



Contratos: el *Trade-Off* de la buena fe.

$$C = S_{(n)} + D_{(n)}.e$$

Por P. Augusto VAN THIENEN

I. Introducción.

El viejo artículo 1198 del viejo código de Vélez nos dejaba la siguiente enseñanza: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

El actual artículo 961 del código civil y comercial de Lorenzetti nos enseña lo siguiente: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”.

Observamos que la fórmula, si bien idéntica; no es la misma.

Está claro y salta a la vista que el legislador no sólo quiso modificar la gramática de la norma sino, ofrecer algún cambio sustancial que justifique la reforma; esto es, alterar el ADN de la “buena fe” contractual y sus alcances.

La primera impresión que uno se lleva de la simple lectura del nuevo artículo 961 es que no alcanza con la interpretación literal de lo pactado; sino que es necesario revisar las “consecuencias que puedan considerarse comprendidas” (en el con-texto del contrato); y no sólo las consecuencias, sino “todas” y, que “razonablemente” pudo prever un contratante “cuidadoso”.

Cuáles son “todas” las consecuencias que un contratante cuidadoso pudo razonablemente prever (al momento de celebrar el contrato), nadie lo sabe.

Siendo esto así, quedará en manos de los jueces llevar adelante la misión de descubrir el modelo de contrato completo y perfecto diseñado por este contratante ideal.

La primera pregunta que uno debe formularse ante el inquietante 961 es: ¿cuál será el costo transaccional de un contrato completo? Y por ende, ¿cuál será el costo transaccional de la buena fe?

Debemos entender a la buena fe como aquella obligación implícita que existe en toda relación contractual que busca evitar sacar ventaja de los espacios incompletos dejados en el contrato (“*incomplete contracts*”); y que permiten a una de las partes expropiar los beneficios económicos esperados (“*expected contractual benefits*”) de la otra parte.

La respuesta sobre cuál será el costo de la buena fe bajo el nuevo artículo 961 podemos encontrarla en la teoría del análisis económico.

Veamos. ...

II. Teoría del análisis económico.

La teoría del análisis económico del derecho y sus autores han desarrollado la idea de que la “buena fe” lleva implícito sus costos añadidos dado que en un mundo imperfecto los contratos suelen ser incompletos (*Incomplete Contracts*).

Un contratante racional no puede prever todas las consecuencias (*contingencies*) de una relación contractual, y tampoco está dispuesto a invertir dinero y tiempo en prever todas las consecuencias futuras; sino aquellas que considera importantes, necesarias y clave para asegurar sus expectativas de ganancia.

O sea, los contratantes están dispuestos a tomar el riesgo de celebrar un contrato incompleto; y por lo tanto, dejando un espacio para potenciales conductas oportunistas.

Por lo tanto, el contrato completo que permita minimizar la ocurrencia de conductas oportunistas (“mala fe”) lleva un costo añadido que la teoría del análisis económico la ha definido bajo la siguiente fórmula:

$$C = S(n) + D(n) \times e$$

III. The Transaction Cost of Good Faith. (art. 961 CCyC).

A continuación transcribo un artículo publicado por el autor Simon M. Sepe (James Rogers. College of Law. Arizona University).

To solve de Good faith trade-off means to understand whether the inclusion of a good faith requirement in the parties' agreement ultimately increases or decreases "C" (the contractual transaction cost). In a simplified description, "C" comprises: (i) the parties' aggregate specification cost; and (ii) the parties' aggregate expected cost deriving from incompleteness of the contract.

The contract's specification cost ("S") includes the following:

- (a) the *negotiation cost* which means the parties' aggregate cost for figuring out and negotiating all contingencies they might foresee;
- (b) the *drafting cost* which means the parties aggregate cost for drafting contractual provisions that allocate the parties' entitlements as to each negotiated contingency. Such a cost is basically a function of the time the parties consume to write the relevant contractual provisions; and
- (c) the *legal cost* which means the parties' aggregate cost for the lawyers eventually involved in the negotiation and drafting process. It is worth observing that S is increasing in *n*, the number of contingencies specified by the contract.

The parties' aggregate expected cost arising from the incompleteness of the contract ("D") is the cost parties expect to bear in the course of their contractual relationship, due to the impossibility of drafting complete contracts.

In particular, D includes the following:

- (a) the *expected inadequacy cost* parties bear for specifying a number of contingencies that no longer reflect the external state in an adequate manner. Since parties specify only some among all foreseeable contingencies, they must face a risk that the contractual allocation of their entitlements might prove not sufficiently contingent on the external state over time. Indeed, unspecified contingencies might materialize which make the original allocation, no longer efficient.

(b) the *expected opportunism cost* parties bear due to the risk of opportunistic behavior of one toward the other when an unspecified contingency materializes.

We should remark that D decreases in n .

The inadequacy cost is decreasing in n because the higher the number of contingencies specified by the contract, the less likely that an unspecified contingency might materialize which makes the original allocation of entitlements no longer efficient.

The opportunism cost is also decreasing in n because the more contingencies the contract specifies, the lower is the risk that the parties might behave opportunistically without breaching the contract.

However, we also state that D increases in e which indicates the error the court or the judge might make in interpreting the contract (e , g : court's failure to find the right answer).

To test the efficiency of good faith means, practically, to verify what interpretative regime (i.e., literal or contextual) must be preferred in contract interpretation.

Let's then start by considering a contract that does not include good faith and, therefore, mandates the application of a strict literal interpretation. Under such model of interpretation, the contractual transaction cost the parties bear can be equal to zero due to the zero likelihood of court's error.

Under the literal interpretation model the contract shall be deemed as complete.

If the parties' entitlements as to the occurrence of a particular contingency are not specified, the parties cannot claim any right as to such contingency. From this "contractual perspective" there is no room for court error because everything the court must do to find the right answer is to simply "read the contract".

Under the strict literal interpretation model, the parties' expected cost from incompleteness is exclusively function of the number of contingencies they specify in the contract.

However, parties do not specify all foreseeable contingencies, sine the cost of doing so could well outweigh the expected cost deriving from contractual incompleteness.

Rational parties specify n , as the number of contingencies that minimizes " C ", that is, to specify all contingencies (completeness) until the marginal expected cost arising from the contract's incompleteness equals the marginal cost of specification.

IV. Conclusión.

El nuevo artículo 961 CCyC incrementa los costos transaccionales de la buena fe considerando que dicha norma impone a las partes asumir el costo de “todas las consecuencias” que debió “razonablemente” prever un contratante informado y previsor.

El nuevo artículo 961 CCyC incrementa “S” por n dado que las partes intentarán prever dichas consecuencias (*contingencies*); situación que se agrava por la interpretación contextual que el tribunal realizará sobre el contrato, incrementando por lo tanto “e” (*court’s error*).

Espero que estas reflexiones sean de utilidad.