

AUTONOMÍA PRIVADA Y CONTRATO JUSTO(*)

GILSEPPE VETTORI

Profesor Ordinario de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Firenze.
Miembro de la Asociación de los Civilistas Italianos para el Estudio del Derecho Civil.

SUMARIO:

I. Pothier y la noción de justicia contractual. - II. La legislación italiana hasta los años 90 y las intervenciones normativas en Francia y Alemania. - III. La evolución del sistema en Italia. - IV. ¿Un nuevo orden en formación? - V. Los caracteres de las nuevas figuras de desequilibrio y las diversas hipótesis de reconstrucción sistemática. - VI. Derecho de los contratos y reglas de competencia. - VII. El rol de las profesiones.

I. POTHIER Y LA NOCIÓN DE JUSTICIA CONTRACTUAL

En el Tratado de las Obligaciones, Pothier¹ afirma solemnemente que "*l'équité, doit régner dans les conventions*" y "*l'équité consiste dans l'égalité*", es decir, se precisa el significado y el límite de la operatividad de la equidad. Hay una imperfección en el consentimiento de la parte lesionada porque ella ha querido disponer solo en base a una falsa representación y tal defecto puede considerarse la presencia de dos condiciones: una lesión que exceda la mitad del justo precio y, así mismo, en los casos singulares, según las condiciones fijadas por la ley, "medida que ha sido establecida para la seguridad y la libertad del comercio" "*qui exige qu'on ne puisse facilement revenir contre les conventions*".²

Este límite, de interés general, contra la posibilidad de "intentar fácilmente acciones contra los contratos"³ reduce el principio del justo precio en el "foro de la conciencia" más que en el "foro civil" y justifica la delimitación rigurosa de la rescisión solo al contrato de compraventa.⁴

Es del todo transparente la razón de política económica y la mentalidad que sustenta tales afirmaciones. El valor de la autonomía y de la libertad contractual se identifican con la utilidad social, así como la ley de la demanda y de la oferta expresan el interés general; para favorecer los intercambios es necesario reforzar la estabilidad del contrato; por ello el principio del *laissez faire* se completa implícitamente con el principio del *laissez contracter*.⁵

Esta noción de justicia contractual, connatural al fomento del libre intercambio, penetra en el *Code Civil* donde existe ya un germen de su evolución. El artículo 6^{ter} subordina la libertad

¹ VETTORI, Giuseppe, *Autonomia privata e contratto giusto*, en *Rivista di diritto privato*, Número 1, Gennaio-Marzo, Epoca Editore s.r.l., Milano, 2000, pp. 21-50. El escrito reproduce, con algunas modificaciones y el agregado de las notas bibliográficas esenciales, la ponencia desarrollada el 17 de marzo de 1999 en la Universidad Bologna en el ámbito de los encuentros promovidos por el Prof. Giovanni Indigo. Traducción y notas realizadas por Néstor Camarero Torres y Ramón Morales Heredia. **ADVOCATUS** agradece al Doctor Ramón Morales Heredia por la copia del presente artículo.

² POTHIER, *Traité des obligations. Tous genres*, Bruxelles, 1835, p. 26.

³ POTHIER, *op. cit.*, p. 27.

⁴ La expresión es recogida en el *Treatato della vendita*, segunda edición italiana, Livorno, 1841, p. 501 donde se examina (artículo IV) "si el vendedor puede en el foro de la conciencia, vender en cualquier momento, por un precio más allá de lo justo". La conclusión es clara: "continuamente al comprar no se le permite arrepentirse de haber comprado más caro que el precio justo, exigiendo que las partes no puedan fácilmente iniciar acciones contra sus contratos por el interés del comercio" (p. 501).

⁵ POTHIER, *Treatato della vendita*, *op. cit.*, p. 530 ss.

⁶ OBESIN, en *Traité de droit civil. Le Contrat formé par*, Paris, 1988, p. 178 ss.

⁷ "Artículo 6 del Código Civil de Francia de 1804. No se pueden de nuevo, por excepciones particulares, las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres".

contractual al orden público y a las buenas costumbres e introduce un control de validez inspirado no por la moral o por la conciencia, sino por principios jurídicos que inducen a repensar, ya por la segunda mitad del ochocientos en particular, la naturaleza y el fundamento del contrato. Su fuerza obligatoria, objeto de aquella disposición, encuentra raíces no solo en la autonomía de la voluntad sino en la búsqueda por parte del derecho positivo, de la utilidad y justicia de los fines y de las condiciones que delimitan el régimen jurídico.³

Tal es la raíz histórica y la dimensión actual del problema del equilibrio negocial que deberemos examinar partiendo de una descripción de las novedades más relevantes para intentar comprender el rol de la jurisprudencia teórica y práctica en la actuación de un orden bastante diverso respecto del pasado.

II. LA LEGISLACIÓN ITALIANA HASTA LOS AÑOS 90 Y LAS INTERVENCIONES NORMATIVAS EN FRANCIA Y ALEMANIA

En los dos siglos en Francia y en Alemania la revisión del principio del *laissez faire* es consagrada por una legislación atenta a la política social de una doctrina que reflexiona sobre la categoría del orden público y sus fundamentos de la libertad contractual,⁴ por una jurisprudencia que vierte "gotas de aceite social", sobre las tradicionales estructuras de los institutos civilistas de los códigos liberales.⁵ No se puede decir, otro tanto, del sistema italiano y es suficiente una confrontación para poner en evidencia las diferencias con los otros ordenamientos.

En Francia se elabora la noción de orden público económico para describir el rol primario desarrollado por la intervención pública sobre la iniciativa privada. Se distingue entre orden público de dirección, dirigido a la tutela del interés general y de protección, que involucra a la tutela de las categorías débiles. Se evalúa la diversa función de estas intervenciones y se subraya, recientemente, la progresiva disminución de intervenciones generales de dirección y la expansión, en cambio, de intervenciones hacia algunas categorías de sujetos.⁶

³ CHESTIN, *op. cit.*, pero se ve en una perspectiva histórica y comparativa los ensayos de Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Strasbourg, 1965; DAWSON, *Unconscionable coercion: the German version*, en *Harvard Law Review*, 1975; GORDLEY, *Equality in exchange*, en *California Law Review*, 1981. En Italia es conocido el debate en los años 60s y 70s sobre la justicia contractual y sobre la distinción entre "justicia comutativa y justicia distributiva", entre tutelas dirigidas a permitir un correcto ejercicio de la autonomía y la intervención de la legislación especial sobre el contenido del contrato. Véase en particular para tal debate los ensayos de RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1969; BARCELONA, P., *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milán, 1969; FERRI, G.H., *Consenso tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milán, 1968; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1969; SACCO, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dir. por E. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975. Para una síntesis de la literatura más reciente sobre el tema véase MARINI, *Ingiustizia della rescissione e lesione contrattuale*, en *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.; *Idem*, *voce Rescissione* (dir. vig.), en *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 970 ss.

⁴ FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, p. 110 ss.; GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 48 ss., 85 ss., 122 ss.; FERRI, G.H., *voce Ordine pubblico*, (dir. priv.), en *Enc. dir.*, XXX, Milán, 1980, p. 1039 ss.; PANZA, *Ordine Pubblico*, en *Enc. dir. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁵ WACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milán, 1980, p. 285.

⁶ La distinción tradicional entre orden público de protección y de dirección es utilizada en Francia por el mismo legislador (v. loi 78 du 10 janvier 1978, relativa "à l'information et à la protection des consommateurs dans certains secteurs opératifs de crédit"; la loi 79-596 du 13 juillet 1979 sobre la "protection des consommateurs dans le domaine de crédit immobilier") y por la jurisprudencia que subraya la diferencia en los dos casos del régimen jurídico de la nulidad de los actos (v. Cass. 35 mai 1996, en *RIDA*, 1996, n° 1073; Cass. 10 janvier 1995, en *Bull. civ. I*, No. 18; Cass. 17 mars 1998, en *JCP*, 1998, p. 778). En doctrina se revela una sensible reducción del área de los principios de orden público de dirección (que conservan un decisivo rol en el derecho monetario y de la competencia (v. M.E. Thi-Pancret, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Act-Marseille, 1995) y un consistente aumento de disposiciones de orden público dirigidas al cumplimiento de una "relation contractuel légal" y esto no solo en las relaciones de consumo sino también en particular en el contrato de "bail commercial, bail rural, la sous-traitance, agence commerciale, d'intégration agricole". V. por último la decisión de Conseil constitutionnel del 03 août 1994, en *JCP* 1995, II, 32, 404; y de 20 mars 1997, en *RTD civ.*, 1998, 99; con nota de J. Mestre. De este autor también la *rapport* (no publicada en Italia) en la Convención de la Asociación Capitant, sobre el orden público, realizado en Bayreuth, en mayo de 1998.

El cuadro normativo está particularmente atento respecto a la tutela de los consumidores como de las relaciones entre empresas. En cuanto a los primeros, ya el artículo 35 de la *loi Scribner* (78-23 de 1978) asigna al Poder Ejecutivo la competencia de emitir disposiciones idóneas para limitar y reglamentar las cláusulas que determinan una desventaja excesiva o, sean fruto de un "abus de la puissance, économique". Se constituye una Comisión (*des clauses abusives*) y progresivamente, en el nuevo sistema que se desarrolla en los años 80 y 90, el juez es llamado a intervenir en procedimientos colectivos e individuales hasta que se fusiona el control administrativo y el control judicial mediante el decreto del 10 de marzo de 1993 número 93-314.¹⁰

Por otra parte, desde hace tiempo han sido introducidas normativas sobre el abuso de dependencia económica (*ordonnance* 86-1243 del 01 de diciembre de 1986), los términos de pago (*loi* 92-1442 del 31 de diciembre 1992) y el desequilibrio de las relaciones comerciales (*loi* 96-588 del 01 de julio de 1996).¹¹

Todas estas intervenciones han influenciado de manera determinante en la jurisprudencia que tiende progresivamente a prever nuevas fuentes de obligaciones fundamentales y de orden público que las partes no pueden derogar con cláusulas de limitación de la responsabilidad.¹²

En Alemania la elaboración teórica y jurisprudencial es aún más intensa. Si el BGB es el sello de la noción moderna de libertad contractual, la primera guerra mundial y el avenimiento de la sociedad industrial señalan el inicio de una nueva época. La Constitución de Weimar garantiza en el artículo 152 la libertad contractual solo "de conformidad con las leyes", mientras la siguiente Ley Fundamental no reconoce la libertad contractual en cuanto tal, sino facilita una lectura bastante diferente a la del pasado. De la previsión de derechos fundamentales se indica que la composición de los intereses "no es más confiada exclusivamente a los contratantes, sino que está sujeta al control de su justicia aunque el precio sea de infringir la barrera constituida por el contrato celebrado".¹³

Los juristas comprenden que no es posible evaluar y controlar el equilibrio de un único contrato considerándolo como un asunto aislado, y toman conciencia que toda negociación es "un hecho económico insertado en la economía general de la nación". Se dejan atrás tanto las tentativas utópicas de establecer el principio del justo precio como norma jurídica, así como el error de confiar en una natural armonía y evolución de las leyes del mercado. Emerge con fuerza el rol del derecho (y no de la moral) de transformar el orden espontáneo en una "conciencia institucional jurídica organizada".¹⁴ Corresponde a la constitución económica garantizar la justicia contractual teniendo en cuenta el "sistema económico y la forma de mercado existente o de aquella que se quiere perseguir" y, en esto, tendrán un peso no solo "las opciones jurídicas sino también las condiciones económicas y los objetivos políticos".¹⁵

¹⁰ Para una síntesis v. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 308 ss.

¹¹ V. la ordenanza n° 86-1243 del 01 de diciembre de 1986, y sobre el punto VILASSAMY, *Le contrats de dépendance*, París, 1986, AA.VV. *Lesy des abus économiques*, París, 1991, p. 220 ss.; BOUJARD-LABARDE Y CAVINET, *Droit français de la concurrence*, París, 1994, p. 85 ss.; y, recientemente, la *loi* 96-588 del 01 de julio de 1996 sobre la "liberté et l'équilibre de las relaciones comerciales" véase en FOURGOUX, J.C. et J.L., *La réforme de l'ordonnance du 1er Juillet 1986: addition ou soustraction?*, en RCP, 1996, I, 601, p. 459; y CASO, R. y FARDOLINI, R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): esempio di fine millenario o padronato di tempi migliori?* en *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 721.

¹² V. Cas., 22 de Octubre de 1996 en *Bull. civ.*, número 261; y aún la *rapport* de MESTRE, J., cit. así como THIBERGIE-GUILPUCCI, C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, en *RID* civ 2, 1997, p. 357 ss.

¹³ Sobre el punto son fundamentales los ensayos de RAISER, L., recogidos en el volumen *Il compito del diritto privato*, Milán, 1990, v. en particular *La libertà contrattuale oggi* (ya publicado en *Parsonsztung.*, 1958, p. 1 ss.), *ibid.*, p. 59.

¹⁴ RAISER, L., *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, en *Il compito del diritto privato*, cit., p. 101.

¹⁵ RAISER, L., *op. cit.*

Se comprende cómo el proceso reformador asume un rol significativo. La Ley (AGB – Gesetz)³⁷³ de 1976 que disciplina las condiciones generales de contrato y prevé la ineficacia de cláusulas en contraposición con el principio de buena fe, permitiendo “una segura purificación de estos sectores del mercado para el uso de cláusulas abusivas” y encaminando “gradualmente una obra de adecuación del sistema económico al sistema normativo elegido” que anticipa en amplia medida la directiva europea sobre la materia.³⁷⁴

Un antecedente más es la ley sobre las limitaciones a la competencia que permite declarar la nulidad de pactos y la ilicitud de conductas fruto de abusos del poder económico.³⁷⁵

La consecuencia de este cuadro normativo es importantísima. El contrato y la disciplina de la competencia son concebidos como institutos funcionalmente conectados, de manera que, las partes no puedan pretender ser tuteladas cuando hagan uso de estos institutos que transgredan cualquiera de los principios fundamentales de la constitución económica.³⁷⁶

III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA EN ITALIA

En Italia la evolución normativa es bastante más lenta. En los años 60s y 70s domina “una ideología fuerte que pone en el centro de la Constitución económica la intervención pública en la economía, atribuyendo a la voluntad política la tarea de la misma definición del desarrollo económico, con la consiguiente superposición de un modelo jurídico a los mecanismos del mercado.” “El esquema autoridad-libertad es aplicado a la economía no para establecer reglas y correctivos al mercado, sino para dirigir las opciones de los empresarios hacia los fines preestablecidos por el poder político.”³⁷⁷

Las modalidades de la intervención normativa se transforman radicalmente en los inicios de los años 80s, tanto por la sobrecarga de tareas y de funciones atribuidas al Estado, incompatible con la evolución tecnológica y las nuevas modalidades de organización de la producción y el trabajo, como, sobre todo, por la adhesión de Italia al Mercado Común Europeo que, con el acto único de 1986, hace imposible la continuación de una modalidad tan opresiva de la intervención en la economía.³⁷⁸ El mercado asume el rol de principio institucional central de la economía y la ley cesa de sustituirse al libre desenvolvimiento del proceso económico, previendo más bien, un complejo de reglas para garantizar lealtad y eficiencia a la iniciativa económica.³⁷⁹ Significativo es el retardo en la disciplina de fenómenos nuevos.

³⁷³ La Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB-Gesetz es la ley para la regulación del derecho de las condiciones negociadas generales de 9 de diciembre de 1976, que entró en vigencia el 1 de abril de 1977, y modificando el 19 de julio de 1996 con ocasión de la actuación de la Directiva 93/13/CEE: SALVATORE, P. y MICHAEL, R. Will, en *Le condizioni generali di contratto*, a cura de Massimo Bianca volutas I, Istituto di diritto privato, Università di Roma “La Sapienza”, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 325-345.

³⁷⁴ V. RIZZO, *op. cit.*, p. 63-64.

³⁷⁵ Se ve al respecto, IMMENGA, U., MESTMAECKER, H.F., *GWB*, México de Baviera, 1992.

³⁷⁶ V. también RAISER, L., *op. cit.*, p.102 y sobre el punto las observaciones de Caso, *Subsistemi inibitorie: analisi glossemologica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 243, y de SACCO, en SACCO y De Nova, *Il contratto*, tomo I, en *Trattato di diritto civile, dir. de Sozzo*, Torino, 1993, p. 482 ss. según los cuales el aspecto calificado en condiciones que solamente “el abuso de la distorsión del mercado” la hecho posible, es afectado por un vicio de la voluntad.

³⁷⁷ Así MENGONI, L., *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, en *Persona e Mercato* (a cura de G. Vettori), Padova, 1996, p. 36 ss.; e *ibid.*, las intervenciones de N. Itri, p. 91 ss.; SCHLESINGER, P. p. 111 ss.; FERLINGHERI, P., p. 105 ss.

³⁷⁸ MENGONI, L., *op. cit.*, p. 36.

³⁷⁹ Sobre el punto son importantes los escritos de IRTI, N., v. particularmente, *I ritorni anni del codice civile*, en *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 228, *idam* en *Civile civile e società politica*, 1995, p. 53; *Persona e Mercato*, *op. cit.*, p. 91 ss.

Ninguna intervención hasta los años 90s incide sobre la contratación en masa y la competencia entre empresas. El equilibrio negocial es aún, en gran parte, confiado a la normativa contenida en el código y, en particular, a la rescisión, instituto de naturaleza oscura y controversial, bastante poco aplicada en la práctica.¹⁷

En los años siguientes las intervenciones son frecuentes en el sentido de trastornar el cuadro normativo existente. Los contratos de los consumidores son disciplinados en leyes especiales en el código, con la introducción de un nuevo y autónomo Título (XIV - bis). Se aprueban las nuevas normativas sobre el contrato usurario y sobre las relaciones de subcontratación con profundas novedades en el método y en los contenidos.

El trato común es una descripción genérica de la hipótesis de hecho (*fattispecie*)¹⁷³ abstracta y el recurso de cláusulas generales que atribuyen al intérprete un amplio margen, no solo en la identificación de la regla, sino en la selección de los intereses y en la elección de la prioridad de una u otra posición de interés. Un breve elenco dará un signo evidente de tales características.

1. Los contratos de los consumidores

La nueva ley que modifica la disciplina general del contrato dispone que son vejatorias las cláusulas de un contrato estipulado entre un profesional y un consumidor, que a pesar de la buena fe implican un significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones.¹⁷⁴ El artículo 1469-ter¹⁷⁴ precisa que la vejatoriedad de una cláusula no involucra la determinación del objeto ni la adecuación de la contraprestación. Esto quiere decir que el desequilibrio es entendido en sentido jurídico y normativo, y no en sentido económico, como desproporción patrimonial. Solo si el objeto o la contraprestación no es claro o comprensible, el intérprete puede considerar la oscuridad como síntoma de un desequilibrio determinado por las modalidades de redacción de cláusulas que abre el camino a un juicio de vejatoriedad.¹⁷⁵

Por consiguiente, existe en la ley la preocupación de no sustituir a las partes por el juez en el juicio de conveniencia del negocio mediante el límite de la transparencia. Pero el sistema va más allá. El código italiano y la directiva comunitaria amparan la valoración del desequilibrio por contrariedad a la buena fe.

El proceso de integración europea crea un conjunto de reglas de disciplina del mercado. De manera que el acto de autonomía privada debe confrontarse no solo con las reglas verticales que inciden sobre su contenido, sino con una disciplina horizontal de la actividad que precede a la relación e individualiza la posición que corresponde en términos de poder y de deber al sujeto

¹⁷ V. para todo sobre tal instituto MARINI, G., *vo. Rescissione* (dir. vig.), op. cit., p. 970 ss.

¹⁷³ El término italiano *fattispecie* significa "hipótesis de hecho" de la norma, y otras veces, simplemente como "figura", "especie" o "supuesto" en general.

¹⁷⁴ Es suficiente sobre el punto una cita a los más recientes comentarios y, en particular *Condizioni generali e clausole vessatorie*, en *Diritto Privato*, 1996, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura de E. Casassa, Padova, 1996; *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura de C.M. Bianca y F.D. Busnelli, Padova, 1997; y *Masselli e commentari al nuovo diritto dei contratti*, a cura de G. Vettori, Padova, 1999.

¹⁷⁵ "Secondo paragrafo dell'articolo 1469-ter del Codice Civile italiano de 1942: Determinazione del carattere vessatorio de las cláusulas: La evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no atiene a la determinación del objeto del contrato, ni a la adecuación de la contraprestación de los bienes y de los servicios siempre que tales elementos sean individualizados de manera clara y comprensible."

¹⁷⁴ Sobre el punto BUSNELLI, G., *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, en *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, op. cit., p. 12; e *ibid.*, BUSLANZZI GIULIA, *Clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore*, p. 81 ss.; NUZZO, M., *Avvertimento della vessatorietà delle clausole*, p. 719 ss.; y VETTORI, G., *Introduzione*, en *Masselli e commentari al nuovo diritto dei contratti*, op. cit., p. XVII ss.

que actúa. Esto no solo en función distributiva de ventajas y obligaciones, sino más bien, para una correcta funcionalidad del mercado, el cual tiene necesidad de reglas comunes, de informaciones claras para todo operador y de disciplinas diferenciadas.²⁵

Si se tiene en cuenta esta perspectiva se comprende la opción de utilizar la buena fe como uno de los parámetros del desequilibrio. Más allá de los diversos significados que esta ha asumido, la regla expresa un criterio de evaluación de la actividad explicada por las partes a los fines de la concreta realización del contenido de las respectivas posiciones de derecho y de obligación y existe una afinidad estructural y funcional entre la disciplina del orden negocial y el criterio de buena fe, utilizado en el *unconscionability* del *common law*, en el principio de razonabilidad de la ley francesa (10 de enero de 1978) y del *Unfair Contract Terms* (26 de octubre de 1977), en el *AGB-Gesetz* (de 9 de diciembre de 1976) y finalmente en el considerando (v. el 16)²⁶, de la Directiva Comunitaria. En esta, se afirma expresamente que "la evaluación (...) del carácter abusivo de la cláusula debe ser integrada con un instrumento afónico para efectuar una evaluación global de los diversos intereses" como lo es precisamente la buena fe objetiva, la cual debe ser utilizada y precisada por el juez teniendo en cuenta: a) la fuerza de las respectivas posiciones de las partes; b) la incidencia de factores externos sobre el consentimiento del consumidor; c) la presencia o no de un "orden especial" y d) la lealtad y equidad de la "conducta del profesional."

Se extrae de tal contexto que las partes quedan libres de predisponer el objeto del contrato y la contraprestación, pero sobre estas pesa una evaluación amplia de las declaraciones y de los comportamientos a través de una cláusula general que no es el único medio de tutela introducido por el legislador el cual recientemente (ley del 30 de julio de 1998, número 281) prevé un derecho fundamental de los consumidores y de los usuarios a la lealtad, transparencia y equidad en las relaciones contractuales concernientes a bienes y servicios, sobre el cual es necesario detenerse.²⁸

Los primeros actos normativos son muy amplios: es una resolución del Consejo de Europa de 1973, que aprueba la Carta Europea de Protección de los Consumidores, el Acto Único Europeo de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992 y el Tratado de Ámsterdam de 1997.²⁷

La ley cita todas estas fuentes y su propósito es claro: los consumidores se convierten en un nuevo centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas garantizadas por el derecho comunitario con valor específico e incondicional y que hacen posible la inhibitoria y la demanda de resarcimiento de los daños.

²⁵ VETTORI, G. *op. cit.*

²⁶ Considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

"Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego: que en caso contrario la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, si se ha incidido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta."

²⁷ V. en particular ALPA, G. *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999; GAMBARDI, A., *Consumo e difesa del consumatore. Un'analisi economica*, Milano, 1994, p. 21 ss.; PICCOZZA, E., *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario*, en *Trattato di diritto amministrativo*, dir. por G. Santanella, Padova, 1999, p. 30.

²⁸ Para un reconocimiento de tales fuentes, COLAGRANDE, R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, en *Le nuove leggi civili comunitarie*, 1998, 4, p. 700 ss.

Las posiciones de los consumidores en las diversas relaciones establecidas con las empresas, podían ser solo en forma de metáfora definidos como derechos subjetivos³⁴ mientras la nueva normativa atribuye a algunas de estas posiciones tales cualidades y parece subrayar también en este sector la "necesidad teleológica de los derechos para servir del mejor modo algunas necesidades e intereses".³⁵

El análisis del contenido del derecho a la lealtad, transparencia y equidad en las relaciones contractuales, no es del todo simple. Se ha dicho que tal indicación no modifica completamente la posición sustancial de la cual el consumidor podía aprovechar antes de la ley³⁶, pero la afirmación es reducida. Sobre todo, la novedad está en la forma y en los instrumentos de tutela. Se usan cláusulas generales en la evaluación de las conductas y se crean específicas situaciones subjetivas al respecto, de manera que la violación de la lealtad, transparencia y equidad es, de por sí, violación de un derecho que involucra una tutela resarcitoria. Si existen expresas disciplinas positivas en relación a la información, la publicidad, la claridad y comprensión del contenido contractual, la individualización de un autónomo derecho prevé una pretensión del consumidor que va más allá del contenido de las disposiciones positivas. El derecho a la lealtad de las relaciones contractuales debe ser leído en esta dimensión. Claro es el reenvío a la ley especial^{37a} incorporada en el Código Civil y en la normativa especial (sobre los contratos turísticos, sobre la negociación puerta por puerta y sobre la colocación de los valores mobiliarios).³⁸ Pero el contenido del derecho es más amplio. Aquí se puede indicar, si se superan algunos límites establecidos en el artículo 1469-ter,^{37b} si también se aplica en presencia de una específica negociación, es decir, si su ámbito de operatividad está limitado a los confines de las normas positivas o si también traspasan, en ciertos casos, su concreta aplicación. El carácter fundamental del derecho, la fuente comunitaria, el texto normativo parecen ofrecer argumentos para la interpretación misma, pero si es así (y, sobre esto, deberemos detenernos más adelante) estamos aún en presencia de una hipótesis de hecho de contornos bastante inciertos que podría permitir al juez superar el ámbito de la hipótesis de hecho tipificada.

También se considera el derecho a la transparencia que podría ser ampliado hasta convertirse en una pretensión jurídicamente tutelada en toda relación concerniente a un bien o servicio ofrecido a consumidores y a usuarios.³⁹ En cuanto a la equidad, es claro el "dualismo jurídico" que el término significa incluso en los ordenamientos basados sobre textos escritos. La palabra *canon* en los siglos, al estudioso a no perderse "detrás de la ilusión y la abstracción de una compatibilidad unitaria del sistema" y a asumir total conocimiento que "el proceso de estructuración del derecho no se cierra en la ordena de los silogismos y, más bien, tiende a expandirse en una gama comprendida entre dos (o acaso más) centros de atracción o polaridad". Su significado puede identificarse con un principio ético, con un "criterio lógico contrapuesto al juicio de derecho", con la valorización de circunstancias subjetivas y objetivas que no tendrían, de otro modo, importancia en la

³⁴ Así ALPA, G., *La persona fra citofonanza e mercato*, Milano, 1992, p. 93 ss.

³⁵ LA TORRE, M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 400 ss.; también las páginas de CESARINI-SFORZA, W., *voe Diritto soggettivo*, en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss.

³⁶ Así C'GLAURANDE, R., *op. cit.*, p. 710 ss.

^{37a} El artículo 1469 del Código Civil italiano ha sido ampliado mediante el Capítulo XIV bis titulado "De los contratos del consumidor". Este capítulo está inserto conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley No. 52 del 6 de febrero de 1996.

^{37b} Sobre tales puntos es útil la consulta del volumen *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 3 ss.

^{37c} "Causa pignorata del artículo 1469-ter del Código Civil italiano de 1942. Determinación del carácter vejatorio de las cláusulas. No son vejatorias las cláusulas o los elementos de las cláusulas que hayan sido objeto de revisión individual".

³⁸ V. RIZZOLI, *sul artículo 1469-quadri*, en *Commentario al capo XIV bis del Codice civile*, cit., p. 783 ss.; y FALCO, F., *Commento all'art. 1469-quadri*, en *Materiali e commenti*, *op. cit.*, p. 146.

valoración del contrato. En todo caso el derecho a la equidad de las relaciones contractuales individualiza una pretensión a una evaluación que supera la mera legalidad en cuanto ella parece "expulsar del propio seno la justicia".²³

Es del todo evidente como tal referencia positiva pueda influir sobre la noción y disciplina del equilibrio contractual.

2. Los contratos entre empresas

Las novedades relevantes son, a nuestros fines, dos: el abuso de posición dominante y la disciplina de la subcontratación. Es claro que el ordenamiento italiano ha actuado con gran atraso respecto a otros Estados occidentales en relación a una normativa *antitrust*. En los años 60s se presentaron algunas propuestas de ley y se desarrolló un debate vivaz en la doctrina, pero ha prevalecido la opción de reenviar toda intervención normativa motivada por precisas líneas de dirección. Por un lado, la tolerancia hacia fenómenos de concentración finalizada por un reforzamiento de la estructura de las empresas italianas, por el otro, la idea que la intervención pública en la economía fuese ya, de por sí, un eficiente equilibrador del mercado y por ello no se consideraba necesaria una reglamentación específica. El cambio radical de las líneas de la política económica y los actos normativos europeos que establecían vencimientos precisos para completar la integración han servido de estímulo para la aprobación de la ley de 1990 que ampara ahora la normativa del Tratado de Roma.

Hay abuso de posición dominante cuando la empresa "se encuentra gozando de una situación de poder económico gracias al cual está en grado de obstaculizar la persistencia de una competencia efectiva sobre el mercado²⁴ y tiene la posibilidad de tener comportamientos independientes hacia los demás competidores, los clientes y en último análisis, los consumidores".²⁵ En la aplicación de las normas la Autoridad Garante ha citado, entre otros, la imposición del precio de venta o de otras condiciones injustificadamente gravosas.

²³ V. para todos FROSINI, V., *voz* Equità (noción), en *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 70 ss.; e *ibid.*, ROMANO, S., *voz* Equità (dir. priv.) *ibid.*, p. 97 ss.

[Ad. de los T.] El "juicio de equilibrio" para nosotros arrojó el rol de un requisito de la causa del contrato ya sea de validez como la lesión o de inejecución como la excesiva onerosidad de la prestación: Róculo Morales Herrera, *Contribución a la teoría de los contratos consensu.*, en *Revista Derecho & Sociedad*, Formada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XIII, N° 19, Lima, 2002, pp. 122-127.

²⁴ V. por último CRESCI, G., *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante*, en *Materiali e commenti*, op. cit., p. 377; en posición diferente: BERNINI, V., *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991; DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990; FRIGNANI-WAELBROECH, *Disciplina de la concorrenza nella Cee*, Milano, 1983; DELUCIA, L., *Le elaborazioni della dottrina tedesca e italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990*, n. 287, en *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 66 ss.; IRILLI, N., *L'unione giuridica del mercato*, 1998.

[Ad. de los T.] El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 indica lo siguiente: "Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limitan, restringen o distorsionan la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional".

²⁵ CRESCI, G., op. cit., p. 411.

[Ad. de los T.] El artículo 4 del Decreto Legislativo 701 – norma general que regula las prácticas monopolísticas, controladas y restrictivas de la libre competencia señala lo siguiente: "Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y asistencia, así como redes de distribución."

La reciente ley en tema de subcontratación introduce la disciplina del abuso de dependencia económica aplicable en toda relación entre empresas y la *ratio* de la norma es clara. La crisis de la integración vertical determinada por una necesidad de flexibilidad del mercado, induce a nuevas estrategias administrativas basadas sobre formas de producción y de colaboración externas a la estructura empresarial. Mediante el contrato las empresas se descentralizan y desverticalizan sectores siempre más amplios de la empresa. El subcontratista no produce para el mercado, sino para un comitente a través del contrato para realizar importantes prestaciones. De aquí la exigencia de una protección que la ley realiza con tres tipos de intervención: la exigencia formal, una disciplina de los términos de pago y la hipótesis de hecho del abuso. Tal hipótesis de hecho está descrita en el artículo 9 precisando en el primer párrafo, el estado de dependencia económica y en el segundo la noción de abuso.³⁸

El primer requisito, inspirado claramente en los modelos francés y alemán, establece que la empresa dependiente, no tiene una "real posibilidad de hallar sobre el mercado alternativas satisfactorias" porque la empresa dominante determina un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones. El abuso es descrito mediante un listado de hipótesis pertenecientes a cada fase contractual, a la renuncia a contratar, a la imposición de condiciones injustamente gravosas y a la interrupción arbitraria de las relaciones.

Sobre la relación entre esta hipótesis de hecho y la posición dominante disciplinada por la ley, en tema, de competencia, se ha pronunciado la Autoridad Garante llamada a atribuir sobre la posibilidad de insertar la nueva figura en el artículo 3 de la ley del 90. La respuesta negativa se ha basado sobre la diversidad entre la *hipótesis de hecho concurrencial*, que postula la delimitación de un mercado relevante y una "relación contractual de intercambio bilateral" donde ella no es necesaria. De aquí la sugerencia, acogida por el legislador, de no unificar en una misma hipótesis de hecho "prohibiciones que responden a presupuestas y características entre ellas diferentes".³⁹

El razonamiento, se verá, deja perplejos por la clara separación entre normas civilistas y normativa concurrencial, desde el momento que la libertad de competencia y la libertad contractual son disciplinadas de manera interdependiente por las mismas normas especiales.⁴⁰ Se puede observar, por ahora, que la ley ha creado una nueva figura de control del poder contractual de enorme⁴¹ y para algunos de inquietante alcance.⁴²

³⁸ V. per último, *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura de V. Cuffaro, Napoli, 1998, y una amplia bibliografía sobre el tema; CASO, R., Y PARDOLESI, R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): esempio di fine millennio o prodotto di tempi migliori?*, *cit.*, p. 712 ss.; CRUSCI, G., *I contratti di subfornitura in Materiale e commenti sul nuovo diritto del contratto*, *cit.*, p. 673.

³⁹ V. opinión de la Autoridad garante para la competencia y el mercado del 20 de junio de 1995.

⁴⁰ En el artículo 9 de la Ley del 18 de junio de 1998, No. 192 dice: "la dependencia económica se evalúa teniendo en cuenta también las reales posibilidades para la parte que bajo sufrida el abuso de hallar sobre el mercado alternativas suficientes". Sobre tales disposiciones véase, por último FRITZINGER, B., *La subfornitura in Germania: il rapporto tra consistenza e subfornitura e la legge sulle condizioni generali di contratto*, en *Contratto imp. Europa*, 1999, L.47; BORTOLOTTI, F., *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, 139; MAZZIOTTI DI CELSO, A., en *La subfornitura*, a cura de G. Alpa, A. Clarice, Milano, 1999, 236; y, diversamente, DELLI PRISICOLI, L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, en *Gloss. comm.*, 1998, I, 835.

⁴¹ V. DE NOVA, G., *La subfornitura: una legge grave*, en *Bol. dir. priv.*, 1998, 3, p. 449.

⁴² El artículo 1469 quinquies del Código Civil italiano prevé que el vendedor tiene un derecho de repetición frente al contratista por los daños que ha sufrido o consecuencia de la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas. El propietario es claro: el intermediario no es destinatario directo de la disciplina de protección y no puede pedir la ineficacia de las cláusulas abusivas. De momento que, él sufre la acción del consumidor porque utiliza los contratos predisuestos por el profesional pero no puede invocar contra este último la ineficacia de la cláusula. De aquí la responsabilidad del contratista y el derecho al rescancamiento por los daños por el pronunciamiento de ineficacia de un contrato comercial predisuesto y desequilibrado. V. sobre el punto VETTORI, G., en *Commentario al capo XIV bis del Codice civile*, *cit.*, p. 904.

3. El contrato usurario

Más allá de las relaciones entre partes calificadas subjetivamente, la equidad y la justicia de las relaciones contractuales tiene pronto una profunda innovación en la reciente ley sobre la usura que pone problemas de coordinación con la disciplina de la rescisión y de la nulidad, por contrariedad con normas penales imperativas. Es claro que la ley del 7 de marzo de 1996, número 108⁴⁰ elimina el requisito del aprovechamiento del estado de necesidad (que se vuelve circunstancia agravante) y configura dos hipótesis de delito: una a cargo de quien se hace dar o prometer intereses o ventajas usurarias, dentro de un límite fijado por la ley, la otra en relación a quien, por debajo del límite legal, se hace dar o prometer ventajas o compensaciones que "resultan desproporcionadas respecto a la prestación de dinero o de otra utilidad, cuando quien tiene datos o promesas se encuentra en condiciones de dificultad económica o financiera".⁴¹

Las nuevas disposiciones no han tenido una interpretación unívoca. Según algunos, más allá de la expresa norma sobre el mutuo (artículo 1815⁴²), la rescisión sería aún el único remedio respecto al contrato usurario, simultáneamente se da el caso, del resarcimiento de los daños.⁴³ Otros se preguntan sobre la nulidad de tal contrato a la luz de las nuevas disposiciones de ley.

En el pasado se excluía tal forma de invalidez por una serie de motivaciones. Por un lado se rechazaba exactamente todo automatismo entre norma penal e invalidez del negocio, por el otro era recibida la distinción elaborada por la doctrina penalista entre "delito-contrato", que prohíbe el negocio y castiga el comportamiento de ambas partes, y "delito en el contrato" donde es sancionada la conducta de una sola parte. En este último caso la nulidad no sería del todo descartada dado que "existen instrumentos adecuados de tutela del otro contratante diferente de aquella

[Ad. de los T.] "Sólo un párrafo del artículo 1468-quinquies del Código Civil italiano de 1942: "El vendedor tiene derecho de repetición frente al profesional por los daños que sufre a causa de la declaración de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas".

⁴⁰ El Código Penal del Perú califica como "actos los cuales en los que el autor determina a la víctima a pagarle intereses superiores a los legalmente establecidos. No se criminaliza, por tanto, el libre pacto de obligaciones usurarias, con independencia, claro está, de sus consecuencias jurídico-cívicas. Por el contrario, los negocios cívicos usurarios concertados en situación de necesidad del deudor se sancionan con una penalidad mayor pues constituyen una circunstancia agravante del tipo básico de la usura". GARCÍA CAVERO, Percy, ¿Es la usura delito en el Perú? en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV, N.º 55, Marzo-Abril, Editora Notus Legales S.A.C., Trujillo, 2004, pp. 246-247.

Artículo 214 del Código Penal del Perú. *Usura*. "El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su organización, renovación, dación o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días multa.

Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años".

⁴¹ V. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, en *I contratti*, 1996, p. 223 ss.; MERUZZI, *Usura*, en *Contr. e leg.*, 1996, p. 759 ss.; ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181; QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.; MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutui ad interessi*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1328 ss.; FERONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, en *Quaderni della Battaglia di diritto civile*, Napoli, 1997; TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, en *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 465 ss.; GIOIA, *L'impatto della nuova normativa*, en *Corr. giur.*, p. 811 ss.; PALMIERI, AL, *Usura e sanzioni civili: un mercantismo già usurario*, en *Fura it.*, 1998, I, v. 1009 ss.; CARBONE, *Il mercantismo di determinazione del tasso-mutuo e del tasso-taglia*, en *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss.; GRASSI, *Il nuovo mutui di usura: fattispecie e tutele civilistiche*, en *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 331 ss.; COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art. 1815 c.c.*, en *Contr. e leg.*, 1998, p. 602 ss.

⁴² Segundo párrafo del artículo 1815 del Código Civil italiano de 1942: "Interesse. - Si se haue cometido interesse usurario, la cláusula es nula y no son debidos los intereses".

⁴³ V. GRASSI, op. cit., p. 135 ss.

forma de invalidez". Según esta línea reconstructiva el negocio usurario no podía ser nulo porque era clara la intención de la ley (anterior) de afectar el aprovechamiento de un sujeto, y porque la figura de la rescisión era un claro indicio de la voluntad de otorgar un remedio diferente de la nulidad.⁴²

La nueva disciplina pone fuertemente en duda tal conclusión por diversos aspectos. En el texto se elimina el requisito subjetivo y la protección se dirige directamente a la alteración de la causa del intercambio o de la atribución; están prohibidos no solo los intereses u otras ventajas usurarias como contraprestación de una concesión de crédito sino las ventajas para obtener otra utilidad en presencia de una desproporción y de una dificultad económica o financiera de la víctima. En esta última hipótesis no es aplicable el artículo 1448⁴³, cuando falte la lesión enorme y el aprovechamiento, y se pone el problema de la aplicabilidad del artículo 1418, primer párrafo, del código civil.

La solución afirmativa parece preferible porque la norma penal no prohíbe solo una conducta de un contratante sino quiere impedir "siempre y de algún modo realizar un determinado orden de intereses", de manera que, es difícil no hipotetizar una contrariedad del contrato usurario con la norma imperativa penal y una consiguiente nulidad; la cual dependería aún de una hipótesis de hecho que individualiza, entre otros, como presupuestos la ventaja usuraria y la desproporción y las dificultades económicas y financieras de la víctima. En los primeros comentarios doctrinales se había previsto que fuese esta la tesis "destinada a prevalecer" y, recientemente, autorizados intérpretes han individualizado exactamente en la nulidad relativa el remedio contra la "desproporción de la causa" también *infra minimum* aceptada a causa de las dificultades económicas y financieras de la víctima.⁴⁴

IV. ¿UN NUEVO ORDEN EN FORMACIÓN?

Estas nuevas reglas han inferido golpes decisivos a las convicciones del pasado y se habla de disposiciones graves, de fragmentación ruñosa, de atribución al juez de un poder inquietante, de leyes "caracterizadas por una intencional indeterminación en cuanto al ámbito de aplicación" tanto para determinar "la pérdida de la hipótesis de hecho en el delicado y crucial sector de los límites a la autonomía contractual".⁴⁵

Para evaluar tales críticas es necesario sobre todo examinar atentamente la evolución de los nombres y de los principios en ordenamientos más cercanos a nosotros y el primer dato de atención es proporcionado por la reciente sentencia de la Corte constitucional alemana sobre el control del contenido del contrato.⁴⁶

El pronunciamiento, bastante claro, parte de un caso emblemático: la práctica bancaria de pedir a parientes, a menudo, pobres, fiadores (también de importe definido) de garantía de financiamientos concedidos a los parientes determina, a menudo, a cargo de neófitos o

⁴² V. per tutti sobre el punto VILLA, G. *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1994, p. 151 ss.

⁴³ Primer párrafo del artículo 1448 del Código Civil italiano de 1942. "Anche quando la rescisión per lesione. Si esiste una desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado para obtener ventaja, la parte desfavorecida puede demandar la rescisión del contrato".

⁴⁴ V. OZZO, G., La "equilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale, en *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss.

⁴⁵ DE NOVA, G., *I singoli contratti*, Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale, en *I cinquanta anni del Codice civile*, Actas de la Conferencia de Milano del 05 de junio de 1992, Milano, 1993, p. 217 ss.; y en DE NOVA, G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 25.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional alemana del 19 de octubre de 1993, en *Nuova prax. civ. roman.*, 1995, I, p. 297 con nota de A. Baranghi.

desprevenidos contratantes "inadmisibles exposiciones de bitaritas", que son objeto de impugnaciones y de contradictorias decisiones jurisdiccionales.⁴⁷ De aquí la intervenci3n de los jueces constitucionales que han solicitado el control "en situaciones, susceptibles de tipificaciones, donde puede reconocerse una estructural sujeci3n de una de las partes".⁴⁸

Se observa en el pronunciamiento que "entre las principales tareas del derecho civil existe el resqueilibrado de las alteraciones de la paridad de los contratantes" y, en tal caso, el rol de las cláusulas generales, releída a la luz del derecho fundamental de autodeterminarse, asume un significado central. Cuando el contrato prevé extraordinarias cargas a un sujeto en situaciones de estructural disparidad se impone un equilibrio de los contrapuestos intereses y existirá una "oposición con la garantía constitucional de la autonomía privada siempre que el problema de las alteraciones a la paridad de los contratantes no sea solucionado por el juez".⁴⁹

"Las situaciones y las circunstancias examinadas por la Corte no se refieren a categorías de contratantes (empresarios, consumidores) sino a la persona que negocia en "condiciones de inferioridad (de hecho) frente a la contraparte", y la intervenci3n se funda sobre el reconocimiento constitucional de la autonomía privada "como autodeterminación del individuo en la vida jurídica".⁵⁰

En Francia no se reconoce una protección constitucional de la autonomía pero su ausencia es entendida como carencia de límites para el legislador para dictar normas de protección y la doctrina se pone expresamente el problema de recoger de las disposiciones especiales, emanadas en oposición con la teoría general del contrato, principios capaces de recibir la evolución de la disciplina sobre el equilibrio del contrato y la igualdad de los contratantes.⁵¹

En Italia falta una "específica garantía constitucional de la libertad de contrato", pero se reconoce que los derechos fundamentales pueden y deben ser utilizados como criterios de "interpretación y concretización" de la cláusula de buena fe y lealtad en forma de control de la autonomía privada. Cláusulas estas que pueden "traducirse en juicios de deber ser apropiados al caso concreto". De manera que, la ausencia "de una específica garantía constitucional no involucra grandes diferencias respecto al ordenamiento alemán".⁵²

⁴⁷ V. BARENGHI, A., *Il dibattito tedesco sulla fidejussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, en *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 301 ss.; y el ensayo de MEDICUS, *Abstichel von der Privatnennweise im Schuldrecht*, Schuldt, 1994.

⁴⁸ Sent. 19 de octubre de 1993, cit., p. 205.

⁴⁹ Sent. 19 de octubre de 1993, cit., p. 200 ss.

⁵⁰ V. el comentario de BARENGHI, A., *Una para formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, en *Nuovo giur. civ. comm.*, p. 202 ss. Sobre las orientaciones de la Corte Constitucional alemana en tema de límites a la autonomía contractual. V. MENGONI, L., *Autonomia privata e costituzione*, en *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.

⁵¹ V. MESTRE, J., *Osservazioni au Conseil Constitutionnel*, 3 aut 1994, en *Rev. triv. de civil.*, 1996, p. 151; Idem, *Rapport au Congrès de l'Association Capitaux au l'Ordre public économique*, cit., donde se observa que "toutes les interventions produites ont une sorte d'effet de maser qui impressionne sans doute le juge, dans son approche générale du contrat". Mestre observa del mismo modo que la Comisión francesa tiende a "faire apparaître une sorte de notion d'obligation fondamentale, et d'obligations d'ordre public dirigées en arcos à travers des clauses de non responsabilité". Véase CAS, del 22 de octubre de 1996, en *Bull. civ.*, IV, n. 261; Cas., del 02 de diciembre de 1997, *Déféré*, 1998, 342. V. sobre el punto también: THIBERGE-GUELFUCCI, C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, cit., p. 357 donde se examina "la rinte en cours de durée de l'autonomie de la volonté" por parte "de droits jeunes pleins de vitalité et vus par une puissance naturelle d'expansion, comme le droit de la continuation ou de la concurrence". Véase del mismo modo sobre la loi 96-585 del 01 de julio de 1996 en tema de "lealtad y el equilibrio de las relaciones comerciales". FOURGOUX, J. C. et LL., *La réforme de l'ordonnance du 1er juillet 1996: addition ou soustraction*, cit., p. 459; y CASO R., y PARDOLESI, R., *La nuova disciplina del contratto di subordinazione*, cit., p. 721, nota 19, donde se observa que las nuevas normas "constituiscono una svolta di nuovo aparato di competenza desistit impredito en una filosofia diferente a la tradicional, aquella del dato diretto del partner en adición al concreto dato del consenso colocalo en el interior de la normativa jurídica".

⁵² Ad MENGONI, L., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 2 ss.

El verdadero problema es reconocer los límites y el ámbito dentro del cual es hoy reconocida la libertad de contrato.³³ Su misma existencia implica que una "parte puede perder y la otra ganar" y la cuestión decisiva es la de establecer "cuáles son perturbadoras o perjudiciales a la libertad de decisión y si son tan relevantes para incidir sobre la validez o la eficacia del reglamento contractual".³⁴

La expansión de las normas comunitarias acentúa las dudas³⁵ porque los sistemas normativos de derecho privado van perdiendo su eficiencia y utilidad, en razón que las leyes especiales emanadas en aplicación de las Directivas van destruyendo la coherencia de los principios generales.³⁶

Y es significativo que los textos elaborados por la Comisión Lando y por la Unidroit³⁷ contengan disposiciones importantes sobre el equilibrio contractual. Los principios de derecho europeo prevén un control para todas las cláusulas no negociadas individualmente, de tal manera que una normativa pensada en cada uno de los ordenamientos nacionales para los consumidores o los adherentes a los contratos *standard*, mediante la generalización operada por los principios, puede aspirar a convertirse en regla nueva para toda relación.³⁸ El artículo 3.10³⁹ de los principios Unidroit disciplina expresamente el excesivo desequilibrio, previendo la posibilidad de anular el contrato o una cláusula que atribuya "injustificadamente a la otra parte una ventaja excesiva" en consideración también del estado de dependencia, dificultades económicas, necesidad inmediata, o bien, de la impericia, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad de negociar de la parte perjudicada.⁴⁰

³³ SACCO, en SACCO-DE NAVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, p. 13 ss, observa que "ninguno de los dos [contratantes] puede emitir si no según las condiciones establecidas por el otro. En este sentido ninguno de los dos puede objetar si la contraparte le pone esta o aquella condición". MENGONI, L., *op. cit.*, p. 19 observa que bajo el perfil dinámico "la libertad de contrato es, como dice el artículo 1322, libertad de dar o más partes de darse un replanteo de intereses sobre la cual se verifica una convergencia de sus voluntades. La autodeterminación que éste garantiza no es entendida como poder de hecho para influir sobre el contenido del acuerdo obtenido mediante intromisión o al menos objetivamente equivalentes, sino más bien, como libre decisión de estipular el contrato según ciertas condiciones sobre las cuales la contraparte concuerda".

³⁴ ZÖLLNER, *Rechtsgleichgewicht in Selbstvertragsrecht*, A y P, 196, 1996, p. 1 ss.

³⁵ V. también BARENGHI, A., *op. cit.*

³⁶ CASTRONOVO, C., *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea del codice*, en *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 825 e *ibid* el reclamo a Barendse, *A Common Contract Law for the Common Market*, en *33 Common Market L. Rev.* (1996), p. 1178.

³⁷ V. BONELLI, M.J., *I principi Unidroit. Un'approccio moderno*, en *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 231; para una amplia bibliografía v. AGDIS, F., *Nota introduttiva ai Principi Unidroit*, en *Materiali e Commenti*, cit., p. 926.

³⁸ CASTRONOVO, C., *op. cit.*, p. 857 ss.

³⁹ El numeral 1 del artículo 3.10 (Exclusiva desproporcionada) de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado.

⁴⁰ "Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, era o alguna de las cláusulas situadas a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otras, las siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, necesidad económica o necesidades preexistentes de la impugnante, o de su falta de presión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato".

⁴¹ V. sobre el tema por ÁLVARO VOLPE, F., *I principi Unidroit e l'equilibrio del contratto commerciale (Caso di prova)*, en *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 40 ss., pero ya ALFA, G., *La posizione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto inglese)*, en BONELLI, M.J. y BONELLI, F., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 225; TIMOTEO, M., *Nuove regole in materia di equilibrio contrattuale: L'art. 3.10 del Principi Unidroit*, en *Cont. e Impresa Europa*, 1997, p. 141.

V. LOS CARACTERES DE LAS NUEVAS FIGURAS DE DESEQUILIBRIO Y LAS DIVERSAS HIPÓTESIS DE RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA

El elenco de las fuentes normativas y doctrinarias es suficiente para demostrar como el problema del contrato justo es objeto de atención muy diferente al pasado, en todo ordenamiento y en toda fuente de derecho. De la imposibilidad de censurar la congruencia del intercambio más allá de hipótesis típicas, y un nuevo orden donde no es relevante el desequilibrio en sí, sino en cuanto fruto de un abuso o de una conducta de mala fe con una amplia utilización de las cláusulas generales mediante las cuales se reenvían a *standards* sociales de evaluación de las conductas a fin de equilibrar bienes e intereses.⁴¹

Aumenta la discrecionalidad del juez que no puede valerse de antiguas certezas.

En la definición y para actuar una justicia en el contrato no es de ayuda un dato unificante, como ha sido, en el pasado la voluntad o la capacidad de los sujetos; cambia la constitución económica y el rol que se asigna a la autodeterminación de las partes y al contrato.

Las dudas pueden expresarse sobre los valores porque en una sociedad que no se reconoce en un sistema de fines estables y coherentes es difícil establecer la prevalencia de una evaluación sobre la otra. El análisis económico del derecho es útil en cuanto amplia las posibilidades de una elección creíble y correcta, pero no es un criterio de verificación de la decisión justa porque la dimensión jurídica no se puede reducir a una evaluación económica.⁴² Más de una señal induce a escapar del mito de la jurisprudencia y repensar el rol y la función de la hermenéutica contractual.

La atención al precedente en estos últimos años ha sido muy útil,⁴³ pero es necesario hoy una actividad ulterior. La doctrina no puede reducirse a racionalizar las orientaciones jurisprudenciales sin incurrir en la crítica, exacta.⁴⁴ Es urgente la recuperación de una función, tradicional, de tipificación y control, de creación de los modelos y técnicas de tutela adecuadas, con un amplio recurso a la comparación.⁴⁵

No faltan lúcidos intentos de análisis de los nuevos remedios y de las nuevas técnicas de protección.

Algunos, autorizadamente, vinculan las nuevas figuras, con la usual fineza, a la teoría general de los vicios del consentimiento los cuales sufrirían una evolución sin roturas sistemáticas, gracias al principio general contenido en el artículo 1337⁴⁶ que podría suministrar una regla de cohesión entre el viejo y el nuevo orden.⁴⁷ Una tal reconstrucción, útil y coherente sobre el plano

⁴¹ V. sobre el punto el bello ensayo de GALGANO, F., *Equilibrio contrattuale e mala fe del contratto forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.

⁴² Así MENDONI, L., *Evolutione e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 80 ss., p. 120 ss.

⁴³ BENNETTI, G., *Precedente giuridico e sanatoria del caso. Per un innoce della prova*, in *Sebastiani. Diritti. Studi in memoria di Gorka*, Milano, 1994, I, p. 173 ss.

⁴⁴ RODOTÀ, S., *Diritti sociali in Giurisprudenza e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Actus de la Conferencia de Firenze del 26-28 de settembre de 1998, Milano, 1997, p. 70.

⁴⁵ Muy útil es, por ejemplo, un estudio acerca del concepto de dependencia económica y de abuso en la experiencia francesa y alemán que nos ha precedido en el empleo de tales conceptos. V. sobre la asocia de posición dominante "relativa" MARCKERT, K., in U. Lauer, H.J. Meunier, H.J. Meunier, *cit.* sub artículo 26 párrafo 115 y por la doctrina francesa PASQUI, G., *L'abus de dépendance économique*, in *Revue concurrence et consommation*, 1995, 7, 80.

⁴⁶ Artículo 1337 del Código Civil italiano de 1942: "Trattativa e responsabilità precontrattuale. - En el desistimiento de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse según la buena fe".

⁴⁷ V. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, 1997, p. 217 ss. Las nuevas figuras son articuladas a los vicios por una motivación basal. Se añaden tres medios para realizar una tutela del consumidor contra perturbaciones. Un orden

sistemático, no se corresponde del todo con las profundas novedades del derecho de los contratos y se propone tutelas que no se corresponden a las novedades normativas las cuales prevén, entre otros, no una acción remitida a la disponibilidad de las partes, como la anulabilidad, sino la nulidad o la ineficacia relativa y parcial del reglamento privado.⁶⁶ Si tal propuesta era posible en presencia de esporádicas intervenciones normativas⁶⁷ y en ausencia de una legislación de intervención analítica, hoy es necesario un conocimiento diferente de los cambios en curso y de las diferentes taras de la doctrina en este momento y en este sector de la actividad.⁶⁸

Otros autores ponen en evidencia cómo las nuevas leyes tienden a constituir, en la Unión Europea, un mercado único y con ello un nuevo orden de las condiciones estructurales dirigidas a realizar un equilibrio negocial diferente al pasado. La conclusión es clara. El respeto del sistema del código condicionado por la unidad del contratante está inspirado sobre el primado de la voluntad que conduciría a la total pérdida del significado de la *ratio* compleja de las nuevas reglas, mientras que el método que se indica es del todo distinto. "La novedad específica del nuevo derecho contractual, de fuente comunitaria, sería de asignar una autónoma relevancia de derecho privado a la disciplina de la actividad, destinada a su vez a incidir sobre la reglamentación del contrato individual".⁶⁹

La observación es útil pero no precisa las modalidades con las cuales la disciplina de la actividad reacciona sobre el acto y no se detiene sobre las técnicas que permiten dar relieve a las nuevas perturbaciones del equilibrio contractual. Ni tal aclaración puede resultar de la constatación del valor asumido por la operación económica compleja antes que de la hipótesis de hecho o de los tipos contractuales.⁷⁰ Tal concepto, desde un tiempo advertido por la doctrina, permite una más atenta disciplina de la conexidad negocial (coligamento negocial) y una evaluación del

jurídico rígido y planificado que excluya *in speciebus* tal posibilidad, una disciplina de los precios que sirja la misma realización de un desajuste económico, una apertura al mercado como regulador de la demanda y de la oferta que exige una intensa protección de la integridad del consentimiento. En este, se observa, el recorrido seguido por nuestro legislador que prevé altos vicios de diversa naturaleza y fundamento. Algunos veces para proteger la libertad contractual (fraude, amenaza, estado de peligro y de necesidad, abuso de posición dominante) otras para una información correcta (error, dolo, publicidad engañosa, obligaciones de información, dolo) otras también para el consentimiento ponderado (incapacidad, publicidad subliminal, venta puerta por puerta).

⁶⁶ V. en particular PASSAGNOLI, *Nulità e nullità*, Milano, 1995, p. 173 ss.; p. 223 ss. y BARBA, *Libertà e gestione contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, in *Diritto Privato*, 2, 1998, p. 18 ss.

⁶⁷ V. VETTORI, *Assalto e tutela nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 116 ss. Un rol fundamental en tal reconstrucción es confiado al artículo 1337 que puede tener una doble tesis en la aplicación evolutiva de las reglas de validez. "Uno de carácter interpretativo, permitiendo leer el contenido preceptivo de la regla a la luz de un criterio más amplio de preliminar reproducción del comportamiento formativo del acto, el otro de carácter sistemático facilitando la recepción dentro de aquella regla, de criterios legislativos que al disciplinar el comportamiento de las partes, imponen obligaciones y modalidades de conducta". Esto porque la norma puede ser encuadrada entre los límites al poder de predominio del contenido contractual a los efectos del artículo 1322, primer párrafo, y permitir por un lado confirmar el deber de comportamiento con las reglas constitucionales y de reglamentación heterónomas de los conductos de las partes, en cuanto aplicables, y, del otro lado, de obtener de éstas, nuevos principios generales.

[Ad. de los T.] Primer párrafo del artículo 1322 del Código Civil italiano de 1942. "Autonomia contractual. Las partes pueden establecer libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley".

⁶⁸ V. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca*, *horae it. iur.*, 1997, I, p. 1 ss.

⁶⁹ IANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in *Diritto Privato Europeo*, a cura de Lipari, Padova, 1997, p. 489 ss. El cual pone en evidencia que "la nueva disciplina del contrato es disciplina de la actividad económica que tiene como mira objetivos de tutela no tanto a la tutela de posiciones débiles, sino a la construcción final de la empresa: Se trata de asegurar la calidad del producto o la calidad de los contratos teniendo como mira no la equidad de la individual relación sino el restablecimiento de las condiciones de un nuevo orden de las condiciones estructurales que permitan construir juntos según un nuevo orden, no solo espacial, pero real". Las nuevas leyes hacen como más, según esta tesis, la construcción de su mensaje único donado de una nueva reglamentación la cual incide sobre la naturaleza y disciplina de los contratos individuales.

⁷⁰ V. paréntesis, GABRIELLI E. *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Contratti in generale. Trattato dei contratti*, dirigido por P. Rescigno, Torino, 1999, p. 44 ss.

desequilibrio en un más amplio cuadro sistemático. Aún no es posible confiar la solución del problema relacionada a los remedios contra la injusticia del contrato.

Más articulada es la propuesta, brillante, de quien señala una tarea precisa al intérprete frente a las novedades normativas: descompone la persona en la pluralidad de intereses individuales y "convierte la naturalidad del mercado en la artificialidad de un instituto jurídico".⁷³ De aquí el impulso a tomar por completo la conexión, en conjunto histórica y lógica, entre libertad de iniciativa económica y disciplina de la competencia, a separar la tutela del poder de elección (asegurada por esta última disciplina) y la tutela del conocimiento de la decisión confiada a la normativa sobre la publicidad; a distinguir entre acuerdos "negociados" e "intercambios sin acuerdo"⁷⁴, a colocar el problema de los "sujetos excluidos del mercado con políticas sociales que no alteren las reglas de la libre competencia", a pretender una clara elección política capaz de desentrañar la ambigüedad entre una disciplina programática y dirigista de la actividad de los privados (artículo 43, párrafo tercero, Const.) y un orden jurídico inspirado en el libre mercado y la competencia, como resulta de la legislación comunitaria.⁷⁵

La perspectiva analítica es convincente porque subraya que la "disciplina da siempre respuesta a conflictos de intereses, los cuales están establecidos en su especificidad y en su determinación." Distinguir entre las varias exigencias de protección y aislar la necesidad de diversas y nuevas disciplinas, ayuda a comprender y a formular técnicas adecuadas de tutela. Pero el análisis necesita una construcción aún por desarrollar.

Si la "justicia del precio" está en la legalidad de su formación y el código protege la libertad de la parte con los vicios de la voluntad y la rescisión, se advierte la carencia de tal disciplina ("eficaz en los negocios individuales y solitarios"). Se necesita la elaboración de una tutela "del consentimiento en los intercambios del mercado", tutela que no puede ser confiada solo "a órganos administrativos y a magistraturas económicas, sino también proporcionada a la iniciativa de los individuos" y necesita de una reflexión atenta sobre las modalidades y las técnicas de la tutela.

Otros aún analizan las características de la nueva legislación de intervención e individualizan las novedades más significativas. Se observa que el legislador, disciplina los sujetos, y los agrupamientos de los contratos, delega a menudo su tarea a una autoridad administrativa; no impone un "reglamento vinculante" sino "requisitos necesarios del texto contractual" y solo en "vía de reacción fija el contenido". Interviene "poniendo límites a la autonomía privada con normas imperativas", pero en vez de poner hipótesis de hecho bien delineados "(...) *dicha disposiciones cuya ámbito de aplicación es indeterminado, con la esperanza que de tal modo nada escape. Todo esto, se dice, supera y elude una disciplina de los contratos ordenada por tipos y pone en evidencia el preocupante fenómeno de la pérdida de la hipótesis de hecho*".⁷⁶

El cuadro que resulta es lícido y real pero el análisis se toma frente a una preocupación legítima sobre los criterios de determinación de los límites a la autonomía privada.

⁷³ V. IRTI, *Diritto e mercato*, en *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. VII ac.; y ya *Id.*, *Intervento, Persona e Mercato*, a cura de G. Vettori, Padova, 1996, p. 91 ac.

⁷⁴ IRTI, *Scambi senza accordo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 549.

[Ad. de las T.] IRTI, Natalino, *Scambi senza accordo*, en *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno LII, Edit. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milán, 1998, pp. 347-364, traducidos por Néstor Carretero Torres y Roberto Morales Hervás en *Los ac. veritas*, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XII, No. 28, Lima, 2002. También en: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, selección, traducción y notas de Leyser L. León, Ars Editores, Lima, 2003.

⁷⁵ IRTI, *Persona e Mercato*, op. cit., p. 93 ac.; *Id.*, *Diritto e mercato*, op. cit., p. XVII ac.

⁷⁶ DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, op. cit., p. 75 ac.; *Id.*, *Direi "voel" per una tavola rotonda sul "nuovo diritto" del contratto*, en *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura de G. Vettori, Padova, 1999, p. 814 ac.

Sobre un plano diferente y contrapuesto se motiva, con fineza, la centralidad de la teoría general del contrato y su valor expansivo, subrayada por la reciente legislación especial sobre los contratos de consumidores y no contradicha por un enfoque económico o sociológico que privilegia las cualidades subjetivas de los contratantes o los respectivos poderes. Las normas que valorizan estos elementos, se observa, no son "disciplinas singulares, sino más bien especiales". De manera que, un correcto uso del concepto de especialidad valoriza y no modifica la parte general sobre el contrato que conserva una precisa función positiva al indicar un "derecho común" (artículo 1323⁷¹²) extensible directamente dentro de los límites previstos por el artículo 1324⁷¹³ y por analogía fuera de tales marcos.

Una disciplina que postula "una idea de contrato", que facilita la hipótesis de uniformidad de la disciplina de los singulares ordenamientos y escapa de "un establecimiento axiomático-deductivo" para dimensionarse en "la lógica de la movilidad", exige abrirse al "problema político" diferente con una "relación funcional" que no contradice "la totalidad del ordenamiento en evolución porvenir".⁷¹⁴

VI. DERECHO DE LOS CONTRATOS Y REGLAS DE COMPETENCIA

La referencia a una función móvil que posibilita el cambio de los índices de relevancia de los intereses, pone en evidencia el verdadero dato significativo del presente. Es necesaria una nueva y radical selección de los intereses de manera profundamente cambiada respecto al pasado.⁷¹⁵

Un sistema basado sobre la unidad del sujeto y del contratante no podía más que utilizar, en el control del equilibrio negocial, los principios de protección y de la integridad del acuerdo delineados en abstracto por la norma. La legislación que atribuye relevancia a las cualidades subjetivas y a la posición de hecho del contratante, no puede más que seguir un *iter* diferente innovando los índices de relevancia de los intereses y los remedios contra perturbaciones y desequilibrios.

En la progresiva tutela del consumidor se ha actuado, antes con una protección de algunas relaciones más en riesgo, después con una disciplina general para toda cesión de bienes o prestaciones de servicios, en fin, se ha introducido un derecho a la lealtad, equidad y transparencia de las condiciones contractuales. La rescisión, la ineficacia o la nulidad de las cláusulas abusivas, se amparan en una tutela inhibitoria y resarcitoria individual o colectiva.⁷¹⁶

En los contratos entre empresas, por un lado, la disciplina *antitrust* (artículo 33, ley número 287/1990) prevé una tutela cautelar y resarcitoria, por el otro, la legislación especial introduce una acción de resarcimiento para el pronunciamiento de ineficacia de cláusulas vejatorias (artículo

⁷¹² Artículo 1323 del Código Civil italiano de 1942. "Normas que regulan los contratos.- Típicos los contratos, aunque no pertenecían a los tipos que disponen de una regulación particular, se someten a las normas contenidas en este título".

⁷¹³ Artículo 1324 del Código Civil italiano de 1942. "Normas aplicables a los actos unilaterales.- Salvo disposición distinta de la ley, las normas que regulan los contratos se observan, en cuanto fueran compatibles, en los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial".

⁷¹⁴ BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, en *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, op. cit., p. 799 ss.

⁷¹⁵ En las últimas décadas las teorías de la justicia se han caracterizado por una atención privilegiada no más a la utilidad colectiva sino a los derechos individuales. Esto es documentado, particularmente, por las obras de RAWLS, *Una teoría de la justicia*, trad. it., a cura de S. Maffettone, Milano, 1992; id., *La giustizia come equità*, Napoli, 1995; y de NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, Milano, 1987; sobre tal situación véase ahora el bello ensayo de VECA, S., *La filosofia politica*, Roma-Bari, 1999.

⁷¹⁶ TROCKER, H., *vec. Interessi collettivi e diffusi*, en *Enc. giur.*, Roma, 1994, p. 6 ss.

1469-*quinquies*) y de nulidad por abuso de posición dominante o de dependencia económica (artículo 9, ley del 18 de junio de 1998, número 192).

En ambos casos el legislador combina dos técnicas diferentes: por un lado una legislación por principios que prefiere el criterio de la buena fe y del abuso y, por el otro, el reconocimiento de nuevos derechos como resultado de un proceso que exige remedios ciertos y eficientes. De esto resulta una significativa novedad en el tema de equilibrio contractual que es necesario delinear en breve.

a) En lo profundo, cambia la evaluación sobre el contenido del contrato. Ningún dato legitima un poder del juez de objetar la congruencia del precio o de emitir un juicio de conveniencia de las partes, sino que las modalidades de control y el equilibrio de valores requeridos al intérprete son diversos a los del pasado.

La fuerza de ley de un contrato "desequilibrado" no era atacable, en el pasado, si no en presencia de una lesión de la integridad del querer, directa o indirecta por la parte en desventaja. Y, para algunos, tal evaluación puede ser, hoy, solo integrada y correcta desde el momento que en presencia de una "tratativa individual" ningún control de vejatoriedad es hipotetizado sino en las hipótesis taxativas (artículo 1469-*quinquies*). De manera que se excluye un cambio significativo del control y se advierte, más bien, la exigencia de un contrato entendido como intercambio de dos libres e íntegras voluntades.⁷⁸

Existe alguna cosa de ulterior y diferente que el ordenamiento demanda al intérprete al evaluar un acto que "presenta extraordinarias cargas a una de las partes y (...) resulta visiblemente desequilibrado". En tal caso el juez "no podrá afirmar que el contrato es el contrato"⁷⁹, sino establecerá el problema de oposición con la garantía prevista para la autonomía privada.

Como se ha indicado, falta en nuestro sistema una garantía constitucional dirigida al contrato⁸⁰ pero las nuevas evaluaciones que el juez debe operar para el control (de la dificultad económica y financiera, del abuso de posición dominante y de dependencia económica), innovan profundamente el sistema, aún sin una solución legislativa de la oposición entre el artículo 43 de la Constitución y la normativa europea.⁸¹ Y esto, por dos motivos.

Los contratos de los consumidores, los contratos entre empresas, todo contrato que presenta un significativo desequilibrio determinado por mala fe, por abuso o por desproporción usuraria, es objeto de una legislación que tiene un significado constitucional, por el profundo cambio de atención del legislador hacia las restricciones de la autonomía privada ordenada como tutela de la "competencia y como garantía de la lealtad y la transparencia de las operaciones" de los privados. Todo esto no ha producido una simple desregulación en sentido liberal sino un nuevo orden.⁸² Según el balance de los valores requeridos al intérprete, no se debe impedir la libre determinación del sujeto, sino debe explicarse de manera bastante más compleja. En presencia de un desequilibrio entre derechos y obligaciones se deberá examinar la posición de hecho de los contratantes (v. Dir. CEE n. 93/3 del 5 de abril de 1993) y la estructura del mercado donde se aplica.⁸³

⁷⁸ BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, op. cit., p. 813.

⁷⁹ Corte constitucional italiana del 15 de octubre de 1993, cit., p. 197 ss.

⁸⁰ MENTONI L., *Autonomia privata e costituzione*, op. cit., p. 30 ss.

⁸¹ IRELL, *Diritto e mercato*, op. cit., p. XVIII.

⁸² MENTONI, op. cit. op.

⁸³ V. GALGANO, *Equilibrio contrattuale e ruolo fede del contratto forte*, en *Cont. Inq.*, 1997, p. 417 ss.

Aparece claro en tal contexto también el significado del derecho del consumidor en un contrato justo que no es equiparable a los derechos y libertades fundamentales insertadas en la Constitución y debe confrontarse con la tutela aún cuando sea indirecta de la libertad de contrato; uno de los dos valores no puede excluir al otro, pero ambos exigen una composición.²⁴

Sobre el punto es significativa la primera jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas conforme el artículo 1469-quinquies²⁵¹⁵. Sin que subsista una estructura concurrencial de la oferta que permite hallar en otro lugar en condiciones análogas la prestación objeto del contrato, el juez no considera disponer de un poder correctivo del contenido del acuerdo, ya que el desequilibrio relevante es solo jurídico (entre derechos y obligaciones) y no económico (1469-ter).²⁵¹⁶ Cuando existe una situación de monopolio o de imposibilidad de hallar en otro lugar la misma prestación, el control se explica de manera más compleja. Se da relevancia "a las razones económicas y jurídicas que favorecen a la creación de tal condición de beneficio para el profesional" y a su posición en el mercado que permite "conseguir y sacar (a través de condiciones generales o singulares cláusulas) ventajas económicas que no encuentran justificación en alguna particular exigencia o interés de la empresa y, por consiguiente, son productoras de un sustancial y significativo desequilibrio".²⁶

²⁴ V. ELIA, en *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, op. cit., p. 17 ss.

²⁵¹⁵ Artículo 1469-quinquies del Código Civil italiano de 1942, *Ineficacia*. - "Las cláusulas consideradas vejatorias en el resto de las artículos 1469-bis y 1469-ter son ineficaces, tal como que el contrato mantiene eficacia para el resto.

Sin ineficacia las cláusulas que, aun cuando hubieran sido objeto de tratamiento, tengan por objeto o como efecto:

1) Excluir o limitar la responsabilidad del profesional en caso de muerte o daño a la persona del consumidor, resultante de un hecho u omisión del profesional.

2) Excluir o limitar las acciones del consumidor frente al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento inexacto por parte del profesional.

3) Prever la adhesión del consumidor como extensión a cláusulas que, en los hechos, no le tenían la posibilidad de conocer antes de la celebración del contrato.

La ineficacia opera solamente en ventaja del consumidor y puede ser establecida de oficio por el juez.

El consumidor tiene derecho de regreso frente al profesional por los daños que sufre o consecuencia de la declaración de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas.

La ineficacia solo cláusulas contractuales que previendo la aplicabilidad al contrato de una legislación de un País extracomunitario, tenga el efecto de privar al consumidor de la protección asegurada por el presente Capítulo, cuando el contrato presente un vínculo más estrecho con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea".

²⁵¹⁶ Artículo 1469-ter del Código Civil italiano de 1942. "Determinación del carácter vejatorio de las cláusulas. - El carácter vejatorio de una cláusula es evaluado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato y haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las demás cláusulas del contrato mismo, o de otro con el cual está coligado o del cual depende.

La evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no atiende a la determinación del objeto del contrato, ni a lo adecuado de la contraprestación de los bienes y de los servicios siempre que tales elementos sean individualizados de manera clara y cognoscible.

No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales o que repiten disposiciones o aplican principios contenidos en convenciones internacionales de las cuales son partes contratantes todos los Estados miembros de la Unión Europea o la Unión Europea.

No son vejatorias las cláusulas o los elementos de las cláusulas que hayan sido objeto de tratamiento individual.

En el contrato celebrado mediante suscripción de modelos o formularios predispuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, para sobre el profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de la cláusula, aunque hayan sido unilateralmente predispuestos, han sido objeto de tratamiento específico con el consumidor".

²⁵ V. Trib. Roma 31 de agosto de 1998, in *Fam. it.* 1998, c. 3343. "Los costes y los límites que señalan el desequilibrio de los derechos y las obligaciones de las partes tienden a congruarse con aquellos que atienden al dato económico de la ventaja o no del contrato y de la prestación ofrecida". De manera que "es necesario reflexionar qué aspectos entran a formar parte de la esfera económica y de ventaja patrimonial del empresario monopolista para distinguirlas de aquellas constituyentes del dato normativo de la relación jurídica con el consumidor".

La necesidad de componer equidad y libertad contractual encuentra nuevos parámetros de juicio integrando reglas de competencia y reglas de equilibrio de las condiciones negociales con una consecuencia relevante. El contrato, la libertad contractual y la libertad de competencia son concebidas como institutos funcionalmente conexos en un orden del que se pueden extraer principios generales de hermenéutica.⁶⁶

b) Tal resultado es aún más evidente en las relaciones entre empresas donde la separación entre abuso de posición dominante (que exige una preventiva delimitación del mercado) y abuso de dependencia económica (que puede ser determinada en toda relación individual) no debe ser sobrevaluada. En ambos casos si la víctima puede encontrar idóneas alternativas no es posible la eliminación del contrato o de la cláusula inícuo y la evaluación del equilibrio es sometida a un análisis de las condiciones de la demanda y de la oferta en un determinado espacio geográfico y temporal.

El orden negocial, en la nueva legislación, no puede ser más examinado como singular contrato aislado sino como fragmento de una actividad de la empresa cuya evaluación es estrictamente conexa con el contexto económico y con la estructura del mercado. De este modo, el intérprete debe controlar el contenido del contrato en base a parámetros que exigen una verificación no solo de la libre voluntad de las partes sino de la correspondencia del contrato a los principios de un orden económico que asume las reglas de competencia como criterios guías. Las consecuencias son notables no solo por los criterios hermenéuticos sino por los instrumentos de tutela utilizables.

Sobre el primer aspecto creo aún en la necesaria comunicación de contenidos, en las relaciones entre empresas, del derecho de los contratos y de las reglas de competencia. Tal convicción parte de la relevancia que la corrección profesional indica los parámetros sobre los cuales se juzga la licitud o no de un acto de competencia sin levantar barreras según la acción se desarrolle en un ámbito negocial o más allá de tales esquemas, cuando los presupuestos de aplicabilidad de la norma especial estén presentes en la hipótesis de hecho concreta. "Recogido el punto de conexión entre el artículo 2598^{67a)} y los artículos 1337^{67b)} y 1375, Código Civil, serán estas últimas normas las que disciplinarán, en el área negocial, los comportamientos y las declaraciones con un contenido preceptivo y normativo que deberá ser integrado con aquel de la norma base (artículo 2598, Código Civil) que se especifica en un sector peculiar de la actividad". En este cuadro el artículo 1337 asume la función esencial de fundar el juicio de reprobación del comportamiento y de coordinar tal juicio con las nuevas normas de validez o de eliminación de los efectos negociales destinados a enriquecer el principio.

⁶⁶ V. ya en tal sentido, RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale, in Il concetto del diritto privato*, op. cit., p. 101 ss.

^{67a)} Artículo 2598 del Código Civil italiano de 1942. "Actos de competencia desleal - Quedando firmes las disposiciones que concierne a la tutela de las signos distintivos y de los derechos de patente, realiza actos de competencia desleal cualquiera que:

1) use nombres o signos distintivos idénticos para producir confusión con los nombres o con los signos distintivos legítimamente usados por otra, o imite o se asemeje a los productos de un competidor, o realice por cualquier otro medio actos idénticos para crear confusión con los productos y con actividad de un competidor;

2) difunda noticias y apreciaciones sobre los productos y sobre la actividad de un competidor idéntico para disminuir el prestigio, o se apropie de méritos de los productos o de la empresa de un competidor;

3) se vale directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la lealtad profesional e idóneo para perjudicar la empresa ajena".

[Ad. de las T.] El artículo 6 del Decreto Ley 26122 - ley posterior sobre la represión de la competencia desleal - dice lo siguiente: "Se considera un acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, todo conducta que resulte contraria a la buena fe contractual, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas".

^{67b)} Artículo 1375 del Código Civil italiano de 1942. *Ejecución de buena fe*. - El contrato debe ser ejecutado con arreglo a la buena fe".

En lo que concierne a los remedios se podrá hipotetizar el cúmulo y hacer disponible la acción inhibitoria "tanto en la fase formativa del contrato (artículos 1337 y 1599^{677a}) como en la fase ejecutiva de este (artículos 1375 y 2599)" y utilizar los otros instrumentos de tutela que gradualmente la ley indica sobre la nulidad del contrato o de la cláusula, el desistimiento, el resarcimiento del daño con los criterios y los medios probatorios previstos por un acto de competencia ilícita.⁶⁷⁸

c) Como se ha señalado la nueva disciplina de la usura se refiere a un contrato con prestaciones recíprocas, cualquiera sea la clasificación subjetiva de las partes, mientras la prestación usuraria puede consistir no solo en dinero, sino también abarca toda utilidad y la "contraprestación puede consistir no solo en intereses sino en otras ventajas y compensaciones". "Si, por ejemplo, en lugar de la prestación monetaria usuraria se efectúa la enajenación de un bien por parte de la víctima a favor del usurario, esta enajenación ("novación" o *datio in solutum*) es pura y simplemente nula, la cosa deberá ser restituida y para el juicio sobre la hipótesis de hecho es otorgado a la parte del contenido del contrato inicial". Esto innova profundamente el sistema del equilibrio contractual, quitando espacio a la rescisión, ya que el artículo 644 del Código Penal "absorbe y agrava también en el reflejo civilista, la relevancia negativa de la desproporción",⁶⁷⁹ sin oponerse al valor constitucional de la autonomía de los privados⁶⁸⁰ por dos motivos. De un lado la nueva ley no da relevancia a un equilibrio de las prestaciones, sino a una desproporción determinada de circunstancias, por el otro ella equilibra adecuadamente los principios de autonomía y de solidaridad.⁶⁸¹

Ocurrirá, solo, que la doctrina examine a fondo el nuevo presupuesto de la "dificultad económica y financiera" con una actividad que es necesaria en cada una de las hipótesis de hecho citadas, donde es evidente la exigencia de límites y contrapesos a la evaluación discrecional del juez.

Cuando el legislador da relevancia a la posición de hecho o a las cualidades subjetivas del contratante no será significativa toda disparidad del poder de supremacía. Se deberán examinar situaciones donde se pueda reconocer una estructural sujeción de una de las partes⁶⁸² a través de una actividad de tipificación *no de los contratos sino de las relaciones*, con el fin de individualizar los rasgos comunes de las situaciones de hecho. Al evaluar el abuso de dependencia económica en los contratos entre empresas, el intérprete no dejará de usar modelos y criterios de juicio ya experimentados en otros ordenamientos. Será útil agrupar y distinguir relaciones caracterizadas por la *estructura de la empresa* que se efectúa a favor de otro empresario, por la *naturaleza del producto* que no permita alternativas suficientes y por la *estructura de la demanda o de la oferta* que tenga efectos distorsionadores del mercado.⁶⁸³

^{677a} Artículo 2599 del Código Civil italiano de 1942. *Ranconer* - "La sentenza che dichiara atto di competenza decisa proibisce in continuazione e alita le opportune providenze a fin de que sean eliminados sus efectos".

⁶⁷⁸ V. VETTORI, G., *Attività e tutela nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto del contratto e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 11 ss., 17 ss., 113 ss.; y, por última, sobre su reconstrucción el puntual análisis de TORRELLI, P., sub artículo 9, en *La Sulfonirone*, a cura de Alpa y Clatizia, Milano, 1999, pp. 288-293.

⁶⁷⁹ V. también CIPPO, G., *Lo "squilibrio" economico tra diritto civile e diritto penale*, op. cit., p. 544.

⁶⁸⁰ V. SCHLESINGER, P., *Concorrenza privata e suoi limiti*, en *Giur. it.*, 1999, p. 231.

⁶⁸¹ Así CIPPO, G., op. cit., p. 541.

⁶⁸² Corte constitucional alemana 19 de octubre de 1993, cit., p. 201.

⁶⁸³ Sobre tales aspectos v. en particular, BARBA, *L'abuso di dipendenza economica. Profili generali*, en *La Sulfonirone nelle attività produttive*, a cura de V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 325 ss. Una amplia aceptación por parte de la doctrina y jurisprudencia alemanas; MAZZOTTI DI CELSO, sub artículo 9, en *La Sulfonirone*, a cura de Alpa y Clatizia, op. cit., p. 126 ss.; PARDOLISI, *Il contratto di sulfonirone industriale: esempio di fine millenario o prodromo di tempi migliori?*, op. cit., p. 720 ss.; OSTI, *L'abuso della dipendenza economica, in mercato, concorrenza e regole*, 1999, p. 10 ss.

Por otra parte, en todo contrato con prestaciones recíprocas, la dificultad económica y financiera, que induce a aceptar condiciones usurarias, deberá ser estudiada como una modalidad del estado de necesidad (ya presente en el artículo 1448) caracterizada precisamente por la necesidad de moneda (...) o por la necesidad de satisfacer una (diversa y más específica) exigencia de orden económico.⁹⁵ Es necesario sólo una nueva actividad tipificadora.

Esta tarea, que no puede ser dejada solo al cuidado del juez, presupone una verdadera y propia teoría de la práctica capaz de aislar el caso concreto, transmisible, como señal de pertenencia a un género y por el contrario aquel caso que permanece aislado en la ocasionalidad y en la irrelevancia.⁹⁶ El recurso al tipo puede ser muy útil porque no se trata de elaborar conceptos o categorías rígidas sino de reunir singulares datos en función de su correlación para vincularlas a una estructura unitaria, cercana a la realidad y capaz de orientar.

d) Esta actividad cognoscitiva, requerida por la nueva legislación económica, exige también una reflexión capaz de adaptar las nuevas reglas con la teoría general del contrato.

Piénsese en la nulidad utilizada por el legislador en función de la protección de algunas categorías de sujetos. La norma ha impuesto repensar la disciplina de aquel remedio para aplicar disciplinas comunes a una serie de relaciones con caracteres de homogeneidad.⁹⁷ Pero existe más: la atención normativa a la tutela de una sola parte implica la necesidad de interrogarse sobre el régimen de las pruebas, preguntándose si la carencia de forma del acto, que solo un contratante puede hacer valer, excluya la posibilidad de probar la relación con presunciones y con testigos (artículo 2725⁹⁸).

Tal conclusión está en contraposición con la *ratio* de protección de uno de los contratantes que sufriría limitaciones de prueba en virtud de normas que intentan reforzar la tutela; pero una solución diferente que permita la prueba al contratante protegido por el requisito formal, requiere adaptar también las normas sobre las pruebas, pensadas en relación a la unidad del sujeto, a un nuevo orden donde es relevante la cualidad subjetiva y la situación de hecho de una parte.

Todo esto exige una actividad de análisis que la doctrina no puede eludir observando la crisis de los propios conceptos y de los propios instrumentos. La pérdida de la hipótesis de hecho en una serie de disposiciones⁹⁹ que prevén límites a la autonomía contractual es una constatación lúcida pero de ella es necesario partir para una reflexión que tipifique, y favorezca la evaluación a través de las cláusulas generales y recupere otros instrumentos de análisis y de tutela especialmente en sectores donde la ley interviene con una modalidad enteramente peculiar.

El poder de la regulación de aspectos de la relación con una autoridad administrativa es utilizada siempre en las hipótesis de hecho más amplias. De los contratos de intermediación de crédito al consumo, a los contratos con tasas de interés o ventajitas usurarias.¹⁰⁰ El límite heterónimo

⁹⁵ V. OFFO, G., *op. cit.*, p. 541.

⁹⁶ BENEDETTI, G., *Precedente giudiziario e romanizzazione del caso. Per una teoria della prova*, *op. cit.*, p. 173 ss.

⁹⁷ La legitimación relativa a la sección pone el problema de la sanación o no del vicio, de la declaración judicial de oficio, de la prescripción, v. sobre el punto PASSAGNOLI, G., *Nulità speciali*, Milano, 1995, p. 100 ss.

⁹⁸ Artículo 2725 del Código Civil italiano de 1942. *“Atta respectu de las pruebas se exige la prueba por escrito o la firma escrita. Cuando según la ley o la voluntad de las partes, un contrato debe ser probado por escrito, la prueba por medio de testigos se admite solamente en el caso indicado por el n. 2 del artículo anterior.”*

La misma regla se aplica en los casos en los que la forma escrita se exige bajo sanción de nulidad.

⁹⁹ DE NOVA, G., *I principali contratti, ex il contratto ha forza di legge*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁰ V. también DE NOVA, G., *op. cit.*, p. 15 ss., Ídem, *Diret. “voci” per una tavola rotonda sul “nuovo diritto” dei contratti, in Materiali e Commenti*, *cit.*, p. 814.

a la voluntad de las partes que es sobreviviente a la estipulación, puede ser comprendido, a menudo, recurriendo no a la hipótesis de hecho sino al procedimiento, que es la secuencia teórica útil para la evaluación de muchas opciones no relacionadas a una abstracción pensada según el esquema de la hipótesis de hecho.⁹⁸

VII. EL ROL DE LAS PROFESIONES

La reflexión sobre tales nuevas técnicas no es del todo exclusiva de la doctrina sino implica también a las profesiones porque el control de legalidad cambia hoy bajo todo perfil, a causa de la pérdida de centralidad del Estado, del rol y del fundamento de la ley.

Gran parte del pensamiento jurídico moderno rechaza una idea de legitimidad presupuesta por valores absolutos y transmitida por categorías generales. Después de las verdades del ochocientos la dimensión jurídica experimenta la incorporación de otros saberes donde se acentúa el conocimiento pero se teoriza la imposibilidad de medir las cosas con una única medida.⁹⁹ Ciertamente no puede satisfacer una concepción, solo formal, de la legalidad.

Significativo es el ejemplo de la función del notario que el artículo 28 de la ley profesional impone no estipular actos expresamente prohibidos por la ley.

La evolución del significado de esta disposición se inserta en el cuadro problemático delimitado poco antes. Se ha pasado de una interpretación extendida a los vicios de nulidad, anulabilidad e ineficacia, a una limitada a la sola nulidad, pero esto no ha simplificado del todo la tarea del profesional en presencia de un contrato desequilibrado.¹⁰⁰

La nulidad se extiende hasta alcanzar hipótesis antes desconocidas y, de esto, es prueba la nueva disciplina sobre la usura de la cual se ha hablado. La Casación dispone que el acto no puede ser admitido cuando la nulidad no prevista expresamente (denominada virtual) pueda inferirse de una orientación interpretativa ya consolidada. De manera que, se requiere al notario un control no solo formal sino un conocimiento del derecho vigente, como interpretado y aplicado por la jurisprudencia teórica y práctica.¹⁰¹

La sentencia ha hecho discutir y suscitar muchos justificados temores por parte de la categoría.¹⁰² Decisiva ha sido en el debate teórico la precisión del significado del término "actos expresamente prohibidos por la ley" en relación al artículo 1418¹⁰³ que, como norma de conclusión,

⁹⁸ Véase sobre el punto los estudios de ROMANO, S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

⁹⁹ Así TERRAJOLI, L., *La cultura giuridica*, Roma-Bari, 1999, p. 305 ss.

¹⁰⁰ Sobre el artículo 28 de la ley del 10 de febrero de 1983, No. 89 está en curso un vívido debate seguido de algunos pronunciamientos de la Casación que han afirmado la responsabilidad del notario por haber estipulado un acto afectado de nulidad no prevista sino "inequívoca". V., en particular, Cas., II de noviembre de 1997, No. 11128 sobre la cual v. P. ZANOLI, *La nullità inequivoca ex Contr. Impr.*, 1998, p. 1235.

¹⁰¹ V. ANGELONE, F., *Già con l'espresso proibito dalla legge? di cui all'art. 28 legge usurelle non dunque, solo gli atti nulli in quanto contrari a norme imperative*, en *Contr. Impr.*, 1998, p. XX y Cas., II de noviembre de 1997, número 11128, en *Giur. civ.*, 1998, p. 381, la cual abandona la orientación según la cual en los actos "expresamente prohibidos por la ley", el artículo 28 numeral 1, ley not., están comprendidos también los contratos anulables, pero afirma que el adverbio expresamente es entendido como "inequívocamente" por el que se refiere la oposición del acto con la ley, que resultan en sí mismos inequívocos, por efecto de una consolidada orientación interpretativa doctrinal.

¹⁰² V. para una síntesis de las diversas opiniones CASU, G., *Finalità usurelle e controllo di legalità*, en *Riv. not.*, 1998, p. 26 ss.; y ANERINI, M. C., *Invalutità e art. 28 della legge usurelle*, en *Vita Not.*, 1998, p. 419 ss.

¹⁰³ Artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942. *Causa de la nulidad del contrato - El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, sobre que la ley disponga lo contrario.*

admite hipótesis de nulidad no prevista textualmente, sino derivadas de la violación de normas imperativas.¹⁰³

La decisión sobre la nulidad de un acto no es un buen criterio que separe la causa o el objeto.¹⁰⁴ La primera evaluación se encuentra con la pluralidad de definiciones de aquel elemento y olvida que es imputable precisamente el ocultamiento de las diversas hipótesis de negocio nulo de una noción omnicompreensiva de causa.¹⁰⁵ El segundo juicio se encuentra con la dificultad de diferenciar, en concreto, causa y objeto que, a menudo, coinciden. Más útil ha sido la búsqueda de las concretas orientaciones de la jurisprudencia que frente a una norma imperativa (que no prevé la nulidad) ha desarrollado una investigación sobre el propósito de la ley. Un reconocimiento atento ha puesto en evidencia que en presencia de un interés social o de seguridad general se reconoce como remedio para el acto la nulidad, de otro modo la solución es diferente.¹⁰⁶

Tal criterio ha funcionado bien en muchos sectores, pero en presencia de normas imperativas establecidas para tutelar una parte o una categoría de sujetos no ha sido, otro tanto, útil.

La idea que los actos expresamente prohibidos por la ley se refiera al negocio ilícito puede ser un primer elemento de claridad, pero es necesario reflexionar sobre un aspecto.

Las hipótesis normativas poco antes indicadas dejan entrever una decisiva ampliación de los principios de orden público en función de la protección. Y se ha mencionado, cambia el orden de la constitución económica y, ello exige repensar los límites de la autonomía de las partes y el mismo fundamento de la libertad contractual.¹⁰⁷

Esto no implica, naturalmente, que el notario deba operar un control sustancial sobre el contenido del contrato, sino requiere repensar su postura en las confrontaciones de la validez del acto y la Casación se encarga de delimitar tal tarea.

El funcionario público atribuye fe pública a los actos que estipula de manera que no puede redactar contratos que de forma inequívoca estén prohibidos por la disposición general del artículo 1418, párrafo primero, "por efecto de una consolidada orientación interpretativa doctrinal". Ninguna responsabilidad podrá ser imputada al profesional en presencia de una interpretación dudosa o controversial, pero estos estarán obligados a conocer el "derecho viviente" porque él "no es un pasivo instrumento de registro de las declaraciones de las partes, sino un sujeto obligado a operar para que no sea alterado la certeza de las relaciones jurídicas".¹⁰⁸ No falta una contribución de los notarios al estudio de las nuevas nulidades, especialmente en materia urbanística donde su actividad de tipificación y de adaptación ha sido y es todavía valiosa.¹⁰⁹

Produce la nulidad del contrato, la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la futilidad de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346.

El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley.

¹⁰³ V. sobre el punto, en particular, DE NOVA, G., *Il contratto contrario a norme imperative*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss. y, por último, VILLA, G., *Contratto e violazione di norme imperative*, en *Riv. crit. dir. priv.*, Milano, 1993, p. 26 ss.; GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1.1, Padova, 1999, p. 286.

¹⁰⁴ V. VILLA, *op. cit.*, p. 30 ss.

¹⁰⁵ V. NUZZO, M., *Negozio illecito*, in *Enc. dir.*, p. 1 ss.

¹⁰⁶ V. y FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Padova, 1934; FERRI, G.B., *Ordine pubblico e buon costume nella teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 156 y alom. VILLA, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁷ Véase, MENCONI, L., *Autonomia privata e costituzione*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁸ Ad. Cas. II de notoriété de 1997, número 1128, cit., p. 383 y ZANELLI, P., *La nullità "impulsiva"*, *op. cit.*, p. 1259 ss.

¹⁰⁹ V. también la ficción atenuada de CASU, G., *Famiglie nuove e controllo di legalità*, *op. cit.*, p. 562 ss.

La reflexión sobre el nuevo rol de los profesionales debe ir más allá.

Existe un conocimiento común, desarrollado por la normatividad legal reciente, sobre la necesidad de una formación y de una cultura común entre abogados y jueces con un objetivo claro.¹⁰⁹ Se insiste sobre el propósito de atenuar la desconfianza entre las categorías y, esto es, importante pero reductivo. Existe, más bien, una exigencia de fuerte circularidad entre el derecho positivo, ciencia y práctica que clarifica el tema del desequilibrio negocial.

La nueva legislación económica ha cambiado el precedente orden normativo y ha previsto nuevas figuras de manera fragmentaria y episódica.¹¹⁰

Las precedentes hipótesis de hecho de desequilibrio (vicios de la voluntad, rescisión) demandaban una actividad de subsunción del hecho entre esquemas rígidos y de estricta interpretación. Las nuevas actividades, presuponen una tipificación idónea para poner en evidencia el elemento nuevo de desequilibrio y el abogado se transforma en un interlocutor activo del juez, respecto al cual una cultura y sensibilidad común es esencial.

Emerge una nueva relación entre ley, derecho y jurisdicción que influye las profesiones. El interés público es siempre más un reflejo de intereses colectivos (consumidores, usuarios, operadores comerciales). Para la tutela de estos intereses existe un amplio recurso a la Autoridad Garante y a los códigos de autodisciplina, referidos a las categorías de los profesionales. Clara es la voluntad de valorizar un nexo inmediato y directo con la sociedad en toda su complejidad¹¹¹ y claro es el esfuerzo intelectual que se requiere hoy a cada uno para construir reglas y principios.

¹⁰⁹ V. la ley del 15 de mayo de 1997, número 137 que establece las escuelas de especialización para las profesiones legales, previstas, precisamente, para una formación común de los diversos operadores, v. sobre el punto FROTO PESANLA, *Le scuole di specializzazione per le professioni legali in Foro it.*, 1998, V, p. 68 ss.

¹¹⁰ V. también MENGONI, L., *op. cit.*, p. 20.

¹¹¹ V. GROSSI, P., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, en *Rev. dir. civ.*, 1997, I, p. 175 ss.