

CIENCIA Y TÉCNICA EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS CONTRACTUALES

NOEMÍ L. NICOLAU (*)

Resumen: Se aborda de manera sintética la transmisión del *saber hacer* en relación a la elaboración de normas contractuales. Se destaca la importancia de capacitar a los graduados en ciencias jurídicas en la ciencia y la técnica de todas las normas, no sólo las legales, fijando como objetivos de esa tarea que los graduados adquieran el hábito de analizar los fundamentos teóricos que sostienen las más diversas normas que elaborarán en el futuro, que sean capaces de transpolar las cuestiones teóricas a la concreta elaboración de las normas respectivas y que logren adquirir un espíritu crítico que les permita reconocer y emplear los instrumentos más adecuados y justos en cada caso concreto.

Abstract: We address synthetically to the *know-how* transmission related to the elaboration of contractual norms. The paper highlights the importance of training legal science graduates in the science and technology of all norms, not only the legal ones, setting as objectives of this task that the graduates acquire the habit of analyzing the theoretical foundations that support the most diverse norms that will be developed in the future. The graduates will be able to transpolar specific theoretical issues to the respective elaboration of norms and to achieve a critical spirit that allows them to recognize and use the most appropriate and righteous instrument in each particular case.

Palabras Clave: Contrato. Cláusulas contractuales. Norma. Elaboración de normas

Keywords: Contract. Contractual clauses. Norm. Norm Elaboration.

1. El resultado de la educación universitaria se mide fundamentalmente por la formación científica y profesional de sus egresados, de quienes se espera sean expertos en el *saber hacer*. Mas, para *hacer* es imprescindible

(*) Investigadora de la Carrera del Investigador Científico de la Universidad Nacional de Rosario (noemi@nnicolau.com.ar).

siempre *saber* antes los *por qué*, dicho de otro modo, la técnica debe apoyarse en la teoría. Parafraseando a Gèny puede decirse que en la elaboración de las normas se necesitan “ciencia y técnica”, en ese orden, pues, como diría el gran jurista, si bien es indispensable un mínimo de conceptos, ellos, hábilmente manejados por la técnica, potencian con gran beneficio las soluciones proporcionadas por la ciencia¹.

En el mundo jurídico quien pretenda *saber hacer* normas debe repensar los fundamentos teóricos que aportan el contenido de ellas. Si se pretende capacitar a los abogados en el *saber hacer* normas jurídicas, de manera preliminar, habrá que plantearse la pregunta acerca de la noción de norma, pues, si se concibe como tal sólo a la norma legal, se fragmenta inexplicablemente la enseñanza, dado que no podrá alcanzarse el *saber hacer* de otras tantas normas importantes, como aquéllas que materializan los actos jurídicos del Derecho privado, tales los contratos, testamentos y demás.

En nuestra opinión, interesa sobremanera que los egresados de carreras jurídicas puedan alcanzar el *saber hacer* de cualquier norma jurídica, tanto las normas generales y abstractas como las normas individuales, quizás más complejas por su vastedad y particularismos. No es fácil explicar por qué el abogado deba aprender cómo redactar normas legales y, en cambio, al momento de redactar los actos jurídicos del Derecho privado deba recurrir, por carecer de los conocimientos necesarios, al auxilio de “modelos” deficientes que se ofrecen en el comercio editorial.

2. Ateniéndonos al tema planteado en el título de esta breve colaboración, nos interesa señalar que en materia de normas contractuales para lograr el *saber hacer* conviene, en primer lugar, diferenciar el contrato de otras categorías de actos jurídicos, pues cada una de ellas exige una técnica diferente. La elaboración de una cláusula contractual no es la misma que la que se emplea para una testamentaria o una cláusula de “consentimiento informado”.

Por otra parte, hay que tener presente que la negociación y la redacción de un contrato dependen, en gran medida, de la filosofía política,

¹ GENY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, en Recueil Sirey, Paris, 1924, pág. 151.

jurídica y económica que sus negociadores tengan. Es difícil, por ejemplo, que un abogado educado en el derecho anglosajón pueda comprender cómo se redacta un contrato en el derecho argentino, inserto en el modelo jurídico continental europeo y, también, a la inversa. Sin embargo, es imprescindible que el abogado argentino se familiarice con la técnica foránea para adaptarse a los requerimientos del proceso de globalización de la contratación. Por esa razón, antes de abordar la técnica de elaboración de normas contractuales, conviene reflexionar acerca de las bases filosóficas del contrato, cuál es la concepción que de él se tiene en el common law y en nuestro derecho, y también sobre la influencia del marco económico político en las concretas cláusulas de cualquier contrato.

Asimismo, desde la dimensión sociológica, hay que tomar en cuenta las diferencias que existen en la negociación y la materialización de un contrato en el medio urbano y en el medio rural, en las relaciones inter empresariales y en las relaciones de consumo. El abogado debe ser particularmente diestro para acompañar a los contratantes, con solvencia, a fin de no entorpecer el perfeccionamiento del contrato.

3. La elaboración de las normas contractuales, por lo general, es el resultado de un proceso de negociación que comienza en las tratativas preliminares. En ese período el *saber hacer* exige emplear la estrategia adecuada que permita resolver los conflictos y llegar a la toma de decisiones en condiciones óptimas para materializar un contrato que responda a las expectativas serias de las partes.

Las tratativas preliminares que conducen al perfeccionamiento de un contrato paritario, negociado, requiere conocer la técnica para la elaboración de minutas, así como el período previo de los contratos masificados requiere tener en cuenta el contenido que debe darse al mensaje publicitario, por tanto, el abogado de una empresa, por ejemplo, debe conocer qué y cuánto incluir en las minutas y cartas de intención y también saber las indicaciones del artículo 8 de la ley 24240 relativas a la publicidad comercial. En ambos casos hay que reflexionar acerca de la influencia decisiva que, finalmente, adquieren en la redacción de las cláusulas contractuales los deberes precontractuales, sobre todo, el deber de información y de confidencialidad.

4. Como es sabido, en el Derecho contractual contemporáneo se reconocen diversas modalidades contractuales, como ser el contrato por adhesión, el contrato tipo, contrato normativo, contrato preliminar, contrato ad referendum y también las condiciones negociales generales. Al respecto es conveniente capacitar para *saber hacer* la elección de la modalidad contractual que mejor se adecue a los intereses de las partes. El abogado o escribano debe asesorar sobre la modalidad más adecuada y conocer la técnica de cada una de ellas.

Por otra parte, los profesionales deben adquirir la técnica para la elaboración de normas contractuales un tanto especiales, como son ciertos pactos, por ejemplo, de renegociación, de señal, la cláusula penal, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, y ciertos contratos como el contrato de fijación, el transaccional e, inclusive, el contrato de rescisión.

5. Con frecuencia, al momento perfectivo del contrato suele seguirse inmediatamente, su formalización. En esta tarea de materializar lo convenido puede apreciarse la técnica del elaborador.

Antes de diseñar la formalización de un contrato, en países de derecho codificado, hay que analizar si el tipo elegido tiene regulación legal o no, pues, en el primer caso sólo es menester incluir aquellas normas que regulen los elementos esenciales particulares del tipo y aquéllas por las cuales se dejan sin vigencia, para el caso, las reglas supletorias de la ley, mientras que las restantes normas legales supletorias completarán el contenido contractual, sin necesidad de remisión o inclusión en complejos clausulados que pueden traer confusiones. En cambio, si se trata de un contrato atípico, a falta del derecho supletorio, se requiere ser exhaustivo en la previsión de todas las cuestiones que puedan presentarse en la ejecución de lo convenido y también establecer las pautas para la integración de las lagunas que puedan presentarse.

Por lo general, el acierto o las falencias de quien ha redactado el contrato se evidencian con mayor nitidez en la cuestión lingüística. Es frecuente encontrar contratos con mala sintaxis, lo que genera problemas en la interpretación para la ejecución de lo pactado. La experiencia indica que el contrato cuyo contenido se expresa en un lenguaje claro y sencillo, sin reveses, tiene mayores posibilidades de evitar los conflictos a la hora de su cumplimiento, pues, el contratante de mala fe, que se resiste a cumplir, no

podrá alegar dificultades en la comprensión de las cláusulas y deberá recurrir a alegaciones más sofisticadas que dejarán al desnudo su comportamiento desleal.

En los negocios complejos, con miras a una mayor claridad normativa, hay que prever una sección de anexos en los que se incorporan las especificaciones técnicas, cuadros, planos, y demás documentos que vayan a formar parte integrante del contrato. En el clausulado, cuando sea necesario referir a un documento del anexo se hará una remisión al número de anexo correspondiente, sin entorpecer el cuerpo del contrato con transcripciones innecesarias.

Una buena técnica exige estructurar el contenido del contrato en tres grandes sectores: preliminares, clausulado y cierre. Entre nosotros no existe la costumbre de incluir los preliminares. Es habitual comenzar detallando las partes y sus datos y de allí, pasar directo al clausulado, sin embargo, parece útil incorporar la narración de las tratativas preliminares, porque aporta entre otras, una prueba insustituible de esas tratativas, del cumplimiento de los deberes precontractuales y de la causa del acto jurídico

El clausulado debe también ser ordenado. Conviene una estructura ordenada lógicamente, en especial, si se trata de un contrato con numerosas cláusulas y remisiones. En primer lugar, deben encontrarse las normas relativas a las obligaciones principales y, luego, las accesorias, le seguirán las cláusulas vinculadas al cumplimiento de las obligaciones, luego, aquéllas que prevén la responsabilidad por incumplimiento, sus efectos y, por último, la extinción del contrato.

6. Estimamos que en la educación jurídica de posgrado en relación a la elaboración de normas los objetivos a alcanzar deberían ser que los egresados adquieran el hábito de analizar los fundamentos teóricos que sostienen las más diversas normas que elaborarán en el futuro, que sean capaces de transpolar las cuestiones teóricas a la concreta elaboración de las normas respectivas y que logren adquirir un espíritu crítico que les permita reconocer y emplear los instrumentos más adecuados y justos en cada caso concreto.