos, análisis económico, negociación, contratos negociados, contratos de adhesión, contratos de consumo, buena fe.

* Artículo de reflexión realizado por la autora para la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina.

** Titular de Privado I en el doctorado de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, Titular del doctorado en la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Especialidad en derecho ambiental de la Universidad Católica Argentina. Profesor de la Especialización de Negocios de la UBA

Autora de libros: Anticresis, Privilegios especiales sobre inmuebles, Los daños colectivos y la reparación, Leasing, Anotadora del Código Civil T2 y T3 de Código Civil anotado de López Mesa, Actualizadora de Contratos civiles y comerciales de Garrido-Zago (2 tomos), Coordinadora del Tratado de la buena fe (2 tomos), Investigadora en doctrinas esenciales de la responsabilidad civil (7 tomos), coautora de Leasing inmobiliario con Roque Garrido, autora de capítulos de libros, artículos en revistas argentinas, peruanas, españolas, brasileras y portorriqueñas, conferencista y panelista en eventos nacionales e internacionales. lgarrido@derecho.uba.ar - www.garridocordobera.com.ar

GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* (Ed. Universidad); LÓPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría general de los contratos* (Ed. Zavalia); MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos* (Ed. Ediar); SPOTA A. G. *Instituciones de derecho civil-contratos* (Ed. Desalma); ALTERINI, A. A., *Contratos Teoría general* (Ed. Abeledo Perrot); LORENZETTI, R. *Tratado de los contratos Parte general* (Ed. Rubinzal); PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil* (Ed. Bosch); MESSINEO, F. *Manual de derecho civil y comercial* (Ed. Ejea); DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN A., *Sistema de derecho civil* (Ed. Tecno) Contacto: lidia_garrido@fibertel.com.ar.

NEGOTIATION INEQUALITIES AND TRANSCENDENCE OF POWER IN CONTRACTUAL NEGOTIATIONS

ABSTRACT

Arises the need to analyse according to modern General Theory of contract, use the economic analysis of the law and to the legal principles the process of contract negotiation and different contractual categories (contracts discretionary, membership contracts and contracts of consumption), analysed the problems of the clauses and the interpretation according to the Bona fides.

Key words: *contracts, analysis economic, negotiating, discretionary contracts, contracts of adhesion, contracts of consumption, bona fides.*

I. PUNTO DE PARTIDA

El contrato, tomado cuantitativamente, es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto no ha permanecido inmóvil en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas como puede observarse en diversos estudios sobre el tema. Es un concepto normativo cambiante según las costumbres e implica diferentes situaciones.

La autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades al que técnicamente denominamos contrato y que persigue en nuestra concepción un fin ético y social¹.

En la concepción liberal implica la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido. El respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica llevan a que los contratos no puedan ser revisados o morigerados².

En el derecho argentino con respecto a los alcances de instituto, la doctrina ha sostenido que el artículo 1137 debe unirse necesariamente con los artículos 1167 y 1169, con el fin de completar el concepto, siendo el eje del sistema nuestro artículo 1197, que proveniente del artículo 1134 del Código Civil francés plasma lo que se ha denominado el dogma de la autonomía de la voluntad, coincidiendo con lo

1 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., "La buena fe como pauta de interpretación en los contratos" En: *Tratado de la buena fe en el derecho* (Ed. La Ley); GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit..

2 RISOLIA, M. A. *Soberanía y crisis del contrato* (Ed. Abeledo-Perrot).

expresado por nuestro codificador en la nota del artículo 943 *in fine* que dice que el consentimiento libre hace irrevocables los contratos³.

Sin embargo, con la reforma del año 1968 y la incorporación de los institutos de la lesión, la imprevisión y el abuso de derecho, el ámbito contractual ha cambiado notablemente⁴. También con la posterior sanción de la ley de protección al consumidor.

Conviene recordar que la teoría contractual está estrechamente vinculada a las ideas de cómo la sociedad y el mercado deben ser organizados.

Así, por ejemplo, como lo cita NICOLAU para MACNEIL, el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, para Posner el contrato sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista con el fin de evitar costosas medidas de autoprotección⁵.

En el derecho moderno no podemos pasar por alto la concepción de GHESTIN que se asienta en lo útil y lo justo, se sostiene entonces que se le asocia fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades, si este presenta utilidad social y justicia contractual. Creemos que esta línea de pensamiento nos lleva directamente en el tema de lo justo y a la buena fe contractual.

Lo cierto es que el contrato como expresión humana se encuentra circunstanciado⁶, ubicado en un tiempo-espacio, que en la doctrina alemana configura la base del negocio jurídico⁷ y como categoría es susceptible de diversas clasificaciones teóricas, pero que tienen importancia práctica (contratos consensuados, megacontratos nacionales, internacionales, conexos, de colaboración, civiles, comerciales etc.). Los contratos responden a categorías y conceptualizaciones y por ello hablamos de tipos contractuales englobantes de cada contrato particular⁸.

La evolución y transformación que ha sufrido es evidente, en la actualidad más que un problema de crisis lo que afrontamos es uno de límites, es la adecuación a

3 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit..

4 GARRIDO R. F. ANDORNO L.O. "*Ley 17.711 Reformas al Código Civil*" (Ed. Zavalia).

5 NICOLAU, N. L. "El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato" En: *Tratado de la buena fe en el derecho* (Ed. La Ley).

6 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "La interpretación de los actos jurídicos" En: *Revista Zeus*; GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "Interpretación" En: Garrido R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* (Ed. Universidad) 1ª Edición.

7 ENNECERUS, L, KIPP, T y WOLFF, M. *Tratado de derecho civil* (Ed. Bosch).

8 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "Contratos civiles y comerciales" En: actualización de Garrido R. F. ZAGO J. A. (Ed. Universidad).

las normas de orden público, la moral, las buenas costumbres; recordemos que, con anterioridad a la reforma nuestra jurisprudencia utilizando el artículo 953, referido al objeto del negocio jurídico y los artículos concernientes a la causa, brindaron soluciones justas a situaciones disvaliosas.

El contrato en Argentina tiene su base fundamental en los artículos 19 (libertad de contratación), 16 (igualdad), y 17 (propiedad) de la Constitución Nacional Argentina⁹.

El derecho parte de la **igualdad ante la ley**, esto en cierto modo exige trato de igualdad en las mismas circunstancias (conforme al artículo 16 CN Argentina). Pero los hombres no somos iguales, ni siquiera puede considerárenos fungibles aun en la masificación mantenemos el principio de identidad.

El hecho de que una parte tenga menor poder de negociación¹⁰ que otra puede ser decisivo, el mero consentimiento de las partes, si ellas están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato.

En esta corriente jurídica JOSSERAND señaló que la defensa del débil jurídico es la preocupación esencial del derecho moderno.

La función de protección de la debilidad jurídica es llevada a cabo muchas veces mediante la coordinación, como un mínimo inderogable que condiciona la autonomía privada sobre el que se construirá el contrato estableciéndose ciertas normas cargadas de orden público que no pueden ser vulneradas, por ejemplo, la dispensa de dolo o las cláusulas exonerativas de responsabilidad en materia de consumo¹¹.

En efecto la desigualdad de hecho es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato, cuando una parte puede abusar es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas, y así, según LARROUMET en nombre de una igualdad muchos contratos son sometidos al dirigismo¹².

El dirigismo tradicionalmente se hace fuerte en los contratos de adhesión, pero no se aplica solamente a consumidores contra profesionales sino también a profesionales entre sí y la trasgresión se sanciona con la nulidad.

9 Cabe recordar los clásicos fallos de la Corte Suprema Cine Callo, Horta, Ercolano, Peralta y más recientemente los referidos a la emergencia económica, Smith, San Luis, Bustos.

10 VALLESPINOS, G. *El contrato por adhesión a condiciones generales* cit.; GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; Mosset Iturraspe, J.- "Contratos" cit.

11 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; VALLESPINOS, C. G. *El contrato por adhesión a condiciones generales* (Ed. Universidad).

12 ALTERINI A. A. "Contratos, teoría general" cit.

Hemos sostenido siempre que el derecho debe atender a las diferentes realidades o distinguir entre megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en igualdad jurídica y los contratos entre quienes son desiguales.

La debilidad ante una posición dominante determina soluciones especiales, que se evidencian en cuestiones de interpretación¹³ o directamente en la recepción expresa de la temática de los consumidores en la República Argentina, primero en la Ley de Protección al Consumidor Ley 24240 y en 1994 con la Reforma Constitucional en el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Recordemos que en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social y no es solo un instrumento de realización de intereses económicos, que tiene una dimensión distinta que debe conllevar a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades¹⁴.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

Como ya lo hemos sostenido en varios trabajos resulta imperativo plantear esta relación, economía y derecho, debido a la tendencia a utilizar el análisis económico del derecho (AED) en materia contractual¹⁵.

La visión positiva que aporta el análisis económico del derecho no solo es explicar cómo es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúan modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños contractuales los costes o beneficios que derivan del incumplimiento, de la aseguración y de la prosecución de los procesos judiciales o las vías alternativas de solución de conflictos¹⁶.

13 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "La Buena fe como pauta de interpretación en los contratos" En: *Tratado de la buena fe en el derecho* cit.

14 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "La negociación contractual y el análisis económico del derecho" En: *Análisis Económico* (Ed. Heliasta); MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. *Contratos, aspectos generales* (Ed. Rubinzal-Culzoni).

15 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. La negociación contractual y el análisis económico del derecho En: *Análisis Económico* cit.; POSNER R. *Economic analysis of law* (Ed. Little Brown Boston); SHAFER, H. B. y OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho* (Ed. Tecnos); TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho* (Ed. Tecno); KORNHAUSER, L. Derecho de los contratos En: *Elementos del análisis económico del derecho* (Ed. Rubinzal Culzoni); PORTO MACEDO JR. R. *Contratos relacionales y defensa del consumidor* (Ed. La Ley).

16 CALABRESI, G. *El costo de los accidentes* (Ed. Ariel Derecho); POSNER, R. *Economic analysis of law* (Ed. Little Brown Boston); GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *¿Sirve al legislador la teoría económica de la eficiencia?, Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio* (Ed. Abeledo Perrot); GARRIDO CORDOBERA L. M. R. "La responsabilidad por la participación en el mercado" (Market Share) en *La responsabilidad* (Ed. Abeledo Perrot); GARRIDO CORDOBERA L. M. R. "Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos la salud y el derecho de daños, En: *Salud, Derecho y Equidad* (Ed. Ad Hoc); GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *La negociación contractual y el análisis económico del derecho en análisis económico* cit.

Pero el derecho tiene como rol el de lograr el equilibrio del mercado, propiciando la correcta asignación de los recursos. Hemos dicho que el **derecho de los contratos** debe ser mirado y elaborado en relación con la eficiencia económica pero sin olvidar la equidad.

En los trabajos pertinentes se observa que al ser el contrato una creación artificial de los juristas para dar solución a los problemas en la satisfacción, en la adquisición de bienes y servicios, y al considerarse el derecho de los contratos como el instrumento para hacer efectivos y eficaces estos intercambios, es que le sería de aplicación los *property rights* como base a partir de la cual se maximice el valor de los bienes¹⁷.

Es interesante que en el análisis económico se parte de la noción del **contrato perfecto**, siendo este el ideal en el cual se han previsto por las partes todas las contingencias y vicisitudes contractuales, pero se reconoce que conlleva un altísimo costo de previsión. Sería el deber ser del contrato, el ideal. El parámetro de referencia al cual debemos acudir.

Estaríamos ante un **contrato perfecto** cuando las partes contratantes antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución, por ejemplo, el cumplimiento perfecto, la imposibilidad, la mora, el cumplimiento defectuoso, la producción de daños etc.

La estructura lleva a imputar el riesgo de una de las partes y a determinar qué prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca alguno de los extremos planteados¹⁸.

Se dice que contrato perfecto solo constituye un juego de ideas o una ficción a la que se recurre como referencia, ya que los altos **costes de transacción**, sobre todo, de información solo permiten contratos cuyos riesgos estén identificados de forma incompleta, pero creemos que tiene una importancia práctica ya que representa el sistema central de referencia del legislador y la jurisprudencia.

SHAFER y OTT en su magnífica obra, consideran que el derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del derecho, es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre los que las partes no se han puesto

17 POSNER, R. *Economic analysis of law* (Ed. Little Brown Boston); SHAFER, H. B. y OTT, CLAUS *Manual de análisis económico del derecho* cit.; TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho* cit.; VV AA SPECTOR H. (Coor.) *Elementos del análisis económico del derecho* (Ed. Rubinzal Culzoni).

18 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *La negociación contractual y el análisis económico del derecho en análisis económico* cit.

de acuerdo, ya sea expresa o tácitamente, de tal forma que se logran maximizar las ventajas del contrato¹⁹.

Por ello, hemos dicho que la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado, en el cual esa alteración no haya sido prevista en el contrato, será la de maximizar racionalmente la utilidad, ello consiste en imputar el riesgo a aquel que puede reducirlo o absorberlo al menor costo.

El derecho determina a posteriori cómo sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión.

También actúa cuando se afecta la base o fundamento del negocio jurídico y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes, sostenemos que indefectiblemente la reconstrucción del contrato perfecto nos llevará a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepte, pero sobre todo a la celebración, interpretación y ejecución de los contratos conforme a la buena fe.

En nuestro derecho institutos como la lesión y la imprevisión son claros ejemplos normativos y la frustración el fin del contrato uno de interpretación jurisprudencial.

El derecho contractual tiene entonces una función que consiste en gran medida en la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencia a través de normas supletorias del contrato.

Para TORRES LÓPEZ que no solo le atañe el derecho como la resolución eficiente de situaciones de incumplimiento de mala fe, sino además los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones que se deriven incluso de la buena fe, señalando también que el derecho cumple una importante función informativa, consistente en el establecimiento de las condiciones generales que eviten la negociación particular de todas las contingencias, se superpone a la autonomía de las partes y solo cuando los beneficios esperados de un apartamiento del sistema de derecho regulado en las normas son superiores a los costes de la modificación, la regla privada contractual aparece como necesaria²⁰.

Al buscar ejemplos concretos en la legislación argentina surgen inmediatamente figuras como el Pacto Comisorio Tácito previsto en el 1204 del Código Civil Argentino y la ya mencionada imprevisión prevista en el 1198 2^{da} parte, los institutos

19 SHAFER, H. B. y OTT, C *Manual de análisis económico del derecho* cit.

20 TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho* cit.

de la lesión, el abuso de derecho, las normas relativas a las garantías de evicción y vicios previstas por el Código Civil y también los de la ley del consumidor, las normas que establecen los alcances de la responsabilidad contractual, etc.

Siguiendo a KORNHAUSER frente al caso se pueden distinguir las aproximaciones que tienen, por un lado la teoría económica del derecho contractual, que ve a la cuestión como la redacción judicial de una cláusula omitida por las partes, de la que tiene la doctrina jurídica que al haber desarrollado categorías conceptuales tales como oferta, consentimiento, objeto, etc., con el fin de poder analizar y ordenar las normas de derecho contractual, realiza una tarea partiendo de clasificar un asunto como de interpretación, justificación o incumplimiento²¹.

El reconocimiento jurídico de la libertad contractual abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad, es la expresión del **principio de autonomía**, pilar básico para la estructura del derecho contractual como lo concebimos, una vez más debemos recalcar que reconocemos esta autonomía dentro de los marcos establecidos por el derecho mediante las normas de orden público y respetando los principios generales del derecho²².

En virtud de esta libertad contractual, cada cual determina por sí mismo con quién quiere mantener relaciones contractuales y a qué debe referirse esta (libertad de contratación) y además, sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora), pero aclaremos una vez más que desde una perspectiva económica solo estaremos frente a un contrato válido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes, a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias²³.

Este planteo es el que lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica, o sea en el sentido de la eficiencia en la asignación del recurso.

Recordemos que las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos igualmente importantes, que el contrato

21 KORNHAUSER, L. *Derecho de los contratos* Elementos del análisis económico del derecho (Ed. Rubinzal Culzoni).

22 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "La interpretación de los actos jurídicos"; En: Revista Zeus cit.

23 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *La negociación contractual y el análisis económico del derecho en análisis económico* cit.; SHAFER, H. B. y OTT, C *Manual de análisis económico del derecho* cit.

se ha concluido de buena fe, suponiéndose que el engaño, amenazas y la influencia de poder o monopólica quedan excluidas.

La reconstrucción del contrato perfecto se realiza mediante la interpretación judicial supliendo la voluntad hipotética de las partes, asumiendo lo que ellas habrían acordado si hubieran contratado con un comportamiento honrado, con un examen calculado de sus intereses según la buena fe, se trata según lo reseñado por SCHAFER y OTT de un criterio objetivo que se refiere a la conducta de partes honradas, en colaboración leal, que hubiesen acordado observando los parámetros de buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa para obtener una compensación justa de intereses²⁴.

Nos interesará en esta oportunidad, dentro del orden público económico, el orden público de protección, ya que tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada la más débil y, particularmente, a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo a la justicia del contrato o mejor dicho a la justicia conmutativa.

III. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y LA ADAPTACIÓN DEL CONTRATO A LAS NUEVAS REALIDADES

Debemos tener presente los fenómenos de la **globalización** y la **internacionalización del derecho**, la presencia de contratos realizados por Internet y de los contratos vinculados; también la tendencia a establecer **normas estatutarias** de protección (contratos de adhesión, consumidores) y el auge de la autorregulación mediante los **contratos atípicos**²⁵.

Por ello es importante reflexionar sobre esta etapa de la negociación contractual.

Solemos decir que es una negociación ideal aquella en la que observemos la presencia de interacción o intercambio entre diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas.

Hay que distinguir si estamos en presencia de partes que estarán vinculadas por un hecho aislado, ejemplo una compraventa puntal o frente a partes que mantendrán un vínculo en el futuro, como el contrato de suministro, ya que en estos casos el

24 SHAFER, H. B. y OTT, C- *Manual de análisis económico del derecho* cit.

25 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Contratos civiles y comerciales* actualización de GARRIDO R. F. ZAGO J. A. cit.; MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. *Contratos, aspectos generales* cit.; ALTERINI, A. A. *Contratos - Teoría general* cit.; LORENZETTI, R. *Tratado de los contratos parte general* cit.

comportamiento será distinto en cuanto a la previsión y dureza de las cláusulas, y al margen de negociación²⁶.

Debe valorarse la existencia de contratos similares o vinculados que las partes tengan con otras personas con el fin de establecer las variables que puedan entorpecer o favorecer la negociación y la necesidad de prever cláusulas especiales.

También es relevante tener en cuenta si estamos en presencia de partes unipersonales o plurales, dado que en este último supuesto puede haber divergencias internas que retarden, al necesitarse la ratificación del acuerdo, la conclusión del contrato y esto puede ser utilizado como arma o estrategia tanto por la parte plural como por la otra en la fijación de cláusulas que afecten el equilibrio contractual²⁷.

En la negociación hay que tener en cuenta la importancia que tiene la información y la veracidad de la misma, ya que ello es determinante para la realización de un contrato, aunque suele sostenerse que cada parte está más preocupada por sus propios intereses que por el bienestar ajeno.

Es necesario y aconsejable en este proceso que cada parte internalice qué podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de obtener el mismo fin con otro sujeto, un análisis de costos y beneficios, tener conciencia del tiempo invertido en la negociación y los márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada.

En la doctrina suele sostenerse que en realidad no importa cuál es el estilo de la negociación si este es cordial o agresivo o si las partes dan a conocer abiertamente sus objetivos reales y márgenes de maniobra, lo importante es que cada parte sepa cuál es la expectativa de rendimiento mínimo eficiente que persigue lograr con el acuerdo²⁸.

Dentro de la teoría de los juegos, el contrato se encuadra en los “juegos productivos” puesto que supone ventajas para todos los protagonistas, tiende a la cooperación para obtener un resultado común de eficiencia. Se supera el “dilema del prisionero” mediante contratos vinculantes, nadie elegiría una conducta no cooperativa dado que el incumplimiento contractual genera daños y perjuicios exigibles por la otra parte conforme al orden jurídico²⁹.

26 Suele hablarse también de contratos aislados o no relacionales y de contratos relacionales.

27 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La negociación contractual y el análisis económico del derecho”, En: *Análisis económico* cit.

28 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La negociación contractual y el análisis económico del derecho”, En: *Análisis económico* cit.

29 SHAFER, H. B. y OTT, CLAUS *Manual de análisis económico del derecho* cit.

Con respecto al desequilibrio entre los contratantes, se dice que debe haber una correlación de fuerzas entre las partes, pues no es posible negociar con un desequilibrio o asimetría insalvable, dado que acarrea en la parte dominante falta de interés y ninguna utilidad al realizar concesiones, un ejemplo de esta situación de falta de correlación se da en los contratos de adhesión.

Aclaremos que siempre al referirnos al **poder** lo hacemos teniendo en cuenta tanto el poder actual como el poder potencial, que es el que deriva de otras interrelaciones que las partes tengan con terceros, sobre todo en el ámbito empresarial.

Es también una manifestación de poder negocial **la información** y vemos que claramente influye en la posición que se adopte, ya que el poseer información relevante o conocimientos de igual naturaleza posiciona mejor en una negociación, permitiendo al que la posee tomar las medidas preventivas necesarias o de acción que más le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato o fijando estrategias.

Se puede contar con la presencia de terceros que realizan ciertos estudios específicos, asesores o técnicos especializados que permiten procesar y establecer la aplicación o incidencia de la información, por ejemplo, a informes técnicos legales, contables, químicos, de producción, mercadotécnicos o ambientales, que deben traducirse al lenguaje común para poder ser evaluados por una parte o por ambas para la toma de decisiones³⁰.

Vemos que la carencia de información en ambas partes es muchas veces el origen de los conflictos o de las ambigüedades que impiden avanzar con la negociación, pero es incuestionable que otras tantas veces uno de ellos puede utilizar la información para demostrar superioridad o para confundir al otro sujeto.

Suele recalcar que los futuros contratantes y, en general, los individuos se comportan como actores egoístas y racionales que operan en función de sus intereses de eficiencia perseguidos, sobre todo cuando van a formalizar un acuerdo contractual, sin embargo, con respecto al clima de la negociación, la cooperación es posible aunque en realidad a una parte le sea indiferente la otra, como en la compra de un atado de cigarrillos en un quiosco al paso, pero también existen situaciones en que la cooperación deriva de la interdependencia o la empatía.

Otro extremo que en la negociación se tiene en cuenta es la **reputación de las partes**, es lo que en el análisis económico se conoce como “mecanismo de *Good will*” que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio

30 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La negociación contractual y el análisis económico del derecho”, En: *Análisis económico* cit.

de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis está tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones³¹.

Las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes, pero hay que tener en cuenta también lo que Williamson llama el comportamiento oportunista, que se da cuando quien ha despertado la confianza en el otro, –que mantiene una actitud cooperativa–, quiebra esa confianza y elige una actitud no cooperativa.

Generalmente, el derecho mediante el juego armónico de sus normas nos permite establecer las consecuencias de las negociaciones tanto en la etapa precontractual, como la poscontractual, permitiéndonos también reordenar al contrato cuando este ha sufrido alteraciones, fijar sus alcances y a través de la aplicación de las teorías de la apariencia, de los actos propios y/o de la buena fe solucionar los conflictos que el tráfico negocial presenta a diario³².

III. 1. LAS DESIGUALDADES EN EL PODER DE NEGOCIACIÓN

Uno de los problemas que ha enfrentado la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera es el reconocimiento de las diferentes realidades o situaciones contractuales³³, muchas veces se habla de modalidades o categorías contractuales con el fin de poder asir estas desigualdades que se dan muchas veces en lo económico y también en el poder de negociación.

Una propuesta de recepción normativa de estas desigualdades la encontramos en el Proyecto Argentino de Unificación de 1998, que considera **contrato discrecional** a aquel cuyas disposiciones han sido tomadas de común acuerdo por todas las partes, **contrato predispuesto** a aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes (cfr. Directiva Consejo de la Comunidad Europea , 93/13, art. 3.2), **contrato a condiciones generales** al que refiere a las cláusulas incluidas en el instrumento del contrato particular que estén separadas de él, y **contrato celebrado por adhesión** al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación (cfr. CC de Québec)³⁴.

31 SHAFER, H. B. y OTT *Manual de análisis económico del derecho* cit. Frente a esto Hume pensaba que solo un demente o un bufón podría renunciar a utilizarlo y está tan extendido dado que ante los costes de información altos para realizar un contrato perfecto los individuos en relaciones estables se apoyan en él.

32 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos”, En: *Tratado de la buena fe en el derecho* cit.

33 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. *Contratos, aspectos generales* cit.; ALTERINI, A. A. *Contratos - Teoría general* cit.; LORENZZETTI, R. *Tratado de los contratos Parte general* cit.

34 Ver artículo 899 del Proyecto de Unificación y nota de elevación.

III. 1.1. Contratos negociados

Los Principios de UNIDROIT establecen que las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido dejándose a salvo las leyes imperativas, el mismo criterio resulta del proyecto de Código Europeo de Contratos, (art. 2º) y de los Principios de Derecho Europeo (art. 1102).

La autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad contractual o autodecisión, esto implica el derecho a contratar o a no contratar y la libertad de autorregulación³⁵. En la Argentina el denominado dogma de la autonomía de la voluntad es considerado un principio general de derecho de fuente constitucional³⁶.

Esta libertad de autorregulación del contrato implica no solo la fijación de su contenido sino también la facultad de modificarlo y de extinguirlo unilateral o bilateralmente.

Se aplican entonces usualmente las disposiciones de los códigos o leyes generales, que consagran el principio de la autonomía de la voluntad y se habla de contrato negociado, contrato plenamente consensuado y hasta de contrato relacional³⁷ pudiendo referirse tanto a personas físicas como jurídicas y siempre teniéndose presente los límites tradicionales de orden público.

Se ha hablado mucho de la crisis de este tipo de contrato por diferentes causas, aun por los institutos que permiten su adecuación vía jurisdiccional³⁸ y para LARROUMET lo que a veces se ha denominado crisis del contrato no es más que la crisis de la autonomía de la voluntad y no un verdadero ocaso del contrato³⁹.

Nosotros creemos que los contratos negociados siguen vigentes para una categoría de sujetos y tipos contractuales y que plasman una porción de la realidad⁴⁰.

35 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; BAROCELLI, S. S. *¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares. Doctrina judicial.*

36 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. *Contratos, aspectos generales* cit.; ALTERINI, A. A. *Contratos –Teoría general* cit.; LORENZZETTI, R. *Tratado de los contratos Parte general* cit.

37 PORTO MACEDO JR. R. *Contratos relacionales y defensa del consumidor* cit.

38 RISOLIA, M. A. *Soberanía y crisis del contrato* cit.

39 ALTERINI, A. A. *Contratos –Teoría general* cit.

40 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Contratos civiles y comerciales* En: actualización de GARRIDO R. F. ZAGO J. A. cit.

III.1.2. Contratos celebrados por adhesión

Señalan GARRIDO y ZAGO que estos contratos constituyen una nueva forma de contratación, en que el consentimiento tiene matices diferentes⁴¹.

Para VALLESPINOS el contrato por adhesión es aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes, y al cual deberá adherir el otro cocontratante que desee formalizar una relación jurídica⁴².

En la Argentina se ha desarrollado desde la década del 80 tanto por los civilistas como por los comercialistas una profusa doctrina y jurisprudencia, estableciéndose pautas para la interpretación de esta categoría contractual⁴³.

En la contratación impuesta suele denominarse también contratos celebrados por adhesión al contrato predispuesto, en el que la parte no predisponente se ve precisada a realizar, la mira está puesta en la aceptación no en la prerredacción o en la sujeción a condiciones generales, la adhesión es un modo de aceptar la propuesta, es común en la contratación masiva, pero puede darse también en la contratación singular (conf. el proyecto argentino de 1998 y el CC de Québec).

Para SPOTA, en esta figura o modalidad contractual solo subsisten la igualdad y la libertad jurídica porque la libertad e igualdad económica están desequilibradas; una de las partes establece los términos, fija todas las cláusulas y a la otra solo le resta aceptar o no, se limita su facultad a la autodecisión⁴⁴.

Pero a veces ni siquiera ella existe cuando se trata de bienes imprescindibles ofrecidos en el mercado únicamente mediante este medio⁴⁵.

III.1.3. Contratos de consumo

Los códigos clásicos no se ocuparon específicamente del consumidor, no obstante se lo consideraba el comprador de la cosa en el contrato de compraventa, el locatario en la locación y la jurisprudencia fue dándole perfiles propios a una categoría⁴⁶.

41 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.

42 VALLESPINOS, G. *El contrato por adhesión a condiciones generales* cit.

43 VALLESPINOS, G. *El contrato por adhesión a condiciones generales* cit.

44 SPOTA A. G. *Instituciones de derecho civil- contratos* cit.

45 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.; BAROCELLI, S. S. *¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares. Doctrina judicial.*

46 ALTERINI, A. A. *Contratos –Teoría general* cit.

Las relaciones entre consumidores y usuarios y proveedores de bienes o servicios han estado tradicionalmente sometidas al derecho comercial por aplicación de las teorías del acto de comercio, hoy es en realidad interdisciplinario o multidisciplinario⁴⁷.

El sistema tiene notas típicas del régimen estatutario como se observa por la consideración especial del sujeto y la función de tutela. La idea de protección es derivada de una idea fuerza, la de la inferioridad de los profanos con respecto a los profesionales.

En cuanto a qué se entiende por **consumidor**, ALTERINI señala que es un tema problemático, recordando que hay definiciones objetivas y subjetivas y ambas tienen componentes o notas positivas y negativas⁴⁸.

Las nociones objetivas suelen exigir que el acto de consumo ponga en contacto a un consumidor con un profesional, y las nociones subjetivas es necesario que el sujeto denominado consumidor destine el bien para su uso personal o de su familia, siendo a veces indiferente la calidad de profesional del otro sujeto.

La definición **objetiva** es adoptada por la legislación argentina, también por la Directiva Europea 93/13, pero en la primera quien adquiere a título oneroso para su consumo o beneficio propio o de su familia puede ser una persona física o jurídica, mientras que la directiva requiere que sean personas físicas y que el contrato no pertenezca al área de su actividad profesional⁴⁹.

La **legislación argentina** en su artículo 2° enmarca a quienes en forma profesional, aun ocasionalmente produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios⁵⁰.

Para el Código de Defensa del Consumidor brasileño, consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final y la relación de consumo se cierra con el proveedor que desenvuelve actividades de producción o comercialización de productos o prestación de servicios.

En el proyecto de Protocolo de defensa del consumidor del Mercosur Comité técnico del 7 de diciembre de 1997 se siguió igual criterio, allí **producto** es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, **servicio** es cualquier actividad

47 MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R. *Defensa del consumidor* (Ed. Rubinzal Culzoni); FARINA, J. *Defensa del consumidor y del usuario* (Ed. Astrea).

48 ALTERINI, A. A. *Estudios de derecho civil* (Ed. La Ley).

49 ALTERINI, A. A. *Estudios de derecho civil* cit.

50 FARINA, J. *Defensa del consumidos y del usuario* (Ed. Astrea).

suministrada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza financiera, bancaria⁵¹.

La Ley 24240 del año 1993 se integra sistemáticamente con las normas de la competencia y lealtad comercial, hay una interpretación en sentido más favorable al consumidor, previsiones en cuanto al recaudo de la formación del consentimiento, la oferta y la fuerza vinculante de la publicidad, revocabilidad de la aceptación de las ventas a distancia, prohibición de condiciones generales sorpresivas, legitimación de las asociaciones, siendo sus normas de orden público.

El decreto-reglamentario había vetado el artículo 40 que establecía la responsabilidad y quiénes eran los legitimados pasivos, pero resultó inoperante ya que se aplicaba el artículo 1113 del Código Civil para establecer una responsabilidad objetiva en materia de productos de consumo, esta situación varió con la Ley 24999 al incorporar el nuevo texto.

En el artículo 40 se alude a que los sujetos de la cadena de comercialización, –el productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, quien puso la marca en la cosa o servicio– responden solidariamente y solo se libera parcial o totalmente quien demuestre que la causa le ha sido ajena, con lo cual nos hallamos ante una responsabilidad objetiva. Aclara que con respecto al transportista, este responderá por los daños ocasionados con motivo o en ocasión del transporte.

Hay que recalcar que se viene desarrollando la noción de subconsumidor o consumidor especialmente frágil situándose a los niños, a los gerontes, y la **Directiva de 1992** alude a aquellos que se encuentren en mayor riesgo en la utilización del producto.

Como otra característica sobresaliente de este tipo de contratación hoy se reconoce la importancia de la **publicidad**, la gente adquiere como percibe conforme a la publicidad, un producto es ante todo la imagen.

No podemos dejar de mencionar la importancia de la **información**⁵², y nuestra ley establece la responsabilidad en la que incurriría el proveedor si ella no es adecuada, suficiente y veraz.

También cabe recalcar que el 7 de abril del 2008 se publicó en la Argentina la **Ley 26361** de reformas a la ley de protección al consumidor incorporando, por ejemplo, el trato digno al consumidor, definiendo la relación de consumo, ampliando el ámbito del objeto, facilitándose los modos de rescisión, regulándose

51 ALTERINI, A. A. *Contratos –Teoría general* cit.

52 MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R. *Defensa del consumidor* cit.

de un modo más adecuado los requisitos en las operaciones financieras y de crédito, incorporando los daños punitivos entre otros ítems.

III.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MANIFESTACIÓN DE LA DESIGUALDAD NEGOCIAL

Es usual en la dinámica contractual la existencia de cláusulas especiales previstas, ya sea para el caso concreto como también para la generalidad de la figura contractual, como por ejemplo, las cláusulas de escape o las de rescisión unilateral en contratos como los de franquicia, concesión o suministro.

Si bien se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad, no todas ellas serán válidas o respetadas en una revisión judicial del contrato, ya que podemos encontrarnos con supuestos de nulidad o también de ejercicio abusivo.

El carácter de abusivo de cierta cláusula surge de ella misma o de su combinación con otras y se considera tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales, importa renuncia de los derechos del adherente o ampliación de los derechos del predisponente (conf. Directiva 93/13).

Es importante la noción de desnaturalización de las obligaciones de las partes ya que indica que se cambiaría lo que se considera la normalidad del “ser” del contrato.

Constituye un estándar de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones que conciernen al mantenimiento de la equivalencia en la relación conforme a todas las circunstancias del caso y se vincularía también con la noción de causa final.

III.2.1. Contratos discrecionales

En el derecho común se reputan como abusivas y, por lo tanto, jurídicamente ineficaces diversas cláusulas, por ejemplo, por el artículo 507 del Código Civil argentino no se puede dispensar anticipadamente el dolo; si bien la dispensa de culpa estaría siendo posible, cuando la dispensa es total no puede ser admitida porque le quita seriedad al vínculo negocial situándonos, según parte de la doctrina, en las obligaciones potestativas y se contrariaría la moral y las buenas costumbres, pero si su alcance es parcial, alude a una culpa concreta o fija un tope limitativo, en principio son válidas⁵³.

53 CORDOBERA G. DE GARRIDO, R. Y GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad*, Homenaje a ANDORNO L. O. (Ed. Platense).

No se puede limitar la responsabilidad establecida por la ley en posadas u hoteles⁵⁴, ruina de obra, o acortar los plazos de prescripción⁵⁵.

La nulidad es parcial y circunscrita a la cláusula limitativa, a menos que estén afectados elementos esenciales del contrato.

En la Argentina se ha aplicado en muchos casos el artículo 1071 del **Abuso de derecho** y con anterioridad el artículo 953 del CC y la causa fin, y se plantea la nulidad o ineficacia parcial de la cláusula⁵⁶.

El Proyecto del 98 establece como regla que los tribunales estarán impedidos de interferir en los contratos discrecionales, solo se permite su intervención en situaciones muy puntuales, a pedido de parte, si lo autoriza la ley y de oficio, si es transgredido el orden público y nunca la libertad de regulación puede traspasar los límites que ya la 17711 reconoció.

III.2.2. Contratos de contenido predispuesto

Aquí el discurso suele descalificar las cláusulas abusivas o condiciones generales írritas hablando de contenido ético, con la utilización de los argumentos de la buena fe, la moral, las buenas costumbres y la debilidad jurídica de uno de los cocontratantes⁵⁷ y suele contraatacarse tal argumentación diciendo que no se tiene por qué presumir que el co-contratante tenido por débil es un ignorante.

Haciendo uso del análisis económico del derecho se puede sostener que las consecuencias desfavorables de las cláusulas lesivas deben recaer sobre el predisponente⁵⁸.

Las técnicas de protección frente a estas cláusulas en el derecho comparado han seguido dos vías no excluyentes entre sí: A) la intervención mediante las leyes de condiciones generales y B) el sometimiento al control bajo la ley de protección al consumidor⁵⁹.

54 GARRIDO R. F. *Hoteles y responsabilidad civil* LL 1981-C-959, LÓPEZ MESA M. *Hotelerías y responsabilidad civil* En: *El derecho argentino e Iberoamericano-Melanges en honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz.

55 CORDOBERA G. DE GARRIDO, R. Y GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad*, Homenaje a ANDORNO L. O. cit.

56 GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* cit.

57 MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R. *Defensa del consumidor* cit.

58 SHAFER, H. B. y OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho* cit.

59 ALTERINI A. A. *Contratos, Teoría general* cit.

Hay que decidir si es preferible un enunciado general o el puntual de la lista negra y si esta debe ser cerrada o abierta, vemos que en realidad la fórmula general es útil y necesaria y además las infinitas variantes en la negociación atípica hacen que la realidad las supere.

En las legislaciones se emplean a veces mecanismos de listas negras y listas grises, en las primeras las cláusulas son inválidas, en las segundas pueden ser invalidadas por el tribunal.

La ley alemana de 1977 contiene ambas, la Directiva Europea 13/93 trae una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; en España habría una lista negra sin perjuicio de meritarse el carácter abusivo de otras cláusulas⁶⁰.

El artículo 3.1 de la Directiva 13/93 sienta como principio que la cláusula predispuesta es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo entre los derechos de las partes resultante del contrato en detrimento del consumidor.

En el Proyecto Argentino del 98 se prevé que si son celebrados por escrito, deben redactarse de manera clara, completa y fácilmente legible y las condiciones generales ser asequibles al no predisponente.

En lo que atañe a la interpretación, estas cláusulas deben ser interpretadas en sentido favorable a la parte no predisponente si esta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato; cuando es dudosa la existencia de una obligación, se presume la liberación y cuando son dudosos los alcances de la obligación, se está por la menos gravosa.

Se ha sostenido que la práctica de las cláusulas abusivas no constituye usos y costumbres y el Proyecto de unificación lo dice expresamente al establecer los alcances de la actividad contractual.

En el proyecto se tienen por no convenientes las estipulaciones que por sí solas o combinadas con otra desnaturalizan las obligaciones de las partes, limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida, limitan su responsabilidad por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica, importan renunciaciones o serias restricciones a los derechos del no predisponente o una ampliación de los derechos del predisponente.

60 ALTERINI A. A. *Contratos, Teoría general* cit.

La excepción de oponibilidad al no predisponente (salvo desnaturalización y daño al proyecto de vida) se da cuando se pruebe que antes de concluir el contrato la parte las ha conocido o hubo de haberlas conocido y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, siempre que esto resulte razonable, sin embargo, tal excepción no se aplicaría de ser un contrato celebrado por adhesión.

III.2.3. Contratos de consumo

Aunque los consumidores constituyen una categoría a la que se debe privilegiar mediante las técnicas de lucha contra las cláusulas abusivas, según LARROUMET no deberían ser los únicos beneficiarios de esa protección⁶¹.

La Ley de protección al consumidor 24240 argentina establece en el artículo 37 hipótesis de nulidad de la cláusula y podrá en estos supuestos el juez, si es necesario, integrar el contrato con otros contenidos a fin de que cumpla con la finalidad.

Recordemos que el artículo 37 se refiere a las cláusulas que invierten la carga de la prueba, importan renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplían los derechos de la otra parte, desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños⁶².

El decreto reglamentario de la ley de defensa al consumidor argentino interpreta que se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre obligaciones y derechos entre las partes.

III.3. TRÁNSITO DEL DERECHO ESTATUTARIO AL DERECHO COMÚN

PUIG BRUTAU señaló que en muchos casos las normas de derecho necesario han convertido ciertas relaciones contractuales en relaciones que implican obligaciones de origen legal y que significa esto una regresión del contrato al *status*⁶³.

ALTERINI señala que en la actualidad los códigos contienen la *lex generalis* con disposiciones abstractas y permanentes que son la base sobre la que se asientan las leyes especiales y que los estatutos, según GELDART, tienen funciones de adenda y de errata, pero recuerda lo señalado por ASCARELLI de que suelen convertirse finalmente en derecho común.

61 ALTERINI A. A. *Contratos, Teoría general* cit.

62 MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R. *Defensa del consumidor* cit.

63 ALTERINI A. A. *Contratos, Teoría general* cit.

Recordemos que ya en 1975 en el ámbito de la Comunidad Europea se expresó que en lo sucesivo el consumidor no será considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor.

De tal modo que concierne genéricamente a la persona, cuya noción ha sido puesta en el primer plano en el derecho moderno, y por eso las disposiciones originariamente emplazadas en los estatutos van siendo incorporadas a los códigos, por ejemplo el CC de Québec del 92⁶⁴.

IV. TENDENCIAS: CEC, PDEC Y UNIDROIT

Dejando de lado el derecho comunitario ha cubierto una serie de cuestiones referidas a la contratación, por ejemplo, publicidad engañosa (1984), contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (1985), créditos al consumo (1987, 90, 98), viajes combinados (1990), cláusulas abusivas (1993), multipropiedad (1994), contratos a distancia (1997), acciones de cesación (1998), garantía en la compra venta de bienes de consumo (1999), comercio electrónico (2000), comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (2002), y centrándonos en otras iniciativas extraoficiales o académicas que se han llevado y se llevan adelante para lograr la armonización en la legislación contractual y obligacional, observamos lo que será necesariamente el derecho del siglo XXI, un derecho armónico, consensuado e interrelacionado, dinámico y con una vocación a la globalización que ya está presente en los negocios internacionales⁶⁵.

Entre estas tendencias podemos señalar:

Los principios de derecho europeo de contratos (PDEC) o Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980⁶⁶.

Grupo Von Bar, grupo de estudio sobre un código civil europeo desde 1998⁶⁷.

Código Europeo de Contratos (CEC), Academia iusprivatista de Pavía conocido también como el **Proyecto Gandolfi**⁶⁸.

64 ALTERINI A. A. *Contratos, Teoría general* cit.; ALTERINI, A. A. *Estudios de derecho civil* cit.

65 CAMARA LAPUENTE, S. *Un derecho privado o un Código Civil para Europa en derecho privado europeo* (Ed Colex).

66 MARTÍNEZ SANZ, F. "Principios de derecho europeo de los contratos- proyecto Lando", En: *Derecho Privado Europeo* (Ed Colex).

67 ROCA TRÍAS E.- "El Study Group a European Civil Code" En: *Derecho privado europeo* (Ed Colex).

68 GARCÍA CANTERO, G. "El anteproyecto de Código Civil europeo de contratos - proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía" En: *Derecho privado europeo* (Ed Colex).

Proyecto de Trento, dirigido por BUSSANI y MATEI, desde 1995 busca las líneas de convergencia y divergencia para apreciar el núcleo común del derecho⁶⁹.

Los principios de derecho europeo o proyecto Lando⁷⁰, que también reuniera a grandes juristas del derecho europeo y anglosajón, tuvo como tarea no la de formular el derecho vigente sino más bien extraer o inducir a partir de diferentes sistemas jurídicos reglas o normas comunes (un mínimo común denominador), aunque contempla situaciones que no son conocidas por todos los ordenamientos y, sin embargo, son receptadas.

Abordan una serie de reglas generales (deberes, interpretación), la formación de los contratos (oferta, aceptación, condiciones no negociadas, ruptura etc.), representación, validez e invalidez, interpretación, contenido y efectos, cumplimiento, incumplimiento, acciones frente al incumplimiento, pluralidad de partes, cesión de créditos, compensación, y prescripción.

En el **Código Europeo de Contratos** vemos que terminológicamente se opta por el rótulo de **Código de Contratos** y no de obligaciones, ello obedece a la razón de que este último concepto que es básico en el derecho continental es ajeno al derecho anglosajón y por ello no está ausente en las normas proyectadas, pero se lo considera como uno de los efectos del contrato, sin hacer hincapié en la noción técnica de obligación; también se opta por una vocación a la completitud, la redacción de normas o reglas contienen soluciones de modo que el juez estatal no requiera integrarlas con su propio ordenamiento, pero por ejemplo, se ha obviado el hablar de las *considerations* del derecho anglosajón y de la causa tan importante en los derechos francés, español e italiano⁷¹.

En el título III bajo el nombre Contenido del contrato se regula lo que habitualmente denominamos Objeto del contrato, incorporándose en su tratamiento las modalidades contractuales del contrato a condiciones generales y también la cuestión de las cláusulas implícitas, mientras que vemos que el contrato tipo o formulario se encuentra regulado en el artículo 38 (dentro del título referido a la forma del contrato).

69 CAMARA LAPUENTE, S. "El núcleo común del derecho privado europeo- proyecto de Trento" En: *Derecho privado europeo* (Ed Colex).

70 MARTÍNEZ SANZ, F. "Principios de derecho europeo de los contratos- proyecto Lando", En: *Derecho privado europeo* cit.

71 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. "Reseña bibliográfica sobre el código europeo de contratos de la Academia de Pavía traducción de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y AGUSTÍN LUNA SERRANO" (Ed. La Ley); DE LOS MOZOS, J. L. "Los tratos preparatorios del contrato y el proyecto de Pavía" En: *Revista general de legislación y jurisprudencia* (Ed. Reus), ROGEL VIDE, C. "En torno a la conclusión de los contratos en el Proyecto de Código de Pavía" En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Ed. Reus).

En materia de interpretación la solución adoptada, si bien abre paso a la polémica, hay que rescatar la referencia a la equidad contractual que se realiza de modo residual en el artículo 41.

El título VII con respecto a la ejecución del contrato que incluye temas como el cumplimiento, las obligaciones pecuniarias, el lugar, la mora, las obligaciones alternativas, las solidarias y las indivisibles, y el título VIII sobre incumplimiento del contrato, sobre todo su sección 3^a sobre Efectos del incumplimiento (el carácter relevante del mismo, los supuestos de los artículos 108 y 114 similar a nuestra *exceptio* –artículo 1201 CC Argentino y al pacto comisorio tácito– art. 1204 CC Argentino), hay que resaltar lo previsto en el artículo 90 con respecto al deudor que declara no querer cumplir, el artículo 91 con respecto al deudor que no está en condición de hacerlo, también el artículo 99 sobre el deber de corrección que directamente preceptúa que la responsabilidad será extracontractual o aquiliana, tal situación en nuestro derecho suele ser de aplicación de la buena fe y es importante así mismo el 102 que recepta la frustración del fin del contrato con ciertos parámetros.

El título XI se habla de anomalías del contrato y sus posibles remedios, regulándose la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la inoponibilidad, también los supuestos de simulación y reserva mental (art. 155), en la sección 2^a que aborda los remedios contractuales, se regula la rescisión por lesión, la renegociación del contrato por lo que conocemos en nuestra tradición como imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente, la resolución por incumplimiento y varias normas relativas a la responsabilidad contractual (art. 162 y ss.)

Se establece en el artículo 173, como corresponde a la dinámica contractual, el arbitraje voluntario colegiado fijando los supuestos de exclusión, esto permitiría agilizar la resolución de los conflictos emergentes de la relación contractual evitando demoras y excesivos costos y brinda a la vez una mayor especialidad en el sujeto destinado a dirimir los alcances del contrato.

El CEC puede ser aplicado por jueces y árbitros en cuanto no se oponga a normas imperativas, y tanto sea que nos hallemos frente al supuesto de normas acordadas por las partes como reguladoras de su conducta contractual, como que nos encontremos frente a una interpretación de una norma positiva a la que el proyecto pueda darle una interpretación más clara o adecuada, actuando aquí como fuente doctrinal del derecho, lo cual le asigna una gran trascendencia, es devolverle la importancia a los “argumentos de autoridad” propios del sistema romano en su esplendor.

Para lograr que este “código” sea aceptado y no sea una imposición, numerosas disposiciones normativas tienen un valor meramente “dispositivo”, por lo tanto,

los mecanismos de los ordenamientos nacionales que prevean soluciones análogas son plenamente admisibles y utilizables.

Los Principios de UNIDROIT fueron elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, se propone establecer reglas generales aplicables a los contratos internacionales mercantiles y actuar como principios generales o *lex mercatoria*, servir de modelo para las legislaciones nacionales y ser utilizados por los particulares en los contratos nacionales.

V. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: BUENA FE E INTERPRETACIÓN

Es indudable que en materia contractual el pilar sobre el que se asientan la negociación y la ejecución de los contratos es el de la autonomía de la voluntad y que presupone la libertad de contratación de las partes, esto no está ubicado en un criterio estricto del *pacta sunt servanda* con carácter estático, sino por el contrario, con un carácter dinámico y rodeado por una serie de institutos correctores o límites, como el abuso de derecho, la imprevisión, la aplicación de las leyes de protección al consumidor, la teoría de los actos propios y, sobre todo, la interpretación del negocio jurídico mediante la pauta o criterio de la “buena fe” contractual, abarcando esta todo el período, desde las negociaciones previas hasta la etapa poscontractual⁷².

Veremos que muchas veces la “buena fe” aparece frente al intérprete para completar una norma o para adecuar un resultado que, de otro modo, no permitiría la captación de la realidad, se alega para el logro de tal fin: el contenido del negocio jurídico, la seguridad del tráfico, la protección de la confianza, el deber de información, el riesgo de empresa, los derechos del consumidor y hasta criterios económicos.

Se sostiene que la “buena fe” es un principio general⁷³ y hay que recordar además que los **principios jurídicos**, a diferencia de las normas, son **“contenido”** en oposición a “forma”, por lo tanto, puede haber unicidad de contenido y diversidad de funciones según su aplicación concreta (esto se ve en el diferente trato normativo), pero también la “buena fe” suele ser considerada un “principio problemático” llamado a actuar en cada momento de la interpretación.

72 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* cit.

73 FERREIRA RUBIO, D. M. *La buena fe. El principio general en el derecho civil* (Ed. Montecorvo).

DE LOS MOZOS expresa que se califica de “*bona fides*” lo que de una manera u otra coincide con el ideal general expresado en virtud de conexiones casuísticas y retóricas (*topoi*) que responden a una misma sustancia, la fidelidad⁷⁴.

Se relaciona también la “buena fe” con los móviles de la conducta, con la correspondencia entre lo normado, la voluntad de los autores, y las necesidades sociales, y nuestra Corte Suprema ha dicho que el principio de la “buena fe” informa todo el ordenamiento jurídico tanto público como privado al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura⁷⁵.

DEMOLOMBE, que se refería a la “buena fe” como el alma de las relaciones sociales, CLEMENTE DE DIEGO alude a ella como al alma que ha de presidir la convivencia social y todos los actos⁷⁶.

ALSINA ATIENZA señala el gran contenido ético y moral de la “buena fe” y expresa que el hombre lleva en sí la intuición de lo honesto, su sentido, siendo condición de la vida social y que fue plasmada por los romanos en la expresión “*honeste vivere*”⁷⁷. Sostiene que el deber de conducirse con probidad se traduce en las recíprocas relaciones de las partes contratantes, en sus relaciones con el orden público, en el ejercicio de los derechos y hasta en las reglas de la prueba.

FUZIER Y HERNÁN se refieren a la “buena fe” en el derecho civil en dos acepciones diferentes: una designando la equidad en tanto esta debe presidir la interpretación y la ejecución de las convenciones según la común intención de los contratantes, y la otra acepción designando la opinión errónea de una persona que cree obrar en el ejercicio de un derecho.

La doctrina en general suele referirse a la “buena fe” también en dos acepciones: la “buena fe objetiva” y la “buena fe subjetiva”; con la primera suele aludirse a criterios de lealtad, honestidad, probidad, y con la segunda, a un estado de conciencia.

DÍEZ PICAZO expone que si la “buena fe” es un modelo o arquetipo de conducta social y una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de “buena fe” en el tráfico jurídico, cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo

74 DE LOS MOZOS J. L. *El principio de la buena fe* (Ed. Bosch).

75 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* cit.

76 ALSINA ATIENZA, D. *Efectos jurídicos de la buena fe*, tesis.

77 La tríada romana del “*honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*” parecería abarcar la “buena fe” en diferentes momentos o fases de la vida jurídica, la relación contractual, la extracontractual y la distribución de los bienes.

de la conducta social reclamada por la idea imperante, se exige esta conducta no solo desde la limitación de una conducta deshonesta sino, además, en una exigencia positiva siendo ejemplo los deberes de cooperación y de diligencia⁷⁸.

BETTI señala la necesidad que tendremos de comprender los alcances de la “buena fe” y poder abarcar las múltiples exigencias de una comunidad al fijar los deberes para los particulares, y obedeciendo a esas exigencias, la ley pide a los contratantes el respeto mutuo de la “buena fe”, tanto al momento de la formación del vínculo obligatorio, sea durante su desarrollo y en la posterior ejecución de la obligación.

En todos los ordenamientos afines a la tradición jurídica ibérica la “buena fe” se reconoce como un principio de derecho, lo que supone con su utilización la continua renovación de la comunicación entre los valores éticos y los formales e institucionales del derecho⁷⁹.

Para BARASSI, la “buena fe” obliga a los contratantes a tener en cuenta el fin y las razones que determinan la formación de las relaciones obligacionales; es cierto que el deudor debe cumplir, pero también lo es que el acreedor no puede pedir más que lo que armonice con la equidad y la “buena fe”, atendiendo a las circunstancias del caso, a las particularidades de persona, tiempo, lugar y al tipo de negocio jurídico.

Reiteramos que es trascendente el desentrañar los alcances del producto de la voluntad común al que técnicamente denominamos “contrato”. Las partes en virtud de la autonomía de la voluntad pueden plasmar reglas claras y sencillas y cumplir con la observancia de todos los límites impuestos por el orden público.

Los hermanos MAZEAUD Y FRANCOIS CHABAS comentando la **legislación francesa** recalcan que los redactores del Código francés han reconocido al juez el poder de interpretar el contrato, sin embargo, han creído útil trazar ciertas reglas ya formuladas por DOMAT Y POTHIER⁸⁰.

Señalan RIPERT y BOULANGER que “el código formula como artículos de ley un cierto número de principios de interpretación que son más bien reglas doctrinarias. Todas estas reglas han sido copiadas de POTHIER”⁸¹.

78 DÍEZ PICAZO L. *La doctrina de los propios actos* (Ed. Bosch).

79 DE LOS MOZOS J. L. “Buena fe” En: *Enciclopedia jurídica de responsabilidad civil* (Ed. Abeledo-Perrot).

80 MAZEAUD, H. L. y J Y CHABAS F *Tratado de derecho civil* (Ed. Zavalía).

81 RIPERT, G. y BOULANGER, J. *Tratado de derecho civil* (Ed. La Ley).

Analizan estas reglas diciendo que las cláusulas dudosas: 1º) deben ser interpretadas de acuerdo con el uso en el lugar donde ha sido concertado el contrato (art. 1159); 2º) lo que conviene más a la materia del contrato (art. 1158); 3º) si hay dos sentidos que convienen igualmente, habrá de optar por aquel con el cual el contrato es susceptible de producir algún efecto (art. 1157); 4º) en caso de duda el convenio se interpreta contra el acreedor y a favor de quien ha contraído la obligación.

Señala PUIG BRUTAU con respecto al tema de la interpretación de los contratos en la normativa del **Código Civil español**, que son trascendentes los artículos 1281, 1282 y el 1287, pero sobre todo hace referencia al 1258 que establece que los contratos obligan no solo a lo pactado y a lo que deviene de la ley, sino también a cuanto derive del uso y de la “buena fe”⁸². DíEZ PICAZO y GULLÓN apuntan una concreta aplicación en el artículo 1288⁸³ y recordemos que el artículo 7º del título preliminar establece que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Con respecto al **Código Civil italiano** de 1942, MESSINEO manifiesta que para reconstruir la común intención debe valorarse “el comportamiento conjunto observado por las partes, aun posteriormente a la conclusión del contrato”, y que deben tenerse en cuenta las circunstancias en que las declaraciones fueron emitidas; lo más importante con respecto al resultado es que puede devenir una rectificación del *nomen iuris* del contrato⁸⁴.

El **Código Civil alemán** (perteneciente al grupo que suele denominarse como enrolado en la “buena fe objetiva”) establecía en los parágrafos 133 y 157 la base general para la interpretación, siendo esta la pauta de la “buena fe” de comportamiento. ENNECCERUS expresa que la voluntad real interna no constituye la finalidad de la interpretación, aunque deba ser investigada, ya que el objeto de la interpretación es la declaración de voluntad; y para DANZ, sería lo que dos personas rectas entienden con respecto a un negocio jurídico determinado⁸⁵.

En el **Derecho Argentino** codificado por Vélez Sarsfield, en la materia contractual se analizan los artículos 1197 y 1198 que **omiten la alusión expresa** del termino “buena fe”, pero que según la doctrina autorizada no excluye de modo alguno el principio de la “buena fe”, aunque no se lo explicita en los textos aludidos, ya que **está ínsito en la filosofía del Código**, en sus fuentes legales y en

82 PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil* cit.

83 DíEZ PICAZO L. y GULLÓN A. *Sistema de derecho civil* (Ed. Tecnos).

84 MESSINEO, F. *Manual de derecho civil y comercial* (Ed. Ejea).

85 ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M. *Tratado de derecho civil* (Ed Bosch).

las doctrinales mencionadas y en múltiples aplicaciones que fueron demostrando la importancia de la “buena fe” como eje fundamental en la teoría contractual⁸⁶.

Siguiendo a SPOTA, recordemos la cesión onerosa de derechos, con un trato distinto al cedente de “buena fe” que al cedente de mala fe, que responde por todos los perjuicios o el mandato, cuando se le exige que el mandatario dé prevalencia del interés del mandante por encima del suyo, erigiéndose fuertemente la “buena fe” lealtad, pero también veremos en este contrato que los terceros se ven protegidos al contratar con el mandatario con base en la “buena fe” creencia, otras más genéricas se dan en materia de evicción y vicios redhibitorios⁸⁷.

El **derogado artículo 1198** del Código Civil argentino establecía: “Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”, y sirvió para que se admitiera que configuraba una norma interpretativa, la que debía ser considerada para desentrañar el posible supuesto de oscuridad o desinteligencia de las partes acerca del contenido del contrato.

La reforma acaecida en 1968, conocida como la **Ley 17711**, introdujo en el primer apartado de lo que sería el nuevo 1198 del Código Civil, el siguiente texto: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de “buena fe” y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”, recogiendo la interpretación jurisprudencial que valorizaba la pauta de la interpretación de “buena fe”.

GARRIDO y ANDORNO señalan que con la reforma se ha consagrado expresamente el principio de la “buena fe” siguiendo en ello al Código Italiano cuyo artículo 1136 prescribe: “El contrato debe ser interpretado según la ‘buena fe’” y concuerda con el parágrafo 157 del Código Alemán en el que se manifiesta: “Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la ‘buena fe’ en atención a los usos del tráfico”⁸⁸.

Recalcan los mencionados autores que la reforma ha tenido presente una calificada jurisprudencia nacional que venía sosteniendo que, en la interpretación de un contrato, se debe investigar la voluntad real de las partes, sin atenderse al sentido literal de las expresiones empleadas, ya que la voluntad no consiste solo en los términos con que se exterioriza, sino en las circunstancias externas con las cuales ha podido contar el autor de la

86 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* cit.

87 SPOTA A. G. *Instituciones de derecho civil-contratos*, cit.

88 GARRIDO, R. F. y ANDORNO, L. *Reformas al Código Civil - Ley 17.711 comentada* (Ed. Zavallia).

declaración, para determinar el alcance exacto de ellas y tal interpretación se debe regir por los principios de “buena fe”, observado en la medida que las particularidades del caso lo permiten, sobre la base del principio del equilibrio económico o principio de equilibrio de las prestaciones.

Nuestra jurisprudencia en virtud del artículo 16 del Código Civil, que permite la aplicación de la analogía para la solución de los casos planteados, recurrió y recurre a las normas establecidas en el **Código de Comercio**, sobre todo en sus artículos **217, 218 y 220**, y ha elaborado todo un sistema, en cuanto a la interpretación en la modalidad contractual de los contratos por adhesión y que se ven reflejados en lo atinente a la protección del consumidor en los artículos respectivos de la Ley de protección al consumidor.

El eje rector es que las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo, y es sumamente importante que las partes hayan puntualizado, llegado el caso, que sentido no “usual” o común, sino técnico les daban a sus palabras y que por lo tanto, ambos hayan comprendido acabadamente los alcances de su manifestación de voluntad; llevándonos esto al tema más genérico de la formación del consentimiento contractual y se vincula indudablemente con el “consentimiento informado”.

Podemos decir ciertamente, que la “buena fe” ilumina toda la vida del contrato, desde la creación de los deberes a cargo de los contratantes, antes del nacimiento del mismo contrato, el momento de la formación o en la que se plasma el consentimiento donde se manifestará con deberes específicos de claridad, coherencia, congruencia, el tiempo de su cumplimiento, donde también deberá prestarse colaboración y aun con posterioridad, donde deberá, por ejemplo, guardar reserva de aquello que le hubiera sido confiado en virtud de la relación negocial.

Es cierto que la “buena fe” es asimismo una pauta para la interpretación del contrato, ya que es ella la que ordena las conductas probas, leales, dignas y descarta todo procedimiento contrario (suele hablarse aquí de “buena fe” objetiva), y también es la que manda ajustarse la apariencia a lo que el otro contratante pueda entender o creer para no defraudar la confianza suscitada (es la “buena fe” objetiva).

El proyecto del Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio en sus fundamentos expresa que en la realidad negocial moderna existe desde que las partes entraron en conversaciones con miras a la celebración de un contrato, esto es, antes de que haya sido emitida una oferta, en esta etapa las partes deben comportarse de “buena fe” para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, y además debe ponerse al alcance de la otra futura parte,

toda la información adecuada de los hechos relativos al contrato, que puedan tener actitud para influir sobre su decisión de aceptar. Las partes también deben actuar de “buena fe” durante la ejecución del contrato, se generan obligaciones secundarias que abarcarían a lo que razonablemente se había obligado un contratante cuidadoso y previsor, se incluye las consecuencias virtualmente comprendidas en el contrato, conforme a la naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior, a las prácticas establecidas entre las partes, a los usos no excluidos expresamente, y a la equidad, teniéndose siempre presente la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte. Como se ve, es esencial la idea de que el contratante se obliga en la medida que genera confianza en la otra parte.

En lo específico de la materia interpretativa en el ámbito contractual, se le asigna especial relevancia a la interpretación de “buena fe”, se referencia la común intención de las partes, por sobre la literalidad de lo manifestado, al sentido que razonablemente hubiera atribuido a la manifestación una persona en la situación y de las condiciones de la otra y se propone la aplicación a aquellos contratos que contengan cláusulas que permitan a una de las partes modificar lo convenido a su arbitrio.

Es interesante que se haya receptado que cuando una de las partes actúa profesionalmente, para que la interpretación opere conforme a la pauta de “buena fe”, debe tomarse especialmente en cuenta la adecuación a las pautas razonables de actuación real en la actividad en la que corresponde el contrato.

En lo que denominan área de “poscontrato”, o sea, con posterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales, la “buena fe” servirá como pauta de interpretación en lo referido a las denominadas obligaciones accesorias que subsisten por estar virtualmente comprendidas en ese contrato.

En el proyecto de Código Europeo de los Contratos, la “buena fe” se encuentra mencionada en múltiples artículos, a modo de ejemplo, citemos el artículo 1º parágrafo 2º, el artículo 6º (deber de corrección), artículo 7º parágrafo 2º, artículo 30 inciso 1º e inciso 5º (contenido lícito y no abusivo), artículo 32 d) (cláusulas implícitas), entre otros, con lo cual vemos una unidad de criterio con respecto a la trascendencia de la “buena fe”, del principio general de “buena fe” y una aplicación con respecto a la temática contractual en el que confluyen todos los sistemas normativos europeos.

Creemos, como nos dice BETTI, que la “buena fe” aún entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas y, si bien ya no puede jugar con función positiva, como

compromiso de cumplir, sin embargo, sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguos del acreedor y deudor; el acreedor, aun cuando queden insatisfechas sus expectativas –como consecuencia de las vicisitudes sobrevinientes–, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal manera que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte.

El deber de corrección, en la etapa del incumplimiento, impone el deber de evitar el aumento de los daños para el deudor; de limitar, en la medida de lo posible, los daños cuya reparación deberá soportar el incumpliendo. El principio de cooperación o de solidaridad no desaparece ni siquiera frente al comportamiento antijurídico.

VI. OPINIÓN PARTICULAR

Consideramos que los conocimientos abordados por el análisis económico pueden ser utilizados por el conocimiento jurídico, sin significar esto que los criterios económicos sustituyan a los criterios jurídicos y menos aún a los principios generales, pero sí los estimamos muy valiosos para un análisis objetivo de la jurisprudencia y también muy útiles para analizar la toma de decisiones, tanto de las partes como de otros actores sociales; pero siempre y cuando no perdamos de vista que el contrato desde el momento mismo de la negociación debe propender a fines éticos y de utilidad social y no meramente egoístas y oportunistas.

Por lo tanto, veremos que en la realidad socioeconómica del siglo XXI, este tema lejos de ser una mera discusión teórica, implica el aproximarnos a una de las tareas más importantes que consiste en darle al contrato los alcances debidos.

Es hora de volver, como nos gusta decir, al civismo contractual, el contrato precisa la mediación de cualidades como la conformidad con el orden público y las buenas costumbres, la sinceridad, la confianza, el honor de la palabra empeñada y, por sobre todo, el intento de realizar la Justicia en esta norma particular, con dimensión social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA ATIENZA, D. *Efectos jurídicos de la buena fe*, tesis.
- ALTERINI, A. A., *Contratos –Teoría general* (Ed. Abeledo Perrot);
- ALTERINI, A. A. *Estudios de derecho civil* (Ed. La Ley).
- BAROCELLI, S. S. *¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares. Doctrina judicial.*
- CALABRESI, G. *El coste de los accidentes* (Ed. Ariel Derecho).
- CÁMARA LAPUENTE, S. “El núcleo común del derecho privado europeo- proyecto de Trento” En: *Derecho Privado Europeo* (Ed Colex).
- CÁMARA LAPUENTE, S. *Un derecho privado o un Código Civil para Europa en derecho privado europeo* (Ed Colex).
- CORDOBERA G. DE GARRIDO, R. y GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad*, Homenaje a ANDORNO L. O. (Ed. Platense).
- DE LOS MOZOS J. L. *El principio de la buena fe* (Ed. Bosch).
- DE LOS MOZOS, J. L. “Los tratos preparatorios del contrato y el proyecto de Pavia” En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Ed. Reus).
- DE LOS MOZOS J. L. “Buena fe” En: *Enciclopedia Jurídica de Responsabilidad Civil* (Ed. Abeledo-Perrot).
- DIEZ PICAZO L. *La doctrina de los propios actos* (Ed. Bosch).
- DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN A., *Sistema de derecho civil* (Ed. Tecno).
- ENNECCERUS, L, KIPP, T. y WOLFF, M. *Tratado de derecho civil* (Ed. Bosch).
- FARINA, J. *Defensa del consumidor y del usuario* (Ed. Astrea).
- FERREIRA RUBIO, D. M. *La buena fe. El principio general en el derecho Civil* (Ed. Montecorvo).
- GARCÍA CANTERO, G. “El anteproyecto de Código Civil europeo de contratos - proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia”, En: *Derecho Privado Europeo* (Ed Colex).
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R., “La buena fe como pauta de interpretación en los contratos” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* (Ed. La Ley).
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La interpretación de los actos jurídicos” En: *Revista Zeus*;
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “Interpretación”, En: GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* (Ed. Universidad) 1ª Edición.
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “*Contratos civiles y comerciales*” en actualización de GARRIDO R. F. ZAGO J. A. (Ed. Universidad).
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “La negociación contractual y el análisis económico del derecho” En: *Análisis Económico* (Ed. Heliasta).

- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “¿Sirve al legislador la teoría económica de la eficiencia?” En: *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio* (Ed. Abeledo Perrot).
- GARRIDO CORDOBERA L. M. R. “La responsabilidad por la participación en el mercado” (*Market Share*), En: *La responsabilidad* (Ed. Abeledo Perrot).
- GARRIDO CORDOBERA L. M. R. “Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos la salud y el derecho de daños”, En: *Salud, Derecho y Equidad* (Ed. ad hoc).
- GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Reseña bibliográfica sobre el código europeo de contratos de la Academia de Pavía traducción de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y AGUSTÍN LUNA SERRANO* (Ed. La Ley).
- GARRIDO R. F. *Hoteles y responsabilidad civil* LL 1981-C-959.
- GARRIDO R. F. ANDORNO, L O. *Ley 17.711 Reformas al Código Civil* (Ed. Zavalia).
- GARRIDO R. F. ZAGO J. A. *Contratos civiles y comerciales* (Ed. Universidad).
- KORNHAUSER, L. “Derecho de los contratos” En: *Elementos del análisis económico del derecho* (Ed. Rubinzal Culzoni).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. *Teoría general de los contratos* (Ed. Zavalia).
- LÓPEZ MESA M. “Hotelerías y responsabilidad civil” En: *El derecho argentino e Iberoamericano-Melanges en honneur de Philippe le Tourneau, Dalloz*.
- LORENZETTI, R. “*Tratado de los contratos parte general*” (Ed. Rubinzal).
- MARTÍNEZ SANZ, F. “Principios de derecho europeo de los contratos- proyecto Lando”, En: *Derecho Privado Europeo* (Ed Colex).
- MAZEAUD, H. L. y J. y CHABAS F *Tratado de derecho civil* (Ed. Zavalia).
- MESSINEO, F. *Manual de derecho civil y comercial* (Ed. Ejea).
- MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos* (Ed. Ediar).
- MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R. *Defensa del consumidor* (Ed. Rubinzal Culzoni).
- MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M. *Contratos, aspectos generales* (Ed. Rubinzal-Culzoni).
- NICOLAU, N. L. “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato” En: *Tratado de la buena fe en el derecho* (Ed. La Ley).
- PORTO MACEDO JR. R. *Contratos relacionales y defensa del consumidor* (Ed. La Ley).
- POSNER. R. *Economic analysis of law* (Ed. Little Brown Boston); PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil* (Ed. Bosch).
- PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil* (Ed. Bosch).
- RIPERT, G. y BOULANGER, J. *Tratado de derecho civil* (Ed. La Ley).
- RISOLIA, M. A. *Soberanía y crisis del contrato* (Ed. Abeledo-Perrot).
- ROCA TRIAS E. “El Study Group a European Civil Code” En: “*Derecho Privado Europeo*” (Ed Colex).
- ROGEL VIDE, C. “En torno a la conclusión de los contratos en el Proyecto de Código de Pavía”, En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Ed. Reus).

SHAFFER, H. B. y OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho* (Ed. Tecnos).

SPECTOR H. (COOR.) *Elementos del análisis económico del derecho* (Ed. Rubinzal Culzoni).

SPOTA A. G. *Instituciones de derecho civil-contratos* (Ed. Desalma).

TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del derecho* (Ed. Tecno).

VALLESPINOS, G. *El contrato por adhesión a condiciones generales* (Ed. Universidad).