

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA BUENA FE: LÍMITE AL DERECHO SUBJETIVO DEL CONTRATANTE
PREDISPONENTE(*) (214)***

CARLOS ALBERTO GHERSI

SUMARIO

I. Introducción. II. La contratación moderna. III. El derecho subjetivo del predisponente en la contratación privada. IV. La buena fe: 1. Concepto y función. 2. Conformación del negocio jurídico. a. La publicidad. b. Las cláusulas generales o plan del negocio jurídico. c. Cláusulas particulares abusivas, destinadas a generar un derecho excesivo en el predisponente, en función del control del negocio. V. Nuestra reflexión.

I. INTRODUCCIÓN

La circulación de los bienes y servicios en la comunidad, determina la constante celebración de negocios jurídicos tendientes a satisfacer necesidades. La existencia de estas relaciones económico - jurídicas "contiene" un sinnúmero de aspectos, sociológicos, políticos, filosóficos, etcétera que van demarcando la "base del sistema"(1)(215).

En nuestra sociedad, la posibilidad de operatividad en el mercado de los "agentes económicos", tiene como premisas básicas: la "propiedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

privada"(2)(216)en lo económico y el "libre albedrío"(3)(217)en el filosófico, consolidados a través de la "iniciativa individual" en la producción de bienes y servicios.

La normativa jurídica acompañó este hecho de la realidad bajo la concepción liberal, operándose últimamente una profunda transformación: la contratación privada hoy no es un acto individual, es una "situación social"(4)(218).

El productor de bienes y servicios tiene un creciente "poder" en la metodología y contenido del negocio, como, por oposición el consumidor ha sufrido un "deterioro" considerable y constante en su poder adquisitivo, ligado necesariamente con una "operatoria crediticia" abusiva, etcétera(5)(219).

Tenemos así una aproximación al problema: la tutela jurídica del consumidor y el límite del predisponente como "fenómeno impuesto por la realidad"(6)(220).

El Estado - lógicamente - no es ajeno a esta labor, incide de una manera trascendente, mediante el control social de la actividad económico - jurídica, verbigracia: la determinación de precios máximos, la regulación legislativa impuesta, como por ejemplo la locación, etcétera.

El problema nos ha motivado para analizarlo y reflexionarlo, desde un ángulo especial, el "derecho subjetivo del predisponente", y pretender encontrar un límite importante, a través del instituto "la buena fe".

II. LA CONTRATACIÓN MODERNA

Es incuestionable que estos cambios en la actividad económica han afectado la regulación jurídica y, muy especialmente, el "ámbito de la contratación".

La importancia de esta "mutación en lo económico" nos obliga a señalar - como dice Pardolesi - por lo menos dos consecuencias primordiales: la "cualidad de los sujetos" y el "contenido del fenómeno regulado".

La primera de ellas, la irrupción de la "empresa" como sustituto del "individuo" en el papel de agente económico de la producción y de la circulación de bienes y servicios(7)(221).

Esto no sólo representa un simple cambio, sino que manifiesta el surgimiento de un "poder de hecho" que entraña, en lo económico, el "control de la distribución o control del mercado", situación que coloca a los consumidores en una condición de sustancial subordinación(8)(222).

Nuestro país no ha permanecido ajeno a este fenómeno. Spota describe ya con precisión el nuevo fenómeno económico y señala que es necesario regularlo y transformarlo en un "orden público económico", a fin de evitar el desequilibrio económico - social y la explotación del hombre por el hombre (se refería al contrato como instrumento).

Luis Díez - Picazo es tal vez quien mejor ha captado la idea de la interrelación entre lo económico y lo jurídico, señalando precisamente que la masificación de la producción ha otorgado a algunos sujetos el poder de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

control sobre todas sus fases y hasta el poder de la imposición contractual; llega a hablar, inclusive, de la sustitución del "contrato" por el "plan"(9)(223). La segunda consecuencia es lo que llamamos "el contenido del fenómeno regulado". Cabe recordar que Lafaille en su Curso de contratos de 1927 ya hablaba del "contrato reglamento", para destacar la situación de sumisión de una de las partes.

Salvat también menciona las transformaciones contemporáneas en materia contractual, debidas a la introducción de "cláusulas redactas de antemano". Creemos, no obstante la importancia de estos eximios civilistas, que quienes trataron con mayor profundidad el tema de las nuevas técnicas contractuales han sido dos comercialistas: Zavala Rodríguez, quien afirma que en la producción y consumo de tipo masivo se suele recurrir a contratos uniformados provocando la "standarización" de los negocios, probablemente con riesgo para el "punto de equilibrio", y Fontanarrosa, que señala que tal situación ataca la esencia misma del contrato, pues se avasallan tanto la "libertad contractual" - en cuanto a su configuración interna - como a la "libertad de contratar", mediante la imposibilidad de elegir la contraparte.

En síntesis, el cambio operado en la generación y distribución de los bienes y servicios dentro de la comunidad afecta, sin duda, al "consumidor" como agente receptor y ataca bajo la apariencia formal fundamentalmente el "contenido" de la regulación jurídica en su propia esencia.

La reacción del derecho frente a fenómenos como el descrito debería ser inmediata y tender, fundamentalmente, a promover la "prevención" más que la "reparación".

No obstante existir en legislación, doctrina y jurisprudencia intentos serios coyunturales, estamos ante el advenimiento de una cuestión todavía virgen: la "defensa integral del consumidor"; a través de la adecuación o creación de una normativa que respalde a la(10)(224)comunidad en su conjunto.

Señala al respecto el doctor Augusto M. Morello en su obra Dinámica del contrato: "Seguimos en el derrotero que abriéramos en obras anteriores al situar el contrato en esta nueva realidad económica y la necesidad de dar respuestas a problemas urgentes no como salidas parciales, sino bajo un hilo conductor común: la defensa del consumidor(11)(225).

Destacamos dentro de esta idea un concepto cuya importancia ha crecido hasta alcanzar, en nuestro parecer, jerarquía propia: el valor designado a "credibilidad del consumidor", brillantemente explicado por el filósofo argentino Carlos Cossio.

El consumidor en su situación económico - social de "sujeto receptor", necesita imperiosamente confiar en los oferentes de los bienes y servicios; estamos convencidos de que, en ello, es trascendental el "principio de buena fe", como límite al derecho subjetivo de éstos.

<p style="text-align:center">III. EL DERECHO SUBJETIVO DEL PREDISONENTE EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA</p>

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La relación comercial engendra un "derecho subjetivo", al cual el ordenamiento le atribuye "coercibilidad", tendiente a preservar la "seguridad jurídica" y con ello poner a buen resguardo el sistema(12)(226). Esto, si bien es de una "precisión formal" perfecta, encerró una de las mayores "injusticias" que el ser humano como consumidor haya tenido que experimentar en las últimas décadas.

Revertir este "axioma" del sistema formalista implicó, precisamente, la modernización o adecuación del concepto de "derecho subjetivo" a un contexto más social y no tan individual.

¿Qué es el derecho subjetivo?

El administrativista Dromi señala que el estado de derecho supone la "conformidad del orden jurídico con el escalonamiento normativo formal y con valores sustanciales, metajurídicos, sin cuyo respeto integral, no existe el Estado, ni el derecho"(13)(227). Muy similares son las concepciones de don Luis María Boffi Boggero y el maestro español Luis Jiménez de Azúa; para considerar de esta forma el "derecho subjetivo", necesita para su existencia y ejercicio de la "adecuación" a esos valores "finalistas o teleológicos"; de lo contrario no es más que una mera aspiración formal, vacía de contenido(14)(228).

La idea de "justicia con contenido social", como enseñaba nuestro maestro Luis María Boffi Boggero(15)(229), es el determinante de nuestro tiempo histórico.

¿Qué es la contratación predispuesta?

Las empresas proveedoras de bienes y servicios "estructuran el mercado" de tal forma, que los consumidores acceden a aquéllos para cubrir sus necesidades, mediante la aceptación de "términos impuestos". Esto es, en esencia, la contratación por adhesión(16)(230).

La autonomía de la voluntad(17)(231), paladín de la época individualista - liberal, aparece totalmente reducida, y el consentimiento como "obrar voluntario", es reemplazado por el mero "acto de cognición" e incluso por la "conducta social típica"(18)(232).

Se va creando de esta forma, una suerte de "usos" en el tráfico comercial, para delinear una forma permanente de regulación; que principia por establecerse las "condiciones generales de negociación" y culmina por imponer las "cláusulas delimitativas de la responsabilidad"(19)(233), alterando así la "sustancia" del vínculo jurídico como "derecho - deber en equilibrio".

Es aquí donde aparece el concepto finalista y funcional de la "buena fe", como recurso capital para delinear y delimitar el "derecho subjetivo del predisponente".

IV. LA BUENA FE

1. Concepto y función

Es indispensable, para la actividad y funcionalidad de la economía de mercado, que la gran masa de consumidores posea "credibilidad" en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

verosimilitud de la "oferta de los operadores económicos". Ello involucra no sólo la "benignidad" del producto publicitado e inducido, sino también el "marco jurídico" de acceso a los bienes y la "responsabilidad" sobreviniente(20)(234).

La implicancia de esta premisa es trascendente, pues está ligada con el "fin social del contrato", como instrumento de acceso a los bienes y servicios por los miembros de la comunidad(21)(235).

Precisamente, esta "credibilidad o confiabilidad" que debe operarse en el consumidor requiere de los agentes productores una conducta impregnada de "buena fe", en la propuesta u oferta(22)(236)pues de ello depende a posteriori el derecho subjetivo del predisponente.

El art. 1198 del Cód. Civil dispone: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...", demandando esa actitud.

La buena fe como concepción jurídica está expandida por todo el ordenamiento jurídico como un principio concreto que lo complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas en su resultado, cuando éste aparece como disvalioso desde una pura exégesis.

Es imposible brindar un concepto, si podemos señalar que posee y abarca un "aspecto subjetivo"(23)(237), que se manifiesta en una creencia, y un "aspecto objetivo"(24)(238)que se materializa en la conjunción de las normas, con las circunstancias particulares.

Así lo ha expuesto con prístina claridad Messineo en su Doctrina general del contrato, al referirse al art. 1336 del Código Italiano: "la llamada buena fe objetiva implica: la declaración de voluntad contractual entendida de acuerdo con el criterio de recíproca lealtad de conducta entre las partes, o confianza y no (simplemente) estado psíquico."

Su función es vital, consiste, en "un límite" en la conducta: en la "conformación negocial" - especialmente lo de adhesión o predispuesta - trata de mantener el debido equilibrio jurídico, impidiendo la emanación de un "excesivo poder" en el predisponente, a través de su derecho subjetivo.

2. Conformación del negocio jurídico

Nuestros tribunales han señalado que la buena fe es un requisito inexcusable de comportamiento al tiempo de determinar el contenido de las obligaciones contractuales.

Debemos situar esta exigencia al tiempo de la formulación del negocio predispuesto; esto se materializa - en nuestra opinión - en tres aspectos fundamentales: la publicidad, las cláusulas generales o plan de negocio y, por último, las cláusulas particularmente abusivas, destinadas a generar un derecho excesivo en el predisponente en función del control del negocio.

a. La publicidad

Con acierto señala Gabriel Stiglitz que "la publicidad es una actitud

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

persuasiva". Nosotros agregaríamos: "e inductiva en la promoción de bienes y servicios(25)(239).

El consumidor confía en la "apariencia" que el agente publicitario crea en torno a la calidad del producto o servicio afectado, las condiciones jurídicas de acceso y las consiguientes responsabilidades asumidas por los productores.

Este manejo requiere de buena fe.

Pretendemos una "unidad comercial" entre la publicidad y el acto concreto del negocio o su instrumentación. Aislarlos, en riesgo del consumidor, implica burlar su buena fe (verbigracia, la publicidad de una hermosa casa premoldeada, con todos los adelantos técnicos y lista para su habitabilidad y luego pretender que el contrato sólo comprende una casa de menor calidad e incompleta).

Nuestra jurisprudencia así lo ha entendido en reiterados fallos. Por su justeza, hemos rescatado uno de la Cámara Nac. Civil, Sala D, de 1980, que señala: "La noción de buena fe debe concebirse como una directiva del ordenamiento jurídico, que impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez. De este requisito de obrar con rectitud resulta inadmisibile... que se asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta."

En suma, la acción publicitaria del oferente de los bienes y servicios debe contener buena fe, en cuanto que implica una oferta pública e "íntegra" sustancialmente el negocio jurídico en concreto.

b. Las cláusulas generales o plan del negocio jurídico

El desenvolvimiento de las relaciones económicas impide una negociación particular e individualizada, de allí que surge como una necesidad la elaboración de cláusulas generales de contratación o lo que Díez - Picazzo llamó el "plan del negocio jurídico"

La configuración de estas condiciones generales(26)(240)en los contratos de adhesión debe presuponer el mantenimiento del equilibrio en derechos y obligaciones, como expresión de buena fe, para aquellos que en una situación de inferioridad económica no pueden situarse en igualdad para cuestionarlas a la formulación del negocio.

La creencia objetivizada" de la suscripción del negocio implica un acto meramente cognoscitivo, de allí entonces resulta fundamental en la tutela del no predisponente.

c. Cláusulas particularmente abusivas, destinadas a generar un derecho excesivo en el predisponente, en función del control del negocio

La doctrina ha mostrado una preocupación constante en la incorporación de estas cláusulas, que so pretexto de ser una necesidad derivada de la vida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económica ligada a la existencia de las empresas, va día a día socavando los derechos del consumidor.

El negocio jurídico es en sustancia una relación derecho - deber garantizada por el ordenamiento legal, pero lo cierto es que debe haber un equilibrio, ya que cuando acordamos un derecho subjetivo desmesurado en desmedro del otro contratante, generamos una situación que repugna al derecho como instrumento de paz social.

La inserción de estas cláusulas contradice - además del instituto del ejercicio regular del derecho - la buena fe, que debe prevalecer como criterio de equidad, que asegura el "equilibrio" entre derecho y deber.

La jurisprudencia, acorde con esta evolución, ha recortado la incorporación como cláusula contraria a la buena fe del pacto comisorio, la imposición de intereses moratorios, cuando exceden el normal de plazo para la operatoria en particular o la resolución o rescisión del contrato, etcétera(27)(241).

V. NUESTRA REFLEXIÓN

La importancia de la buena fe en el "control del derecho subjetivo del predisponente" es trascendente dentro de la contratación por adhesión; permite aminorar el poder económico, y transformar a la relación comercial en un instrumento apto para el acceso a los bienes y servicios de los integrantes de la comunidad, como necesidad social.

Los juristas deben asumir esto como compromiso para hacer del derecho un "instrumento de convivencia". El Estado no debe ser ajeno como garante de un "derecho justo", propendiendo al "control preventivo" de la acción publicitaria, revisando administrativamente las cláusulas generales y especiales; en suma, generando en los consumidores un "estado de credibilidad", imprescindible para vivir y desarrollarse en una sociedad jurídicamente organizada.