



Communicative reason and the idea of substantive justice in Contract law. Regarding the control of content of non-negotiated clauses

Razón comunicativa e idea de justicia sustantiva en el Derecho de contratos. A propósito del control de contenido de cláusulas no negociadas

SEBASTIÁN NICOLÁS CAMPOS MICIN*

Resumen

A la luz de la teoría de la acción comunicativa y de la ética del discurso, se intenta demostrar que la máxima consistente en asumir irrestrictamente las consecuencias derivadas de un acuerdo alcanzado en condiciones de justicia procedimental ha sido tematizada y que es probable, si no ya un hecho, que su pretensión de rectitud normativa sea rechazada o cuanto menos rectificadora en el discurso práctico de los juristas. El trabajo toma como referencia el control de contenido de cláusulas no negociadas, reseñando el panorama existente en diversos sistemas jurídicos, su asidero en reglas y principios de Derecho civil y la resignificación que este ha provocado respecto de las reglas de derecho dispositivo. Se postula que las reglas de derecho dispositivo resguardan un mínimo de justicia sustantiva y que las partes no pueden alejarse de ellas sin una justificación razonable.

Palabras clave: *Razón comunicativa; discurso; justicia; derecho de contratos; control de contenido de cláusulas no negociadas.*

Abstract

In light of the communicative action theory and discourse ethics, an attempt is made to show that the maxim consisting of taking unrestricted responsibility for the consequences derived from an agreement reached in conditions of procedural justice has been thematized and that it is probable, if not a fact, that its claim of normative correctness is rejected or at least rectified in the practical discourse of jurists. The study takes as a reference the content control of non-negotiated clauses, reviewing the existing panorama in various legal systems, its hold on rules and principles of civil law and the resignification that this has caused regarding the rules of default law. It is postulated that the rules of default law protect a minimum of substantive justice and that the parties cannot move away from them without a reasonable justification.

Keywords: *Communicative reason; discourse; justice; law of contracts; content control of non-negotiated clauses.*

* Universidad de Chile (scampos@derecho.uchile.cl). ORCID: 0000-0002-3236-8630. Artículo recibido el 14 de junio de 2023 y aceptado para publicación el 3 de octubre de 2023. Traducido por Beatriz Larrain.

Cómo citar este artículo:

CAMPOS, Sebastián (2024). "Communicative reason and the idea of substantive justice in contract law. Regarding the control of content of non-negotiated clauses", *Latin American Legal Studies*, Vol. 12 N° 2, pp. 54-103.

I. INTRODUCCIÓN

Según HABERMAS, la complejización de una sociedad produce una pluralización de las formas de vida, reduciéndose las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida y que facilitan el entendimiento intersubjetivo sobre las diversas cuestiones propias del mundo objetivo, del mundo social y del mundo individual subjetivo. A su turno, las convicciones sacralizadas (bajo la idea de una autoridad, divina o no), van quedando desencantadas, tematizándose sus contenidos y descomponiéndose bajo los distintos aspectos de validez. A todo ello contribuye, especialmente, la progresiva diferenciación social, que impone una multiplicación de tareas funcionalmente especificadas, de roles sociales y de constelaciones de intereses. En suma, mientras más compleja se torna una sociedad, el riesgo de disentiimiento aumenta y la acción comunicativa -que apunta justamente al entendimiento intersubjetivo- queda liberada de vinculaciones institucionales demasiado estrechas, volviéndose autónoma y situándose en un horizonte de opciones ampliado.¹

No obstante, en el referido horizonte también cobra lugar un tipo de acción guiada por intereses y orientada por el propio éxito individual, la cual, incluso, se hace necesaria por razones socioestructurales. De esta guisa, en el marco de una constante y variada tematización de las ideas y convicciones que caracterizan el mundo de la vida, los individuos se enfrentan al dilema de orientar su acción al entendimiento mutuo o al propio éxito propio.²

Así las cosas, el problema de las sociedades modernas es el de estabilizar la validez de un orden social en que existe una diferencia clara entre la acción comunicativa y las interacciones de tipo estratégico. Dado que tal estabilidad constituye una carga demasiado pesada para la acción comunicativa y atendido, además, que las interacciones de tipo estratégico, por sí solas, tampoco pueden formar órdenes estables, una alternativa para mantener la integración social es que el Derecho positivo regule normativamente tales interacciones.³ Al respecto, el Derecho moderno, muy lejos de intentar aplacar las indicadas interacciones -las cuales, como he referido, resultan imprescindibles-, ha optado por reconocer y regular diversos derechos subjetivos privados, que definen ámbitos de libertades individuales de acción y que están cortados a la medida de una persecución estratégica (aunque sujeta a límites) de intereses privados.⁴

¹ HABERMAS (2005), pp. 86 y 87. Sobre el mundo de la vida y cómo este se relaciona con el mundo objetivo, el social y el subjetivo individual, HABERMAS (1987), pp. 170-179. En términos generales, el mundo de la vida está compuesto por convicciones de fondo aporoblemáticas que sirven como horizonte de las situaciones de habla y, a la vez, como fuente de operaciones interpretativas. Así, el mundo de la vida es la base desde la cual hablante y oyente se entiendan acerca de algo en el mundo objetivo, en el mundo social o en el mundo subjetivo individual.

² HABERMAS (2005), pp. 87-90. Respecto de la distinción entre acciones orientadas al éxito y acciones orientadas al entendimiento, HABERMAS (1999), pp. 24-43.

³ HABERMAS (2005), pp. 99-100.

⁴ HABERMAS (2005), pp. 88-89.

En este orden de ideas, aunque no sea el ámbito que más parece interesar a HABERMAS, el Derecho de contratos puede ser entendido como un orden normativo que regula aquellas interacciones en que dos o más sujetos, persiguiendo la satisfacción de intereses propios, convienen un programa prestacional jurídicamente vinculante.⁵

Desde una perspectiva liberal, desarrollada especialmente desde el siglo XIX en adelante, la principal función del Derecho de contratos sería establecer las condiciones generales para el ejercicio de la autonomía privada, entregando a los individuos un amplio espacio de discrecionalidad para que, mediante acuerdos específicos, alcancen la satisfacción de sus intereses privados.⁶ Así, cumplidas tales condiciones generales -que resguardarían únicamente la justicia procedimental del acuerdo-, los individuos tendrían total libertad para comportarse estratégicamente o actuar orientados hacia el entendimiento mutuo. Luego, el contenido de los acuerdos sería vinculante para las partes en cuanto estas deben asumir las consecuencias derivadas del ejercicio de su autonomía.⁷

⁵ Se adopta acá, deliberadamente, una noción muy general de contrato. Para un estudio de las principales -y distintas- nociones de contrato que pueden rastrearse en el *common law* en los más influyentes sistemas jurídicos de tradición continental, BEALE *et al* (2019), pp. 93-120.

⁶ KÖTZ (2017), p. 6. Según GORDLEY, esta concepción del Derecho de contratos, que brindó al consentimiento un papel decisivo en la creación de obligaciones, fue desarrollada especialmente durante el siglo XIX. Previamente, tanto en el Derecho romano como en el medieval, si bien se brindó un rol importante al consentimiento, se entendió que buena parte del contenido de los contratos y, por ende, de las obligaciones creadas por estos, viene impuesto por la ley, salvo que las partes elijan alejarse de esta y acordar alguna regla autónoma especial. Además, tanto en el Derecho romano como en el medieval, los términos significativamente injustos, aunque reposaran en un acuerdo, no resultaban jurídicamente vinculantes. En rigor, la visión del contrato como un acuerdo de voluntades tendiente a la creación de obligaciones no responde tanto a un desarrollo técnico, sino más bien a una concepción centrada únicamente en el consentimiento (GORDLEY (2002), pp. 16-17).

Desde la filosofía de la moral, KANT, en "*Groundwork of the Metaphysics of Morals*", sugiere que la justificación de la vinculatoriedad de la promesa realizada en un contrato residiría no solo en el imperativo categórico de asumir las consecuencias de los propios actos, sino también en la imposibilidad de querer como máxima universal que una promesa sea a veces respetada y a veces ignorada. Dado que el promitente espera que los demás observen sus promesas, la referida máxima se contradiría a sí misma y, por ende, no podría ser elevada a ley universal, a diferencia de lo que sucede con la máxima de observar una promesa (KANT (1998), pp. 14-16, 31-34).

Desde una perspectiva supuestamente kantiana (aunque más centrada en el principio de confianza que en la autonomía personal), FRIED ha defendido que quien promete se impone a sí mismo un deber moral y el contrato no sería sino una especie de promesa (FRIED (1981), pp. 20-21). Para una aguda crítica, ATIYAH (1981), pp. 509-528.

⁷ Desde una aproximación rawlsiana, podría decirse que, una vez cumplidos los dos principios básicos de justicia social -a) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; y b) las desigualdades sociales y económicas deben conformarse de modo tal que, a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos-, los individuos deben hacerse responsables de las decisiones que toman y, entre ellas, de los contratos que celebran. De esta guisa, si el Derecho de contratos cumple ambos principios, la justicia del contenido de los contratos no dependería de normas o criterios independientes de la voluntad de las partes, sino de la mera circunstancia de haberse observado estrictamente el procedimiento contemplado por el propio Derecho de contratos (justicia puramente procesal). RAWLS (1975), pp. 88-93. Analizando el Derecho de contratos desde una aproximación en parte rawlsiana y en parte kantiana, especialmente a la luz de la división de la responsabilidad entre la sociedad y los individuos, HEVIA (2014), pp. 15-47. Para una crítica a tal proceder, PAPAYANNIS (2014), pp. 101-144.

En este trabajo mi objetivo es mostrar cómo la reseñada concepción del Derecho de contratos, muy liberal y permisiva de las interacciones de tipo estratégico, ha experimentado una especie de corrección, en el sentido de que las condiciones establecidas por tal orden normativo no solo resguardan una justicia procedimental, sino también cierta medida de justicia sustantiva, expresada en determinados márgenes de equilibrio normativo que las partes no pueden transgredir. La referida corrección puede ser entendida como una obra de la razón comunicativa, que ha permitido la tematización del axioma o deber metajurídico de que las partes deben asumir irrestrictamente las consecuencias que derivan de la voluntad manifestada en condiciones de justicia procedimental. Según se verá, en el marco del discurso práctico ligado al Derecho, puede advertirse el desarrollo y la progresiva prevalencia de nuevas ideas que, poniendo en evidencia los excesos derivados de un liberalismo ortodoxo, se han reflejado en resignificaciones de las reglas de derecho dispositivo.⁸

A lo largo del trabajo tomaré como referencia el fenómeno de la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas y expondré cómo, en diversos sistemas jurídicos, el Derecho de contratos ha ido progresivamente brindando respuestas que resguardan cierta medida de equilibrio normativo en el contenido de los contratos. Complementariamente, con el fin de reforzar mi tesis de que una máxima de justicia sustantiva se está instalando como una convicción de fondo en el discurso práctico relativo al Derecho de contratos, mostraré que el control de equilibrio normativo también ha alcanzado, en el último tiempo, a contratos total o parcialmente discutidos.

Anticipo que por equilibrio normativo me refiero, en concreto, al equilibrio entre los derechos, obligaciones, cargas y riesgos que el contrato impone. Tal equilibrio, que está resguardado por el propio derecho dispositivo,⁹ se distingue conceptualmente del equilibrio económico, relativo a la proporción que debiese existir entre los sacrificios en que incurren las partes y los beneficios económicos que la ejecución del contrato les brinda.¹⁰ Por cierto, el denominado “equilibrio entre prestaciones”, si acaso se refiere a las prestaciones esenciales del

Desde una aproximación más radical, derechamente libertaria, NOZICK rechaza que deban cumplirse principios básicos de justicia social, aduciendo que la justicia de las pertenencias solo debe reposar en tres principios: el principio de adquisición legítima, el principio de transferencia y el principio de rectificación (NOZICK (1974), pp. 149-153). También desde esta aproximación podría hablarse de una justicia puramente procesal, aunque las condiciones de fondo serían incluso más permisivas y generales.

⁸ Según una concepción liberal del Derecho de contratos, el derecho dispositivo se refiere a aquel conjunto de reglas que, en relación con la generalidad de los contratos o en relación con particulares tipos de contratos, se integran al contenido de los contratos, salvo que las partes decidan prescindir de ellas o acuerden reglas especiales incompatibles. Las reglas dispositivas se oponen a las imperativas y a las prohibitivas, las cuales, limitando el arbitrio de las partes, son indisponibles (DE CASTRO (1982), pp. 1059-1060).

⁹ DE CASTRO (1982), pp. 1061-1062; MIQUEL (2002), p. 432.

¹⁰ El equilibrio económico se protege fundamentalmente a través de la adaptación o rescisión por lesión -que cautela, específicamente, que exista cierta medida de equilibrio originario- y la revisión o resolución por excesiva onerosidad sobreviniente -que cautela, específicamente, que la medida de equilibrio existente al tiempo de la contratación no sea quebrantada por circunstancias sobrevinientes e imprevisibles- (PEÑAILLO (2000), p. 212; CAPRILE (2007), pp. 195-196; LÓPEZ (2015), pp. 133-136, 141-143; CAMPOS (2020a), pp. 93-195).

contrato y se mide en función de la cuantía de estas, se relaciona más con el equilibrio económico que con el equilibrio normativo.

Por cierto, las normas del Derecho de contratos dirigidas a la protección del equilibrio económico -como las relativas a la lesión y a la excesiva onerosidad sobrevenida-, muy presentes en el estado actual de dicho orden normativo,¹¹ también pueden ser consideradas indiciarias de un tránsito desde una concepción centrada en la mera justicia procedimental hacia otra en que, además, debe imperar un mínimo de justicia sustantiva.¹² No obstante, mi intención en este trabajo es revisar dicho tránsito a propósito del control de contenido normativo de los contratos, por lo que no me ocuparé de tales normas.

II. RAZÓN COMUNICATIVA, ARGUMENTACIÓN Y DISCURSO

Tal como plantea HABERMAS, en el pensamiento actual, pareciera que los contenidos normativos de la razón práctica no pueden fundamentarse ni en la teología de la historia, ni en la constitución natural del ser humano, ni tampoco en tradiciones filosóficas que, aunque afortunadas y logradas, pueden ser consideradas resultados contingentes de la historia.¹³ Prueba de ello es que algunos de los contenidos normativos de la razón práctica fundados en tradiciones filosóficas liberales, si bien parecían develar algunos axiomas en los albores de la modernidad, con el tiempo, en la medida que cambiaban las condiciones materiales de existencia, vieron empañadas sus pretensiones de rectitud normativa. Es lo que ha sucedido, en el marco del Derecho de contratos, con la fe ciega en la autonomía privada, la cual, si bien ha permitido el desarrollo de la libertad de los individuos que celebran contratos, también ha servido como excusa para legitimar abusos y desequilibrios de diversa índole.¹⁴

Con todo, en lugar de abandonar o negar la utilización de la razón para explicar los “contenidos normativos” (recurriéndose, por ejemplo, al funcionalismo sociológico), es posible seguir otro camino: sustituir la razón práctica por la razón comunicativa.

Según explica HABERMAS, la razón comunicativa solo se refiere a ideas y convicciones, esto es, manifestaciones susceptibles de crítica o fundamentación y accesibles a la clarificación

¹¹ Al respecto, con referencias a diversos e influyentes sistemas jurídicos y a los instrumentos de armonización, véase BEALE *et al* (2019), pp. 629-657, 1209-1232. En lo que atañe a la excesiva onerosidad sobrevenida, véase también CAMPOS (2020a), pp. 100-107.

¹² PAPAYANNIS (2014), pp. 133-135. En relación con el *common law* inglés, refiriendo límites extraordinarios de justicia sustantiva relacionados (total o parcialmente) con el equilibrio económico, tales como la usura y la *substantive unconscionability*, ATIYAH (1985), pp. 2-3. Este autor, sin embargo, sugiere que la justicia procedimental también es una forma (aunque no la única) de resguardar la justicia sustantiva del acuerdo, de modo que no tendría mucho sentido la defensa de una distinción radical entre ambos tipos de justicia (ATIYAH (1985), pp. 5-6). En la doctrina nacional, refiriendo cómo algunas instituciones de derecho privado resguardan cierta medida de equilibrio económico y, con ello, justicia sustantiva, BERNER y GUTIÉRREZ (2022), pp. 242-245.

¹³ HABERMAS (2005), pp. 64-65.

¹⁴ Véase, entre otros, DE CASTRO (1982), pp. 987-1085. En todo caso, se ha defendido que la autonomía personal, rectamente entendida, seguiría teniendo valor justificatorio del efecto vinculante de los contratos (Al respecto, PEREIRA (2022), pp. 301-303, 313-317. En una senda cercana, ACCATINO (2015), pp. 48-49). El discurso práctico de los juristas habría resaltado tanto el papel de la voluntad manifestada que, paradójicamente, se habría terminado socavando el valor mismo de la autonomía personal (PEREIRA (2022), pp. 295-303).

argumentativa.¹⁵ En consecuencia, la meta de la razón comunicativa no es la motivación y dirección de la voluntad (como ocurre con la razón práctica en su concepción moderna, centrada en la autonomía moral del individuo), sino el entendimiento intersubjetivo.¹⁶ Tal entendimiento intersubjetivo, que se alcanza mediante la práctica comunicativa, debe referirse a algo en el mundo objetivo,¹⁷ en el mundo social¹⁸ o en el mundo subjetivo individual.¹⁹ En su caso, el entendimiento intersubjetivo también podría referirse a las reglas generativas que sirven para la explicación de operaciones tales como hablar, clasificar, calcular, deducir, juzgar, etc.²⁰

La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa remite, a su vez, a la práctica de la argumentación y al desarrollo de discursos formadores de opinión.²¹

La práctica de la argumentación puede ser vista desde tres perspectivas. Considerada como proceso, consiste en una situación ideal de habla que presupone que la estructura de la comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda forma de coacción que no sea la del mejor argumento; vista como procedimiento, se trata de una forma de interacción sometida a una regulación especial, en cuya virtud los participantes tematizan una pretensión de validez que se ha vuelto problemática, adoptan una actitud hipotética al respecto y examinan con razones, y solo con razones, si procede reconocer o no la pretensión de validez en cuestión; finalmente, considerada como medio de producción de argumentos, se trata de una forma de interacción orientada a producir argumentos que, en virtud de sus propiedades intrínsecas, desempeñan o rechazan las pretensiones de validez en cuestión.²² A su turno, los discursos pueden ser entendidos como formas de argumentación en que se tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto

¹⁵ Al respecto, HABERMAS (1999), pp. 24-43.

¹⁶ HABERMAS (2005), pp. 65-67.

¹⁷ Así ocurre en el caso de que el acto de habla envuelva una pretensión de verdad proposicional o una de eficiencia (HABERMAS (1999), p. 31). El mundo objetivo se refiere a la “totalidad de las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos” (HABERMAS (1987), p. 171).

¹⁸ Así ocurre en el caso de que el acto de habla envuelva una pretensión de rectitud normativa o de adecuación en torno a un estándar de valor (HABERMAS (1999), pp. 34-64). El mundo social se refiere a la “totalidad de las relaciones interpersonales legítimamente reguladas” (HABERMAS (1987), p. 171).

¹⁹ Así ocurre en el caso de que el acto de habla envuelva una pretensión de veracidad subjetiva (HABERMAS (1999), pp. 34-36). El mundo subjetivo individual alude a la “totalidad de las propias vivencias a las que cada cual tiene un acceso privilegiado y que el hablante puede manifestar verazmente ante un público” (HABERMAS (1987), p. 171). Cabe añadir que una pretensión de veracidad subjetiva no podrá desempeñarse o rechazarse con base en razones formuladas en el contexto de una práctica argumentativa. En rigor, la veracidad no puede fundamentarse, sino mostrarse o revelarse cuando el hablante actúa en consecuencia (HABERMAS (1999), p. 67).

²⁰ En este caso, el acto de habla envuelve una pretensión de inteligibilidad o corrección formal (HABERMAS (1999), pp. 64-65).

²¹ HABERMAS (1999), pp. 36-47. Con todo, como aclara el propio HABERMAS, “(s)olo la verdad de las proposiciones, la rectitud de las normas morales y la inteligibilidad o correcta formación de las expresiones simbólicas son, por su propio sentido, pretensiones universales de validez que pueden someterse a examen en discurso” (HABERMAS (1999), p. 69). No puede hablarse propiamente de práctica de argumentación y de discursos cuando las pretensiones de validez envueltas en determinadas prácticas comunicativas son de veracidad subjetiva o de adecuación de estándares de valor. En estos casos, a lo sumo podría aludirse, respectivamente, a una crítica terapéutica y a una crítica estética (HABERMAS (1999), pp. 67-69).

²² HABERMAS (1999), pp. 46-47

problemáticas.²³ En este marco, el riesgo de disenso, que permite la tematización de las diversas convicciones que forman parte del mundo de la vida, sirve como catalizador de la práctica de la argumentación y del desarrollo y evolución de los discursos, permitiendo la corrección de las ideas y opiniones, así como también el tránsito desde unas opiniones hacia otras.²⁴ En consecuencia, la práctica de la argumentación permite el identificar y aprender de los errores, lo cual presenta una forma de racionalidad propia.²⁵ La forma de argumentación en que se tematizan las ideas o convicciones a las que subyacen pretensiones de rectitud normativa (sean morales o jurídicas) se denomina discurso práctico.²⁶ Las otras dos especies de discurso son el teórico (en que se tematizan y desempeñan o rechazan pretensiones de verdad proposicional) y el explicativo (en que se tematizan y desempeñan o rechazan pretensiones de inteligibilidad).²⁷

III. TEMATIZACIÓN DE LA MÁXIMA DE ASUMIR IRRESTRINGIDAMENTE LAS CONSECUENCIAS DE LA VOLUNTAD MANIFESTADA EN CONDICIONES DE JUSTICIA PROCEDIMENTAL

3.1. Contextualización

En el orden de ideas recién reseñado, las máximas del Derecho de contratos pueden ser vistas como ideas o convicciones aproblemáticas que forman parte del mundo de la vida de los juristas.²⁸ En la medida que dichas máximas son tematizadas, siendo sometidas a crítica y a la carga de una fundamentación racional, los juristas se encuentran en la necesidad de hacerse cargo de las pretensiones de rectitud normativa que envuelven.²⁹ En particular, los juristas se ven en la necesidad de responder si las referidas máximas expresan realmente o no expectativas de comportamiento que, por resguardar un interés generalizable y equitativo, pueden ser aceptadas, sin coacción, por todos los afectados.³⁰ Tal práctica de argumentación de los juristas

²³ HABERMAS (1999), p. 38.

²⁴ La práctica de la argumentación, vista como procedimiento, presenta una lógica eminentemente dialéctica (HABERMAS (1999), p. 48).

²⁵ HABERMAS (1999), p. 43.

²⁶ HABERMAS (1999), p. 38.

²⁷ HABERMAS (1999), p. 69.

²⁸ El mundo de la vida de los juristas puede ser visto como una especificación funcional del mundo de la vida, esto es, una especificación funcional del horizonte general de las situaciones de habla (HABERMAS (2005), pp. 119-120).

²⁹ Como indica HABERMAS, “en cuanto se diferencian sistemas culturales de acción como son la ciencia, el derecho y la moral, las argumentaciones a las que la institucionalización de esos sistemas da continuidad, argumentaciones, pues, realizadas ahora por expertos, se refieren a esas pretensiones de validez de nivel superior que ya no van ligadas a manifestaciones comunicativas sueltas, sino a objetivaciones culturales como son las obras de arte, las normas morales y jurídicas o las teorías científicas” (HABERMAS (1999), pp. 66-67).

³⁰ Dice HABERMAS que “(l)as normas de acción se presentan en su ámbito de validez con la pretensión de expresar, en relación con la materia necesitada de regulación, un interés común a todos los afectados y de merecer por ello un reconocimiento general; de ahí que las normas válidas, en condiciones que neutralicen cualquier otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad, tienen en principio que poder encontrar también el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados” (HABERMAS (1999), p. 38). En relación con el derecho de contratos, HESSELINK (2015), pp. 101, 109.

tiende, entonces, a la consecución, mantenimiento y renovación de un consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de rectitud normativa susceptibles de crítica y de fundamentación racional.³¹

Llegados a este punto, la cuestión central en este trabajo es preguntarse si, en el marco del discurso práctico desarrollado por los juristas y no juristas,³² la pretensión de rectitud normativa envuelta en el deber metajurídico de asumir irrestrictamente las consecuencias de la voluntad manifestada en condiciones de justicia procedimental ha de ser desempeñada o rechazada. Un acuerdo racionalmente motivado al respecto presupone un mínimo de consistencia y contexto, sin que pueda prescindirse de las condiciones materiales en que se desenvuelve el tráfico jurídico y de los desarrollos dogmáticos disciplinares.³³ Por cierto, la consideración de las condiciones materiales en que se desenvuelve el tráfico jurídico no implica que el juicio práctico que se haga responda a una ética empirista. Lo que ocurre es que el desempeño de una pretensión de rectitud normativa implica un entendimiento en torno a algo propio del mundo social y es este, y no el juicio práctico, el que está impregnado de historicidad.³⁴

2.2. La tematización de la máxima desde la perspectiva de las condiciones materiales en que se desenvuelve el tráfico jurídico

En la praxis, buena parte de los contratos se celebran por adhesión a cláusulas no negociadas. Al respecto, es relativamente pacífico que la utilización de cláusulas no negociadas, si bien encuentra justificación en la racionalización y reducción de los costos de transacción -

³¹ Cfr., HABERMAS (1999), p. 36.

³² Aunque las pretensiones de rectitud normativa de los axiomas y normas de Derecho son pretensiones de validez de nivel superior (HABERMAS (1999), pp. 66-67), debe tenerse presente que, en tanto las consecuencias derivadas de una concepción del Derecho de contratos afectan a todos los individuos expuestos a la necesidad de celebrar contratos, la tematización y consecuencial práctica argumentativa también puede producirse entre sujetos no juristas (HABERMAS (1999), p. 67; HABERMAS (2005), p. 119). En rigor, en el marco del planteamiento de HABERMAS, las cuestiones prácticas han de ser tematizadas y resueltas teniendo a la vista lo que todos los afectados, sin excepción, podrían querer. En este sentido, la moral queda delimitada como el ámbito de las cuestiones sobre la justicia de las normas (GIL (2005), p. 8).

³³ El acuerdo, según HABERMAS, debe tener una base racional y debe sustentarse en convicciones comunes (HABERMAS (1999), pp. 368-369).

³⁴ Las pretensiones de rectitud normativa, en buena medida, conducen a juicios de justicia sobre las normas que existen en el mundo social. De esta guisa, en la tematización y desempeño o rechazo de pretensiones de rectitud normativa está implicada la historicidad intrínseca de las relaciones interpersonales que, con base en un reconocimiento intersubjetivo, tenemos por justas o legítimas (HABERMAS (2000), pp. 149-150; GIL (2005), p. 24). Ello no implica, empero, que los juicios prácticos sean meramente empíricos o realizados desde una eticidad concreta, sino que la comprensión de las normas morales y su interpretación al aplicarlas a casos imprevisibles están sujetas a variación (HABERMAS (2000), p. 150). En todo caso, según HABERMAS, existe una conexión interna entre las normas y las razones que las justifican que solo puede apreciarse desde una ética cognitivista y constructivista (HABERMAS (2000), pp. 152-153). Por cierto, la *verdad* que se alcanza en un discurso práctico atañe, según HABERMAS, a la corrección de la pretensión de validez y no propiamente a una correspondencia de la norma con un determinado orden de cosas (HABERMAS (2002), p. 263). Al respecto, reseñando las críticas que se han formulado al planteamiento de HABERMAS y cuestionando su visión en torno a las nociones de verdad y realidad, PEÑA (2009), pp. 585-591.

especialmente cuando las cláusulas son predispuestas con miras a su utilización general,³⁵ facilita que los empresarios obtengan provecho de la existencia de asimetrías informativas³⁶, de la racionalidad limitada de los adherentes³⁷ y de la urgencia que subyace a la satisfacción de necesidades personales, familiares y profesionales.³⁸

En rigor, desde la perspectiva de un adherente de diligencia ordinaria, el conocimiento y comprensión del contenido de las cláusulas no negociadas, así como una eventual negociación para su modificación, implican costes que, en la mayoría de los casos, resultan más elevados que los beneficios que pueden esperarse de la ejecución del contrato, por lo que su inclinación usual –e incluso racional– es no perder tiempo y recursos en dicho cometido. Luego, dada la decisión de no lectura, se genera un escenario propicio para que el empresario orientado al éxito utilice cláusulas no negociadas que introduzcan serios desequilibrios normativos al contenido de los contratos que celebre con sus clientes.³⁹

Por otro lado, en lo que atañe a los contratos de consumo, es bien sabido que la vulnerabilidad estructural y la racionalidad limitada de los consumidores permiten a los empresarios obtener un mayor provecho. El acto de consumo constituye el último eslabón de la cadena de circulación de mercancías, pues los consumidores, a diferencia de los demás agentes económicos, no buscan transformar valores de uso en valores de cambio, sino aprovecharlos como destinatarios finales. Tal circunstancia pone a los consumidores en una situación de vulnerabilidad estructural, en tanto que son destinatarios pasivos y receptivos de las actuaciones competitivas de los empresarios.⁴⁰ A su turno, los empresarios, con la finalidad de captar mayor clientela, utilizan técnicas de marketing orientadas, ante todo, a explotar los sesgos cognitivos de los consumidores e impulsarlos a la adquisición irreflexiva de productos y servicios.⁴¹ Este último extremo ha de ser especialmente ponderado a la hora de fijar –o concretar– una política de protección, toda vez que, según autorizados estudios de economía conductual, los consumidores tienen una racionalidad limitada.⁴²

Adicionalmente, en el marco de una sociedad de consumo, existen necesidades personales, familiares y profesionales cuya satisfacción resulta urgente, encontrándose los

³⁵ ZWEIGERT y KÖTZ (2002), pp. 348-349; KÖTZ (2017), p. 132; GARCÍA (1969), p. 24. En el mismo sentido, entre otros, ALFARO (1991), pp. 28-32; PATTI y PATTI (1993), pp. 312-317; PAGADOR (1999), pp. 31-35; BALLESTEROS (1999), pp. 29-32; PAZOS (2017), pp. 97-99.

³⁶ ZIMMERMANN (2008), p. 203. En el mismo sentido, ALBANESE (2013), pp. 670-671. Entre nosotros, DE LA MAZA (2003), pp. 126-135. Desde una perspectiva eminentemente económica, SIMON (1955), p. 99; BEN-SHAHAR (2008), p. 17. Para un análisis más detenido de la cuestión, ALFARO (1991), pp. 69-76.

³⁷ En relación con la racionalidad limitada de consumidores, SIMON (1955), pp. 99-118; SUNSTEIN y THALER (2003), pp. 1159-1202; LOEWENSTEIN y O'DONOGHUE (2006), pp. 183-206.

³⁸ CAMPOS (2019a), pp. 51-52.

³⁹ ZWEIGERT y KÖTZ (2002), p. 350; EBERS (2016), p. 141; ALBANESE (2013), pp. 670-671; ZIMMERMANN (2008), p. 203; KÖTZ (2017), p. 133.

⁴⁰ REICH (1985), pp. 158-176.

⁴¹ ROJAS (2015), pp. 416-423, 426-427.

⁴² SIMON (1955), pp. 99-118; SUNSTEIN y THALER (2003), pp. 1159-1202; LOEWENSTEIN y O'DONOGHUE (2006), pp. 183-206.

empresarios que ofrecen los productos y servicios pertinentes en una posición contractual dominante que les permite abusar y obtener un mayor provecho para sí.⁴³

En suma, teniendo en cuenta que las pretensiones de rectitud normativa solo han de ser desempeñadas si expresan expectativas de comportamiento que, por resguardar un interés generalizable y equitativo, pueden ser aceptadas, sin coacción, por todos los afectados,⁴⁴ no resulta consistente asumir que bajo las condiciones materiales en que se desenvuelve la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas pueda existir tal consenso acerca de un pretendido deber de hacerse cargo irrestrictamente de las consecuencias de la voluntad manifestada en condiciones de justicia procedimental. No concurre, en realidad, un interés generalizable y equitativo. Por el contrario, el interés generalizable y equitativo es que exista un mínimo de justicia sustantiva en el contenido de los contratos y este mínimo es el que brinda el derecho dispositivo.

2.3. La tematización de la máxima desde la perspectiva de los desarrollos dogmáticos disciplinares

A la hora de ponderar los desarrollos dogmáticos disciplinares resulta clave atender la evolución que ha experimentado el control de contenido en diversos sistemas jurídicos, así como también la significación que los juristas conceden actualmente a las reglas de derecho dispositivo.

En Derecho comparado, desde diversas aproximaciones, el control de contenido ha ido extendiendo su ámbito subjetivo de aplicación, tutelando los intereses de toda parte que ostente el carácter de adherente, sea consumidor, no profesional o empresario.⁴⁵

Conforme con un primer modelo, inspirado en la denominada “teoría de los costos de transacción”, el control de contenido de las cláusulas no negociadas busca corregir el aprovechamiento de asimetrías de información y, así, contribuir a un funcionamiento más eficiente de los mercados.⁴⁶ Sin perjuicio de la existencia de normas especiales que confieren una tutela reforzada a los consumidores, el control suele reservarse para cláusulas predispuestas con miras a su utilización general -es decir, condiciones generales de

⁴³ CAMPOS (2019a), pp. 51-52.

⁴⁴ HABERMAS (1999), p. 38.

⁴⁵ Al respecto, CAMPOS (2019a), pp. 9-28; CAMPOS (2022), pp. 139-143.

⁴⁶ Entre otros, ZIMMERMANN (2008), p. 203; FUCHS (2016), pp. 489-490; ALBANESE (2013), pp. 670-671; EBERS (2016), pp. 140-141.

contratación-, sin importar si el adherente es consumidor, no profesional o empresario. El reseñado modelo informa, por ejemplo, la regulación alemana,⁴⁷ la holandesa⁴⁸ y la austriaca.⁴⁹

Según un segundo modelo, basado en la denominada “teoría del abuso”, el control de contenido busca corregir cualquier abuso de posición contractual dominante, con prescindencia de su impacto en el funcionamiento de los mercados.⁵⁰ La protección se brinda a todo adherente (consumidor, no profesional o empresario), sin importar si la cláusula ha sido predisuelta con miras a su utilización general o para ser incorporada a un particular contrato. Incluso, tratándose de contratos de consumo, el control puede aplicarse a cláusulas negociadas. Este modelo prevalece, destacadamente, en Francia⁵¹ y, de manera aún más decidida, en los países nórdicos.⁵²

En el common law existen desarrollos jurisprudenciales tendientes a una aplicación generalizada de un control de contenido. En el caso del derecho norteamericano, la cuestión de las cláusulas abusivas ha sido abordada fundamentalmente desde la perspectiva de la unconscionability doctrine.⁵³ En virtud de dicha doctrina, reflejada en los parágrafos 2-302⁵⁴ del

⁴⁷ El § 307 del BGB contiene la cláusula general de abusividad, aplicable en todo contrato a que se hayan incorporado –cumpliendo con los requisitos contemplados en los parágrafos 305 y 305a- condiciones generales de contratación. Por su parte, los parágrafos 308 y 309 contemplan, respectivamente, una lista gris y una lista negra, que, por previsión del § 301, se aplican únicamente a los contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores. No obstante, cabe señalar que la jurisprudencia alemana tiende a subsumir los casos contemplados en los parágrafos 308 y 309 en la cláusula general contemplada en el § 307, extendiendo la tutela a aquellos adherentes que tengan la calidad de no profesionales, profesionales liberales o empresarios. Al respecto, entre otros, ZIMMERMANN (2008), p. 204; ZWEIGERT y KÖTZ (2002), p. 353; EBERS (2016), p. 145.

⁴⁸ El artículo 6:233 del Código Civil holandés contempla la cláusula general de abusividad en su letra a), aplicable a todo contrato a que se hayan incorporado –cumpliendo con los requisitos contemplados en el artículo 6:234- condiciones generales de contratación. Por su parte, los artículos 6:236 y 6:237 contemplan una lista negra y otra gris que en principio operan solamente en contratos celebrados entre empresarios y consumidores.

⁴⁹ El § 879 apartado 3 del Código Civil austriaco contiene la cláusula general de abusividad, aplicable en todo contrato a que se hayan incorporado –cumpliendo con los requisitos legales pertinentes- condiciones generales de contratación.

⁵⁰ Conforme con los postulados de la teoría del abuso, de inspiración predominantemente francesa, todas las cláusulas que puedan reflejar un desequilibrio de poder entre las partes, aun cuando se hayan negociado separadamente, quedan sometidas al control de contenido (EBERS (2008) p. 204; EBERS (2016), pp. 141-142; JANSEN (2018), p. 922).

⁵¹ Véanse, especialmente, artículos 1171 del *Code Civil* y L 212-1 del *Code de la Consommation*. Para una revisión de la evolución legislativa y jurisprudencial, entre otros, CABRILLAC (2016), pp. 97-98; RAYMOND (2019), p. 373.

⁵² El control de las cláusulas no negociadas encuentra positivización en la sección 36 de la *Contracts Act* (la sección fue añadida a la *Contracts Act* en Suecia mediante *Act 1976:185*, en Finlandia mediante *Act 956/1982* y en Noruega mediante *Act 160/1983*). La sección habilita en su primer párrafo a los tribunales para excluir o alterar cualquier cláusula, negociada o no, que sea considerada injusta en relación con el contenido del contrato, las circunstancias concurrentes a su celebración, las circunstancias sobrevinidas u otras circunstancias. Por cierto, al examinarse las cláusulas de un contrato debe prestarse especial consideración a la necesidad de protección de quienes, en calidad de consumidores u otra, están en una posición de debilidad en la relación contractual. Al respecto, WILHELMSSON (2000a), p. 26; WILHELMSSON (2000b), p. 94; EBERS (2016), p. 144; ALBANESE (2013), p. 681; JANSEN (2018), p. 923.

⁵³ Sobre esta doctrina, sus alcances y las exigencias de *procedural unconscionability* y *substantive unconscionability*, KOROBKIN (2003), pp. 1203-1295 y STEMPEL (2004), pp. 757-860.

⁵⁴ § 2-302. *Unconscionable contract or Term*.

Uniform Commercial Code y 208⁵⁵ del Restatement (Second) of Contract, si un tribunal considera que una cláusula es “unconscionable”, cualquiera sea el contrato en que esté contenida –sea o no por adhesión– y cualquiera sea la calidad de las partes, puede ordenar la ejecución del resto del contrato o limitar su aplicación a fin de evitar un resultado injusto.

En el derecho inglés la regulación actual se encuentra en la Consumer Rights Act –en adelante CRA–, de 26 de marzo de 2015–, que derogó totalmente la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 y parcialmente la Unfair Contract Terms Act 1977.⁵⁶ Según la sección 61 de la CRA, el control de contenido (estructurado por una cláusula general,⁵⁷ un listado negro⁵⁸ y un listado gris),⁵⁹ es aplicable a todos los contratos de consumo, sean o no por adhesión a cláusulas no negociadas.⁶⁰ Tratándose de contratos celebrados entre empresarios o entre no profesionales, mantiene su vigencia la Unfair Contract Terms Act, que, en general, permite dejar sin efecto cláusulas de exención o restricción de responsabilidad.⁶¹

En lo que concierne a instrumentos de armonización del Derecho de contratos, el control de contenido de cláusulas no negociadas, aplicable cualquiera sea la calidad del adherente, se encuentra reconocido en los Principles of European Contract Law,⁶² en los Acquis Principles⁶³ y en el Draft Common Frame of Reference.⁶⁴ Los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, en cambio, guardan silencio al respecto.⁶⁵

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

(2) If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination.

⁵⁵ §208. Unconscionable contract or term

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

⁵⁶ Al respecto, BEALE *et al* (2019), p. 838; TREITEL (2003), p. 246; MORALES (2018), pp. 153-164.

⁵⁷ Sección 62, párrafo 4.

⁵⁸ Secciones 65 y 66.

⁵⁹ Anexo 2, parte 1, párrafos 5, 12 y 14.

⁶⁰ BEALE *et al* (2019), p. 889; MORALES (2018), pp. 167-168.

⁶¹ BEALE *et al* (2019), pp. 884-887; MORALES (2018), pp. 155-156.

⁶² Artículo 4:110.

⁶³ Artículo 6:301.

⁶⁴ Artículos II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405.

⁶⁵ Para una crítica constructiva frente a este silencio, CAMPOS (2020b), disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der>

En Sudamérica también se ha generalizado el ámbito subjetivo de aplicación del control. Así ocurre en el Código Civil y Comercial de la Nación,⁶⁶ el Código Civil Peruano⁶⁷ y, en menor medida, los Códigos de Brasil⁶⁸ y de Paraguay.⁶⁹ Desde una perspectiva menos ambiciosa, en Chile el control regulado en la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997, no solo se aplica en todo contrato por adhesión celebrado entre un proveedor y un consumidor, sino también, por mor del artículo noveno N° 2 de la Ley N° 20.416, en todo contrato por adhesión celebrado entre un proveedor y un micro o pequeño empresario.⁷⁰

A mayor abundamiento, conviene recordar que, en diversos sistemas jurídicos, la positivización del control de contenido de cláusulas no negociadas ha estado precedida de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales muy significativos. En general, se ha echado mano de estándares normativos de contenido indeterminado, tales como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres.⁷¹

En rigor, el orden público y las buenas costumbres constituyen límites a la autonomía privada y, más propiamente, al contenido de las declaraciones de voluntad. A su turno, las exigencias de la buena fe forman parte tanto del orden público como de las buenas costumbres,⁷² de modo que también se desempeñan como límite a la autonomía privada. En este esquema, debe recordarse que el derecho dispositivo, en cuanto tutela que la ejecución del contrato conduzca a una efectiva satisfacción de los intereses típicos de las partes, resguarda cierta medida de equilibrio normativo. Por lo mismo, aquellas cláusulas o estipulaciones que, sin justificación suficiente, se desvíen ostensiblemente del derecho dispositivo, contravendrán las exigencias de la buena fe y adolecerán de objeto ilícito.⁷³

Así, por ejemplo, la obligación de saneamiento del vendedor, de la naturaleza del contrato de compraventa, se orienta a resguardar la satisfacción de dos intereses típicos del comprador, como son los de hacerse dueño de la cosa (o al menos adquirir una posesión pacífica) y que la cosa sirva para su fin natural o para el fin especificado en el contrato. El alejamiento del derecho dispositivo, mediante una cláusula que substraiga del contenido del

⁶⁶ El artículo 988 contempla dos cláusulas generales de abusividad (letras a) y b) y una cláusula general de sorpresividad (letra c)). En lo que respecta específicamente a las cláusulas abusivas contenidas en contratos celebrados entre empresarios y consumidores, el artículo 1119 contempla una cláusula general de abusividad, extendiendo el control de contenido incluso a aquellas cláusulas que se hayan negociado individualmente.

⁶⁷ Artículos 1398 y 1399.

⁶⁸ El artículo 424 establece que “son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente a un derecho resultante de la naturaleza del negocio”.

⁶⁹ Artículo 691.

⁷⁰ Al respecto, CAMPOS (2022), pp. 149-150.

⁷¹ Este es un punto usualmente destacado en la doctrina especializada en el Derecho de contratos. Véase, por ejemplo, BEALE *et al* (2019), p. 889. Con la misma finalidad se ha utilizado la categoría de la causa, aunque este camino presenta algunos problemas técnicos de difícil solución (al respecto, CAMPOS (2019a), pp. 210-216).

⁷² CLAVERÍA (1979), pp. 678-679; BOETSH (2015), pp. 100-101. DÍEZ-PICAZO, por su parte, incluye la buena fe en la noción de orden público económico (DÍEZ-PICAZO (1996), pp. 42-54).

⁷³ CAMPOS (2019a), pp. 197-210, 303-319; CAMPOS (2019b), pp.82-86.

contrato de compraventa la referida obligación de saneamiento, pone en riesgo la satisfacción de los intereses típicos del comprador y puede, en su caso, ser indiciario de una situación de abuso.⁷⁴

En definitiva, en el orden de ideas que he reseñado, las reglas de derecho dispositivo han experimentado una importante resignificación. Según una concepción ortodoxamente liberal del Derecho de contratos, el derecho dispositivo se refiere a aquel conjunto de reglas de derecho positivo que, en relación con la generalidad de los contratos o en relación con particulares tipos de contratos, se integran al contenido de los contratos, salvo que las partes decidan prescindir de ellas o acuerden reglas especiales incompatibles. De acuerdo con esta visión, las reglas dispositivas, a diferencia de las imperativas y a las prohibitivas, no limitan el arbitrio de las partes y son, por tanto, absolutamente disponibles.⁷⁵ Por el contrario, en el actual estado del arte, se estima que las reglas de derecho dispositivo, al resguardar la satisfacción de los intereses típicos de las partes, trasuntan una medida de justicia sustantiva de la que las partes solo pueden apartarse con una justificación razonable.⁷⁶ Ello no debiese resultar extraño si se presta atención a la circunstancia de que las reglas de derecho dispositivo trasuntan aquellas reglas que “reasonable and fair-minded parties would consider as appropriate in the light of the nature and purpose of their contract”.⁷⁷

IV. LA IDEA DE JUSTICIA SUSTANTIVA Y SU RELACIÓN CON LA RAZÓN COMUNICATIVA

La reseñada resignificación de las reglas de derecho dispositivo, si bien podría ser entendida como la concreción de un requerimiento de razonabilidad práctica⁷⁸ o una mera autopoiesis de un sistema regulado autorreferencialmente,⁷⁹ constituye, a mi juicio, un corolario de la razón

⁷⁴ Por cierto, incluso bajo una concepción liberal del Derecho de contratos, las cláusulas que liberan al vendedor de la obligación de saneamiento están sujetas al límite de la mala fe. Al respecto, tratando las cláusulas que substraen del contenido del contrato de compraventa la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios, MATO (2017), pp. 285-292.

⁷⁵ DE CASTRO (1982), pp. 1059-1060.

⁷⁶ BEALE *et al* (2019), p. 811; DE CASTRO (1982), pp. 1061-1062; MIQUEL (2002), p. 432. Especialmente claro al respecto, RÖDL (2013), pp. 63-65.

⁷⁷ KÖTZ (2017), p. 8. Desde una perspectiva diversa, aunque coincidiendo en que las reglas de derecho dispositivo reflejan una medida de justicia sustantiva, RÖDL (2013), pp. 63-64.

⁷⁸ Así lo sugiere, por ejemplo, GORDLEY, quien, inscribiéndose en la tradición aristotélica de la filosofía moral, asume que existe una noción sustantiva del bien y que de ella se derivan requerimientos de justicia conmutativa (GORDLEY (2002), pp. 20-23). También FINNIS, aunque no se refiere específicamente al control de cláusulas no negociadas, afirma que los deberes de justicia conmutativa contribuyen al bien común y constituyen, por tanto, requerimientos de razonabilidad práctica (FINNIS (2011), p. 184).

⁷⁹ Siguiendo de cerca a LUHMANN, el Derecho de contratos bien ser entendido como un sistema operativamente cerrado de reproducción autorreferencial, que produce sus propias unidades o elementos componentes y, con ello, su propia estructura. En el marco de dicho sistema, cada decisión se sustentaría y vincularía con otras decisiones previas, conformando todas ellas el horizonte y campo de posibilidades de futuras decisiones (LUHMANN (2005), pp. 105-106; LUHMANN (2003), pp. 3-84). En términos generales, una crítica que puede formularse a la teoría de sistemas cerrados autopoieticos es que el reconocimiento que LUHMANN hace de supuestos de penetración o interpenetración de los sistemas -que, en su visión, no obstaría al carácter cerrado y autopoietico de cada sistema- no implica más que un sofisma para encubrir zonas de comunicación e influencia

comunicativa y de la progresiva prevalencia de una idea de justicia sustantiva al interior de la dogmática del Derecho de contratos.

En el fondo, atendidos los riesgos que subyacen a la utilización de cláusulas no negociadas, la razón comunicativa plantea la necesidad de un renovado entendimiento intersubjetivo acerca de las condiciones en que un contrato por adhesión resulta vinculante para el adherente.⁸⁰ Ello supone la tematización de la pretensión de rectitud normativa envuelta en el deber metajurídico de asumir irrestrictamente las consecuencias de la voluntad manifestada en condiciones de justicia procedimental y, ante su parcial rechazo, la progresiva instalación de una idea de justicia sustantiva al interior del Derecho de contratos.

Por cierto, es importante precisar que la razón comunicativa, por sí sola, no provee criterios inmutables de justicia sustantiva.⁸¹ En rigor, no existe algo así como una forma específica de justicia sustantiva que, por ser verdadera, pueda ser “descubierta” por la razón comunicativa. Lo que ocurre es que la razón comunicativa, al apuntar a un entendimiento intersubjetivo acerca de un determinado aspecto del mundo social, conduce a la tematización de una máxima y luego, en razón de las circunstancias materiales y de los desarrollos dogmáticos disciplinares, se instala en el discurso práctico la idea de que cierta medida de justicia sustantiva constituye una base necesaria para la vinculatoriedad de las cláusulas no negociadas. Esa medida de justicia sustantiva, según una opinión compartida por la literatura especializada, está reflejada en las reglas de derecho dispositivo, que contiene un modelo de justo equilibrio de intereses.⁸²

La resignificación de las reglas de derecho dispositivo tiene, incluso, el potencial de llevar a la conclusión de que el Derecho de contratos, en general, resguarda cierta medida de justicia sustantiva,⁸³ sea que esta se quiera ver como un requerimiento de justicia correctiva⁸⁴ o

recíproca entre los sistemas y, en especial, para encubrir que existe un trasfondo común en el que operan (que no es sino el mundo de la vida). Al respecto, HABERMAS (2005) 115-119.

⁸⁰ Se trata, en el sistema de HABERMAS, de la necesidad de un entendimiento intersubjetivo acerca de un aspecto del mundo social. HABERMAS (2005), pp. 65-67.

⁸¹ En similar sentido, HESSELINK (2015), pp. 101, 105, 114-118.

⁸² Entre los precursores de esta idea, RAISER (1935) p. 293.

⁸³ Ello, según cierta doctrina, sería predicable incluso respecto de contratos celebrados entre partes con similar poder de negociación (RÖDL (2013), pp. 63-65). Por lo demás, la incorporación de las reglas de derecho dispositivo al contenido del contrato (de modo de que aquellos aspectos sobre los que no recae un acuerdo expreso encuentren igualmente una regulación) tiene su justificación última en que dichas reglas reflejan una medida de justicia sustantiva (RÖDL (2013), pp. 63-64).

⁸⁴ La justicia correctiva -en ocasiones llamada conmutativa-, al menos en uno de sus planteamientos usuales, es concebida como un tipo de justicia orientada a rectificar o reparar el agravio que un sujeto comete en contra de otro. Se trata de la justicia aplicable a las acciones voluntarias o involuntarias que ligan a dos sujetos. En este sentido, la justicia correctiva, centrada en la correlatividad de las posiciones de los sujetos, persigue el restablecimiento de la relación de igualdad (*initial equality*) que existe entre ellos antes de la celebración de un contrato o de la comisión de un ilícito (ARISTÓTELES (1985), pp. 245-248, TOMÁS (1990), pp. 512-514 (cuestión 61, artículos 2 y 3, soluciones), FINNIS (2011), pp. 178-179, WEINRIB (2002), pp. 349-351). La justicia correctiva, en una función complementaria a la distributiva, se orientaría a preservar aquello que corresponde a cada uno mediante la rectificación o reparación de aquellos agravios que quebrantan dicha correspondencia (GORDLEY (2002), pp. 1-4). Luego, en lo que interesa a este trabajo, podría decirse que las reglas de derecho dispositivo

como una base de fondo de justicia distributiva.⁸⁵ Después de todo, la idea de que las reglas de justicia sustantiva contempladas por el derecho dispositivo no pueden ser excluidas del contrato sin una justificación razonable está en línea con un interés generalizable y equitativo y puede, por tanto, ser aceptada, sin coacción, por todos los afectados.⁸⁶ Ello, por cierto, no implica un rechazo del principio de responsabilidad, sino un rechazo o relativización del deber metajurídico de asumir irrestrictamente las consecuencias de la voluntad manifestada en condiciones de justicia puramente procedimental.⁸⁷

En efecto, el desarrollo del control de contenido ha puesto de manifiesto que, al menos en la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas, la vinculatoriedad de los acuerdos no parece reposar en el mero cumplimiento de condiciones de justicia procedimental. Las

resguardan un mínimo de justicia correctiva, pues, considerando únicamente a las partes del contrato, tutelan la satisfacción de las expectativas que estas persiguen en la ejecución del acuerdo y establecen, en consecuencia, una línea de base (*initial equality*) para la relación jurídica privada que existirá entre ellos (BRIDGEMAN (2003), p. 253, GORDLEY (2002), p. 20). En definitiva, el mínimo de justicia sustantiva establecería la relación de igualdad inicial a partir de la cual las partes pueden vincularse válidamente y hacerse responsables de sus incumplimientos (WEINRIB (2002), p. 353. En similar sentido, BENSON (2001), pp. 192, 200).

⁸⁵ En la tradición aristotélica, la justicia distributiva se orienta a la obtención de una igualdad proporcional mediante la distribución de los beneficios y las cargas existentes en una determinada comunidad política de acuerdo con algún criterio que permita comparar el mérito relativo de sus miembros (ARISTÓTELES (1985), pp. 243-245, FINNIS (2011), pp. 165-177, TOMÁS (1990), p. 512 (cuestión 61, artículo 2, solución)).

Entre los que sugieren que el control de contenido es una muestra de que el Derecho de contratos resguarda un mínimo de justicia distributiva, véanse, por ejemplo, KRONMAN (1980), pp. 478-493, PAPAYANNIS (2014), pp. 132-137. Estos autores asumen que la justicia correctiva solo puede descansar en la voluntad e igualdad formal de las partes. Luego, todas las normas de Derecho de contratos que resguardan alguna medida de justicia sustantiva (sea relativa al equilibrio económico o al equilibrio normativo) serían normas que trasuntan una exigencia de justicia distributiva, pues su contenido escaparía a la voluntad de las partes y formaría parte del trasfondo de justicia social en el cual las interacciones están permitidas (PAPAYANNIS (2014), p. 135). En síntesis, lo que caracterizaría a esta corriente es la convicción de que el consentimiento solo tiene valor justificatorio si se satisfacen ciertas condiciones de justicia distributiva.

KRONMAN, radicalizando el punto, sostiene que la regla de justicia distributiva básica que debiese permear el Derecho de contratos es que nadie se beneficie a costa de otro, salvo que tal aprovechamiento, en el largo plazo, mejore la posición del explotado (KRONMAN (1980), pp. 472-511).

⁸⁶ Aplicando el esquema de HABERMAS, se trata de una idea que puede encontrar el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados (HABERMAS (1999), p. 38).

⁸⁷ *Cf.*, KÖTZ (2017), pp. 7-8.

Una lectura alternativa podría ser que las reglas de justicia sustantiva contribuyen a tornar inteligible la idea misma de autonomía (que, en su verdadero despliegue, ha de respetar el marco institucional en que opera), facilitando una mejor justificación del derecho de contratos y, también, una mejor justificación normativa de la fuerza obligatoria del contrato (en esta línea, BERNER y GUTIÉRREZ (2022), pp. 245-253). En forma previa, desde una aproximación que conduce a resultados similares, DE LA MAZA (2003), pp. 140-143; PEREIRA (2016), pp. 97-123. Véase también, PEREIRA (2022), pp. 301-303, 313-317.

Otra lectura podría ser que las reglas de justicia sustantiva que en alguna medida limitan las interacciones de tipo puramente estratégico son exigencias derivadas de un ideal de igualdad relacional, el cual impone la necesidad de que ninguna de las partes quede sometida al arbitrio de la otra. Dicha igualdad relacional debiese conducir a que ambas partes puedan satisfacer sus intereses típicos. Sobre los aportes que la idea de igualdad relacional puede hacer a la filosofía política del derecho privado, JIMÉNEZ (2016), pp. 48-55.

partes ya no pueden transgredir determinados márgenes de equilibrio normativo. No hay libertad en este aspecto, sino justicia sustantiva.⁸⁸

Ahora bien, podría estimarse que el tránsito hacia una concepción del Derecho de contratos que resguarda un mínimo de justicia sustantiva solo es efectivo en lo que atañe a la contratación por adhesión a cláusulas no negociadas. Ello permitiría concluir que, allende el referido ámbito de contratación, sí podría resultar desempeñada la pretensión de rectitud normativa que subyace a la máxima de asumir irrestrictamente las consecuencias derivadas de un acuerdo alcanzado en condiciones de justicia procedimental. No obstante, ni siquiera esta última conclusión resulta aproblemática.

En el Derecho de contratos nórdico, el artículo 36 de la Nordic Contracts Act extiende el control de contenido a toda cláusula (negociada o no) a fin de comprobar si alguna de las partes ha abusado de la posición de debilidad de la otra.⁸⁹ Otro caso paradigmático se presenta en el derecho inglés, donde la Unfair Contract Terms Act permite dejar sin efecto, ya sea en contratos de contenido negociado o predispuesto, principalmente cláusulas de exención o restricción de responsabilidad.⁹⁰ Por su parte, respecto a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, algunos sistemas, bajo el entendido que los consumidores no tienen los mismos conocimientos que los empresarios acerca de los alcances técnicos del negocio ni tampoco el mismo poder de negociación,⁹¹ extienden el control de contenido a las cláusulas negociadas; así ocurre en Francia, en que el artículo L 212-1 del Code de la Consommation no acota el control de contenido a las cláusulas predispuestas,⁹² en Argentina, en que el artículo 1118 del Código Civil y Comercial de la Nación señala expresamente “las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”⁹³ y en Inglaterra, en que la sección 61 de la CRA permite controlar el contenido en todo contrato de consumo, sea o no por adhesión a cláusulas generales predispuestas.⁹⁴ Inclusive, en relación con el derecho alemán, RÖDL ha llegado a afirmar que las cláusulas individualmente

⁸⁸ En este extremo puede atisbarse cómo el Derecho privado tiene una dimensión pública. Como afirma PAPAYANNIS, “(s)i hemos de aplicar la fuerza del Estado para hacer cumplir los términos acordados por las partes, debemos asegurarnos de que esos términos satisfagan un mínimo de justicia. Por consiguiente, sea cual fuere la forma de justicia que está implementada en el derecho privado, ella tiene una dimensión pública” (PAPAYANNIS (2014), p. 126). Desde otra perspectiva, se ha sugerido que el control de contenido vendría a restablecer el valor y respeto de la autonomía personal en aquellos casos en que, por mor de las condiciones materiales en que se lleva adelante la contratación, la voluntad de una de las partes (el adherente) no puede determinarse autónomamente (PEREIRA (2022), pp. 301, 314-315).

⁸⁹ EBERS (2016), p. 144, ALBANESE (2013), p. 681.

⁹⁰ BEALE *et al* (2019), p. 889; MORALES (2018), pp. 155-156.

⁹¹ Cabe hacer presente que, conforme a los postulados originales de la teoría del abuso, la existencia de discusión acerca del contenido de una cláusula no es óbice para que esta sea controlada, pues perfectamente puede reflejar un desequilibrio de poder entre las partes (EBERS (2016), p. 142).

⁹² RAYMOND (2019), p. 373.

⁹³ Con algo de vaguedad –aunque no por ello con desacierto–, Stiglitz justifica la extensión en el interés público comprometido (STIGLITZ (2015), p. 516).

⁹⁴ BEALE *et al* (2019), p. 889; MORALES (2018), pp. 167-168.

negociadas incorporadas a contratos paritarios se someten a las exigencias de la buena fe y, con ello, a un control de justicia sustantiva.⁹⁵

En suma, la exigencia de un mínimo de justicia sustantiva en el contenido normativo de los contratos es una idea que, si acaso no es ya predominante en la dogmática jurídica, está cuanto menos instalada en el discurso práctico relativo al Derecho de contratos.

V. CONCLUSIONES

1. En el estado actual del Derecho de contratos, pareciera que la vinculatoriedad de los contratos no puede reposar únicamente en un pretendido ejercicio de autonomía privada en condiciones de justicia procedimental. Al menos en el caso de los contratos por adhesión, y con prescindencia de la calidad que tenga el adherente, la vinculatoriedad de las cláusulas no negociadas presupone, además, que exista un mínimo de justicia sustantiva, la cual resulta resguardada por las reglas de derecho dispositivo. Lo mismo puede decirse en relación con la generalidad de los contratos de consumo, incluso cuando son libremente discutidos, pues el control de equilibrio normativo, al menos en algunos sistemas jurídicos modernos, también resulta justificado y operativo a su respecto.

2. El progresivo tránsito hacia una concepción del Derecho de contratos en que la vinculatoriedad de este -y de sus cláusulas- presupone un mínimo de justicia sustantiva puede ser entendido como obra de la razón comunicativa, la cual ha permitido la tematización de la máxima de que las partes de un contrato deben asumir irrestrictamente las consecuencias derivadas de la voluntad manifestada en condiciones de justicia procedimental. Si acaso dicha máxima es todavía predominante en el discurso práctico, al menos ya se advierten la fuerza y las consecuencias prácticas de una idea que tiende a rectificarla. Resta ver cómo la práctica de la argumentación rechazará esta última idea o la llevará a ser la nueva predominante.

⁹⁵ RÖDL (2013), pp. 64-65.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela (2015). “La “teoría clásica” del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1, pp. 35-56.
- ALBANESE, Antonio (2013). “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, *Europa e Diritto privato*, N° 3, pp. 669-728.
- ALBIEZ, Klaus (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales* (Aranzadi)
- ALFARO, Jesús (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales* (Civitas)
- ALTERINI, Atilio (1998). *Contratos. Teoría General* (Abeledo-Perrot).
- ARANGO, Maximiliano (2016). “La causa jurídica de las cláusulas abusivas”, *Estudios socio-jurídicos*, vol. 18, N° 1, pp. 243-266.
- ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomáquea* (trad. Julio Ballí Bonet). (Editorial Gredos)
- ATTYAH, Patrick (1981). “Contract as Promise: A theory of Contractual Obligation by Charles Fried”, *Harvard Law Review*, vol. 95, N° 2.
- (1985). “Contract and Fair Exchange”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 35, N° 1, pp. 1-24.
- BALLESTEROS, José (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad* (José María Bosch Editor).
- BERCOVITZ, Rodrigo (2000). “Artículo 8. Nulidad”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentarios la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Editorial Aranzadi S.A.)
- BARENGHI, Andrea (2017). *Diritto dei consumatori* (Wolters Kluwer Italia S.r.l.)
- BEALE, Hugh, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte RUTGERS, Jacobien y VOGENAUER, Stefan (2019). *Cases, materiales and text on Contract Law*. 3ª edición. (Hard Publishing)
- BEN-SHAHAR, Omri (2008). “The myth of the ‘opportunity to read’ in contract law”, *Olin Working Paper*, N° 415.
- BENSON, Peter (2001). “The Unity of Contract Law”, en Peter BENSON. *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge University Press)
- BERNAL, Mariana (2006). “La transformación de la causa en el Derecho de Contratos francés”, *Vniversitas*, N° 111, pp. 227-243.
- BERNER, Carlos y GUTIÉRREZ, Emanuel (2022). “La pregunta por la normatividad del contrato: autonomía privada y reglas no contractuales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 2, pp. 233-257.
- BIANCA, Massimo (2000). *Il contratto*. 2ª edición (Giuffrè Editore S.p.A.)

- BLANDINO, María (2012). “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en Antoni VAQUER, Esteve BOSCH y María SÁNCHEZ (coords.). *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia* (Atelier)
- BOETSH, Cristián (2015). *La buena fe contractual* (Edificaciones Universidad Católica de Chile)
- BRIDGEMAN, Curtis (2003). “Corrective justice in contract law: is there a case for punitive damages?”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 56, pp. 237-275.
- CABRILLAC, Rémy (2016). *Droit européen compare des contrats*. 2ª edición (LGDJ Lextenso Éditions)
- CÁMARA, Sergio (2016). “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”. *Almacén de Derecho*. Disponible en: <http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/> [fecha de consulta: 14 de junio de 2023].
- CAMPOS, Sebastián (2019a). *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas* (Thomson Reuters)
- (2019b). “Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito”, *Ars Boni et Aequi*, Año 15, N° 2, pp. 60-94.
 - (2020a). *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos* (DER ediciones)
 - (2020b). “Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la ley N° 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 3, pp. 785-808.
 - (2020c). “Hacia el control de contenido de las cláusulas no-negociadas en los PLDC”. Blog de la red chilena de derecho comparado. Disponible en: <https://www.redchilenadederechocomparado.cl/post/hacia-el-control-de-contenido-de-las-cl%C3%A1usulas-no-negociadas-en-los-pldc-una-propuesta-desde-el-der> [fecha de consulta: 14 de junio de 2023].
 - (2022). “Sobre el ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido de cláusulas no negociadas: una propuesta de generalización con base en reglas y principios de Derecho civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 3, pp. 137-164.
- CAPRILE, Bruno (2007). “La imprevisión”, en José Alberto GAITÁN y Fabricio MANTILLA (dirs.). *La terminación del contrato. Nuevas tendencias del derecho comparado* (Editorial Universidad del Rosario)
- CARRASCO, Ángel (2017). *Derecho de contratos*. 2ª edición (Aranzadi Thomson Reuters)
- CLAVERÍA, Luis (1979). “La predisposición del contenido contractual”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, N° 7, pp. 667-687.
- DE ARAÚJO, José (2010). *Cláusulas contratuais gerais. DL N.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial* (Wolters Kluwer - Coimbra Editora)

- DE CASTRO, Federico (1961). “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, N° 2.
- (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 35, N° 4.
- DE LA MAZA, Íñigo (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado*, N° 1, pp. 109-147.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría General del Contrato*. 5ª edición (Editorial Civitas)
- EBERS, Martin (2016). *Obligaciones, Contratos y Protección del Consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros* (Ara Editores)
- FINNIS, John (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª edición (Oxford University Press)
- FRIED, Charles (1981). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Harvard University Press)
- GALLO, Paolo (2017a). *Il contratto* (G. Giappichelli Editore)
- (2017b). “Meritevolezza dell’interesse e controllo contenutistico del contratto”, en Giuseppe CONTE y Sara LANDINI (dirs.). *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* (Universitas Studiorum S.r.l. Casa Editrice, Tomo III)
- GARCÍA, Manuel (1969). *Condiciones generales de los contratos* (Editorial Revista de Derecho Privado)
- GIL, Francisco (2005). “La razón práctica y el principio del discurso en Jürgen Habermas”, *Revista de Filosofía*, N° 50. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/filosofia/article/view/18097/18086> [fecha de consulta: 14 de junio de 2023].
- GONZÁLEZ, Isabel (2015a). “Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª edición (Aranzadi)
- (2015b). “Art. 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en Rodrigo BERCOVITZ (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. 2ª edición (Aranzadi)
- GORDLEY, James (2002). “The moral foundations of private law”, *The american journal of jurisprudence*, Vol. 47, Iss. 1, Article 1.
- HABERMAS, Jürgen (1987). *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista* (Madrid: Taurus Humanidades)
- (1999). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. 4ª edición (Taurus Humanidades)
 - (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso* (Editorial Trotta)

- (2002). *Verdad y justificación* (Editorial Trotta)
 - (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª edición (Editorial Trotta)
- HESELINK, Martijn (2015). “Democratic contract law”, *European Review of Contract Law*, vol. 11, N° 2, pp. 81-126.
- HEVIA, Martín (2014). “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual”, *Discusiones*, N° 15, pp. 15-47.
- JIMÉNEZ, Felipe (2016). “Dos implicancias de la igualdad relacional”, *Estudios Públicos*, 144, pp. 31-59.
- KANT, Immanuel (1998). *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (Cambridge University Press)
- KOROBKIN, Russell (2003). “Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, N° 3, Iss. 4, Art. 2.
- KÖTZ, Hein (2017). *European contract law*. 2ª edición (Oxford University Press).
- KRONMAN, Anthony (1980). “Contract Law and Distributive Justice”, *Yale Law Journal*, Vol. 89, pp. 472-511.
- LOEWENSTEIN, George y O’DONOGHUE, Ted (2006). “We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law”, *The University of Chicago Law Review*, N° 73, Iss. 10, Art. 10.
- LÓPEZ, Patricia (2015). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 115-181.
- LORENZETTI, Ricardo et al (2012). *Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.
- LUHMANN, Niklas (2003). *El Derecho de la Sociedad*. Disponible en https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_de_la_sociedad_-_luhmann_niklas.pdf [fecha de consulta: 14 de junio de 2023].
- (2005). *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. 2ª edición (Antrhopos-Universidad Iberoamericana)
- MARÍN, Manuel (2018). “Los controles de transparencia y de contenido en los contratos entre empresarios”, *Centro de Estudios de Consumo* (Universidad de Castilla-La Mancha). Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_controles_de_transparencia_y_de_contenido_en_los_contratos_entre_empresarios.pdf [fecha de consulta: 14 de junio de 2023].

- MATO, Natalia (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente* (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado)
- MIQUEL, José (2002). “Artículo 8”, en Aurelio MENÉNDEZ y Luis DíEZ-PICAZO (dirs.). Jesús ALFARO (coord.). *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación* (Civitas)
- MORALES, María (2018). *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Editorial DER Ediciones Limitada)
- NOZICK, Robert (1974). *Anarchy, State and Utopía* (Blackwell Publishers Ltda)
- PAGADOR, Javier (1999). *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La ley de condiciones generales de contratación* (Marcial Pons)
- PAPAYANNIS, Diego (2014). “La insoportable levedad de la justicia correctiva en el Derecho contractual”, *Discusiones*, N° 15, pp. 101-144.
- PATTI, Salvatore y PATTI, Guido (1993). *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342* (Giuffrè)
- PAZOS, Ricardo (2017). *El Control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores* (Aranzadi Thomson Reuters)
- PEÑA, Carlos (2009). “Habermas y el problema de la verdad”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, pp. 585-591.
- PEÑAILILLO, Daniel (2000). “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, *Revista de Derecho*, N° 208, pp. 209-237.
- PEREIRA, Esteban (2016). *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual* (Thomson Reuters).
- (2022). “Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía: ¿qué justifica la fuerza obligatoria del contrato?”, *Revista de Derecho PUCP*, N° 89, pp. 291-323.
- PERTIÑEZ, Francisco (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Aranzadi)
- (2016). “Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendidas en contrato de préstamo con adherentes empresarios”, *INDRET Revista para el análisis del derecho*, N° 4.
- POLO, Eduardo (1990). *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos* (Civitas)
- POSADA, Camilo (2015). “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N° 29, pp. 141-182
- RAISER, Ludwig (1935). *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Hanseat. Verl.-Anst).
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia*. 2ª edición (Fondo de Cultura Económica)
- RAYMOND, Guy (2019). *Droit de la consommation*. 5ª edición (LexisNexis)

- REICH, Norbert (1985). *Mercado y derecho* (Ariel)
- RIZZO, Vito (2013). “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici” en Alessandra BELLELLI, Lorenzo MEZZASOMA y Francesco RIZZO (dirs.). *Le clausole vessatorie a vent’anni dalla Direttiva CEE 93/13* (Edizione Scientifiche Italiane)
- RÖDL, Florian (2013). “Contractual freedom, contractual justice, and contract law (theory)”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, N° 2, pp. 57-70.
- ROJAS, Nicolás (2015). “¿Es el consumidor un mal padre de familia? Alcance del deber de cuidado exigible a los consumidores”, en Álvaro VIDAL, Gonzalo SEVERIN y Claudia MEJÍAS (eds.). *Estudios de Derecho civil X* (Thomson Reuters)
- SÁENZ DE JUBERA, Beatriz (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo* (Tirant Lo Blanch)
- SÁNCHEZ, Aníbal (1980). “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 157-158, pp. 385-436.
- SIMON, Herbert (1955). “A behavioral model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, N° 1, pp. 99-118.
- STEMPEL, Jeffrey (2004). “Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium; The Return of Unconscionability analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, N° 3, pp. 757-860.
- STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Ediciones Depalma)
- STIGLITZ, Rubén (2015). “Artículo 1092 a 1122”, en Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO y Sebastián PICASSO (dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III, Libro Tercero, Artículos 724 a 1250* (Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)
- SUNSTEIN, Cass y THALER, Richard (2003). “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, N° 4.
- TERNERA, Francisco (2007). “El concepto de justicia contractual”, *Revista oficial del poder judicial*, N° 2.
- TOMÁS DE AQUINO (1990). *Suma de teología. Parte II-II (a)* (Biblioteca de autores cristianos)
- WEINRIB, Ernest (2002). “Corrective justice in a nutshell”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, pp. 349-356.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. Esther Arroyo I Amayuelas) (Bosch).
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (2002). *Introducción al derecho comparado* (Oxford University Press).

LEGISLACIÓN

Acquis principles

Bürgerliches Gesetzbuch - BGB (Alemania).

Code civil (Francia).

Codice Civile (Italia).

Código Civil austriaco.

Código Civil de Brasil.

Código Civil español.

Código Civil holandés.

Código Civil peruano.

Código Civil paraguayo.

Código Civil y Comercial de la Nación

Código de Comercio colombiano.

Code de Commerce (Francia).

Code de la Consommation (Francia).

Codice del Consumo (Italia).

Consumer Rights Act - CRA (Inglaterra).

Decreto-Lei N° 446/85, de 25 de octubre de 1985 (Portugal).

Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, de 21 de abril de 1993.

Draft common frame of reference

Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGBG (Alemania).

Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación - LCGC (España).

Ley n.° 1.480/2010 (Colombia).

Ley n.° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, 7 de marzo de 1997.

Ley n.° 20.416, sobre empresas de menor tamaño. Diario Oficial de la República de Chile, 3 de febrero de 2010.

Ley n.° 24.240 (Argentina).

Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos.

Principles of european contract law

Restatement (second) of contracts (Estados Unidos).

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (España) -
TRLGDCU.

Unfair Contract Terms Act (Inglaterra).

Uniform Commercial Code (Estados Unidos).