

**EL ARTE DE JUZGAR
Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ
EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABIERTAS ***

JORGE MOSSER ITURRASPE

El título insinuado es harto sugerente.

"El arte de juzgar..." implica una toma de posición en el debate, antiguo y arduo, acerca del rol judicial; si antes se aludía a la "boca del juez que repite las palabras de la ley" —Montesquieu— y ahora mencionamos ese quehacer como un "arte", significa que hemos pasado del "mecanicismo" a la "creación"; de un personaje "repetidor" a otro "artista de lo justo y de lo equitativo". Mucho nos congratulamos que así sea. En palabras de Carnelutti, el juez debe ocupar el centro del escenario jurídico y no los lugares secundarios a los que había sido relegado. Desconfiamos de la crítica fuerte y generalizada sobre los jueces, los nuestros y los de otras latitudes. Nos parece que, detrás de estas críticas, aflora la preocupación por hacer retroceder al Estado, incluso en la labor de brindar la "justicia institucionalizada", reemplazándola por los "medios alternativos".

Esa actividad judicial, calificada con acierto como "arte", viene a cubrir una doble faceta, ajena por completo a la concepción del juez como una simple "máquina de subvención". De un lado, la labor judicial es "creadora de Derecho", en cuanto que integra el ordenamiento jurídico, salvando sus lagunas y contemplando el negocio, y dando así cumplimiento al deber de juzgar que a los tribunales imponen las leyes. Y, por otra parte, posibilita "pronunciar" el Derecho, cumpliendo con la función de aplicación y realización del mismo.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene hablar de la "discrecionalidad del juez"? ¿Significa tan sólo aludir al "sano juicio", a la "sensatez", en el cum-

* Con motivo del "Encuentro" de juristas italianos y argentinos - Mendoza, 16 de octubre de 1997.

plimiento de esas labores? Sabemos que el "positivismo", particularmente el de Hart, cuando afirma que los jueces poseen discreción, ubica la voz "discreción" —al decir de Dworkin— en "un contexto de autoridad" y le acuerda dos sentidos: uno débil y otro fuerte. En el sentido "fuerte", que es el que nos interesa, los positivistas afirman que los principios no son obligatorios, vale decir que no proveen al juez de razones justificatorias dotadas de autoridad. Cuando no hay normas o éstas son insuficientes, casos difíciles, los jueces no están sometidos a *standard* obligatorio alguno.

Nosotros no compartimos semejante criterio y, muy por el contrario, pensamos, con Dworkin, en el derecho americano, que los principios son obligatorios y que, por ende, el Derecho se halla compuesto de normas y principios y una teoría del Derecho que deje afuera los principios es parcial e incompleta.

De donde, la "discrecionalidad" mencionada tiene, para nosotros, el sentido de arbitrio o criterio judicial, y no posibilita la exclusión de los principios. En las *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* —septiembre 1997—, la Comisión número 3, destinada a estudiar la "autonomía de la voluntad", recomendó que en una futura reforma del Código Civil se incluya un Título Preliminar que dé cabida a los "principios generales".

Empero, la inclusión de los principios generales entre las "fuentes del Derecho" no significa desconocer que, en punto a interpretación, muestran un carácter diferente, particularidades que no se dan respecto de las normas legales y de las consuetudinarias. Los "principios" no proporcionan soluciones por simple "aplicación" a los supuestos de hecho —como ha señalado muy bien Puig Brutau— y lo que ofrecen es un punto de apoyo o de partida de un razonamiento que tenga en cuenta los hechos de cada litigio para llegar a una solución que responda a la justicia que proclama el principio general.

Las "cláusulas abiertas" —y llegamos así al centro de nuestra exposición—, no son otras que las "cláusulas generales" o "normas abiertas", que se encuentran en el ordenamiento jurídico y no en los negocios particulares. Las normas abiertas configuran un precepto abarcativo, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta. La ley alemana sobre condiciones negociadas generales de 1976/77 (AGB-Gesetz) incorpora, en su parágrafo 9, la norma abierta sobre buena fe, como herramienta jurídica del control de contenido.

Ocurre que esta "apertura" de las normas o de los principios sólo proporciona al juez una orientación general, señalándole hechos, conceptos o criterios que no quedan determinados en sus notas particulares, para que aquél los investigue y valore en cada caso concreto. Bobbio menciona "un vacío dentro de una norma", o una laguna técnica *intra legem*, cuando la ley o el principio, reiteramos, se limita a dar directivas de carácter general y deja al intérprete la tarea de complementación al aplicar la norma o el principio al caso concreto.

¿Dónde se encuentra hoy el eje del debate en orden a la labor judicial? No dudamos en responder, atentos a la injerencia de la "economía de mercado" en la regulación de los contratos, que se halla en torno a la nulidad parcial de los contratos con condiciones generales ineficaces, por violación a normas imperativas. La "lógica del mercado", el "dejar hacer", por una parte, y el retroceso del ordenamiento del Estado, suplantado por el "orden espontáneo" —procesos de privatización, desregulación y flexibilidad—, se "escandalizan" frente al quihacer de un juez que no sólo declara la nulidad parcial del contrato —muchas veces con invocación de un "orden público" y una "moral social" que la economía "no entiende"—, sino que pretende, además, "integrar el contrato", sustituyendo la cláusula anulada.

La pregunta es ahora: ¿la discrecionalidad en el arte de juzgar se compatibiliza con la integración de un contrato por "vía judicial"? ¿No se cometería un exceso, por violación a la autonomía de la voluntad, a la libertad negocial, principio con base constitucional?

El artículo 37, última parte, de la ley 24.240 dispone: "Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

¿Cuándo será necesario o conveniente y cuándo no lo será?

Recordemos que las "normas abiertas", que dan pie a la direccionalidad judicial, son las de los incisos a y b, del artículo 37: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y limiten la responsabilidad por daños, y b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Y tengamos en cuenta, así mismo, la norma del artículo 1039 del Código Civil, que, partiendo del principio de "separabilidad", consagra la regla de la incomunicabilidad de la nulidad, que se corresponde con el principio de conservación del negocio. Se trata, sin lugar a dudas, de dos decisiones graves que ponen a prueba la discreción judicial: una, menos grave, la de anular la cláusula contraria al derecho imperativo; otra, más grave, la de integrar el contrato, sustituyendo la cláusula separable. Hay aquí una indudable tarea interpretativa e integrativa, de complementación, que debe atenderse a la intención práctica perseguida por quienes declaran su voluntad en el acto jurídico.

Sin embargo, no es una cuestión enteramente novedosa, ni para el derecho argentino ni para el italiano. Tenemos presente la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, que procura, al decir de Morello, "desgravar la posición del deudor", recomponer el sentido de la relación contractual, y, en nuestra expresión, "la vuelta al relativo equilibrio originario". El rol del juez en ese proceso de revisión —art. 1198, Cód. Civ.— se juzgó muy importante: decide de acuerdo con su buen sentido y *lógos* de lo razonable, como director del proceso de revisión, la razonable recomposición mediante una valoración discrecional, en vista de la entidad total del contrato. Píno, en la doctrina italiana, recuerda que

ése es el criterio de una corriente doctrinaria, de menor eco en la jurisprudencia: el juez está legitimado para producir un fenómeno de sustitución, en sentido técnico, con los alcances de modificar la relación contractual; una actividad negocial, a cargo del juez, similar a la que generó la relación; el ajuste lo produce, por lo tanto, sobre un plano económico, libre de vínculos jurídicos, actuando según criterios contingentes.

Treinta años después el tema de la revisión judicial, ahora en los contratos de consumo, especialmente, y frente a una negociación sobre la base de condiciones generales predisuestas, más propias de un capitalismo monopolístico u oligopólico que de un capitalismo de competencia, reaparece. La autonomía de la voluntad se muestra como una fórmula vacía si no se integra con una paridad socioeconómica. La nulidad parcial se fundamenta en la necesidad de proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para él la nulidad total del contrato. No está basada en la voluntad presumible de las partes.

Frente a esta integración o interpretación integradora se levanta el temor a la denominada "desproporcionalidad en la intervención estatal". Se teme que el intervencionismo judicial se vuelva "dirigista" y responda a criterios propios, divorciados de los plasmados en el negocio.

Y de allí que, como una garantía de la discreción judicial, en el difícil arte de "recomponer el negocio", se propugne que "la integración se base en los propios acuerdos ineficaces", reducidos en la medida necesaria para preservar la supremacía de la norma imperativa infringida. Este expediente suele denominarse: "reducibilidad del negocio o reducción conservadora de la validez". No habremos de hacernos eco del debate acerca de si existe diferencia práctica o dogmática entre la reducción y la nulidad parcial de una cláusula, tema que ha ocupado largamente a la doctrina alemana. Importante en cuanto un sector de la doctrina otorga al juez la posibilidad de corregir el contenido del contrato, solamente con base en "reducciones", rebajas o reconducciones para adoptar la cláusula impugnada a la ley, pero le niega la posibilidad cuando la corrección se hace a partir de una nulidad parcial.

Más acá de semejantes disquisiciones —distingo entre "cláusulas excesivas" y "cláusulas indiferenciadas", entre "alternatividad acumulativa" y "alternatividad exclusiva"— conviene señalar, liminarmente, y en seguimiento de la doctrina especializada, que la "reducción", como técnica de aplicación de la integración del contrato, no puede ser utilizada, sin más, para resolver cualquier tipo de contradicción entre un pacto contractual y una norma imperativa, sino que su aplicación depende de que al hacerlo se conjuguen adecuadamente los principios de la primacía de la regulación imperativa y de respeto a la autonomía privada.

Y, precisamente, un ámbito en el cual la aplicación de la técnica ha sido seriamente cuestionada es el de la contratación sobre la base de condiciones generales predisuestas. Justamente porque no cualquier

condición general es susceptible de reducción; más aún, diríamos que la mayoría de ellas no son susceptibles de técnica semejante. Pensemos en las cláusulas a) y b), del artículo 37: ¿cómo "reducir" las desnaturalizaciones de las obligaciones o las limitaciones de responsabilidad? ¿Cómo reducir las renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor? Más que reducir, como consecuencia de la nulidad, parece procedente "dejar de lado", excluir u omitir cláusulas semejantes. O bien sustituirlas.

No debemos olvidar que la reducción plantea otros problemas conexos, como los relativos al quantum de esa reducción, y, además, convierte a los tribunales en "procuradores" de los predisponentes, atribuyéndoles una tarea que no es la suya; no es tarea de los tribunales de justicia encontrar la configuración de las condiciones generales —abusivas o excesivas— que dentro de lo admisible legalmente favorezca más al predisponente.

Para el derecho argentino resultaron muy importantes —y en buena medida precursoras— las "recomendaciones" de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata, en 1981, en cuanto declararon que: "D. Las condiciones generales (abusivas) no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas". Ese derecho dispositivo ofrece un camino a la integración justa más razonable que la técnica antes aludida. La doctrina mayoritaria precisa que "la reducción conduce a resultados diferentes a los que lleva la aplicación del derecho dispositivo". Por derecho dispositivo debe entenderse la regulación general de los contratos, las normas generales sobre obligaciones y la regulación específica sobre contratos típicos. De allí su importancia en el tema que nos ocupa, como "régimen sustitutivo de las condiciones generales".

Sin embargo, la doctrina moderna, particularmente la alemana, trata de determinar los supuestos en que es lícito prescindir del derecho dispositivo como fuente primaria de integración, porque existen datos en el contrato concreto que indican que no se corresponde con las expectativas normativas de las partes. Quede claro que se alude a las partes, a ambas, y que estamos frente a contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, con una "voluntad fuerte", la del predisponente, y otra "voluntad débil", la del adherente. De donde esos "datos" no serán fáciles de encontrar ni de interpretación sencilla. Recuérdese que partimos de una "nulidad parcial" por incompatibilidad con el orden jurídico imperativo...

Y, finalmente, encontramos en la buena fe, básicamente objetiva, y en los deberes que ella engendra, con base en su poder jurígeno, el principio o norma abierta, por su indeterminación esencial, fundamental para conciliar el arte de juzgar con la necesaria discreción. La actuación de la buena fe como criterio integrador se realiza a través de la creación

de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella, al decir de Díez-Picazo.

Nos parece, para concluir, que así deben pensar "los jueces que piensan", conscientes de cumplir en el arte de juzgar una "función creadora", al decir de Mauro Cappelletti, no divorciada de las virtudes de prudencia y equidad.

Creemos en el "desarrollo judicial del Derecho", en el llamado "derecho judicial", sea que se aplique el "método del legislador" para desarrollar el Derecho dispositivo, sea que se opte por el método casuístico, frente a supuestos atípicos, estableciendo una regulación adaptada a las peculiaridades del caso.

El pensamiento del Profesor Guido Alpa, relator por Italia del tema propuesto, aparece muy bien expresado en su trabajo sobre "I valori nel diritto contrattuale", publicado en *Rivista Critica del Diritto Privato*, septiembre de 1990, páginas 661 y subsiguientes; allí expresa que el control sobre el contenido del contrato es una realidad presente en los días actuales, que se hace notar incluso en Inglaterra, "una de las rocas fuertes del principio de libertad contractual", donde asume cada vez mayor prestigio la técnica de la construcción sobre el fundamento de la buena fe, que sirve a una interpretación integradora e incide directamente sobre la libertad negocial. Ello ocurre frente a la oposición de los "voluntaristas" que quieren reducir su intervención y aceptarla apenas para la integración del contrato "de acuerdo con aquello que fuera propuesto por las partes". Pero no ocurre así: la utilización de la cláusula de buena fe implica la creación de una norma "para el caso", conforme con los datos objetivos que ella misma ofrece, atendiendo a la realidad social y económica en que el contrato opera, aunque por esa vía salga del "círculo de la voluntad".