

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Privado

Fecha: 13-05-2015 Cita: IJ-LXXVII-785

La buena fe contractual y el principio de la transparencia

Gustavo Ordoqui Castilla (Montevideo, Uruguay)

I. Presentación del tema [arriba] -

En nuestro análisis nos concretamos en el estudio de un aspecto que consideramos sustancial, que refiere a un principio derivado de la buena fe contractual que es el principio de la transparencia, y lo hacemos fundados en la idea de que es precisamente la exigencia de esta transparencia la que está detrás de la justificación de normas básicas que se han preocupado por la figura del débil en la relación contractual. Comenzamos con algunas generalidades básicas de la buena fe como principio general y fundamental del derecho, y luego nos concretamos en el análisis específico del principio de la transparencia.

II. Concepto [arriba] -

La buena fe es quizás uno de los principios general del derecho y de los contratos más sobresaliente. Ninguna institución, regla de comportamiento o costumbre puede ser edificada en detrimento de la buena fe. La buena fe en el ámbito del derecho contractual implica que las personas deben comportarse lealmente, con corrección y cooperación en toda la fase previa a la contratación o tratativas, en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, así como en la ejecución de las prestaciones y, en muchos casos, aun después de extinguido el contrato[1].

Martins Costa (A boa fe no direito privado, Sao Paulo, 2000, p. 273) presenta a la buena fe como un concepto multisignificativo y proteiforme, pues entiende que el significado varía según el ángulo de análisis (buena fe objetiva y subjetiva), y su contenido también varía para el caso concreto.

La buena fe incorpora como valor ético la tutela de la confianza y comporta una regla de conducta normal, recta y honesta, o sea, la conducta debida del hombre medio. No refiere a la conducta aislada de la persona sino en su relación con otra al asumir un vínculo jurídico. Si en algo está de acuerdo la doctrina sobre la buena fe, es respecto a la variedad y heterogeneidad de significados que se le dan a estas palabras. Es común que se advierta que en esta diversidad, al aludir a contenidos tan variados, en realidad lo que se presenta con este concepto es una relación con opciones éticas y sociológicas. Tal lo que ocurre cuando se define como «lealtad, veracidad, honradez, corrección, probidad, realidad, etc.»[2].

III. La buena fe como “estándar jurídico” [arriba] -

El estándar jurídico es definido por Statti (*Le standard juridique*, París, 1927, pág. 45) como la medida de conducta social susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada. Cuando un precepto de la ley hace referencia a una idea jurídica en sí pero no puede ser definida en el lenguaje abstracto del derecho, porque su concepto hay que extraerlo de la vida misma cotidiana, o sea, el hecho diario (la realidad fáctica axiológica), estamos en presencia de un estándar jurídico. En definitiva, estamos ante una directiva general dirigida al juez en la administración del derecho, de justicia, que lo faculta a controlar el caso ajustado a la realidad y a la apreciación de las circunstancias del caso concreto. Para autores como Díez Picazo (ob.cit. pág. 13), la buena fe es un concepto técnico acuñado por las técnicas del derecho y usado como descripción o delimitación en diferentes supuestos de hecho normativo. Sería un estándar o modelo ideal de conducta social, al igual que la remisión al deber de actuar con la diligencia de un buen padre de familia, o las buenas costumbres[3].

En realidad la utilización de este principio general de la buena fe configura una verdadera delegación de facultades al juez. Así, aplicando estos principios el juez en realidad termina creando derecho por los caminos que le abre el legislador, que legitima la aplicación de su discrecionalidad en la ponderación del caso concreto. De lo expuesto surge como realidad que el orden jurídico no es algo dado sino algo que se está haciendo constantemente, pues por estas vías vive un proceso de actualización constante[4].

IV. Importancia de la buena fe [arriba] -

A) Presentación del tema

De los Mozos («Buena fe»; Enciclopedia de Responsabilidad Civil, dirigida por Alterini - López Cabana, tomo I, pág. 787) destaca que la buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que queda incorporado al orden jurídico desde el Derecho Romano, constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado, y de muy rica y variada trascendencia[5].

La conformidad que debe existir entre la conducta de las partes a la hora del cumplimiento contractual, contemplando la norma y el contenido contractual, se viabiliza a través de la buena fe. Ante quienes prefieren ignorar la buena fe por temor a las facultades que confiere al juez; ante quienes la cuestionan por generar inseguridad jurídica; ante quienes la presentan como un deber “de segunda”, o una realidad metajurídica, decimos que respetando lo que el propio codificador indicó (Art. 1291 inc. 2º del C.C.), nos guste o no, estamos ante el elemento más importante del sistema que permite moralizar y humanizar el derecho todo y, en particular, el derecho contractual, brindando incluso una mayor protección a los contratantes, dando forma, por ejemplo, a la obligación de seguridad; posibilitando la tutela del débil ante excesos causados por explotación o desigualdades y operando, en definitiva, como un verdadero “policía de la contratación”.

B) Buena fe como principio «general» y «superior» del derecho

La buena fe es un principio general del derecho de alcance universal, con un fundamento ético y social indiscutido. Estamos ante un principio general de derecho que informa y fundamenta a distintas normas en las que en ocasiones aflora expresamente, y en otras opera implícitamente. Del Vecchio (Los principios generales del derecho, Barcelona, 1979, pág. 49) califica a los principios generales como las «verdades supremas del derecho in genere», o sea, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos. En nuestro planteo no vemos la buena fe sólo en disposiciones aisladas del Código Civil sino que aparece en su contexto como un principio general del derecho informador del orden jurídico. La buena fe es un principio general del derecho porque de él surgen a su vez obligaciones jurídicas. Si solo fuera un estándar jurídico o una cláusula general, no las produciría, ni su violación sería fuente de responsabilidad.

V. Buena fe y el positivismo [arriba] -

Mosset Iturraspe (Interpretación económica de los contratos, Santa Fe, 1994 pág. 175) maestro argentino, señala que el positivismo jurídico que limitó el derecho a la ley le ha dado muy poca relevancia a la buena fe, sea que se le considere como principio general de derecho o como norma flexible. En nuestro derecho este positivismo cegó a muchos juristas a la hora de analizar cómo la buena fe asume una función básica actuando como principio general y superior del derecho informador del orden jurídico, como integrador de lo que pudo omitir el legislador o bien de lo que pudieron ignorar las mismas partes a la hora de contratar. El tema adquiere singular trascendencia cuando advertimos que, en realidad, todos los principios básicos del derecho contractual «hacen vértice» en el principio general y superior de la buena fe. Así, el principio de la autonomía privada, el principio de la fuerza vinculante, el principio del relativismo, el principio de la equivalencia de las prestaciones, el principio del consensualismo... coexisten e interaccionan mutuamente con el principio general de la buena fe[6].

VI. Buena fe como límite de la autonomía privada [arriba] -

Concluyó la época en que se pensaba que las partes son totalmente libres de contratar lo que les pareciera. Hoy, para entender la libertad de contratar, lo primero que se debe hacer es tener claro sus límites. Este tema fue considerado en otra oportunidad (Ordoqui Castilla, Desequilibrio de los contratos, Montevideo 2008, pág. 59 y sig.) destacando que estos límites eran constitucionales; impuestos por la ley, el orden público, la moral, las buenas costumbres y en especial por la buena fe (art. 1291 inc. 2 del C.C.), siendo ésta un principio de orden público, y no pudiendo las partes asumir conductas ni contenidos contractuales que supongan un apartamiento de estas normas de conducta sustancial.

VII. Buena fe subjetiva y objetiva [arriba] -

La mayor parte de la doctrina ha sostenido que la buena fe se ha plasmado en el derecho positivo en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo.

A) Buena fe subjetiva

Es tradicional en el estudio de la buena fe, diferenciar por un lado, la buena fe que refiere a la creencia que tiene el sujeto de que la conducta que realiza es correcta y, por otro lado, la que refiere a exigencias de honradez, lealtad, rectitud. La primera legitima una titularidad en atención a la creencia con la que se actuó (valoración de la creencia), es la buena fe subjetiva y, la segunda es regla de conducta debida (buena fe objetiva)[7].

La buena fe subjetiva refiere al estado conciencia o convencimiento del individuo de estar actuando conforme a derecho. Es subjetiva pues depende de la intención o íntima convicción del sujeto. Se sustenta en la ignorancia o creencia errónea, y por tanto excusable, acerca de la situación real del bien o de la situación jurídica propia de cierta persona.

En nuestra opinión, si bien es cierto que algunos autores ponen el acento en la buena fe subjetiva -en el error en que incurre subjetivamente el sujeto-, en realidad lo importante es aquello en lo que se confió como real. Esta confianza legítima en lo que se le presenta al sujeto como real es lo que se protege. El sujeto tiene el derecho de confiar en lo que se le muestra como real y que se le proteja si actuó diligentemente.

B) Buena fe objetiva

El maestro José Luis De los Mozos (ob.cit., pág. 45) afirma que uno de los aspectos más intensos de la aplicación del principio de la buena fe se encuentra en sus proyecciones a través de la buena fe objetiva, teniendo especial desarrollo en el derecho de las obligaciones y en la teoría general del negocio jurídico. En este caso, como bien lo señala el autor referido, la buena fe como comportamiento de fidelidad se sitúa en el mismo plano que los usos o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva. De aquí, precisamente, su naturaleza objetiva. No depende de la voluntad sino del alcance de una norma. La buena fe objetiva opera como un modelo de conducta social debida, al cual se debe adaptar el comportamiento de la persona que integre la relación jurídica. Es una norma de conducta que impone un deber de fidelidad, de lealtad, de honestidad, de probidad y de cooperación[8].

C) Unidad del concepto de buena fe

En lo que refiere a la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva, consideramos del caso señalar que la misma, desde nuestro punto de vista, es en realidad un tanto académica pues la calificación de buena fe subjetiva como estado de conciencia de creer en la legitimidad del derecho propio o de un tercero, debe ser valorada como conducta, y en cuanto tal, debe ser objetivamente considerada a los efectos de determinar si existió o no culpa en el proceder, aplicando sobre ella la norma de la diligencia debida. Por otro lado, la buena fe objetiva también supone la valoración subjetiva de una conducta.

En nuestra opinión, el concepto de buena fe es único aun cuando pueda cumplir distintas funciones. Este concepto unitario es aplicable para las distintas materias en su uniformidad. Éste concepto se centra en la idea de fides, de fidelidad, de honestidad. Tanto el que actúa ignorando la realidad o creyendo en lo aparente asume el deber de actuar objetivo proyectado en deberes tales como el de conducta debida similar a la de aquel que respeta una norma de conducta que exige el deber de actuar objetivo proyectado en deberes tales como el de información o cooperación. Así, tanto en la buena fe subjetiva como objetiva, en estos casos existe exigencia de conducta debida procedente de la moral personal y social. Si considero la conducta o la norma, destacaré lo subjetivo o lo objetivo de la buena fe. Si buena fe subjetiva es creencia, y buena fe objetiva, conducta; entre creencia y conducta existen diferencias pero lo cierto es que en ambos casos se cumple una función normativa[9].

VIII. Principios derivados de la buena fe contractual [arriba] - [10]

En los últimos años la buena fe ha ampliado significativamente su ámbito de vigencia, consolidando su función legitimante, integradora, interpretadora y jurígena, dando respuesta a situaciones nuevas. Al tiempo que consolida nuevas funciones, como la de delimitar el alcance en el ejercicio de los derechos; controlar la coherencia de las conductas, etc., se fueron también consolidando nuevos principios que aparecen como derivados del central de la Buena Fe Contractual. La importancia del principio general de la buena fe queda establecida cuando se determina que de su evolución han derivado principios fundamentales del derecho contractual como son, entre otros: el principio del equilibrio prestacional, el principio de igualdad jurídica y la no discriminación, el principio de la adecuación económica; el principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima, el principio de la coherencia, el principio de la transparencia; el principio de la razonabilidad; el principio protectorio; el principio de la cooperación; el principio “favor contractus”, el principio de la congruencia o ponderación de la realidad, y el principio de la mitigación del daño. En nuestro estudio damos relevancia al Principio de la Transparencia por considerarlo de especial importancia, especialmente de cara a la normativa vigente en materia de derechos del consumidor.

IX. Principio de transparencia [arriba] -

A) Presentación del tema

En el contrato importa no sólo lo que se dice sino cómo se dice. En la línea de revisar la tutela de la libertad del contratante en que se sustenta la autonomía privada negocial, se da hoy especial relevancia al deber de informar y actuar con transparencia a la hora de relacionarse con la otra parte para perfeccionar un contrato. Esta transparencia apareció visiblemente en distintas normas especialmente del derecho del consumo y luego el criterio afloró como derivado de la aplicación del principio general de la buena fe en todo el ámbito del derecho privado y especialmente en los contratos.

La realidad social, económica y cultural de nuestros días está determinado un reforzamiento de los derechos de los consumidores. Las corrientes doctrinales actuales tratan de superar

una “concepción meramente formal de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato”, en favor de una “aplicación material de los principios de buena fe y de conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación”.

Fruto de lo anterior es la imposición de un control de transparencia sobre estas cláusulas como plasmación del principio de transparencia real que preside la regulación de la contratación en serie y que es parte integrante del control general de abusividad de los contratos. Ese control de transparencia se entiende como un control de legalidad dirigido a comprobar que la cláusula contractual predispuesta por el empresario garantice la comprensibilidad real y no meramente formal de los aspectos básicos del contrato, ya sea en su fase de oferta comercial como en el contenido de la reglamentación contractual predispuesta, de forma que el consumidor comprenda tanto la posición jurídica que asume en el contrato como las consecuencias económicas que resultan a su cargo. No basta que la cláusula haya sido redactada de manera clara o gramaticalmente inteligible, sino que es necesario que del contenido de la propia cláusula contractual resulten criterios precisos y comprensibles que permitan al consumidor evaluar las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él de ese contrato.

B) Normativa vigente

Especialmente en el ámbito de las relaciones de consumo (ley 17.250 uruguaya), entre otros aspectos, en varias oportunidades se exige por ejemplo, que la información que se brinda al consumidor sea clara, veraz, en idioma español, completa y oportuna (artículo 6 lit. c). También se requiere que esta información sea visible y clara sobre la posible peligrosidad del producto (artículo 8); que sea suficientemente precisa con relación a los productos o servicios ofrecidos (artículo 12); en la oferta de servicios la información debe ser clara, veraz, y cuando se brinde por escrito deberá tener caracteres visibles (art 20). En materia de garantías se señala que debe ofrecerse por escrito, en términos fácilmente comprensibles y en caracteres legibles. (Art. 23)

Se señala que en la publicidad no se debe inducir a error (art 24). El anunciante tiene la carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos dados en la información. Los contratos por adhesión deben ser redactados en idioma español, en términos claros y caracteres fácilmente visibles de modo tal que faciliten la comprensión del consumidor (art. 28). Especial mención podemos hacer al hecho de que en el artículo 30 se considera abusiva la cláusula redactada en forma poco clara y comprensible, o sea, que transgreda el principio de la transparencia debida.

En todas estas exigencias existe un denominador común que es precisamente el deber de actuar con transparencia de acuerdo a las exigencias básicas del principio de la buena fe contractual.

C) Neoformalismo y la transparencia contractual. Renovado interés por el contralor de las formas contractuales

En principio, en los códigos modernos las exigencias de formalidad se hacen presentes sólo en relación con los negocios considerados como de mayor importancia, mientras que los demás no se encuentran vinculados a solemnidad alguna. De manera que la prescripción de formalidades se encuentra, por lo general, ligada a la necesidad de alertar a los contratantes sobre la importancia económica del negocio a celebrar (como los relativos a inmuebles), sobre los riesgos que lleva aparejada la realización de determinados negocios, como la compraventa de inmueble o la hipoteca. Hoy el tema tiene otras connotaciones partiendo de la base de que con la forma “manejada por el ingenio humano” puede inducir a error al contratante, especialmente cuando este es débil o desinformado y sustenta su consentimiento en la confianza más que en un saber o en un conocer[11].

La forma se convierte en esta época en “vigía de la libertad; en cuanto concierne a las relaciones entre el formalismo romano y la voluntad, la tradición ha entendido que la rigidez de las formas se manifestaba no sólo en la necesidad de su estricto cumplimiento, a efectos de la validez del acto, sino también en el sentido que, cumplidas las formas, el fin efectivamente perseguido por las partes (aun discordante con el resultado), en nada podía afectar la validez del mismo.

En Roma antigua, la forma cumplía la función de dar certeza en todos los campos de la vida social, y particularmente en la esfera jurídica, la forma servía para asegurar la seriedad, el reconocimiento objetivo y la eficacia de la voluntad y, en consecuencia, servía para hacer estables los resultados perseguidos con el comportamiento de las partes.

Con la doctrina iusnaturalista del siglo XVII, se abrió paso la concepción conforme a la cual el fundamento de la creación del vínculo jurídico no se encuentra en la forma, sino en la voluntad declarada de las partes; aquélla es sólo un requisito adicional para la validez del negocio jurídico, de ahí que en los orígenes del derecho privado moderno se afianzara el principio de la libertad de forma.

En la actualidad dentro del denominado neoformalismo la forma cumple además otras funciones y esto es lo que interesa destacar en esta ocasión. La exigencia de que determinados contratos solo se pueden otorgar por escrito se realiza no tanto pensando en una solemnidad sino en colaborar con la existencia de mayor transparencia y medios probatorios en favor de la parte débil.

Morelato (Nuovi requisito di forma nel contratto, Ed. Cedam, 2006, pág. 38) destaca la importante función de la forma en la época presente, impuesta muchas veces con la idea de favorecer la transparencia contractual. La forma escrita ajustada a ciertas exigencias mínimas es la vía por la que el adherente puede llegar a conocer lo que contrata, máxime en los casos de contratantes que no participaron en la redacción originaria del contrato. En ciertos ámbitos, como en las relaciones de consumo, se alude en forma expresa al deber de transparencia cuando se regula por ejemplo, la claridad y la comprensión de lo que se incluye en los contratos.

De manera que si bien es cierto que en los ordenamientos contemporáneos rige el principio conforme al cual las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, también lo es que junto a la regla de libertad debe asentarse la máxima de justicia y buena fe. Libertad con justicia es el reclamo candente que el sistema jurídico de estos tiempos está precisado a satisfacer. A tal fin siguen siendo útiles las herramientas tradicionales: el impedimento para obrar abusivamente, la lesión, la imprevisión, como exigencias que emanan del principio de buena fe, entre otras alternativas adecuadas para la protección de los intereses dignos de tutela.

Dentro de este contexto y al lado de las mencionadas herramientas resurge con renovado vigor el formalismo como un instrumento de protección de tales intereses y específicamente de la parte débil de la contratación. La protección del contratante débil se erige en un factor de cohesión que aglutina una parte importante de las formalidades imperantes en el derecho moderno, el retorno a las formas encuentra pues toda validez siempre que recordemos que son los Principios y particularmente la buena fe, y el principio de la transparencia, los que deben estar vigilantes sobre la forma.

En la práctica las exigencias de transparencia en la forma de relacionamiento, como bien destacan Buffone, Di Giovanni, Natali (Il contratto, Ed. Cedam, 2013, t. III, pág. 2290), tuvo una importante evolución especialmente en materia bancaria y financiera, sectores caracterizados por la existencia de una destacada asimetría en el nivel de información con que operan las empresas frente a sus clientes. Esta transparencia que se logra brindando la información debida y adecuada, asegura un equilibrio en los contratos. En ciertos ámbitos como en las relaciones de consumo para respaldar esta transparencia se imponen en forma concreta el deber de informar; de no realizar prácticas abusivas[12].

D) Conceptos

Con carácter general las cláusulas en su presentación o en su forma deben cumplir exigencias de claridad, precisión, lenguaje sencillo e inteligible, idioma acorde al lugar, tamaño de letra razonable. La transparencia implica, que "la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato". La transparencia supone, por tanto, que el consumidor posee toda la información que necesita para comprender el alcance de sus obligaciones en el contrato.

Transparencia se debe en la forma y en contenido. Ello supone que no alcanza con escribir claro, en letra legible, sino que se deben usar términos inteligibles. Se requiere que quien preformula un contrato lo haga en forma clara y comprensible. Esto de alguna forma es la contrapartida de permitir que una de las partes preformule el contrato unilateralmente. La consecuencia o sanción por no expresarse con claridad es que el contrato se interprete en su contra (art. 1304 del C.C.) o las cláusulas puedan ser nulas (art. 30 Ley 17.250) por abusividad en la forma. En definitiva, de lo que se trata es de evitar el engaño. La parte predisponente es la que asume la carga de actuar con la transparencia debida como contrapartida del poder de predisposición unilateral que ostenta. Se trata de asegurar una posibilidad de conocimiento o mera cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas

individualmente. Se trata de que, en definitiva, el adherente pueda conocer el contenido del clausulado que le viene impuesto.

No creemos que este principio deba aplicarse sólo en el derecho del consumo o en los contratos por adhesión. El principio de la transparencia, o sea, la exigencia de la claridad e inteligibilidad, rige en toda relación contractual en la medida en que se debe desarrollar en parámetros de buena fe. La transparencia rige no solo en la contratación escrita sino también en la verbal, donde igualmente se debe actuar con corrección.

E) Funciones

La transparencia puede cumplir diversas funciones: en primer lugar su respeto puede determinar la protección de la eficiencia o libertad de mercado en un ámbito de respeto por la competencia leal. - Desde otro punto de vista la transparencia se hace necesaria cuando entre las partes existe disparidad y es necesario reivindicar garantías para el contratante débil. Además, en la actualidad la transparencia contractual es un elemento básico para posibilitar por ejemplo, el comercio electrónico. En este ámbito la transparencia consolida la confianza del adquirente en la adquisición de bienes y servicios por internet lo que también favorece la libertad en el mercado.

F) Ponderación de la Transparencia

Luego de analizados los criterios y conceptos generales, la pregunta a contestar refiere a como determinar en el caso concreto si existió o no transparencia en el proceder de la parte. La respuesta a esta interrogante comienza por determinar en el medio cuál es el conocimiento exigible dentro de lo razonable en una persona en igualdad de condiciones de tiempo y lugar. En otros términos, cuál es la formación de un consumidor medio atento a sus caracteres culturales, sociales y lingüísticos.

Pertinez Vilchez (Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia, Navarra, 2004, pág. 42) considera que se debe partir de la base de que el adherente o el contratante tienen un nivel normal o medio de conocimientos y sobre ello debe ser valorada la posibilidad real de comprensión.

G) Claridad y Comprensión

La normativa con frecuencia repite que las exigencias en el clausulado son de claridad y comprensión y pueden quizás verse como sinónimos lo que en realidad supone ámbitos diferentes que marcan el alcance de la transparencia exigible. Que el documento sea claro no quiere decir que para el nivel del consumidor sea comprensible. La claridad está supeditada a la comprensión y de allí la dificultad que existe en determinar como un mismo documento puede ser claro y comprensible para unos y no para otros.

H) "Control de contenido" hacia el "control de transparencia"

a) Presentación del tema

Con frecuencia se piensa en el contralor del contrato considerando su contenido, importando si es equilibrado o abusivo. Hoy el contralor es no solo material sino también formal. La validez de la cláusula está condicionada a su transparencia exigida por normas de orden público. Las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. No obstante, que exista transparencia no implica, per se, que la cláusula no pueda ser abusiva. La transparencia por sí no subsana toda posible forma de abuso que se pueda cometer con el contrato. Si el abuso es claro, no por ello deja de ser abuso.

En mi opinión, el criterio de la transparencia tiene un riesgo muy evidente, y es que el hecho de que el consumidor comprenda (o esté en disposición de comprender) el alcance de sus obligaciones contractuales y el reparto real de los riesgos del contrato podría conllevar la admisión de la legitimidad de cualquier cláusula. De admitirse esto, se llegaría al sinsentido de que pudiera admitirse la validez de un clausulado que fuera transparente, pero que impusiera mayores cargas contractuales al consumidor.

b) La información como instrumento de contralor de la transparencia

La transparencia no solo aparece al regularse exigencias formales sobre cómo debe presentarse el contrato sino que además esa transparencia suele estar dependiendo de la información que se debe dar entre las partes. La obligación de información encierra dos aspectos básicos: uno negativo (abstenerse de dar información errónea) y otro positivo (el de transmitir toda la información exigible). Será exigible aquella información que sea necesaria para el receptor de la misma al efecto de la formación adecuada de su consentimiento contractual. En nuestro país, en el artículo 6 de la ley 17250, se regulan los derechos de los consumidores en la oferta, adquisición, utilización y disfrute de bienes y servicios. En su apartado c) se establece el derecho a obtener información suficiente, clara, veraz, en idioma español... lo que supone una información transparente sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a disposición en el mercado de acuerdo con la normativa vigente[13].

Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de circunstancias, instruir, prevenir. Consiste en exponer situaciones de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión. La importancia de la cuestión, radica cuando la falta o distorsión de información determinó el consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que, lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el cocontratante que, de haber conocido la información que no le fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones, más favorables. Se trata de posibilitar la efectiva comprensión del contrato. La transparencia exige no solo conocimiento de que existe un contrato con ciertas cláusulas sino la comprensión del alcance de lo que de

ellas surge. La información transparente supone no solo claridad y comprensión sino que se debe actuar con lealtad, con verdad y buena fe, ajustándose a las circunstancias del caso especialmente cuando se trata de un consumidor en situación particularmente débil.

X. Consecuencias [arriba] -

a) Presentación del tema

En principio puede suceder que no asumamos la importancia de transgredir las exigencias de transparencia en la contratación. Podemos hasta pensar que es algo difícil de determinar y poco aplicable en la realidad. Esto no es así. Como bien recuerda Morelato (Nuovi requisiti di forma nel contratto, Ed. Cedam, 2006, pág. 1), en la actualidad muchas exigencias sobre la forma de contratar, especialmente las existentes en el ámbito del derecho del consumidor, surgen de normas de orden público y la transgresión de pautas propias del requerimiento de transparencia puede determinar la nulidad del contrato. No se debe olvidar que lo delicado del tema está en que las normas que exigen esta transparencia son de orden público y la consecuencia de su transgresión es la nulidad total o parcial del contrato. De ello se deduce el carácter irrenunciable de estos derechos que no pueden ser disminuidos por acuerdo de partes.

b) Abuso por falta de transparencia

Vaque, Bosch, Paz Sánchez (Derecho Europeo de los Contratos, Ed. Atelier, T. I, pág. 645 y ss.) señalan que lo normal es considerar el principio de la falta de transparencia no solo como un apartado del principio de la buena fe sino como “índice” (indicio) claro de abusividad en la cláusula o en el procedimiento utilizado en la contratación. La contravención al principio de transparencia se considera como un elemento a tener en cuenta para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente. Debemos recordar que la abusividad en las cláusulas contractuales puede ser de contenido o de forma (Ver Ordoqui Castilla, Abuso de Derecho, Bogotá pág. 172).

Di Giovanni (La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori, Torino, 1998, pág. 4) destaca que el deber de transparencia en la contratación es un deber de conducta que alude a aspectos formales, cuya transgresión puede llevar a la nulidad misma del contrato. La falta de transparencia determina que se presuma la abusividad.

Es de recordar que en nuestro derecho al definir las cláusulas abusivas en el art 30 de la ley 17250 se señala: "Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio, ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La abusividad por vicios en la forma o por falta de redacción clara y comprensible supone una aplicación clara del principio de la transparencia y la trasgresión de esta pauta de conducta lleva a la abusividad de la cláusula.-

c) Nulidad de “protección”

En el ámbito del derecho del consumo aparece una nueva forma de nulidad precisamente pensando en la necesidad de tutelar mejor al consumidor. Se advierte que en muchos casos la nulidad formal de la cláusula o del contrato puede llegar incluso a perjudicar al mismo consumidor y se apunta más que a eliminar, a replantear o revisar lo abusivo de acuerdo con intervención judicial. La nulidad de protección faculta a reestructurar al contrato convirtiéndolo, con intervención del juez, en una garantía del efectivo equilibrio normativo y económico.

En nuestro derecho según el art 31 in fine de la ley 17250 la inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del mismo. O sea, en principio, de ser posible, se trata de reestructurar el contrato aplicando la denominada nulidad de protección que responde a la vigencia del orden público de protección.

Morealto (Ob.cit., pág. 151) señala que la derogación del carácter absoluto de la nulidad se justifica en la razón de la exigencia de evitar que el contratante fuerte pueda valerse de los instrumentos de tutela predisuestos por el ordenamiento en beneficio del contratante débil. La nulidad deja de ser un medio de protección del sistema jurídico, del interés general o de ambas partes, y pasa a ser un medio de protección solo de la parte débil.

XI. Conclusiones [arriba] -

La transparencia de los contratos es una condición previa esencial para asegurar que todas las partes reciban beneficios equilibrados. En la medida en que se profundiza el estudio de la buena fe contractual se advierte como de este tronco sustancial van surgiendo frondosas ramas que, como la del principio de la transparencia, surgen no porque sí sino para dar respuesta a nuevas necesidades del tráfico moderno.

Sostuvimos ya en otras oportunidades (Ordoqui Castilla; Desequilibrio de los Contratos, Montevideo 2007 pág. 127; y Abuso de derecho, Bogotá, 2010, pág. 175) que el principio de la transparencia es un principio derivado de la buena fe y con él se busca la protección del libre consentimiento pues no puede haber aceptación real donde no hay conocimiento real de las circunstancias contractuales. Debemos saber ver detrás de las normas que exigen claridad, veracidad, precisión, lealtad, un claro requerimiento de transparencia, que no es más que una proyección del principio general y fundamental de la buena fe contractual consagrado en nuestro derecho en el art 1291 del CC inc. 2.

Cuando se estudia en concreto el deber de información en la relación de consumo y se establece que esta debe ser clara y veraz, se dice concretamente que la información debe ser transparente y de buena fe. Así, la transparencia derivada del deber de actuar de buena fe opera como un requisito mismo del contrato -que en todo caso debe ser claro y transparente- mientras que la forma escrita opera como un presupuesto de la transparencia misma. La claridad y comprensión de las cláusulas llevan a una correcta percepción del contenido y alcance del contrato.

La exigencia de que el contrato sea por escrito o que cumpla cierta formalidad supera la exigencia de que pueda ser conocible, pero ello no lleva necesariamente a la comprensión, que es a lo que se debe llegar. Para pasar del conocimiento a la comprensión hace falta transparencia. El principio de la transparencia exige sobre el predisponente un proceder claro y comprensible. Las normas que regulan pautas de transparencia en la contratación son de orden público y su transgresión puede llegar a derivar en la nulidad del contrato. La realidad marca que si una cláusula contractual incumple el deber de transparencia constituye un indicio firme de que la cláusula o el contrato es abusivo. Como el alma al cuerpo detrás de la falta de transparencia suele existir la abusividad sustancial evidenciada generalmente en el desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones o de valores en las prestaciones asumidas.

ANEXO I

Principio de la Transparencia y la Abusividad de las Cláusulas en el Derecho Transnacional

MARCO COMÚN DE REFERENCIA.-

Sección IV Cláusulas Abusivas. II 9:401 Naturaleza imperativa de las reglas siguientes. Las partes no pueden excluir la aplicación de las reglas contenidas en esta sección ni derogar o modificar sus efectos.

II 9:402 Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente. Quien predisponga cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente tiene el deber de asegurar que las mismas sean redactadas y comunicadas en lenguaje sencillo e inteligible. En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula que haya sido predispuesta por aquel incumpliendo el deber de transparencia impuesto en el párrafo I, podrá ser considerada solo por este motivo como abusiva.

II.-9.403 Significado de lo abusivo en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor. En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula que haya sido negociada individualmente será abusiva a los efectos de esta Sección si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo al consumidor.

II.-9:404: Significado de "abusivo" en los contratos entre partes no empresarias. En un contrato celebrado entre partes que no sea ninguna un empresario, una cláusula será abusiva, a los efectos de esta sección, solo si forma parte de cláusulas estándar predispuestas por una de las partes y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo a la otra parte.

II. - 9:405: Significado de "abusivo" en los contratos entre empresarios. Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva, a los efectos de esta sección, solo si forma parte de cláusulas estándar predispuesta por una de las mismas resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos.

[1] Planioly Ripert (*Traite pratique de droit civil français*, París 1926 T. VI n. 379) concluyen su estudio diciendo que la buena fe no apunta solo a la justicia sino que considera la protección del interés de ambas partes, las que con su acatamiento se benefician. La misma vida en sociedad es posible con su vigencia. En definitiva, es la obligación de comportarse como una persona honesta, escrupulosa, no sólo en la formación sino en la ejecución del contrato, y de no limitarse sólo a lo que surge de la letra de éste.

[2] Sin ánimo de desalentar al lector, José Luis De los Mozos (*Principio de la buena fe*, Barcelona, 1965 pág. 21), verdadero maestro del estudio del principio general de la buena fe, señala que nadie puede agotar el significado de la buena fe por la variedad de su contenido, por el empleo múltiple que de él se hace por el orden jurídico, y porque se trata, en definitiva, de una norma abierta, de un verdadero estándar jurídico utilizado para responder a las necesidades del caso. Así, en su significado elástico, múltiple o polifacético, la definición no se hace nada simple. Lo cierto es que tratándose de un principio general del derecho expresado en una cláusula general, su contenido y sus funciones deben determinarse en cada caso.

[3] Como bien anotan Buffone, De Giovanni, Natali (*Il contratto*, Ed. Cedam, 2013, t. II, pág. 1938), la utilización frecuente por parte del legislador de las denominadas cláusulas generales, como la buena fe, la culpa, las buenas costumbres, se realiza para lograr cierta flexibilidad en el orden jurídico, de forma que este se mantenga actualizado no obstante el pasar del tiempo. Ello supone una mayor relevancia de la gestión mediadora de la jurisprudencia, que actúa con más discrecionalidad.

[4] Se cierran estas reflexiones con la idea de que el orden jurídico es mucho más que la norma en sí: es un derecho viviente en actualización constante, integrado por máximas jurisprudenciales como fuente material. Como lo anotan los autores precitados (pág. 1944) el derecho jurisprudencial significa derecho que surge de la consideración de los casos concretos, pero ello no equivale a la justicia caso por caso con prescindencia de la norma.

[5] Trazegnies («Desacralización de la buena fe en el derecho»; en Córdoba: *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires, 2004) sostiene que la referencia a la buena fe es como largar una piedra en un lago del derecho, donde las ondas se expanden en círculos

concéntricos, orientando sobre cuál es la conducta debida. Este concepto ha operado como una verdadera vacuna contra el cinismo, la deslealtad, la deshonestidad, en todos los ámbitos del derecho. Constituye un principio universalmente reconocido e incorporado en todas las materias del derecho. Para regular las conductas entre regiones, entre Estados, entre particulares, entre empresas, en los procesos judiciales, en el ejercicio de cualquier derecho, en la regulación de la actividad de los jueces, etc., siempre debe tenerse presente el deber de conducta establecido por el principio de buena fe.

[6] Alguien ha dicho que se debe tener cuidado con la buena fe pues lo correcto es tenerla como una «fiera dentro de la jaula». Si se escapa puede dar lugar a figuras invasoras como justificar el abuso de derecho, el fraude a la ley, la imprevisión, la teoría de los actos propios... El miedo a las normas flexibles y la desconfianza del alcance de los principios generales de derecho está en que, en realidad, de lo que se desconfía es de los mismos jueces que se prefieren ver como entes inertes, inanimados, que no hacen otra cosa que aplicar la ley, lo que, como veremos, es un error grave.

[7] Betti (Teoría general de las obligaciones, ob.cit., pág. 74) describe la forma de buena fe subjetiva como una actitud de conciencia que es objeto de una interpretación psicológica; actitud que consiste en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho y tiene como consecuencia un efecto justificativo. Dentro del enfoque subjetivo está la concepción psicológica de la buena fe, que valora sólo la creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética, que entiende que la creencia errada sólo vale si no fue culpable, actuándose con la diligencia debida. Supone una ignorancia, una creencia errónea excusable.

[8] La buena fe en el derecho moderno demuestra claramente cómo viene siendo usada esta figura como instrumento defensivo, tratando de que con su aplicación se detengan conductas deshonestas, desleales, fraudulentas, abusivas, y en su lugar se asuma una postura de solidaridad, tendiendo en el ámbito de la relación contractual a favorecer con su aplicación la protección de la parte más débil. En la actualidad, dentro del denominado derecho del consumo aparecen institutos que están claramente fundados en la buena fe, como son las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, la prohibición de la publicidad engañosa, etc. Todos estos institutos se sustentan en un solidarismo que busca proteger al débil, el consumidor, exigiendo transparencia, información, veracidad. La buena fe sale al cruce de los abusos de libertad contractual, de la posición preeminente en el mercado. La buena fe en definitiva, sale a la búsqueda de mayor seguridad y solidaridad.

[9] La calificación de buena fe subjetiva para ser tal requiere de una valoración normativa del comportamiento que establezca que el que la invoca actuó con corrección, y por ello finalmente el enfoque subjetivo se subsume en el objetivo. Considerar solo la actitud psicológica del sujeto como creencia errónea o ignorancia es insuficiente, pues a ello debe sumarse, en todo caso, si esa ignorancia o creencia surgió de una conducta diligente o no. Quien cree en un derecho o en la apariencia de un derecho que le presenta un tercero, ignora que está dañando a otro o que está actuando en error. Ello se debe a que tuvo la creencia o convicción de actuar conforme a derecho (buena fe subjetiva), y por otro lado, procedió sin tratar de engañar, con lealtad (buena fe objetiva), ambos aspectos se presentan en esta hipótesis como de un mismo fenómeno.

[10] El estudio de estos principios puede verse en Ordoqui Castilla, La Buena Fe Contractual, Ed. Javeriana, Bogotá, 2010.

[11] Edgar Cortés y Koteich Neme (“Formalismo negocial romano y neoformalismo ¿fundamento del Sistema o protección de la parte débil?”, artículo online) entienden que podría decirse que en Roma la función primordial de la forma en la contratación estaba ligada a la garantía del ejercicio de los propios derechos, a permitir su reconocimiento exterior por la sociedad entera y con ello de alguna manera tendía a la igualdad entre quienes concurrían en las diversas esferas del mundo romano a la realización de actos religiosos, políticos, jurídicos o sociales.

[12] Desde el punto de vista comercial la transparencia del mercado es una condición fundamental para el adecuado funcionamiento del mercado de valores. La transparencia

conlleva que los participantes accedan en forma oportuna, completa, fidedigna y clara a la información relativa a los aspectos relevantes de las sociedades emisoras y de los valores emitidos por ellas, de manera que puedan tomar adecuadamente sus decisiones de inversión. La Transparencia del Mercado, en el que se señala, entre otros aspectos, la obligación de informar por parte de los emisores, sobre el uso de la información reservada y de la información privilegiada, así como del deber de reserva; aspectos que han sido detallados en normas adicionales, como la de Hechos de Importancia, en donde se establecen los hechos que deben ser informados.

[13] Vale mencionar, para entender el deber de información, el distingo que Le Tourneau ("De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil", Chronique XIX, Ed. Dalloz-Sirey, 1987, p. 101) hace entre el profesional y el profano: "Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas"