



# El principio de la buena fe: un camino hacia la justicia contractual efectiva

**Autores:** Iván Libero Nocera

**Localización:** Actualidad civil, ISSN 0213-7100, Nº 12, 2013

**Idioma:** español

**Resumen**

En un escenario donde se observa un aumento en la desigualdad de las partes y, al mismo tiempo, la necesidad de protección de la autonomía privada frente a su abuso, el ordenamiento ha creado un «patchwork» de reglas de protección de la parte más débil. Estas reglas sin embargo difícilmente son susceptibles de aplicación extensiva a cualquiera situación de inferioridad contractual. Por lo tanto, es necesario dotar al intérprete de un parámetro determinado y dúctil.



## El principio de la buena fe: un camino hacia la justicia contractual efectiva

Ivan Libero Nocera

En un escenario donde se observa un aumento en la desigualdad de las partes y, al mismo tiempo, la necesidad de protección de la autonomía privada frente a su abuso, el ordenamiento ha creado un «patchwork» de reglas de protección de la parte más débil. Estas reglas sin embargo difícilmente son susceptibles de aplicación extensiva a cualquiera situación de inferioridad contractual. Por lo tanto, es necesario dotar el intérprete de un parámetro determinado y dúctil.

### SUMARIO

- I. DILEMA DIALÉCTICO ENTRE AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA.
- II. PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL Y LA SOLEDAD DEL JUEZ.
- III. IMPORTANCIA DE LA BUENA FE EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO.
- IV. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN PRINCIPIO.
- V. ANÁLISIS DE LAS TUTELAS EN EL *DRAFT* Y EN LOS PRINCIPIOS *UNIDROIT*.
- VI. OPOSICIÓN A LA BUENA FE: ENTRE REGLAS DE VALIDEZ Y REGLAS DE COMPORTAMIENTO.
- VII. PERSPECTIVAS REMEDIALES.
- VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: RECORRIDO HACIA UNA JUSTICIA EFECTIVA.

### I. DILEMA DIALÉCTICO ENTRE AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA

La autonomía privada, referida al poder de determinar el contenido del contrato, constituye un auténtico «dilema de la democracia liberal» (1), argumento que se inserta en un discurso más amplio sobre la relación entre libre mercado e intervención heterónoma (2).

Observando la autonomía privada se constata cómo en las últimas décadas, no obstante las temidas crisis del contrato (3), han venido

- (1) En este sentido G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 8.
- (2) Sobre el tema véase, ILM, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, *passim*; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999; CUBEDDU, *Il problema dell'ordine e la filosofia delle scienze sociali*, in Cubeddu (a cura de), *L'ordine ec-centrico*, Napoli, 1993; SAGNOTI, *Le teorie del mercato*, Torino, 2000.
- (3) Para una mayor profundización de la problemática se remite a GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, ora in *La morte del contratto* (trad. it.), Milano, 1992; TROMBETTA, «Freedom of Contract»: *ascesa e caduta di un principio. (A proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 156; SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, in *Le fonti del diritto italiano. 1. Le fonti scritte. Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, 441; y más recientemente el profundo análisis realizado por MACARIO, *L'autonomia privata*, in NIVARRA (a cura de), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 123.

surgiendo nuevas ideas para relanzar el instrumento contractual, el cual ha invadido, tanto en Italia como en otros países europeos, áreas tradicionalmente ajenas a éste. De hecho, se ha identificado en el mercado y en sus dinámicas el fermento para una mejor realización de los intereses jurídicos (4). Posteriormente al redimensionamiento de las políticas de *welfare* y a la modificación de los procesos de distribución de los recursos públicos destinados al Estado social, el contrato ha sustituido esta carencia tanto como instrumento para la satisfacción de las exigencias de los sujetos privados (asistencia social) (5), cuanto como medio orientado a la realización de propósitos de justicia distributiva.

En tal contexto se manifiesta un doble dilema: ¿cómo impedir que el ejercicio de la autonomía contractual se transforme en un peligro para la autonomía de otros?, y, al mismo tiempo, ¿cómo evitar que el poder institucional, destinado a tutelar a los sujetos estructuralmente más débiles, no sobrepase sus propios límites, autoimpuestos, y consecuentemente no llegue a anular o en todo caso corroer aquella libertad que debería proteger? El dilema entonces se convierte en una aparente paradoja si se piensa en las tendencias opuestas del actual Derecho de los contratos, donde se observa la dilatación de los espacios de autonomía privada, y, al mismo tiempo, el incremento de la intervención y regulación por parte del ordenamiento estatal (6).

Surge, por lo tanto, una dimensión dialéctica del concepto de autonomía privada que evidencia «una limitación que la ley se pone a sí misma» (7), precisando una zona muy extensa de inmunidad que identifica el ámbito de operatividad de la autonomía de los particulares para regular sus propios intereses. Precisamente este poder regulador y la capacidad creativa de la cual el sujeto privado se encuentra provisto, son los que «se sobreponen al mismo ordenamiento, como sucede cuando las normas del ordenamiento tienen carácter dispositivo e incluso supletorio» (8).

A mayor observación, sin embargo, considerando que al sujeto privado no se le reconoce una libertad, sino una autonomía, en el centro del sistema hallamos al ordenamiento jurídico que reconoce y tutela tal poder a través de la autoridad judicial (9).

El contrato, por lo tanto, se muestra como un fenómeno complejo y abierto, en cuya composición participan tanto la voluntad de las partes, como protagonista principal, como fuentes externas, visto que obliga a los contrayentes no solo a cuanto ha sido expresado en él, sino también a todas las consecuencias que se derivan de la ley, los usos y la equidad (10).

En la inevitable actividad hermenéutica confiada al juez en el momento de la aplicación de la regla formal al supuesto de hecho específico, la discrecionalidad judicial se ubica en el interior

- (4) Cfr. en este sentido BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161; SOMMA, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, il, 597; IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 57; DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9; SEN, *Etica ed economia*, Roma, 1988, 42; CAFFÈ, *Le proposizioni della scienza economica relative al benessere e i rapporti interpersonali di utilità*, Torino, 1956; PELLICANI, *La riscoperta dell'autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 27.
- (5) Véase preferentemente ZANA, *Il contratto di assistenza alla persona*, Pisa, 2000.
- (6) Al respecto se remite a las lúcidas observaciones desarrolladas por DE NOVA, in *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 649, y ALPA, *L'«europeizzazione» del diritto contrattuale*, en ALPA - DANONI (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori*, Milano, 2003, 7.
- (7) Así RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 6.
- (8) Cfr. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 4.
- (9) Sobre esto, véase el profundo examen que realiza BRECCIA, *Il contratto in generale. Causa*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, 192.
- (10) Sobre lo precedente inevitable la referencia a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 33; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

de los límites sustanciales que establecen los «confines» de las diversas alternativas realizables por disposición del juez. Éste puede considerar los acuerdos pactados por los contrayentes, no solo como núcleo esencial del contrato, sino como parte de una reglamentación más amplia sobre la cual ejercita un poder de intervención especial. Este poder se concreta en el uso de instrumentos como «conceptos válvula» constituidos por las cláusulas generales, *in primis* la buena fe, cual principio normativo regulador de la relación contractual (11). Es necesario precisar desde ahora como la buena fe asume tanto el rol de principio, o directriz general de corrección, como el de cláusula que demanda al juez la identificación de la regla aplicable al supuesto de hecho concreto (12).

La verificación de las posibilidades operativas de la buena fe y de la equidad —su complemento (13)— implica inevitablemente confrontarse con el problema de la justicia contractual y de los poderes que la cláusula de buena fe atribuye al juez. La cuestión por otra parte suscita el problema de la relación entre disciplina general y disciplinas de sector, poniéndose inevitablemente en el centro de la discusión el rol que los principios y las reglas cumplirían dentro del modelo social europeo (14).

En este sentido, resulta necesario iniciar una *actio finium regundorum* entre las diferentes libertades de los sujetos privados, con la finalidad de evidenciar el límite que en la sima dialéctica entre autonomía y albedrío, exigencias de equilibrio e intervencionismo del juez, exprese la regla «que favorezca la libertad e igualdad efectivas sin banalizar la eficiencia económica», de manera que se pueda «combinar certeza y ductilidad» (15). Como en la *paradoja del montón*, el descubrimiento del «confín», tan necesario como difícil de esclarecer, constituye uno de los principales desafíos del jurista contemporáneo.

## II. PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL Y LA SOLEDAD DEL JUEZ

Resulta pacífico admitir que la actividad jurisdiccional puede desarrollar una función de equilibrio. En efecto, el mito liberal que asumía el mercado como instrumento exclusivo de regulación de las funciones económicas, para el cual la utilidad social coincidía con la libertad contractual limitada solo por el orden público y las buenas costumbres (16), se ha desvanecido.

- (11) RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 33; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.
- (12) Sobre los constantes cambios terminológicos entre los varios significados de la buena fe, véase NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, 252; GRONDONA, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, il, 242; id., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.
- (13) En mérito cfr. BUSNELLI, *Note en tema de buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 539.
- (14) Vid. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, en GAROFALO (a cura de), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (atti del convegno en onore de A. Burdese)*, Padova, 2003, I, 190; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 133. Más en general sobre la perspectiva estrictamente europea cfr. MARINELLI, *La tutela del contraente debole. Rimedi contrattuali*, en CASUCCI (a cura de), *Il diritto privato dell'Unione europea. Temi e questioni*, Napoli, 2007, 285; BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea*, Padova, 2010.
- (15) Así BRECCIA, *Causa*, cit., 192. El mismo autor en *Causa e «consideration»*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 597, acentúa el pasaje «de una imagen de la autonomía que corresponde al brocardo *stat pro ratione voluntas* a la imagen de la autonomía que debe conciliarse, en contextos adecuados, con una racionalidad práctica mensurable en términos de eficacia y la coherencia general de las relaciones económicas y sociales». Como afirma SACCO «el teórico conoce a través los conceptos. Él conoce la ley. Él toma las decisiones, encuentra la solución al caso concreto, y la encuadra en una norma abstracta. Él sabe juzgar. Pero hay una tercera actividad del jurista, un tercer conocimiento del jurista, y es el conocimiento más valioso. El jurista —con más talento, con más o menos profundidad intelectual— interpreta, es decir, encuentra la norma. Él sabe interpretar, él sabe encontrar». Así SACCO, *Unità del sapere e unità del sapere giuridico*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 231.
- (16) La «ecuación» automática de la regla contractual con la regla justa es cuestionada por D'ANGELO, *Il contratto en generale. La buona fede*, en BESSONE (a cura de), *Trattato de diritto privato*, Torino, 2004, 157, según el cual el término «justicia contractual» incluiría

No parece posible, entonces, seguir sosteniendo una presunción de justicia del contrato sobre la base de que el acuerdo de las partes asegura obligadamente una equilibrada estructura de intereses (17). El contrato, en ese sentido, no es considerado portador de la «justicia natural», por lo cual, según una célebre máxima de Alfred Fouillée *qui dit contractuel dit juste* (18), simplemente porque a menudo éste no es concluido entre sujetos «iguales» que puedan acordar libremente las reglas, teniendo la misma fuerza económica. Consecuentemente, habiendo sido alterados «los puntos de partida» (19), cae la premisa del silogismo según el cual la parte nunca aceptaría un acuerdo destinado a causarle más pérdidas que ventajas.

Junto al declive de la modalidad dialógica de los intercambios necesaria en la sociedad de consumo, la tutela incondicional de la autonomía contractual, había determinado progresivamente la degradación del contrato como instrumento legitimante de la relación económica (20). Como consecuencia de la cada vez menor presencia de la negociación, con la afirmación de la predisposición unilateral y la adhesión al formulario en serie, cierta doctrina ha llegado a calificar tales fenómenos «a-dialógicos» como «intercambios sin acuerdo», con inevitable perjuicio, en términos de efectiva autonomía contractual e igualdad de las partes, y la aparición de nuevas «desigualdades de clase» (21).

La correspondencia entra autonomía contractual y justicia venía pues, en caso de duda, revocada, verificándose el desplazamiento de la atención de parte de la doctrina civilista del ámbito de la voluntad y de la autonomía de la misma —y por lo tanto del principio de libertad contractual— a la dimensión de la justicia del contrato, recurriendo a intervenciones heterónomas.

Con el fin de intentar resolver «los problemas eternamente irresueltos contenidos en el círculo paradójico del nexo entre libertad y justicia contractual» (22), tras la ideología de la

la misma fuerza vinculante del contrato, y las reglas que la aseguran, considerando el brocardo «*pacta sunt servanda*» como un precepto ético, expresión de los valores de justicia, sin que esto suponga un juicio de necesaria conformidad a justicia del contenido contractual.

- (17) En este sentido, SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 23, muestran que el contrato es concluido «en un cuadro económico dominado por cien estrechamientos», que, por supuesto, adulteran el correcto funcionamiento del mercado, alejándolo del modelo de mercado perfecto, postulado por la concepción liberal.
- (18) Cfr. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Parigi, 1880, 410, citada en GHESTIN, *Le contrat*, en *Traité d droit civil*, II, *Les obligations*, 1, II éd., Parigi, 1988, 20. Con referencia al código italiano FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema de incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, en VETTORI (a cura de), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, 554, refiriéndose a RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002 señala que en la legislación de 1942 «así como en lo que respecta al precio, todas las otras condiciones del contrato se consideran "justas", por el solo hecho de ser libremente determinadas por los contratantes, independientemente de la circunstancia de si son o no "justas" (obviamente en el sentido de "proporcionadas a las necesidades")».
- (19) Asi, DWORNIK, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, Princeton, 1981, 308, según el cual «*the starting gate theory*» comporta la igualdad de los puntos de partida, pero no reconoce el derecho de resarcimiento para las personas que posteriormente sufren una «suerte mala» soportando inconvenientes que no dependen de sus decisiones.
- (20) Emblemática resulta la referencia a GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974. Vid. también GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, en *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381, y TIMOTEI, *Nuove regole in materia de squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, en *Contr. e Impr./Europa*, 1997, 141.
- (21) En este sentido IRI, *Scambi senza accordo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 549, y después OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, en *Riv. dir. civ.*, 1998, 525; BENEDETTI, *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, en *Europa dir. priv.*, 1999, 137; Ferri, *Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia*, en FUCILLO (a cura de) *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2002, 40. Se observa como ya Cesare Vivante en los años veinte del siglo pasado, en pleno clima voluntarístico, reconocía el potencial de crear una relación jurídica de un acto jurídico por un simple acto fugaz (cfr. VIVANTE, *Trattato de diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, Milano, 1926, 2).
- (22) Asi BRECCA, *Causa, cit.*, 87.

intervención pública en la economía, imperante durante los años 60s y 70s (23), se afirma una nueva relación entre ley y mercado. En efecto, como consecuencia de la adhesión italiana a la CEE se impuso la idea de que los desequilibrios sociales emergentes en la disciplina contractual, encuentran su origen en la discrepancia entre las prácticas negociales y el modelo auténtico de la economía de mercado: constituye, entonces, responsabilidad del derecho prever reglas que sepan conjugar los principios de corrección y eficiencia.

El principio de la *santidad de los contratos*, expresión del «dogma de la voluntad», fundado sobre la igualdad formal de las partes (24), resultaba, por lo tanto, considerablemente afectado con la promoción del sistema de las tutelas «equilibradas». Estas medidas correctivas estaban orientadas hacia una doble dirección: por un lado, la previsión de invalidez o ineficacia utilizando la buena fe; mientras por otro lado se tendría a la integración judicial del contrato a través de la equidad, a fin de realizar el equilibrio de las posiciones contractuales contrapuestas, como es previsto también en sede hermenéutica por el art. 1371 c.c. it. (25).

**E**l principio de la santidad de los contratos, fundado sobre la igualdad formal de las partes resultaba afectado con la promoción del sistema de las tutelas «equilibradas»

Con la aparición de una mayor sensibilidad hacia nuevas exigencias de control, la buena fe y la equidad se transforman no en instrumentos de un nuevo intervencionismo, sino de garantía y liberalización del libre mercado de las asimetrías cognitivas que en la realidad determinan notorias disparidades contractuales (26).

El argumento se revela cargado de múltiples implicaciones, obligando a repensar el Derecho contractual y a debatir sobre él, en términos de «crisis» del Derecho de los contratos o de «nuevo» Derecho de los contratos (27).

- (23) En uno de sus últimos escritos MENGONI, en *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, en VETTORI (a cura de), *Persona e Mercato*, Padova, 1996, 36, afirmaba con referencia al inicio de la segunda mitad del siglo pasado que «el régimen de libertad-los empresarios con finalidad pre-ordenada por el poder político».
- (24) Para un análisis histórico comparativo cfr. RIZZO, *Le clause abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comparatistica*, Napoli, 1994, 52.
- (25) Cfr. BESSONE-ROPO, *Equità interpretativa ed economia del contratto. Osservazioni sull'art. 1371 del codice civile*, en *Giur. it.*, 1974, IV, 248. *Contra vid.* RODOTA', *Le fonti de integrazione del contratto*, Milano, 2004, 223, según el cual el juez no puede adaptar su apreciación a una relación de proporción entre la prestación que el art. 1371 c.c. establece para el único caso de la incomprensibilidad de la regulación. A propósito RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, 19, señala que «si el resultado justo, o sea puede prescindir de la evaluación de la concreta situación donde el contrato se inserte y de los intereses concretos que han impulsado los sujetos privados, porque el contrato es un acto de auto-regulación de los intereses privados».
- (26) La centralidad del principio de buena fe en el contexto del libre comercio es acentuada por BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 395, y MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, en D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 57.
- (27) Es claro que es una crisis diferente respecto a la asumida en los años '70, como explican LUPARI, *Crisi del contratto e crisi del diritto*, en DE MARZIO (a cura de), *Il nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2004, 513; y JAMIN-MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Parigi, 2003.

La susodicha «ecuación» entre lo contractual y lo justo no resulta por lo tanto exhaustiva. Es, en efecto, necesario requerir un ulterior elemento: esto es la revisión judicial sobre un área más amplia de las situaciones patológicas tradicionalmente objeto de control del juez, quien se encuentra ahora libre del sistema de tutela aplicable solo en presencia de determinadas peculiaridades subjetivas estructurales (28).

La perspectiva ordoliberal asignaba a las categorías tradicionales un valor lógico, reconociéndolas como dirigidas a obedecer a una función hermenéutica del contrato, más que a una función deontológica del mismo (29). La vertiente antiformalista, abandonada esa perspectiva, se dirige, sin embargo, a reconstituir el sistema del Derecho privado patrimonial a través de paradigmas axiológicos como la proporcionalidad, el abuso del derecho o la justicia del contrato, que en ausencia de criterios capaces de concretarlos corren peligro de desaparecer.

En el Derecho privado europeo, todavía en formación, se asiste a un control disminuido exigido a elementos estructurales como la causa, a la cual corresponde una evaluación creciente sobre el contenido del contrato confiada al control de la racionalidad efectuada por el órgano judicial (30). Entonces se encuentra presente el riesgo de una «soledad» del juez ocupado con las cuestiones de la cláusula general de buena fe, elástica *in re ipsa*.

En efecto, en ausencia de criterios claros, el juez se expone al peligro de caer en el capricho arbitrario, que desemboca en un inaceptable intervencionismo judicial del cual podrían deducirse máximas generales resolubles en la negación sustancial del principio que se quiere afirmar. Contrariamente, el juez puede caer en la citación simplemente decorativa de la buena fe misma, que representaría una mera forma-límite del poder del juez (31). Un posible «arribo» a la fuga histórica «desde» o «en» las cláusulas generales (32) sería entonces abstractamente detectable en la búsqueda de coordenadas teóricas o de directrices que puedan sostener al juez, sin una contraposición maniquea entre objetividad de las fuentes determinadas y subjetividad de las fuentes llamadas indeterminadas (33).

- (28) Como ha observado VETTORI, en *Autonomia privata e contratto giusto*, en *Riv. dir. priv.*, 2000, 42: «Ningún dato legítima un poder del juez de revisión de la idoneidad del precio o de consideración de la conveniencia de las partes, pero son diferentes respecto al pasado los métodos de control y el equilibrio de los valores requerido al intérprete (...). En una inspección más cercana hay algo diferente que la ley exige al intérprete para evaluar un acto que presenta cargos extraordinarios para una parte, y resulta visiblemente desequilibrado. En este caso, el juez no puede decir que el contrato es el contrato, pero ha de abordarse el problema de un conflicto con la garantía de la autonomía privada». Cfr. también PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, en *Rass. dir. civ.*, 2000, 568.
- (29) De la cual deriva un estrecho espacio interpretativo para el juez y un escaso poder de intervención en el contenido contractual. Para el estudio de este debate vid. ORÉSTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978; NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, en *Europa dir. priv.*, 2003, 51; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, en *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; *Id.*, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, en *Europa e dir. priv.*, 2006, 53.
- (30) Cfr. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 18; BRECCIA, *Causa*, cit., 3; BROGGINI, *Causa e contratto*, en Vacca (a cura de), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, 31; CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, en *Id.*, (a cura de), *Principi de diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XV.
- (31) Esta trampa se explica con referencia a la cancelación de la cláusula de buena fe en la obscura cláusula de razonabilidad, que no siendo apoyada por un fondo consolidado corre el riesgo de llevar a un juez *legibus solutus*, como observa BUSNELLI, *Note en tema de buona fede ed equità*, cit., 555. Vid. también SACCO, *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, en CABELLA PISU-NANNI (a cura de), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta*, Padova, 1998, 272.
- (32) La imagen es citada por BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., 444.
- (33) En este sentido se señala el escepticismo de una doctrina autoritaria (SACCO, *Il contratto*, en VASSALLI (dirigido por), *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1957, 798) donde se afirma que «la contraposición entre una equidad con un contenido inefable, vinculada al juez y a su juicio, una corrección objetiva y bien definible, una buena fe como elemento de referencia de una cláusula general, son los resultados de las construcciones teóricas que comparten entre distintos sistemas las características generales de cada norma de pura opinión, cuando estos aspectos surgen o se ocultan dependiendo del punto de vista desde donde se observa la regla de opinión».

Es necesario identificar parámetros no excesivamente tipificados pero suficientemente dotados de un grado de certeza (34). En efecto, el ordenamiento no puede proveer a todas las situaciones de disminución de la igualdad de condiciones, pero es llamado a reaccionar en caso de que sea posible individualizar hipótesis tipificables de inferioridad estructural, casi ontológica de un contratante.

Desde la segunda mitad de los años 90s se viene asistiendo a la afirmación de un enfoque de derivación comunitaria que pretende levantar como sistema numerosas intervenciones sectoriales relativas a supuestos de hecho genéricos y abstractos, reunidos por la contraposición entre el contratante débil y el contratante fuerte. Estos ámbitos asumen la relevancia de verdaderos y propios «estatutos», siguiendo la elección del Código de crear clases de individuos (el trabajador dependiente, el arrendatario de una finca, el inquilino, el trabajador agrícola) dignos de protección a través de una disciplina que se separa de aquella sobre el contrato en general. Las hipótesis actuales, no obstante, se muestran desprovistas de una dimensión sistemática y coherente en relación con intereses tutelados y técnicas remediales, abandonando al intérprete a un uso descoordinado de las cláusulas generales (35). Se produce así, un contraste entre la buena fe del Código Civil y las muchas veces innecesarias reglas de procedencia comunitaria, hasta el punto de revocar, en caso de duda, la tradicional relación generalidad-especialidad (36).

En este sentido, los irregulares índices del contrato injusto aluden, en ámbito *antitrust*, al *abuso de posición de dominio* que se concreta en la imposición de condiciones contractuales *injustificadamente gravosas* (art. 3 l. n. 287/1990), para posteriormente convertirse en un *desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones* en los contratos de consumo (art. 33, 1.º comma, cod. consumo). Estos índices en caso de abuso del estado de *dependencia económica* de una empresa sobre otra se transforman en un *excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones*, que puede consistir en la imposición de condiciones contractuales *injustifica-*

- (34) Es evidente como las tipificaciones casuísticas, además de ser antológicamente jamás exhaustivas, privan a las cláusulas generales de un real contenido jurídico y de su imprescindible aliento sistemático, resultando frecuentemente más genéricas que las mismas cláusulas generales.
- (35) Llega a una conclusión similar LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, *Corso de diritto civile*, Padova, 2003, 274, y, con referencia a un supuesto principio de equidad, VETTORI, *Libertà de contratto e disparità*, en *Riv. dir. priv.*, 2005, 743. Intentos de ordenación sistemática son planteados *ex multis* por ROFFO, *Contratto de diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria de potere contrattuale: genesi e sviluppi de un nuovo paradigma*, en *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 23; *Id.*, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, en *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; y MACARIO, *Abuso de autonomia negoziale e disciplina del contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663.
- (36) En tema vid. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive de armonizzazione*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 347. El problema se manifiesta en la necesidad de especificar si las normas sectoriales están o no dotadas de un grado de especificidad que las pueda redimir del sistema del Código Civil para convertirse ellas mismas en sistema. Parte de la doctrina sigue considerando la parte general integrante de la disciplina de cada contrato (así *ex multis* PAGLIANTINI, *L'abuso de dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, en VETTORI (a cura de), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455; y SIRENA, *La dialettica parte generale-parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, en NAVARRETTA (a cura de), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme de settore*, Milano, 2007, 493); al contrario otra parte apoya la residualidad de la disciplina general (así *ex multis* DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, en *Contr. e impr.*, 1988, 327; CASTRONOVO, *Diritto privato e diritti secondari. La ripresa de un tema*, en *Eur. dir. priv.*, 2006, 397); a estas dos direcciones se agrega la que denuncia la inutilidad de un estricto orden de precedencia entre las reglas, concentrándose por el contrario sobre el momento interpretativo que mira al cuadro general de referencia (cfr. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme de settore nel quadro del procedimento interpretativo*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4). En general vid. BUSNELLI, *Note en tema de buona fede ed equità*, cit., 548; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, en *Riv. dir. priv.*, 2004, 765; GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, *passim*; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti de impresa e disciplina della concorrenza*, en NAVARRETTA (a cura de), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme de settore*, cit., 355.

damente gravosas o discriminatorias (art. 9, 1.º e 2.º comma, l. n. 192/1998) (37). Dentro de las relaciones entre partes no calificadas subjetivamente se recuerda el contrato usurario, donde se consideran las ventajas o beneficios *desproporcionados, respecto de la prestación dineraria o de otra utilidad* en presencia de *condiciones de dificultad económica y financiera* (usura que se hace derivar de un simple cálculo aritmético); mientras que en la normativa sobre pago tardío en transacciones comerciales se sanciona con nulidad el pacto que, por cualquier circunstancia, resulta *gravemente injusto* en perjuicio del acreedor (así el art. 7, 1.º comma, d.lgs. n. 231/2002, en actuación de la dir. 2000/35/CE) (38).

Por su parte, el panorama de las técnicas remediales, no parece ser diferente. El legislador ha, en efecto, alterado los ordinarios automatismos sistemáticos sustituyendo la tradicional invalidez (39) a través de la creación de formas híbridas como las discutidas e incoherentes invalidez «especial» e invalidez «de protección», localizables por ejemplo, en la Ley sobre subcontratación, así como en los contratos de consumidores, sustituyendo la precedente *ineficacia* regulada por el art. 1469-*quinques* c.c. (40).

Esta fragmentación, expresión de una visión descoordinada en materia de desproporción de las prestaciones contractuales, determina, más allá del fin de la centralidad de las normas sobre la rescisión (41), la «pérdida del supuesto de hecho en el delicado y crucial sector de los límites a la autonomía contractual» (42). La cuestión de una mayor igualdad sustancial —es decir, del re-equilibrio en caso de alteración de la igualdad de los contratantes— permanece sin resolver (43). En ausencia de directrices que permitan la unificación, el juez se encontrará, entonces, desprovisto de la tradicional brújula ofrecida por las categorías dogmáticas (44).

- (37) Sobre la interpretación del concepto de abuso de dependencia económica *cf.* De Nova, *La subfornitura: una legge grave*, en *Riv. dir. priv.*, 1998, 449; BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, en *Equilibrio e usura nei contratti*, a cura de VETTORI, 2002, 218; NATALI, *La subfornitura*, en CASSANO (a cura de), *I nuovi contratti*, Milano, 2006, 207.
- (38) *Vid.* G. De Nova - S. De Nova, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.
- (39) *Cfr. ex multis* SCAUSI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, en *Eur. dir. priv.*, 2001, 490, y MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, dirigido por ROPPO, IV, 1, Milano, 2006, 1.
- (40) *Vid.* PAGLIANTINI, en *Nullità virtuale di protezione?*, en *Contratti*, 2009, 1040; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, en *Contratti*, 2009, 727; AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema de «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, en *Riv. dir. priv.*, 2005, 285. Con especial referencia a la nulidad en la Ley sobre el abuso de dependencia económica *vid.* De Nova, *La subfornitura: una legge grave*, *cit.*, 449. Es claro la referencia a la nulidad relativa en el art. 127, comma 2, del TUB (d.lgs. n. 385 del 1993) como afirma la *Relazione al TU*, en *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, il, Documenti, Roma, 1994, 191. Sobre la inérita figura de la ineficacia *cf.* VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, en *Contr. e Impr.*, 1998, 1203. Sobre la nulidad «de seguridad» para el consumidor víctima de prácticas *antitrust* *vid.* MONTENAGGI, *Dalla Corte de Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, (Nota a Corte de Giustizia, 13 luglio 2006, desde C-295/04 a C-298/04), en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 634. Sobre la nulidad «de comportamiento» ¿estabilidad? en relación con la comercialización a distancia de servicios financieros por el código del consumo *cf. ex multis* SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, en *Corr. giur.*, 2008, 1469, y BONACCORSI, *Nullità virtuale del contratto (de intermediazione e finanziaria). Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, (comentario a Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724), en *Danno e resp.*, 2008, 525. Además se señala la nulidad de un acto que resulta en violación de la prohibición de abstenerse de actuarlo: *cf.* SANGIOVANNI, *La Cassazione interviene de nuovo sulle norme de condotta degli intermediari finanziari*, (nota a Cass., 17 febrero 2009, n. 3773), en *Danno e resp.*, 2009, 503.
- (41) En este sentido *cf.* todavía BRECCIA, *Causa*, *cit.*, 80. El remedio de la rescisión, considerado como una evaluación negativa de los intereses pendientes en el momento de la firma del contrato, es analizado en su posible evolución por SALM, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009.
- (42) Así De Nova, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, en *I cinquant'anni del Codice civile, Atti del Convegno de Milano del 5 giugno 1992*, Milano, 1993, 217; *vid.* también del mismo autor *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, en *Contratti*, 1995, 106 e *Dieci «voci» per una tavola rotonda sul «nuovo diritto» dei contratti*, en *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura de VETTORI, Padova, 1999, 814.
- (43) Al contrario, desea la tipificación PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 371.
- (44) *Cfr.* POLDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, *cit.*, 186; De Nova, *Dal principio de conservazione a favor contractus*, en CABELLA PISU-NANNI (a cura de), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 303.

### III. IMPORTANCIA DE LA BUENA FE EN EL DERECHO PRIVADO EUROPEO

En la «inalcanzable meta de la justicia contractual» (45), el intento de lograr un criterio independiente de la conducta de los contratantes y de su condición de dificultad económica puede encontrar una indicación segura en las propuestas funcionales del proceso de armonización europea del Derecho contractual (46), realizadas por la doctrina (47) que afirma un control judicial sobre el equilibrio económico del acto vinculado a una situación de debilidad de uno de los contratantes (48).

Un primer modelo se encuentra representado por los Principios *Unidroit*, donde se observa la tendencia a ampliar la intervención del juez al ámbito de los contratos de comercio internacional, tradicionalmente reino de la libertad contractual (49). En efecto, más allá de prever normas, expresión de la llamada *policy against unfairness*, dirigidas a controlar y prevenir la mala fe de los contratantes (artt. 2.1.19 - 2.1.21 e 4.6), se halla en el art. 3.10 una sanción de invalidez prevista en caso de *gross disparity*. Se trata del caso de una distribución incorrecta de derechos y obligaciones entre las partes que provoque injustificadamente una ventaja desproporcionada en favor de uno de los contratantes (50).

La interferencia en la reglamentación contractual a fin de restaurar la igualdad negocial no resulta antitética a la autonomía de las partes; efectivamente, el desequilibrio entre los contratantes no se releva por sí mismo. De hecho, necesita de ulteriores factores que demuestren tanto la injusticia, como el abuso de una situación de debilidad de diverso origen con la finalidad de perfeccionar el contrato, así como el «exceso», es decir, el desequilibrio que «golpea la conciencia de una persona razonable» (51). Tal previsión, considerada por algunos una sustitución de la referencia al concepto de causa (52), impresiona, sobre todo, por la absoluta falta

- (45) Así BUSNELLI, *Note en tema de buona fede ed equità*, *cit.*, 556, que acentúa el renovado vigor del principio de buena fe, como un filtro de los procedimientos sobre las cláusulas contractuales.
- (46) La importancia de identificar las categorías y principios uniformes en el campo europeo ya era resaltada en una época lejana por los impulsos de Scialoja, el cual argumentó que «cuando una unidad fundamental del derecho pueda ser restaurada y adaptada a las necesidades más avanzadas de la vida moderna y del continente europeo, ya podremos considerar con espíritu cambiado la función de las fronteras políticas» (*cit.* Da CAPRIOLI, *Introduzione al Seminario de studi «I problemi dei contratti»*, S. Marino, 8-9 settembre 1998, en *Miscellanea dell'istituto giuridico sammarinese*, n. 6, settembre 2000, 10). Hacen referencia explícita al proceso de armonización europea de las normas del contrato las Resoluciones 158/400 del 1989 y 205/518 del 1994 del Parlamento Europeo y la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de julio, *cf.* VETTORI, *Introduzione, Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, XXVII.
- (47) Sobre la noción de «formante» véase SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 43.
- (48) *Vid.* FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, 90; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, 669; ALESSI (a cura de), *Diritto europeo e autonomia e impr.*, 1996, 318; *Id.*, *La protezione della parte debole nei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, en *Econ. e dir. terziario*, 1996, 519; Castronovo, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti: codice o resta tement?*, en *Europa e diritto privato*, 1998, 1019.
- (49) *Cfr.* VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, en *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, 55.
- (50) *Vid. ex multis* BONELLI, *Un «Codice» internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, 111; PONTIROLI, *La protezione del contraente debole nei Principles of international commercial Contracts de UNIDROIT: much ado about nothing?*, en *Giur. comm.*, 1997, 1, 568; DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, en BONE-BONELLI (a cura de) *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 222; ALPA, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, en *I contratti en generale e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, *cit.*, 40; CORARI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, en *Eur. dir. priv.*, 2002, 23; Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, en MAZZAMUTO (a cura de), *Il contratto e le tutele. Prospettive de diritto europeo*, Torino, 2002, 309; CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, en *Principi de diritto europeo del contratto*, Milano, 2001, XXXVII.
- (51) Como se afirma en el mismo comentario en el art. 3.10.
- (52) En este sentido MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, en *Contr. e impr./Europa*, 1996, 293. Sin embargo conviene precisar que la referencia a la *gross disparity* en los Principios *Unidroit* o al *excessive benefit or grossly unfair*

de referencia a un *status* subjetivo, o bien a una categorización socio-económica apriorísticamente determinada: no siempre el sujeto al cual presuntamente haya sido asignada una posición de inferioridad aparece concretamente necesitado de tutela (53).

El nuevo paradigma contractual, por lo tanto, se extiende más allá del *status*, pudiendo ser atribuido a una, en extremo genérica, condición de debilidad, independientemente de los perfiles subjetivos del negocio y de los eventos relacionados con la formación del consenso (54). En particular, la inserción entre los supuestos subjetivos, entre otros, de la impericia, la ignorancia, la inexperiencia o falta de capacidad de negociar abre el camino a abusos por parte de aquellos que, aduciendo su propia negligencia, invocan el beneficio de los recursos previstos por la disposición.

Igualmente en el art. 3.10 de los Principios *Unidroit*, el parámetro del *excessive benefit or grossly unfair advantage* previsto por el art. II - 7:207 del reciente *Draft of a Common Frame of Reference* (55) (que reproduce sustancialmente el art. 4:109 *Pecl*) (56) que sirve de inspiración al *Draft*, representa una solución que propone reaccionar ante las situaciones concretas de injusticia. Esta norma devuelve a una evaluación supraindividual, a través de la noción de *unfair* que a menudo indica hipótesis de abuso o de un comportamiento sustancialmente incorrecto aunque *prima facie* respetuoso de las reglas (57).

**L**a inserción entre los supuestos subjetivos de la impericia, la ignorancia, la inexperiencia o falta de capacidad de negociar, abre el camino a abusos

*advantage* del *Draft*, que se examinarán desde? abajo, sin embargo, puede tener un papel sustitutivo del elemento causal en caso de contratos *sine causa* y concluidos aprovechando de la debilidad de una parte, como afirma NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, en Aa. Vv., *Studi in onore de Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, III, 656.

- (53) Esto es frecuente, por ejemplo, en la subcontratación entre empresas, donde la empresa pequeña que se encarga de la producción de un solo segmento del producto final, en una situación particular, puede tener más poder de negociación. La ley italiana emplea por el supuesto empírico de una disparidad de poder de negociación entre los contratistas y subcontratistas, hipotizando como empíricamente? la existencia de abusos contra el segundo. Sin embargo la situación de la relación contratistas-subcontratistas no siempre es la del *hold up monopolistico*, donde el subcontratista tiene que ver con un número limitado de clientes. A menudo, el *know-how* que tiene el subcontratista es tal que puede dictar las reglas del juego y el contratista, aunque en presencia de subcontratistas, debe acostumbrarse *oborto collo*. En este sentido se habla de una diferenciación entre la subcontratación «fuerte»; y la subcontratación «débil»: la protección ¿aprontada? por la ley, porque la realidad italiana está compuesta por ¿distritos? industriales y artesanales altamente especializados en las áreas de competencia propia, debería centrarse en el segundo tipo, caracterizado por la fuerte asimetría que hace que el subcontratista se encuentre (casi) completamente sometido al contratista. Sólo en este supuesto, de hecho, esto representaría una pequeña subcontratación en el lado de la demanda. *vid. ex pluribus* Caso, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità de potere contrattuale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 243.
- (54) En este sentido *cf.* ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2002, 52; BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, IRVINGTON, N.Y., 1994, 128; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, 529.
- (55) *Cf.* VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009. Para un análisis detallado *vid.* PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, en *Dir. fall.*, 2009, 669; e WHITTAKER, *The «Draft Common Frame of Reference». An Assessment*, United Kingdom, 2008, disponible en [www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_an\\_assessment.pdf](http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference_an_assessment.pdf); Common Core Evaluating Group, ANTONIOLU-FIORENTINI (a cura de), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009. *vid.* también AJANI-FERRERI-GRAZADEI, *Principi de diritto comunitario in materia de contratto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 279, y BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel «comune quadro de riferimento europeo» (Draft Common Frame of Reference)*, en *Contratti*, 2010, 95.
- (56) Sobre los *Pecl* en general *cf.* ALPA, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 121.
- (57) En el precedente de *common law* *Ahem v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (Ill App. Ct. 1990), la Corte afirma que «*factors relevant to finding contract unconscionable include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger party*», citado por BARNHIZER, *Inequality of Bargaining Power*, *U. Colo. L. Rev.*, 2005, LXXVI, 139.

De acuerdo con este texto, que se propone como una disciplina común europea de las obligaciones y de los contratos, la desigualdad se concretiza cuando se encuentran presentes dos factores, a los que debe referirse la verificación judicial del ejercicio de la autonomía contractual: la presencia de un abuso, o bien del aprovechamiento de una condición de «disminución» conocida por el contratante fuerte (también en este caso los indicadores subjetivos, análogos al precepto de los *Unidroit*, son genéricos), y la producción de un beneficio excesivo o de una ventaja manifiestamente injusta, teniendo en cuenta el conocimiento de la condición de debilidad de la otra parte, las circunstancias y el contenido del contrato.

La citada disposición asigna a la cláusula de buena fe un control similar a aquel que en el sistema italiano es atribuido por un lado, por el art. 33 cod. consumo (o del art. 9, l. 192/98), y por otro, por el art. 1448 c.c. relativo a la acción de rescisión por lesión. Respecto del elemento objetivo, al igual que la regla italiana del *excesivo o significativo desequilibrio* o bien, de la grave desigualdad (dispuesto en el art. 7 d.lgs. n. 231/02), el *Draft* reconoce al juez una completa discrecionalidad valorativa en cuanto no se hace referencia a una dimensión cuantitativa (como, por ejemplo, la lesión *ultra dimidium* en la rescisión): el juez debe apreciar el dato objetivo del *excessive benefit* o *grossly unfair advantage*, a los fines de la justicia del contrato, efectuando una valoración en concreto del contrato. En relación al requisito subjetivo, contrariamente se observa como el *economic distress* o los *urgent needs* son equiparables al *estado de necesidad* requerido por el art. 1448 c.c. De hecho, tal supuesto es integrable por la mera dificultad económica o por el defecto transitorio de liquidez que constituye el impulso psicológico para perfeccionar el contrato (58).

La cláusula de buena fe se convierte por lo tanto en un indicador para medir el carácter abusivo del contrato, ocasionando en caso de violación de la cláusula, la invalidez del contrato o la posibilidad para la parte más débil de solicitar la intervención modificativa del juez. El desequilibrio objetivo entre las prestaciones del contrato, no produce *ex se* la invalidez del contrato. En efecto, se revela imprescindible la subsistencia de un estado de debilidad ocasionada por una relación anterior con la otra parte, por condiciones externas objetivas, o bien por la condición subjetiva de ignorancia o falta de experiencia (59).

La buena fe asume contemporáneamente una función correctiva, allí donde el sinalagma aparezca *ab origine* desequilibrado. En este caso, el juez, debido a la iniciativa bilateral de los contratantes, es llamado a seguir el criterio objetivo proporcionado por la buena fe como fuente heterónoma, buscando plasmar el contenido del contrato después de haber verificado preliminarmente el carácter adecuado de la propuesta de re-equilibrio. El juez puede todavía (a diferencia de lo que sucede en el art. 1450 c.c.) seguir el paradigma representado por los criterios ordinarios de la *good faith and fair dealing* (art. II - 7:207) (60).

En los comentarios a la correspondiente disposición de los *Pecl* (art. 4:109) esto viene fundamentado, precisando que «el juez debe modificar el contrato solo si este constituye el

- (58) *Cf.* Razzo, *Sulla nozione de stato de bisogno nella rescissione per lesione*, en *Rass., dir. civ.*, 1980, 166, y ORRU, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997.
- (59) Para mayor profundización *vid.* PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame Of Reference del diritto privato europeo*, cit., 669.
- (60) Este dístico se define en el comentario a l'art. I - 1:103 como un «*standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship en question*» y indica la norma y el principio objetivos. Los tres términos tienen los siguientes valores: *honesty* es el equivalente a las conductas sancionadas, *openness* es el deber de transparencia, *consideration* representa la necesidad de tener en cuenta el interés de otro, que no tiene que ser valorado menos que el propio.

remedio apropiado en el caso concreto»: situación no identificable a las hipótesis donde no obstante el contrato parece injusto, el precio resulta razonable.

Al juez, por lo tanto, le es reconocido un espacio de discrecionalidad mayor de lo permitido por el *codice civile*. De hecho, en el código italiano el poder de juzgar se puede ejercer a través de la *reductio ad aequitatem* del contrato, o también *ex officio* en la cláusula penal injusta, permitiendo la adaptación del contenido del negocio o de la cláusula a la equidad, que emerge entonces como regla general de control de los actos de autonomía privada (art. 1384, 1450, 1467, 1371 c.c.) (61). No obstante lo anterior, para el código civil italiano el juez nunca podrá alejarse del concreto programa negocial establecido por las partes, debiendo ante todo respetar los intereses de los contratantes, ámbito dentro del cual operará la equidad supletoriamente.

En las distintas hipótesis donde la desigualdad aparece como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, el juez interviene integrando a través de un control de racionalidad, conforme a la voluntad presunta de las partes y a la inicial estructura de intereses, con la finalidad de convertir la relación en obligación *reasonable and equitable* (art. III - 1:110).

Del mismo modo, la buena fe puede ser fuente de la intervención judicial en las llamadas cláusulas implícitas, con el fin de llenar las lagunas presentes en el contrato, insertando cláusulas adicionales en concordancia con lo que las partes habrían probablemente previsto actuando conforme a la corrección (art. II - 9:101). En este caso, por lo tanto, la función integradora de la buena fe está lógicamente vinculada a la actividad hermenéutica preliminar de la voluntad de las partes, a cuya reconstrucción contribuyen incluso las circunstancias de la conclusión del contrato, además de la naturaleza y el propósito del negocio (62). Se puede evocar la teoría ordoliberal del contrato como operación económica (63), de la cual emerge la buena fe como «subsidiaria del programa contractual» (64).

- (61) Cfr. Riccio, *L'equità correttiva è, dunque, assorta a regola generale*, en *Contr. e impr.*, 2005, 927; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, en *Contr. e impr./Europa*, 2005, 509; MERUZZA, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, en *Contr. e impr.*, 2000, 95. En el sistema jurídico italiano la equidad, de hecho, tiene una serie de referencias tanto en la disciplina general del contrato en los arts. 1371 y 1374 c.c., así como en los art. 1349, 1447, 1450, 1467, 1468 c.c., como en los distintos tipos de contrato, en relación con los cuales la apreciación equitativa del juez, en ausencia de acuerdo de las partes, se expresa principalmente en la determinación del equivalente que deben pagarse a cambio de bienes y servicios, como lo demuestran los art. 1526, 1660, 1664, 1733, 1736, 1738, 1748, 1751, 1755, 2109, 2118 c.c. En este sentido vid. RESCIENO, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1991, 113, que distingue los casos en que la evaluación equitativa dejada a la discreción del tribunal se refiere a la determinación del equivalente de un trabajo o de una actividad, de los que en la misma evaluación se refiere a la cuantificación de un daño de cantidad no específica (art. 1226 y 2056 c.c.) o de una indemnización que la ley impone a un sujeto como consecuencia de una disminución patrimonial no adquirida por un acto ilícito. Por esta doctrina la equidad del art. 1374 c.c. se refiere al primer grupo de hipótesis, para lo cual ésta juega un papel complementario, diseñado para integrar las lagunas no cubiertas por el uso y la negociación.
- (62) Del mismo modo, una de las pocas definiciones sistemáticas del *Draft* en relación con el concepto de razonabilidad afirma en el art. I - 1:104: «Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices». Sobre la definición de lo razonable en el *Draft* vid. FERRANTE, *Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?*, en *Indret*, 1, 2010, consultable en [http://www.indret.com/pdf/710\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/710_es.pdf).
- (63) El concepto de operación económica, concebido por la escuela civilista romana, tiene el mérito de evaluar el acto de autonomía en general, independientemente de la consideración de sus componentes individuales, identificando una secuencia unitaria y compuesta que incluye a sí misma el reglamento, todos los comportamientos que están vinculados con él para lograr los resultados esperados, y la situación objetiva donde se encuentran todas las reglas y conductas. Por lo tanto representa un útil instrumento para aplicar normas más compatibles con las condiciones en que opera la negociación, porque permite de considerar también la asimetría de poder entre las partes, en fin de contrarrestar estas conductas que eluden las disciplinas protectoras de los intereses de la parte más débil. En tema véase GABRIELLI, *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, t. I, 31; id., *Il contratto e l'operazione economica*, en *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93; id., *Mercato, contratto e operazione economica*, en *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044.
- (64) D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, en D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit. 8, señala que la buena fe «opera cuando es necesario resolver un conflicto de intereses que no fue resuelto por el acuerdo y, por lo tanto, cuando el caso no puede ser decidido por la Interpretación auténtica, no manipulativa».

El control judicial (y aquí se evidencia una diferencia esencial con el tradicional control de la causalidad) es naturalmente finalizado no a la conformidad de la autonomía privada con el ordenamiento ésta tal (65), sino dirigido a la valorización de la autonomía sustancial de las partes contratantes. Esta autonomía se concreta en el específico programa negocial, intentando conservar el negocio en respeto de las exigencias del mercado y los intereses de la parte más débil (66).

Ulterior prueba de la relatividad de la injusticia del equilibrio constituye la disposición contenida en el art. II - 9:407, apartado 2, que excluye de la apreciación del carácter abusivo todas las cláusulas contractuales escritas de forma clara y comprensible referidas a la definición del objeto principal del contrato o la idoneidad del precio (67). El contrato entonces, puede estar vinculado solo al fin de establecer el presupuesto de una autonomía no distorsionada injustamente. Así, puedan preservarse los principios de libertad y justicia que se unen en respeto de las condiciones de un efectivo e igualitario ejercicio de la autonomía negocial, así como a solicitud de la *security* contractual (68).

El juez que emerge del *Draft* puede medir la injusticia negocial y el carácter abusivo del negocio, integrar el contenido del acuerdo en caso de ocurrencias o de lagunas dejadas por el

- (65) Hay que señalar, sin embargo, la reciente aparición de un sentido de la causa en función de la finalidad económica individual o práctica, según el cual, para encontrar la causa del contrato, se debe tener en cuenta el objetivo real, por el cual se terminó el contrato. Se niegan las determinaciones a priori del significado objetivo, que quiere la causa como función socio-económica, totalmente liberada de los fines de las partes, emergente al final de un proceso de abstracción de los mismos, impliéndolo así cualquier investigación sobre la verdadera intención de las partes. La Cass., 8 mayo 2006, n. 10490, en *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota de ROLI, considera el caso «función individual del único y específico contrato que independientemente de su estereotipo abstracto, siguiendo un proceso evolutivo del concepto de función social-económica de el negocio que, empezando de la cristalización normativa de los varios tipos contractuales, llega a comprender el uso que los contratantes han tratado de hacer de cada uno de ellos, adoptando la particular, específica (única a su manera) negociación». A raíz de ésta guía, por lo tanto, es necesario identificar en casibus la presencia o ausencia de la causa negocial, con la consecuencia de llegar a considerar potencialmente nulos por la ilegalidad de la causa también modelos contractuales típicos. Vid. También Cass., 26 enero 1995, n. 975 en *Contratti*, 1995, 362, con nota de AMBROSOLI. Para un análisis detallado cfr. BRECCIA, *Causa, cit.*, 66; NAVARRETTA, *La causa e le presta zioni isolate*, Milano, 2000, 212; ROLI, *Causa en astratto e causa en concreto*, Padova, 2008; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 452; ROPPO, *Il contratto*, en IUDICA-ZATTI (a cura de), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 2001, 23; pero ya CARNELUTTI, en *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 151, sostenía que «la causa es el interés que las partes tratan de satisfacer a través de el contrato» y FERRI, en *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 405, resaltaba la necesidad de mejorar la visión causal de los intereses de los asegurados.
- (66) No es casualidad que en el *Draft* como en los *Pec* la causa no está incluida entre los requisitos esenciales del contrato, criticando la concepción del control ejercida por ese elemento. Sobre esto tema cfr. BRECCIA, *Causa, cit.*, 3; id., *Causa e «consideration»*, cit. 575; Brogginì, *Causa e contratto*, en VACCA (a cura de), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, 31; CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, en id., (a cura de), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XV. Del mismo modo, el propósito conservador es claro en la hipótesis en la cual en el contrato hay un incumplimiento de una norma imperativa, donde a diferencia del art. 1418 c.c. que da al tribunal una facultad discrecional genérico, el *Draft* ésta biece una *model rule* (II - 7:302) que pone las directrices en las que el juez debe agir cuando debe decretar la anulación del contrato o su modificación. Entra ésta s hay los efectos de la norma transgredida, la categoría de personas a las que protección la norma es directa, y la existencia de una incidencia fuerte de la violación de la ley sobre la regla del contrato.
- (67) Es claro el reclamo de la Directiva 93/13 CEE donde el considerando 19 establece que «a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe hacerse sobre cláusulas que describan el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio de los productos o los servicios prestados; que, en la evaluación del carácter abusivo de otras cláusulas, se puede todavía tener cuenta el objeto principal del contrato y la relación calidad-precio». Por ésta s previsiones se puede deducir, como acertadamente señaló BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, en *Eur. dir. priv.*, 2008, I, 46, que si el objetivo «es realmente el de mantener un equilibrio justo de los contratos celebrados con consumidores, no se podría entender cómo el desequilibrio de los derechos y obligaciones que derivan de ellos y la iniquidad de las cláusulas que dan el cuerpo puede ser modificado mediante el simple hecho que ha tenido lugar una negociación».
- (68) Es necesario tener en cuenta que en el *Draft* hay dos categorías de principios: *underlying principles* y *overridings principles*, los primeros incluyen los principios de libertad, seguridad, justicia y eficiencia, mientras los segundos incluyen los principios de protección de los derechos humanos, promoción de la solidaridad y de la responsabilidad social de salvaguardar la diversidad cultural y lingüística, la defensa y promoción del *welfare*, los incentivos a la formación del mercado interior. Para una descripción más detallada vid. VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, en *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009, 57.

contenido original, o bien reelaborarlo a petición de parte, según el modelo abstracto de referencia. De esta manera, el juez puede asegurar a los contratantes en el conflicto social igualdad en las condiciones de partida, una *genuine freedom of contract* que constituye el presupuesto institucional de una economía de mercado (69). La buena fe es elevada por tanto, a regla general de referencia a seguir utilizando las directrices representadas por las libertades fundamentales, los derechos humanos y «toda norma constitucional aplicable», a la luz de las cuales se deben interpretar las normas del *Draft* (art. I - 1:102) (70).

La orientación europea plantea, pues, una buena fe como expresión de la función de «sociabilidad mercantil» asignada al Derecho privado, con la finalidad de lograr el objetivo declarado de equilibrar las necesidades del libre mercado y de la competencia justa con un acercamiento que observe las peticiones de todas las posibles partes débiles (71).

#### IV. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN PRINCIPIO

En lo que ha sido definido como un «conjunto caótico de tentativas sectoriales, que frecuentemente pretende reaccionar ante los abusos y desequilibrios de manera incompleta e improvisada» (72), no puede identificarse una regla general para todos los casos de grave desproporción entre las prestaciones recíprocas, ni sería deseable; como fue conjeturado antes, la generalización de un modelo de desequilibrio que implicaría el forzamiento indebido de un único tipo de desigualdad aplicado a todos los supuestos (73).

Parece innegable, no obstante, proporcionar al intérprete un parámetro determinado, cierto y flexible —identificar, por así decirlo, una especie de «dignidad de precio»— como en los casos

- (69) Cfr. DEAKIN, «Capacitas»: *Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, en *Eur. Rev. Cont. L.*, 2006, 317. Es oportuno en general señalar como están presentes lecturas diferentes y contradictorias de la referencia a la buena fe objetiva hechas por los modelos comunitarios de *soft law*, como afirma Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costitutivamente critico*, en *Europa e dir. priv.*, 2004, 445. *Ex multis vid.* SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 437; *id.*, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1097; *id.*, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, 17, distingue entre el Derecho comunitario y el Derecho europeo, atribuyendo al primero una concepción liberal y al segundo una concepción solidaristas. Por el contrario MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 624, cree fuertemente caracterizado en sentido conservador los proyectos de *soft law* europeos.
- (70) Sobre la importancia de los principios fundamentales del *Draft* y su conexión con los principios comunitarios véase el análisis de BRECCIA, *Principles, definitions and model rules nel «comune quadro di riferimento europeo»* (Draft Common Frame of Reference), *cit.*, 99.
- (71) Afirmando el objetivo en la Introducción de la versión más reciente, en el sentido «relativista» se lee: «*It is clear that the DCFR does not perceive private law, and in particular contract law, as merely the balancing of private law relations between equally strong natural and legal persons. But different readers may have different interpretations of, and views on, the extent to which the DCFR suggest the correction of market failures or contains elements of «social justice» and protection for weaker parties.*» Así VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, *cit.*, 10. Véase las reflexiones críticas de BUSNELL, *La fatidica evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, 303.
- (72) Así BRECCIA, *Causa*, *cit.*, 86.
- (73) Encuentran un principio general de protección del contratante más débil GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, 135; PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso de dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, en *Rass. dir. civ.*, 1999, 641. Observan, sin embargo la falta de una categoría general y abstracta de justicia contractuales VETTORI, *Libertà de contratto e disparità de potere*, en *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 743 e BAZOLI, *Giustizia e uguaglianza. Modelli Bibliici*, BRESCIA, 2005, 5.

de asimetría social, cuando el art. 36 de la Constitución italiana pone a la definición de la remuneración del trabajador el límite de la *esistenza libre y decorosa* (74).

Se ha visto como la reflexión sobre la buena fe, lejos de quedar circunscrita en el Derecho italiano, ha manifestado una profunda vocación expansiva influenciando los textos más avanzados de *soft law*. De hecho, la buena fe asume importancia, aun cuando con diversos significados, en casi todos los sistemas europeos como portador del principio de igualdad sustancial, fuente de un derecho contractual de tipo conflictivo y solidario (75).

No obstante lo anterior, es oportuno precisar que si bien resulta difícil estar de acuerdo con aquellos que consideran que la buena fe «no tiene nada que ver (...) con el reciente fenómeno de la tutela civil del contratante débil», ni «nada que ver con la Constitución» (76), del mismo modo se necesita evitar una conexión «fuerte» entre la buena fe y las instancias reconducibles a una ética solidaria, que al final asignarían a la cláusula un rol moralizador del intercambio (77).

- (74) Véase, por ejemplo, los muchos aunque parciales intentos presentados para guiar a la corte para determinar el «precio justo competitivo». Entre los diversos métodos de cálculo del precio de mercado en el sistema de competencia se acuerda: el cálculo del costo de producción del bien o servicio y la aplicación a este costo de un margen de beneficio competitivo, el llamado *before-and-after*, que consiste en el comparar el precio del período durante la práctica *antitrust* con el precio del momento inmediatamente anterior del comienzo del cartel, o inmediatamente después de su terminación, el llamado *yardstick approach* que resulta por la comparación del precio del mercado afectado por el cartel contrario a la competencia con el precio de mercados similares en condiciones competitivas. Sobre esto *vid. ex multis* AFFERNI, *Risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale - Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso de causalità e prova del danno*, en *Danno e resp.*, 2007, 764. Para una comparación con el Derecho de trabajo *cf.* PLANA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, en *Arg. dir. lav.*, 2008, 713.
- (75) Sobre esto tema véase SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, en *Pol. dir.*, 2004, 263, cuyos reflejos se encuentran ya en BARCELONA, *I controlli della libertà contrattuale*, en Rodotà (por), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 285. La coordinación entre la buena fe y el principio constitucional de solidaridad está bien establecida en el ordenamiento italiano donde, llegando a distintos rellanos, se considera la cláusula de buena fe, como un vehículo para la aplicación de la solidaridad económica y social del art. 2 de la Constitución italiana (*vid. ex multis* BUSNELL, *Note en tema de buona fede ed equità*, *cit.*, 556; RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 9; DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, en *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1997, 9; DE MAJO, *Principio de buona fede e dovere de cooperazione contrattuale*, en *Corr. giur.*, 1991, 793; BIANCA, *Diritto civile*, III, *cit.*, 505). Es necesario, sin embargo, señalar que, como sostiene la doctrina (CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 125), por razones de historia y de jerarquía de las fuentes son los principios constitucionales a encontrar una expresión concreta, y dar a ellos sentido. Del mismo modo, la conexión entre la buena fe y el principio de solidaridad se encuentra también en Francia y Alemania sobre las cuales véase WHITTAKER-ZIMMERMAN (a cura de), *Good Faith in Eur. Cont. L.*, Cambridge, 2000, 7; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I - Contrat et engagement unilatéral*, París, 2008, 81, así como, cada vez más, incluso en los sistemas de *common law* como afirman *ex pluribus* CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi de diritto europeo*, en MAZZAMUTO (a cura de), *Il contratto e le tutele. Prospettive de diritto europeo*, Torino, 2002, 653, y AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche de attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, 2003, 123.
- (76) Así PLANA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, *cit.*, 710.
- (77) En tal sentido alguna doctrina ha pasado a considerar las limitaciones de la autonomía privada prescindiendo de un interés general del mercado *cf.* BIANCA, *Il contratto*, *cit.*, 473; RODOTÀ, *Le fonti de integrazione del contratto*, *cit.*, 112; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rass. dir. civ.*, 1995, 84; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 150; O'RO, *Principi*, en *Tratt. dir. comm.*, diretto por BUONOCORE, Torino, 2001, 68; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, en *Contr. e impr.*, 2000, 924. Críticamente *cf.* CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 617; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 331, y en diversa perspectiva *cf.* NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *cit.*, 27.

El vínculo entre la buena fe y la Constitución italiana, si bien actual, no se deriva del valor establecido por el art. 2 Const. italiana (78), sino de una lectura del deber privado de solidaridad a la luz del deber público de eliminar los obstáculos de carácter económico y social previsto por el art. 3, párr. 2, Const. italiana (79). Especialmente es necesario hacer referencia al principio de libertad y conciencia de la elección, deducible también del límite a la libertad concedida a la iniciativa privada por el art. 41, párr. 2, Const. italiana (80).

Debido a esta razón la idea de que el contrato pueda ser utilizado en función de la justicia, en el sentido de restricción de la libertad contractual en favor de la tutela de la parte débil, es perseguida con el fin de garantizar a todos los sujetos, individualmente considerados, igualdad de oportunidades en el momento inicial de los conflictos sociales, según un modelo de justicia distributiva (81) ya existente en los art. 1447 y 1448 del código civil italiano.

Consecuentemente, la iniciativa económica, a la cual es reconducible la autonomía contractual, no puede ser vulnerada por un control judicial del equilibrio negocial, en extremo intervencionista, que violaría la tutela constitucional, poniéndose más allá de los límites reconocidos (art. 41, párr. 2, Const. italiana) a la utilidad social, la seguridad social, la libertad y la dignidad humana (82).

Es, entonces, el propio sistema jurídico que ofrece las directrices para la solución de los conflictos que la buena fe está destinada a definir, según una teoría de los valores que combina

- (78) El art. 2 Const. afirma que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social». La conexión entre la buena fe y el principio constitucional de solidaridad social a que se reconoce efecto inmediato entre las relaciones privadas se ha establecido sobre todo en el derecho civil de los años 60 y 70: *vid. ex multis* RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 172; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 389; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975. Para un análisis del proceso de «constitucionalización del derecho privado» véase PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, en *Riv. dir. priv.*, 2007, 522.
- (79) El párr. 2 del art. 3 Const. afirma «Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país». Para el debate sobre la efectividad inmediata del art. 3 Const. Respecto a la autonomía privada *cf.* RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; GALOPPINI, *Osservazioni sul principio de parità de trattamento nel diritto privato*, en *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 7; RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971; BARCELLONA (a cura de), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, 1973; LIPARI (a cura de), *Diritto privato: una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; PERLINGIERI, *Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile*, en *Rass. dir. civ.*, 1980, n. 3, 724.
- (80) *Vid.* Corte Const., 15 mayo 1990, n. 241, en *Giust. civ.*, 1990, I, 2785. Para la eliminación de las barreras que limitan la igualdad *vid. ex pluribus* ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 3; y DE MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, ivi, 5. L'Interpretación de l'art. 41, par. 2, Const. como especificación de l'art. 2 Const. está dada por OPPER, *L'iniziativa economica*, en Aa. Vv., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano 1990, 66; IRTI, *Concetto giuridico de mercato e doveri de solidarietà*, en *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 115. *Contra* Galgano, *Art. 41*, en GALGANO-RODOTÀ, *Rapporti economici*, en BRANCA (a cura de), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 11; DONATI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, en *Riv. dir. ind.*, 1992, 335. En general sobre el problema de la protección constitucional de l'autonomía privada *cf.* LESERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, *passim*, e Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1.
- (81) Véase la contribución del *Group on Social Justice in European Private Law* que ha escrito un Manifiesto para afirmar el contenido de la justicia social en el derecho civil y en el derecho de contratos en particular: *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, en *Eur. L. J.*, 2004, 653. *Cf.* SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; BARCELLONA, *L'idea sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 717. *Contra* SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787; PH. FABBIO, *Disparità de forza contrattuale e abuso de dipendenza economica*, en OLIVIERI-ZOPPINI (a cura de), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, 153.
- (82) En este sentido MENGONI, en *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 4 afirma que los principios constitucionales «pueden limitar la libertad de contrato sólo con la mediación de la ley». En relación al contexto europeo sobre los límites de la autonomía privada véase el análisis de NATALI, *Tutela della libertà d'impresa, nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta de Nizza*, en *Contratti*, 2004, 729.

el mercado con una idea de funcionalización social (83). Por otro lado, incluso adoptando la perspectiva del *law and economics*, observamos que las versiones más modernas del análisis económico del Derecho demuestran que el utilitarismo contempla también razones de justicia distributiva. De hecho, se puede observar como la buena fe permite reaccionar al fracaso del mercado con el fin de reducir consecuencias adversas derivadas de las asimetrías informativas que pueden incidir sobre una adecuada valoración de la conveniencia del negocio (84).

Las relaciones entre derecho y mercado se desarrollan, entonces, sobre un plano donde se constata que las desigualdades sociales se derivan del estado de desequilibrio entre las prácticas contractuales y el paradigma auténtico del libre comercio. Consecuentemente, se reserva a la ley el cometido de reconocer y proteger a los sujetos privados la libertad del *an* y del *quommodo* del contrato, garantizando que la distribución de la riqueza sea gobernada por las reglas del mercado, libre de situaciones contrarias a la competencia, así como de perturbaciones de la racionalidad económica y de asimetrías cognitivas. Estas últimas, efectivamente, podrían llevar a la parte más débil a celebrar un contrato que de otra manera no habría celebrado, a concluirlo en condiciones diferentes de aquellas bajo las cuales ha celebrado o, a no celebrar un contrato que de otro modo habría celebrado.

La buena fe es, por lo tanto, llamada a interpretar una sensibilidad que promueve la libertad contractual sustancial, porque concreta tanto los principios de transparencia y consentimiento informado, a través de la previsión de los deberes de información (85), como la tutela de la capacidad de autodeterminación, necesaria para permitir al contratante débil la posibilidad de elegir de manera eficiente los bienes y servicios ofrecidos (86).

Dado que la justicia representa en sí misma una utopía, no parece posible determinar objetivamente un precio justo, utilizando como referencia concreta, el valor intrínseco o de uso del bien, sino imponiéndolo a las partes. En consecuencia, tendremos un contrato justo solo si el proceso de formación que origina las disposiciones contractuales es conducido según el principio de igual libertad y conciencia de la elección entre las partes (87).

La interferencia judicial será admisible únicamente con relación a los a desequilibrios en la igualdad sustancial de los contratantes o cuando emerjan derechos primarios de la persona,

- (83) *Cf.* NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, cit., 529, y SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità de protezione*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, 482.
- (84) Las mismas investigaciones los economistas jurídicos reconocen el equilibrio entre la política de competencia y protección al consumidor de la buena fe, siempre que las formas objetivas de la redistribución operada a través de la ley de contratos relativos a un control más riguroso de la efectividad. Se excluye que se pueda responder a las demandas distributivas aprovechando sólo de la fiscalidad pública. Cuando el problema de la redistribución se plantea en relación a clases de los individuos (consumidores, trabajadores), entonces las reglas del derecho privado en general, y las del derecho del contrato en particular «pueden ser un instrumento efectivo y deseable también en términos de eficiencia» como afirma SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, en *Europa dir. priv.*, 2007, 330. En particular véase, POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, en *Yale L. J.*, Yale, 2003, 112, 829; VICKERS, *Economics for consumer policy, speech to the British Academy Keynes Lecture*, 2003, en [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk).
- (85) Sobre el problema de información asimétrica *cf.* PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, en COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, Torino, 2004, 149; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; GENNU, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, en *Riv. dir. priv.*, 2004, 555; IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, en *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 139; AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, en *Quarterly Journal of Economics (The MIT Press)*, LXXXIV, 1970, 488.
- (86) *Cf.* BARCELLONA, *Condizioni generali de contratto e tutela del contraente debole*, en Aa. Vv., *Condizioni generali de contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 66; DE GIOVANNI, *La regola de trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Para el sustrato económico y las teorías neoclásicas *vid. ex multis* en STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, en *Stato e merc.*, 2000, 3.
- (87) Véase IRTI, *Persona e mercato*, en *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 101; VON HAYEK, *Verso la schiavitù*, Milano, 1948, 66; *Id.*, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1994, 316; EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1948, 8.

sobre todo, la dignidad, ubicada junto a la seguridad y libertad como límite a la iniciativa de mercado, conforme el art. 41, párr. 2, Const. italiana (88).

En el contexto de la relación obligatoria, la cláusula general de la buena fe, enriquecida por una *vis normativa* de derivación constitucional, deviene en aquella encargada de especificar los deberes inderogables desarrollados anteriormente como garantía de los intereses contrapuestos de las partes (89); la cual, aplicada a los contratos, exigirá que cada uno de los contratantes sea obligado a no perjudicar los intereses del otro (90).

Por consiguiente, el juez podrá eventualmente corregir el reglamento negocial desequilibrado a fin de restaurar el «correcto *status quo* inicial» (91), operando, de conformidad con el mejor interés de las partes, una valoración «de segundo grado», sin ninguna función integrativa dirigida a investigar la conveniencia del intercambio (92). Viceversa, en caso de introducirse un control jurisdiccional de mérito, en ausencia de desigualdad en el ejercicio de la autonomía privada, se comprometería la aptitud de la declaración contractual para producir una confianza, repudiando, por lo tanto, la libertad contractual (93).

El diverso criterio de la equidad, entendida como la valoración externa del acto en calidad de control y hetero-integración, se relaciona, en cambio, más estrechamente a perfiles de justicia derivados directamente del principio de igualdad. La finalidad es la de atenuar las desigualdades injustificadamente sufridas por aquella parte reconocida —en concreto— como débil, implicando una ingerencia en la autonomía contractual (94).

- (88) Vale la pena recordar que la doctrina no es unívoca. De hecho, mientras algunos reconocen en la búsqueda del máximo beneficio el objetivo final de las dinámicas mercantiles, afirmando la ecuación entre mercado libre y utilidad social (así LIBERTINI, *Autonomía privada e concorrenza nel diritto italiano*, en *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 441; OPPER, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, en *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543; SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 421, y, en posición diferente MONATERI, *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, en D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 57). Otra escuela adopta un concepto de mercado sintético que debe tener como objetivo también la protección de los derechos humanos fundamentales, en respuesta a los desequilibrios macroeconómicos con la preservación de una axiología de valores. Véase NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 529; BUSNELLI, *Conclusioni*, en SIRENA (a cura de), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 161; Id., *Carta dei Diritti e autonomia privata*, en VETTORI (a cura de), *Contratto e Costituzione europea*, Padova, 2005, 59; SCALSI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 482.
- (89) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 14; Id., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 18; RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en *Riv. dir. comm.*, 2967, I, 83; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1; GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., 150.
- (90) Se confirma entonces una «solidaridad contractual» a la luz de que la buena fe se identifica en la «obligación de cada parte para preservar la utilidad de la otra en la medida en que esto no comporta un apreciable sacrificio», así BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 505.
- (91) Así RAWLS, *Una teoria della giustizia*, 1971, en MAFFETONE-VECA (a cura de), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma-Bari, 2001, 329.
- (92) Así NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 39. Véase también LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, en *Contr. e impr.*, 1985, 2, 309; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., 923; Id., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., 509; PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., 560; Id., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, en *Rass. dir. civ.*, 2001, 347; ROLL, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?», en *Contr. e impr.*, 2001, 2, 261.*
- (93) Vid. ex multis SACCO, en SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 28.
- (94) En el ordenamiento italiano hay muchos casos de intervención equitativa del juez que, aunque se resuelve en favor de una de las partes, sin embargo no es directo a la protección de un interés particular. Un ejemplo es el poder, según lo el art. 1226 del código civil, incluso sin una solicitud específica de las partes, de liquidar el daño con una evaluación equitativa si el mismo no puede ser probado en la cantidad exacta. Otro ejemplo es el caso donde una de las partes ha pedido el resarcimiento de los daños en forma específica y el juez, como afirma el art. 2058 del código civil, establece que la compensación se hace «per equivalente», considerando que la reintegración en forma específica sea excesivamente onerosa para el deudor. Ésta opción puede ser ejercida *ex officio* evaluando que puede ser difícil para el deudor cumplir la obligación del resarcimiento: en este caso el juez tiene que estimar la carga para el deudor.

A diferencia de la cláusula de la buena fe, por la equidad no se originan derechos a favor de las partes, sino que se reequilibran los ya existentes conforme una lógica de mercado: la equidad por lo tanto, produce una expansión significativa de las competencias del juez respecto de la apreciación de las circunstancias que de otra manera serían irrelevantes. El juez puede, entonces, modificar el reglamento contractual en concordancia con la lógica particular del tipo de operación económica que este implica, determinando la medida de las utilidades que las partes habrían alcanzado si hubiesen sido razonables (95). En este sentido, constituye expresión de la auténtica concordancia de la cláusula penal con las valoraciones personales la referencia del art. 1384 del *codice civile* al interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación, de la cual emerge la relevancia para el ordenamiento de las razones del intercambio.

**P**or la equidad no se originan derechos a favor de las partes, sino que se reequilibran los ya existentes conforme a una lógica de mercado

El reconocimiento del ejercicio oficioso de la facultad de reducir la cláusula penal considerada excesiva (96), se enmarca en el amplio movimiento que en ámbitos del antiformalismo jurídico de los años sesenta y setenta del siglo pasado afirmaba la idea de la naturaleza declarativa de la función interpretativa. Se reconoce a la cláusula general de la buena fe el rol de contribución creativa al intérprete, quien aislando las conductas que justifican la aplicación, concreta la regla jurídica individualizándola *a posteriori* como resultado de la actividad interpretativa (97). Esta contribución encuentra hoy confirmación también en los Principios *Unidroit* en el *Draft* donde, como hemos visto se reconoce al juez, a petición de una de las partes, la posibilidad de modificar el contrato o sus cláusulas, a fin de conformarlo a los criterios ordinarios de corrección, a través de una *reductio ad aequitatem* (98).

Resulta necesario, por lo tanto, despojar a la buena fe de referencias dogmáticas, para asumirla como principio instrumental de tutela del ejercicio concreto de la autonomía privada. Ésta representa el límite interior de cualquier situación jurídica contractual, con el fin de actuar la justicia sustancial intrínseca al resultado negocial (99). De hecho, es necesario delimitar la posible ampliación del contenido del contrato y, al mismo tiempo, evitar que «a pesar del respeto formal al núcleo esencial de la relación contractual (...) puedan igualmente ser violados los intereses directa o indirectamente involucrados» (100).

Activada en la práctica social y recogida por el ordenamiento bajo la forma de cláusula general, la buena fe constituye el *estándar* de valoración de conductas, es decir, el filtro del juicio para discriminar en el caso concreto el abuso. Este último parte del contraste no con las

- (95) Vid. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti de una teoria*, Torino, 1996.
- (96) Cfr. Cass., Sez. Un., 13 septiembre 2005, n. 18128, en *Danno e resp.*, 2006, 411, con nota de MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e de RICCO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti de autonomia privata*. En el Derecho de los EE.UU. está prohibida la concesión de una pena mayor de los *expectation damages* (*liquidated damage clause*): de otra manera se configura una *penalty clause*. Ver. KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, en *Cornell L. Rev.*, 83, 1998, 678.
- (97) Cfr. MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 739; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 9; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione de norme*, en *Pol. dir.*, 1998, 638.
- (98) Véase BONELLI, *An International Restatement of Contract Law*, cit., 67.
- (99) Cfr. Cass., 20 abril 1994, n. 3775, en *Giust. civ.*, 1994, I, 2168, con nota de MORELLI; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, en *Giust. civ.*, 1997, I, 107, con nota de VIDIRI; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, en *Contratti*, 2009, 1009.
- (100) Así BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 128.

reglas, sino con los principios de un sistema jurídico dado, y consiste en el ejercicio efectivo por parte del titular del derecho dirigido a apropiarse de «utilidades diferentes y ulteriores» (101) respecto de aquellas que el ordenamiento pretende asignarles en abstracto, con el fin de lesionar un derecho ajeno (102).

Precisamente la fórmula del abuso del derecho, desarrollada en Italia por la jurisprudencia (103), implica un análisis complejo del ejercicio de la situación subjetiva de ventaja. Es un concepto nuevamente despojado de presuntas apariencias dogmáticas, con referencia a la situación de una empresa en posición dominante o capaz de determinar una situación de dependencia económica, o bien a las cláusulas vejatorias en los contratos de consumo (104). El abuso entonces no es más individualizado en el perfil interior del contenido del programa negocial, sino encuadrado en la amplia perspectiva que caracteriza a la «asimetría de poder contractual» (105), la cual incluye las relaciones objetivas que siguen al desarrollo de la iniciativa económica (106).

Como consecuencia, este se libera del enlace con el derecho subjetivo para presentarse como abuso de poder —informativo, económico, social— evolucionando a un abuso del derecho de producir normas privadas que determinan las relaciones jurídico-económicas: el juicio de abuso tiende por ello a traducirse en una valoración articulada en el caso concreto del equilibrio establecido por la autonomía privada, o bien de los derechos y deberes que caracterizan el ejercicio y la estructura de los poderes de las partes. Esto con el fin de privilegiar el interés considerado, *ex post*, digno de tutela jurídica (107).

La investigación por lo tanto, debe ser desarrollada teniendo en cuenta no solo el supuesto de hecho contractual, sino también el perfil externo, o a las circunstancias que toman parte, en mayor o menor grado, en la composición del sistema de intereses. La misma valoración en

- (101) Vid. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, en *Contratti*, 2010, 19.
- (102) En propósito véase el análisis de AMENZA-MANERO, *Illecito atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento de potere*, Bologna, 2004. Sobre la posible reconducción de la figura del abuso al ilícito *cf.* BUSNELLI, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, en *Studi in onore de Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 171-212; BRECCIA, *L'abuso del diritto*, en *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 11; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 68; MESSINETTI, *Abuso del diritto*, en *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 15 e 18.
- (103) El abuso de los derechos ha desempeñado tradicionalmente el papel de un «caballo de Troya» cuya utilidad se ve en función correctiva de las normas jurídicas para el titular de un derecho subjetivo determinado, en el supuesto de que la aplicabilidad de las normas se expanda para incluir los casos en que el resultado final y concreto no se justifica a la luz de los principios jurídicos. Véase NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18. En numerosas decisiones de la jurisprudencia se afirma que el abuso del derecho «es una violación de la buena fe y se encuentra en la actitud del contratante que ejerce el derecho para un fin distinto de lo que es ordenado por la ley o por el contrato», así *ex multis* Cass., 16 octubre 2003, n. 15492, en *Foro it.*, 2004, 1845; Cass., 11 diciembre 2000, n. 15592, *iv*, 2001, I, 2374; Cass., 14 julio 2000, n. 9321, *iv*, 2000, I, 3495. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece en el art. 54 que «nadie puede ejercer un derecho o realizar actos tendientes a destruir los derechos y las libertades reconocidos, y puede imponer a estos derechos y libertades limitaciones más amplias que las previstas en la Carta».
- (104) Como observa recientemente VETTORI, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, en *Obbl. e contr.*, 2010, 169, «la legalidad de la acción no comienza donde termina una configuración abstracta de la figura subjetiva, pero se choca, en la realidad del ordenamiento, con una serie de deberes que influyen positivamente el ejercicio y la misma definición estructural del poder». *Cf.* también NATALI, *La subfornitura*, *cit.*, 207.
- (105) Esta expresión sistemática es dada por ROPPO, en *Contratto de diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo de un nuovo paradigma*, *cit.*, 53.
- (106) Para un análisis del problema del abuso del derechos y su relación con la buena fe *cf.* BRECCIA, *L'abuso del diritto*, en *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 5 ss.; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, en ALPA-GRAZIADEI-GUARNIERI-MATTEI-MONATERI-SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, 281; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *cit.*, 26; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *cit.*; GALGANO, *Trattato de diritto civile*, II, Padova, 2009, 556; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto* (nota a Cass., 18 septiembre 2009, n. 20106), en *Contratti*, 2010, 5.
- (107) Vid. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, en *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 5; COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, en *Giust. civ.*, 2001, I, 2444; AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, en *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive de una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, 255, que habla de «proceso de objetivación del abuso».

concreto valdría también para evitar claras disparidades en situaciones donde los presupuestos de la debilidad contractual podrían ser invocados para reaccionar ante un desequilibrio resultado de la simple y genérica inexperiencia del contratante (108).

Tratando de esbozar una perspectiva de protección que supere las distinciones específicas de los supuestos de hecho, para impregnar el área de contrato en su totalidad, resulta necesario identificar una referencia normativa que pueda servir como nexo entre los principios constitucionales y las normas sectoriales. En este sentido, es posible encontrar tal parámetro sustancial en el art. 1366 del *codice civile*, utilizado como «vector» entre las normas especiales y los principios, a fin de «medir» a la luz de los derechos y de las libertades fundamentales también las circunstancias del caso concreto, en los contratos que no son *a priori* adscribibles a uno de los tipos previstos (109).

Ciertamente tal relevancia naturalmente expansiva de esta norma del *codice civile* no parece facilitada por las recientes decisiones de política del derecho, las cuales han transferido la disciplina de los contratos de consumo del *codice* al *código del consumo*, aún cuando el art. 1469-bis del *codice*, someta de manera explícita la disciplina especial a aquella general, allí donde esta no haya sido derogada. Sin embargo, la buena fe se reafirma también en el código sectorial de consumo, donde el art. 2 afirma el reconocimiento como derechos fundamentales de los derechos «al ejercicio de las prácticas comerciales en conformidad con los principios de buena fe, corrección y lealtad» y «a la corrección, transparencia y equidad en las relaciones contractuales» (110). No siendo, por otra parte, admisibles áreas caracterizadas por privilegios corporativos en tema de desequilibrio contractual, detrás de la pantalla de una retórica proteccionista inspirada en una idea de justicia (111).

Parece, entonces, útil y necesario, escapando de visiones parciales, identificar un nivel alto de abstracción y generalización subjetiva a través de la función de las cláusulas generales, las cuales pueden realizar los principios en diálogo con las sub-categorías. El objetivo prefijado es aquel de alcanzar incluso en los espacios excluidos de la racionalización funcional, en los cuales aún el instrumento contractual es funcional con fines de dominación, apoyado por motivaciones competitivas o antieconómicas (112).

En ámbitos de una complejidad móvil del Derecho emerge un cuadro multinivel, en el cual la relación generalidad-especialidad no corresponde más a la relación integración-excepción. Esto desde el momento en que es posible encontrar núcleos normativos transversales pseudo-

- (108) En propósito *cf.* NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, *cit.*, 514.
- (109) Esta construcción es propuesta por BIGLIAZZI GERI, *Note en tema de interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, *passim*; Ead., *L'interpretazione del contratto*, en SCHLESINGER (a cura de), *Commentario al codice civile*, Milano, 1991, 208; Ead., *L'interpretazione. Appunti delle lezioni de teoria generale del diritto*, Milano, 1994, 153; Ead., voce *Buona fede nel diritto civile*, en *Dig. Disc. Priv.*, 1988, 170. Vid. también BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1986, I, 2, 792.
- (110) Igualmente el art. 39 *cód. consumo* establece que «Las actividades comerciales se fundan sobre los principios de buena fe, corrección y lealtad, evaluados también considerando las exigencias de protección de las categorías de consumidores». Vid. BUSNELLI, *Conclusioni*, *cit.*, 151; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, en *Contratti*, 2006, 159; VETTORI (a cura de), *Codice del consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette e azione*, Padova, 2009, 89.
- (111) *Cf.* BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive de armonizzazione*, *cit.*, 347; BIGLIAZZI GERI, *Subart. 1469-bis, co. 1, c.c., Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, en BIANCA-BUSNELLI-BIGLIAZZI GERI (a cura de), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, en BUSNELLI-BIANCA (a cura de) *Le Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, 792.
- (112) Las principales posiciones doctrinales están polarizadas: una doctrina afirma un generalizado dominio mercantil, mientras otra identifica en las cláusulas generales una expansión de la autonomía de los códigos civiles. Vid. MONATERI, *Ripensare il contratto: per una visione antagonista del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni de consumo*, en *Eur. dir. priv.*, 2004, 1036. Para una visión general *vid.* BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*, en VETTORI (a cura de), *Contratto e costituzione europea*, Padova, 2005, 59.

sectoriales que superan las tradicionales vallas agregándose en torno a principios comunes que surgen de ellos. Los mismos núcleos normativos se conectan, a través de las cláusulas generales, a una acepción afirmativa de la libertad en consonancia con los Derechos constitucionales (113).

Dentro de estos parámetros, el juez, en conformidad con el art. 1366 del *codice*, deberá considerar si el reglamento contractual ha sido, en concreto, invalidado por la disparidad contractual debido al abuso de una posición dominante, e intervenir en el marco de las cláusulas generales del Derecho civil.

Se realiza entonces, una comunión entre los criterios exegéticos representados por los principios expresos en la Constitución italiana y ahora también en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, autenticados y filtrados por la buena fe, y la protección de la común e igualitaria intención de las partes (114). Tal proceso no debería ser efectuado recomponiendo la voluntad de las partes, a través de presunciones, sino reconstruyendo aquello que las partes hubiesen debido prever en el contrato utilizando la buena fe (115).

A través de qué instrumentos remediadores debe concretarse esta intervención es una cuestión a la cual los principios no responden directamente, consintiendo un amplio margen de acción.

#### V. ANÁLISIS DE LAS TUTELAS EN EL DRAFTY EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

En ausencia de la determinación de un concepto general y abstracto de la justicia contractual es posible admitir una racionalización del sistema bajo la protección de la cláusula general de la buena fe. Ésta, en el sentido antes visto, justifica el trato diferenciado, reconociendo el significado de la figura del abuso del derecho, con el objetivo de revelar la concreta ejecución y la estructura íntima del poder. En tal contexto, parece imprescindible el intento de elaborar instrumentos de tutela nuevos y eficaces para los casos de violación del equilibrio contractual, tales como ponerse al lado de la tutela preventiva y genérica de corte principalmente publicista.

Portador de ideas interesantes, también en esta materia, el Derecho privado europeo, en especial el art. 3.10 de los *Principios Unidroit* y el art. II - 7:207 del *Draft of a Common Frame of Reference*, donde se destaca «un cambio de atención de las opciones dogmática (...) al plano de las consecuencias en términos de modulación de la eficacia y de la ineficacia contractual» (116). Ambas, en efecto, contemplan como sanción a la desproporción la invalidez del contrato o de sus cláusulas y, en alternativa, la corrección del contrato por el juez a fin de

(113) Además de varias leyes específicas, el principio de la justicia en los contratos o más bien de la proporcionalidad se puede obtener en el código civil italiano por los arts. 2873, par. 2; 2875; 1941, par. 1 y 3; art. 1448, mientras que el impulso a la «igualdad de tratamiento» se recaba ya sea en el suministro de bienes y servicios por parte del monopolista (art. 2597 c.c.), en los servicios de transporte (art. 1679 c.c.), o en la disciplina de la protección de los consumidores ya prevista por los arts. 1339, 1341, 1342, 1370, 1525, 1526 c.c.

(114) Cfr. VETTORI, *L'interpretazione de buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, en *Riv. dir. priv.*, 2008, 675; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, cit., 531; BUSNELLI, *Carta dei Diritti e autonomia privata*, cit., 59.

(115) Vid. ex multis CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi de diritto europeo*, cit., 54.

(116) Así BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, en MAZZAMUTO (a cura de), *Il contratto e le tutela*, Torino, 2002, 241.

hacerlo conforme o ponerlo en armonía con el principio de la buena fe, previendo la innovación de la bilateralidad de la iniciativa modificadora a la cual tienen derecho ambas partes (117).

A este punto, resultan obvias las ventajas de ésta construcción que, omitiendo la referencia a condiciones subjetivas y objetivas rígidas, deja sin efecto el contrato, sin esperar la decisión del juez, quien no obstante, intervendría a petición de una de las partes adaptando el reglamento contractual según el parámetro de la corrección (118). Las disposiciones apenas citadas se demuestran entonces innovadoras pues sin declarar la nulidad por oposición al orden público, se distinguen de la tradicional anulabilidad por vicios de consentimiento. De hecho optan por un remedio funcional, buscando preservar el contrato no más injusto, en defensa de un interés considerado indisponible.

Como resulta evidente en los más modernos textos de Derecho privado europeo, se trata de lograr el objetivo de construir un mercado común a través de una invalidez que se concreta en una integración sancionadora realizada por el juez, cuya revisión excede el marco formal del contrato para invadir el área de su materialidad (119).

La construcción europea de una invalidez que tiende a la conservación del contrato, confiada a la autonomía de las partes en el marco de un fuerte papel del juez, podría sin embargo, plantear dudas respecto del desequilibrio entre un instituto que identifica su fundamento en la búsqueda del equilibrio del contrato como un orden público de protección económica, por un lado, y el remedio tradicionalmente dirigido a reaccionar a las distorsiones de los procesos volitivos, con la consecuente dificultad de detectar de oficio el excesivo desequilibrio o el beneficio injusto, por el otro. En este caso, sería entonces evidente el contraste con el enfoque adoptado por la Corte Europea de Justicia en relación a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores con referencia a la directiva 1993/13/EC (120).

Se debería por tanto confirmar que no existe una línea divisoria entre la anulabilidad y la nulidad relativa, si no hubiese sido ya superada en la legislación especial, sobre todo en aquella de origen comunitaria, la tradicional dicotomía entre los dos regímenes de invalidez. De hecho, se afirma un sistema fundado sobre distinciones meramente funcionales, justificadas por la atención prioritaria a la plena efectividad de la regla a ser aprobada (121).

En términos generales, como resulta cierto, la reciente legislación italiana sobre protección de contratante más débil, así como las directivas UE, están dirigidas siempre a tutelar no tanto la autenticidad de la elección contractual, sino el interés general en la formación y eficiencia del mercado único. Este interés puede ser perjudicado por operaciones económicas referibles a clases de contratantes con un *bargaining power* inferior respecto de su contraparte (122).

(117) En los varios ordenamientos europeos el problema de la corrección o integración del juez es resuelto en maneras diferentes, como afirma CASTRONOVO, *Principi de diritto europeo dei contratti*, cit., 294, donde hace referencia al art. 1161 del *code civil* francés, en el art. 3:54 BW, al § 935 ABGB, al § 31 del código civil portugués, al art. 1118 del código civil de Luxemburgo.

(118) Vid. BRECCIA, *Causa*, cit., 83.

(119) En mérito cfr. BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 317; Id., *Il contratto e l'economia globale*, en *Contratto e Lavoro subordinato. Il diritto dei privati alle soglie del 2000*, Padova, 2000, 33; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, en LIPARI (a cura de), *Diritto privato Europeo*, III, Padova, 1997, 518; IRTI, *La nullità come sanzione civile*, en *Contr. e impr.*, 1987, 451.

(120) Cfr. C.G.E., 27 junio 2000, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, en *Eur. dir. priv.*, 2000, 1173 con nota de ORESTANO. En general sobre la directiva véase BUSNELLI-MORELLO, *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, en *Riv. not.*, 1995, 377.

(121) La perspectiva funcionalista en relación con la distinción entre las diversas hipótesis de invalidez se sugiere por GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, en *Traité du droit civil*, PARIS, 1980, 1034, y, en Italia, por TRIMARCHI, *Istituzioni de diritto privato*, Milano, 1996, 278. Para una discusión de los muchos casos de invalidez que se desvían de las normas del *codice civile*, refiérase a PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*; POUJOL, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 246.

(122) Vid. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, en *Europa e dir. priv.*, 2001, 275, y BARCELONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 227.

De esta manera se explica la preferencia por los remedios dirigidos al mantenimiento y corrección, como la nulidad parcial, la ineficacia de determinadas cláusulas, la integración de contenido del contrato y la imposición de un contenido esencial, los cuales favorecen el fin preventivo y conservador del contrato en lugar de aquel abrogador o invalidante (123). En efecto, con la nulidad absoluta se corre el riesgo frecuentemente de perjudicar el interés del mismo sujeto débil que inicialmente se quería proteger.

En los *Principios Unidroit* y en el *Draft*, donde se prevé como tutela general la anulabilidad parcial preliminar a la corrección judicial, se reconoce un «exceso de mantenimiento» que desborda en una expropiación de la voluntad de las partes. Entonces, se puede observar un cambio radical de la visión general, si se la compara con el sistema tradicional de los ordenamientos continentales. Estos últimos, alcanzada la finalidad de salvaguardar y la adecuada formación del proceso volitivo, tienden a no entrometerse en el *quid actum* entre los contratantes (124).

En efecto, el *codice civile* impregnado de la teoría consensualista, por un lado, ha producido una disciplina de los vicios de la voluntad a los cuales se acompaña el remedio rescisorio con presupuestos legales preconcebidos, donde la importancia de la desproporción está directamente vinculada a una alteración de la libertad de elección del contratante (125). Por otro lado, el código italiano, incluso admitiendo en algunos casos intervenciones heterónomas *jussu judicis* en sentido correctivo, las subordina a una expresa previsión legal (126).

Muestra de tal dirección voluntarista es la atención que el ordenamiento pone respecto de ambas partes, donde a la posibilidad de impugnar el contrato con la anulabilidad o la rescisión, corresponde el límite que tales remedios hallan en el evitar autodeterminar —imponiéndolo al otro contratante— un reglamento no consentido. El ordenamiento reconoce a la parte «aventajada», y solo a ella, la facultad de modificar el contrato reduciéndolo según equidad en hipótesis de rescisión (art. 1450 c.c.) o bien el poder de rectificarlo en caso de error (art. 1432 c.c.), sin que sea impuesto al contratante fuerte la adhesión a un contrato equilibrado (127).

(123) Como afirma GENU, en *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, en *Contratti*, 2003, 200, en este contexto, la anulación «se transforma en el derecho a repensar, que podrá ejercitarse dentro de los períodos (totalmente convencionales), en las cuales se puede suponer que (el sujeto débil *n.d.a.*) haya recuperado mejor capacidad de juicio». Cfr. en mérito también SCALSI, *Invalitità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, en *Riv. dir. civ.*, 2003, 202, y MARINI, *Il contratto annullabile*, en ROPPO (directo por), *Trattato del contratto*, IV, 1, Milano, 2006, 335.

(124) Además también los ordenamientos de *common law*, donde hay el principio de la *freedom of contract*, mal soportan una *ethic of cooperation* sobre la cual basar acciones de modificación del contrato. Los tribunales deciden sobre la validez y la *enforceability* de los contratos sin sustituirse a la voluntad de los privados. Si de hecho el *contract* es expresión de la *sovereign party intention*, es permitida una interferencia sólo si el desequilibrio de las prestaciones deriva por un vicio del consentimiento (*misrepresentation, duress, mistake*) o revele la existencia de un grave estado de vulnerabilidad sobre una de las partes, ofreciendo sin embargo formas heterónomas de la integración de la voluntad contractual como los *implied terms*. Véase en mérito ALPA, *Contratto e common law*, Padova, 1987, 12.

(125) Es necesario especificar como, aunque competente doctrina (ROFFO, *Il contratto*, cit., 885, BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 682) diseña un remedio rescisorio como un «cuarto vicio del consentimiento» colocándolo en analogía con la anulabilidad, la doctrina dominante reconoce como la alteración de la libertad de elección del contratista se coloque en una dimensión autónoma relativa al control de mérito y no de procedimiento, efectuando una hipótesis de ineficacia siguiente del contrato caracterizada por «una evaluación negativa del complejo de intereses que se ha establecido al tiempo de la celebración del contrato» (así BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, cit., 861). Cfr. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, en *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 367, y menos recientemente SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 184.

(126) Es pacífico que el juez pueda anular parcialmente un contrato modificando el equilibrio sinalagmático a condición de que los contratistas se hayan acordado a tal fin previo acuerdo. En mérito vid. a MESSINEO, voce *Annullabilità e annullamento*, en *Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, 477; SARACINI, *Nullità e sostituzione de clause contrattuali*, Milano, 1971; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica de clause*, Milano, 1974; BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; y más recientemente D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche de adattamento del contratto*, Padova, 2008.

(127) Cfr. BARCELLONA, *Clause generali e giustizia contrattuale*, cit., 257 y PANUCCO DATTOLA, *L'offerta de riduzione ad equità*, Milano, 1990.

La lógica sobre la cual se fundan las codificaciones de *soft law* europeo, inclinadas sobre el plano remedial hacia la conservación del contrato, revela una visión normativa orientada a perseguir una justicia contractual «mercantil», es decir, una justicia directa a incidir en las relaciones económicas a fin de restablecer o imponer el equilibrio que se habría podido producir en un mercado perfectamente competitivo. En tal sentido la buena fe, como ya se ha dicho, protege la libre determinación de un contratante.

La conservación del contrato y la intervención del juez a petición de parte se demuestran funcionales para corregir el reglamento contractual en el caso de patologías perceptibles a nivel macroeconómico. La finalidad es la de proteger el orden público económico en el cual la preservación del mercado incluye tanto la tutela general de la competencia, como la tutela concreta de la libertad negocial de los contratantes. Se establece, entonces, el objetivo de la creación del mercado competitivo como base justificativa de las intervenciones judiciales en el contrato (128). El mercado se eleva por lo tanto a «causa final» del control judicial sobre los efectos sustanciales del intercambio tendente a sanar eventuales desequilibrios en la distribución de la riqueza.

**E**l mercado se eleva a «causa final» del control judicial sobre los efectos sustanciales del intercambio tendente a sanar eventuales desequilibrios en la distribución de la riqueza

En primer lugar el mercado es utilizado a efectos de medir la asimetría contractual, tal como resulta del *Draft* tanto de la previsión relativa a la introducción de las llamadas «cláusulas implícitas» (art. II - 9:101) donde el control de mérito debe referirse a las circunstancias de la celebración del contrato; cuanto de la referencia a la naturaleza y finalidad del negocio para determinar la *ventaja excesiva* o la *ventaja gravemente injusta* (art. II - 7:207); o bien derivada de las definiciones de *unfair* en la cual es explícito el reenvío a las prácticas comerciales (art. II - 9:404, II - 9:406). En los *Principios Unidroit*, donde se precisa que el juez debe intervenir si el negocio presenta una diferencia de valor, de precio o de cualquier otro elemento que implique un desequilibrio relevante (comentario al art. 3.10), resulta clara la referencia a un concepto de equilibrio relativo al mercado competitivo que incida sobre el supuesto de operación económica.

En segundo lugar el mercado es asumido como medidor válido para corregir la desigualdad contractual tal como emerge de las previsiones ya estudiadas, en las cuales se establece que el juez puede modificar el contrato con el fin de *ponerlo en armonía con aquello que habría podido ser convenido en el respeto de las exigencias de la buena fe y la corrección en las relaciones comerciales* (art. II - 7:207 *Draft*), o *para hacerlo conforme a los criterios ordinario de corrección en el comercio* (art. 3.10 *Unidroit*). Se evidenciaría, por tanto, que utilizando como punto de referencia la norma objetiva del mercado aun cuando determinada a la luz del parámetro de corrección, la lógica heterónoma del contrato al cual es sometida la razón voluntarista sea la

(128) No se repropone, por lo tanto, la dicotomía, elaborada por la doctrina francés (FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, *passim*), entre orden público económico de dirección, relativo al correcto funcionamiento del mercado, y orden público económico de protección relativo a la protección de los parte débil por la imposición de condiciones desiguales. A partir de ésta distinción se hacía derivar el remedio de la nulidad absoluta para violación de la libertad contractual. Véase en mérito BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, cit., 720; TRIMARCHI, *Istituzioni de diritto privato*, Milano, 2002, 198.

referencia constante y reguladora de una justicia negocial transformada, por ello, en material e individual (129).

Sin embargo, si se tiene en cuenta el art. I - 1:102, ya visto, que impone una interpretación con el fin de proteger los derechos humanos, las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes, se puede observar que el *Draft* no deja de oír a la primacía axiológica de los derechos fundamentales, afirmando la irreductibilidad *ad usum mercatus* de la libertad contractual. Ésta, de hecho, no se puede inclinar hacia la lesión de la dignidad humana promoviendo de forma irrazonable finalidades discriminatorias antisociales. Además, si se viola una disposición de carácter imperativo (*mandatory rule*) el remedio aplicable deberá individualizarse de forma detallada entre un amplio espectro para dar una respuesta adecuada y proporcional a la transgresión (130).

Contrariamente el art. II - 7:301 es claro al imponer la nulidad de los contratos que violen un principio reconocido como fundamental en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, si tal remedio es apropiado en relación con el propósito (131): encuentra entonces admisión en el *Draft* integrándolo, el Tratado de Lisboa. Esto, de hecho, concede carácter vinculante a la Carta de Nizza, confirma el modelo de una «Europa de derechos y valores, de libertad, solidaridad y seguridad que prevé nuevos mecanismos de solidaridad y garantiza una mejor protección de los ciudadanos europeos» (132).

Por otra parte en la misma introducción al volumen del *Draft* se expresa el fin de identificar un equilibrio entre las exigencias del libre mercado y de la competencia con métodos invasivos de la relación del consumidor o en general en favor de la parte débil (133). En la última versión de éste se mantiene la orientación del *Draft* al proponer nuevamente una ecuación entre la libertad contractual original y la justicia, a las cuales se asocia la eficiencia a fin de lograr aquellas condiciones de recíproca plenitud informativa y de *equal bargaining power* necesarias para un mercado liberal que comprenda una *justice-oriented approach* (134).

## VI. OPOSICIÓN A LA BUENA FE: ENTRE REGLAS DE VALIDEZ Y REGLAS DE COMPORTAMIENTO

El remedio de la anulabilidad caracterizado por constituir un recurso a instancia de parte así como por la vocación correctiva prevista por el Derecho privado europeo, induce a reflexionar

- (129) Vid. el análisis fundamental de BARCELONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti de una teoria*, 1996, Torino, 70; Id., *Il contratto e l'economia globale*, en *Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore de Renato Scognamiglio*, Padova, 2000; D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli Cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, cit., passim; FRANZESI, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, en *Riv. dir. civ.*, 1997, 772.
- (130) El art. II - 7: 302 indica, para la determinación de la sanción aplicable, el sendero interpretativo que debe seguir el intérprete, que debe tener en cuenta la finalidad de la norma vulnerada, la categoría de las personas que la norma pretende proteger, las posibles sanciones que puedan imponerse en virtud de la norma vulnerada, la gravedad de la infracción, sus intencionalidad, y finalmente la cercanía de la relación entre la violación y el contrato.
- (131) En mérito se observa como «El amplio espectro de los orígenes de los principios fundamentales de importancia europea se centra principalmente, por lo tanto, en un cuádruple orden de factores: los Tratados UE y CE, las convenciones internacionales, las tradiciones constitucionales; las directivas civiles de los Estados que adhieren a la Europa. Estos factores coexistentes (no subsiste, de hecho, una jerarquía formal, sino una red de reenvíos: que tiene ser ordenada en base a criterios axiológicos de carácter material) encuentran, o deberían encontrar un momento primario de "armonización" en la jurisprudencia (...).» Así BRECCIA, *Principles, definitions and model rules nel «comune quadro de riferimento europeo» (Draft Common Frame of Reference)*, cit., 100.
- (132) Así BATTISTOTTI, *Il Trattato de Lisbona - fine o inizio dell'integrazione europea?*, en *Quad. Tecnostuttura*, fasc. 37, 2010. Véase en mérito las agudas observaciones de NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta de Nizza*, cit., 730.
- (133) Cf. VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 10.
- (134) Ver BUSNELL, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., 302, que señala, entre otras cosas, como la solidaridad es considerada «as primarily the función of public law... rather than private law» (VON BAR, BEALE, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, *Introduction*, cit., 17).

sobre la perspectiva remedial aplicable en nuestro sistema al contrato injusto. En el nuevo derecho de las invalidaciones contractuales, al paradigma abstracto y monolítico que tradicionalmente limita su atención al supuesto contractual, se aproximan formas de nulidad de protección, hipótesis catalogables como de nulidad virtual de protección, esto es, supuestos donde la nulidad funciona también en la ausencia de una indicación expresa (135). Éstos representan los llamados «nuevos tipos de nulidad», supuestos en los cuales, además de prever la reserva de legitimidad solo a favor del contratante protegida se establece también la división necesaria de la invalidez (136).

En el ámbito italiano las consecuencias de la falta de respeto del principio de buena fe han suscitado un amplio debate del cual han tomado parte, para reanudar la revisión de los factores normativos propuesta por la doctrina, tanto el formante jurisprudencial, como el legislativo y el doctrinario (137). El centro de la cuestión es la hipotética configuración de la nulidad por contrariedad a las normas imperativas, consecuencia de la violación de la buena fe como nulidad virtual, es decir, una invalidez derivada de una reconstrucción hermenéutica que vincula al contrato con la finalidad perseguida por el precepto transgredido. La actividad de interpretación se encuentra sujeta a inevitables fluctuaciones derivadas de la casuística (138).

Precisamente, este debate ha visto el surgimiento de posiciones que identifican una cláusula de buena fe que asumiría el valor de una norma imperativa, a fines de la declaración de nulidad, la forma de criterio de valoración de la conducta, así como el rol de parámetro de valoración *a posteriori* del reglamento negocial al cual hacer seguir la nulidad (139). En el origen del intento de superar la tradicional distinción entre normas de conducta y normas de responsabilidad se ubica la presunta «solidaridad contractual» que autorizaría al intérprete a superar los límites del alcance de los supuestos de invalidez y de resarcimiento, dando lugar al intervencionismo judicial sobre el contenido del contrato (140).

- (135) Cf. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 152; ALBANESE, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008, 83. Es evidente en las nuevas reglas de nulidad, frecuentemente de derivación comunitaria la referencia al sistema remedial de *common law* que pone en posición privilegiada respecto al derecho subjetivo el remedio considerado como respuesta concreta del ordenamiento antes de una necesidad de protección en actuación de una posición que un sujeto tiene respecto a un bien de la vida, independientemente de su formalización en el derecho subjetivo: la existencia del derecho entonces estará subordinada a la disponibilidad del sujeto de un remedio adecuado para hacer frente a una necesidad de protección conexo con un interés específico del sujeto mismo. Véase en mérito MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi*, en *CASTRONOVO-MAZZAMUTO* (a cura de), *Manuale di diritto privato europeo, II, I rimedi e la tutela processuale*, XXXVI, Milano, 2008, 790.
- (136) Cf. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 163; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; passim; DI MAJO, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione*, en DI MAJO-FERRI-FRANZONI (a cura de), *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456; GIOIA, *Vecchie intese e nuove nullità*, en *Giust. civ.*, 2000, 3; VECCHI, *Commento al comma 1 dell'art. 1519-octies*, en GAROFANO-MANNINO-MOSCATI-VECCHI (a cura de), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. En particular vid. D'AMICO, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazione sulla nullità)*, en PAGLIANTINI (a cura de), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1; Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.
- (137) Véase en mérito a esta terminología, SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, en SACCO (directo por) *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, 43.
- (138) Ya en el vigor del código anterior subsistía la posición por la que la declaración de invalidez del contrato también podría derivar, en ausencia de una explícita disposición legislativa, por la reconstrucción hermenéutica del intérprete, superando el viejo principio *pas nullité sans texte*. Cf. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 23.
- (139) Sostienen la buena fe como un criterio capaz de sellar también la legitimidad del acto PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: I nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 670; RECINTO, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, en *Rass. dir. civ.*, 2002, 292; RICCO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, en *Contr. e Impr.*, 1999, 27. Cf. sobre este tema en general SCODDITI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, en *Foro it.*, 2006, I, 1108; GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, 435.
- (140) Cf. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, en SCAUSI (a cura de), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 543; VOPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, passim.

Se señalan, en especial, dos esfuerzos autorizados, dirigidos a superar la llamada dicotomía, la primera de forma directa, la segunda de forma indirecta, ambos en ámbito de los vicios del consentimiento. Conocido es el intento, aun cuando sugestivo, de ampliar los vicios del consentimiento identificando en el art. 1337 c.c. el principio general al cual hacer referencia en todos los casos de mala conducta a nivel decisorio. La finalidad es la de llenar el vacío dejado por el sistema de reglas de invalidez (141): la buena fe operaría en tal caso aparentemente como una norma de conducta. Sin embargo, dado que al desequilibrio se reaccionaría con el resarcimiento en forma específica del cual derivaría la ineficacia del contrato o su corrección, se privarían subrepticamente de operatividad a las reglas de invalidez, ya que por medio de la protección *ex art.* 2058 c.c. se obtendrían los mismos efectos de la anulación.

La opción en favor de las reglas de procedimiento seguidas en la contratación y inspiradas en la primacía decimonónica de la voluntad, contrasta con la pérdida de la centralidad de ésta como requisito revelador de una anomalía del contrato y con el decaimiento de una perspectiva abstracta del sujeto de derecho, a ventaja de una atención al dato concreto y a las condiciones socio-materiales de las partes. Tal solución colisiona además con el *numerus clausus* de los vicios de la voluntad, impermeables a una evaluación *ex fide bona* (142), teniendo en cuenta también la diversidad de disciplinas, allí donde frecuentemente la falta de corrección precontractual es relevante independientemente del equilibrio contractual y viceversa, subsiste prescindiendo de la presencia de un perjuicio. Aún más, mientras la disciplina de los vicios del consentimiento se dirige principalmente a afectar contratos con asimetrías sobre el plano microeconómico, donde revelan diferencias ocasionales, la responsabilidad precontractual del art. 1337 c.c. se presta para involucrar también contratos con desequilibrios estructurales. Por lo tanto se reconocería la necesidad de identificar un instrumento de remedio no puesto a disposición de las partes en tanto dirigida también al mercado (143).

Una reciente hipótesis, partiendo del art. 1440 c.c. extendido más allá del dolo incidente a través de la conexión sistemática con el art. 1337 c.c., relaciona la transgresión de la regla de corrección precontractual con el resarcimiento, dirigido a corregir el reglamento contractual sobre el plano económico, a fin de conformarlo a las condiciones que habrían subsistido en ausencia de disparidad (144).

En tal sentido, sin embargo, se observa como la obligación de restitución incluida en la nulidad, así como la reconducción a la equidad y la rectificación, son absorbidas por el resarcimiento por equivalente. De hecho, las consecuencias prácticas del resarcimiento conducen

- (141) El alcance del art. 1337 cc, permitiría al mismo tiempo de utilizar el criterio preliminar de reprobación de la conducta en la fase precontractual, de acuerdo con las normas constitucionales y la regulación heterónoma, y también de recibir, dentro de ese marco, las normas específicas de conducta. *Vid. Sacco, Il contratto*, II, cit., 482; *Id., L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, III, 1997, 217; *Id., Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in CABELLA PISU-NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 257.
- (142) *Cfr. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 56; *Id., Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 2002, 37.
- (143) Para la pertinencia y la utilidad de la distinción entre los tipos de desequilibrios a nivel macroeconómico y microeconómico *vid. NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, 418. En tema, *cfr.* también GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 456.
- (144) Es la famosa tesis de los así llamados «vicios incompletos» elaborada por MANTOVANI, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, *passim*. *Cfr.* también BENATI, *La responsabilità precontrattuale*, en *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 5; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 118; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 700.

indirectamente a los mismos resultados de los remedios antes citados tendentes a conseguir los efectos del contrato si acaso hubiese sido concluido en condiciones de equilibrio (145).

El desequilibrio entre las normas de validez y las normas de conducta no es vulnerada por la dimensión de *soft law* europea, donde como fue observado, por citar el reciente *Draft*, la regulación de las causas de invalidez del contrato no menciona la buena fe. Concediendo, además, un amplio margen de maniobra al poder judicial, donde al art. II. - 7:302 reconoce al juez la facultad de elegir, cuando la norma imperativa no prescribe expresamente los efectos de una violación sobre la validez del acto, entre declarar el contrato válido, anularlo en su totalidad o en parte con carácter retroactivo, o bien modificar el contrato o sus efectos. Precisa, además, que la decisión del juez de todas maneras debe ser la respuesta apropiada y proporcional a la violación, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto.

En la perspectiva italiana se observa que en la investigación relativa a la elección del remedio dispuesto en favor del contratante débil, más coherente respecto al sistema y más acorde respecto a la sustancia socio-económica de la cuestión, el formante jurisprudencial ha jugado un rol importante, desde antes de las famosas decisiones del 2007 de las Secciones Unidas (146). De hecho, alguien podía afirmar la posibilidad de extraer de la mera violación de la regla de la buena fe, la nulidad del contrato (147).

Entre las decisiones de la jurisprudencia de legitimidad se acuerda la sentencia en materia de voto expreso emitido de mala fe por un socio mayoritario, la cual ha declarado nulo el acuerdo de la asamblea. En esta decisión el art. 1375 c.c. asume una función integrativa de la regla de invalidez del acto colegial por contrariedad a la ley o al estatuto (148).

Además, la Corte Suprema identifica una nueva hipótesis de introducción de la buena fe sobre el terreno de la validez del contrato al interior de la decisión en materia de *leasing* relativa a la cláusula de translación del riesgo en cabeza del usuario (149). En tal decisión, cuya máxima y ella solamente, habla explícitamente de nulidad por contrariedad a la buena fe, esta última es utilizada por el juez no en su función correctiva y modificadora del contrato, sino represiva y sancionadora a través del instrumento de la nulidad virtual.

La nulidad se coloca, en efecto, al interior de un plan de distribución de los riesgos, subalterno a la individualización tanto de la estructura como operación económica unitaria, así como

- (145) Es D'AMICO, en «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 248, quién observa la efectiva elusión que hace este tipo de acuerdo frente a las reglas de validez. Sobre la sustancial función correctiva de la condenación al resarcimiento véase el análisis de MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 18.
- (146) *Cfr.* Secciones Unidas, 19 diciembre 2007, nn. 26724 e 26725 (que confirman la anterior Cass., 29 septiembre 2005, n. 19024, en *Giur. comm.*, 2006, II, 626) comentadas *ex pluribus* por GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *Contratti*, 2008, 393; SANGIOVANNI, *Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725*, en *Contratti*, 2008, 231; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, en *Contr. e impr.*, 2008, 1; SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche*, ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite, en *Nuova Giur. Chv. Comm.*, 2008, 445; SCODINI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, en *Foro It.*, 2008, I, 784.
- (147) *Vid.* GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, en *Contr. e impr.*, 1997, 418; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, en *Contr. e impr.*, 2005, 647; BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, en *Contr. e impr.*, 2005, 501.
- (148) *Cfr.* Cass., 26 octubre 1995, n. 11151, en *Giur. comm.*, 1996, II, 329.
- (149) *Cfr.* Cass., 2 noviembre 1998, n. 10926, en *Foro It.*, 1998, I, 3081, confirmada por Cass., 6 junio 2002, n. 8222, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 435 con nota de CHINDEMI, y por Cass., 28 junio 2007, n. 20592, *Iv.*, 2008, 358.

de la causa concreta del interés del usuario en el goce del bien: tales elementos resultan inevitablemente enervados por las exigencias de la buena fe (150). Ésta se pone como subsidiaria del programa contractual, en relación a la nulidad de la cláusula de traslación del riesgo y al reconocimiento de la acción directa del usuario en relación con el proveedor, asumiendo además la función del *supplere*, a fin de equilibrar las posiciones de las partes (151).

Escapando de dogmatismos contrarios es oportuno especificar que sobre la sentencia previamente citada, aparte el *obiter* de la nulidad derivada de la buena fe, la invalidez de la cláusula no se basa únicamente en la aplicación de la regla del art. 1375 c.c. En efecto, se sustenta también en la configuración del contrato como vínculo negocial, así como en la inderogabilidad del art. 1463 c.c., y de la incoherencia de la protección del arrendador en relación con el elemento causal, identificado, en concreto, con el interés del usuario al goce del bien, más allá del hecho que es reforzada por la falta de mérito del interés perseguido por la autonomía privada (152).

En ausencia de disposición expresa de ley el intérprete debe por lo tanto analizar el supuesto de hecho específico indagando el interés perseguido *in concreto* por la norma, así como la *ratio* de la obligación impuesta de manera que pueda verificarse la congruencia entre el medio de tutela, las exigencias de seguridad y la situación en su dimensión funcional (153).

Se reitera, por lo tanto, la nulidad como remedio dirigido a sancionar los casos en que el contrato no corresponde al modelo de perfección funcional y estructural, o resulte discordante con los intereses considerados inderogables por el legislador. En consecuencia la nulidad virtual operaría únicamente cuando al ser antinómica con los intereses inderogables sea una regla del contrato y no una conducta efectuada anteriormente o en ocasión de la ejecución del contrato, la cual sería sancionada con la nulidad por contradecir al art. 1337 c.c. solamente si descendiese de una cláusula negocial (154). Se confirmaría entonces, la distinción entre normas de validez y de comportamiento como expresión del principio de legalidad que prohíbe imponer judicialmente la nulidad del contrato en violación de una cláusula general de comportamiento (155).

(150) En mérito véase las reflexiones de VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 234, y BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 181.

(151) Vid. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, en MAZZAMUTO (a cura de), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 218; e ZACCHEO, *Diritto privato e buona fede*, en Aa. Vv., *Il diritto civile oggi (Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.D.I.C., svoltosi a Capri nei giorni 7-9 aprile 2005)*, Napoli, 2006, 810.

(152) Como esa decisión cfr. las siguientes Cass., 27 julio 2006, n. 17145 en *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; Cass., 30 junio 1998, n. 6412, en *Foro it.*, 1998, I, 3082. Para un análisis de la distribución del riesgo y las exigencias de equidad y buena fe véase SCOGNAMIGLIO, *Unità dell'operazione, buona fede e rilevanza in sede ermeneutica del comportamento delle parti*, en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 129; RUVOLO, *Le clausole di inversione del rischio nella locazione finanziaria*, en *Contratti*, 1999, 823; PANARELLO, *Clausole dei contratti di leasing*, en *Giust. civ.*, II, 302, 1997, y GORGONI, *Ancora sulla rilevanza della clausola di esonerazione di responsabilità del concedente il leasing per inadempimento del fornitore*, en *Giur. it.*, 1994, I, 1363. Observan la conformidad de esas cláusulas con la función de financiación del leasing FERRARINI-BARUCCO, *Leasing*, en RESCIGNO (directo por), *Trattato di diritto privato*, XI, *Obbligazioni e contratti*, III, Milano, 2000, 17.

(153) En tema vid. ROPPO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, en *Contr. e impr.*, 2005, 89; VETTORI, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, en *Obbl. e contr.*, I, 2005, 11; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 43; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

(154) Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Note en margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, en Aa. Vv., *Scritti in onore di Banfillo*, Milano, 1982, 135. Vid. también BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 y, más recientemente, VETTORI, *Le asimmetrie formative fra regole di validità e regole di responsabilità*, en *Riv. dir. priv.*, 2003, 246; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, 522; PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, 78.

(155) En argumento vid. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, en *Contratti*, 2009, 1041; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, ivi, 2009, 737.

Esta posición es confirmada por la revisión de algunas disposiciones normativas, aparentemente consideradas indicios de superación de la línea de demarcación entre normas de validez y normas de comportamiento, contenidas en dos grupos distintos.

Por un lado se distinguen algunas disposiciones ocasionales, como el art. 2 d.lgs. n. 122 del 2005, o el art. 67-*septies decies*, pár. 4, del cod. consumo, en los cuales se sanciona con nulidades textuales la violación de reglas de conducta, como las obligaciones de información. En este caso, la invalidez es sometida a un examen de buena fe efectuada inicialmente por el mismo legislador, que aísla específicas conductas cuya violación conecta una nulidad, también cuando, en caso de la derogación de los primeros dos párrafos del art. 1418 c.c., se tutele la libre formación de la voluntad: es evidente que éstas hipótesis son reconducibles al pár. 3 del art. 1418 c.c. (156). Por otro lado se observan los casos de nulidad establecidas como remedios para las conductas abusivas en las hipótesis de asimetría de poder negocial a nivel macroeconómico, donde el desequilibrio emerge incluso del contenido regulador del contrato, como las normas ya mencionadas sobre el abuso de dependencia económica (art. 9, l. 192/1998), en materia de morosidad en las transacciones comerciales entre empresarios (art. 7 d.lgs. n. 231/2002), en caso de acuerdos restrictivos de la competencia o de abuso de posición dominante (art. 2 e 3 l. 287/1990) o bien relativas a las cláusulas vejatorias conforme los art. 33 y 36 cód. consumo (157).

Del examen de éstas previsiones se puede ver claramente como la buena fe objetiva no sirve como criterio de valoración del comportamiento del contratante «fuerte», esto es de su situación subjetiva, sino como parámetro de juicio relacional de la sola regla contractual ex art. 1366 c.c., o bien comprenda todos los intereses involucrados en el caso concreto, pudiendo referirse incluso a las anomalías que no integran los vicios del consentimiento.

Teniendo en consideración las circunstancias específicas del caso concreto, la buena fe asume la función de *corrigere*, presente ya en el derecho pretorio romano (158), con el fin de rectificar una significativa desigualdad genética de los derechos y obligaciones derivados de un contrato, y perseguir el objetivo de un mercado caracterizado por una plena competencia (159). Como emerge de las recientes decisiones de la Corte Suprema nn. 26724 y 26725 del

(156) Cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, en ROPPO (a cura de), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* - 2, Milano, 2006, 1005; ROPPO, *Il contratto*, cit., 741; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 62.

(157) Para una visión sistemática de estas hipótesis véase las análisis de MENGOLZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, 102, y de VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, en *Riv. dir. priv.*, 2005, 755.

(158) Famosa la definición de PAPINIANO de la «*aequitas constituta*» que para el célebre jurista es «*quod pretore introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*», referida por COMELLO, en *Dell'equità né contratti* (dagli Studi Napoletani del 15 e 31 dicembre 1865), Napoli, 1896, 5.

(159) Sobre las funciones de la buena fe vid. BUSNELLI, en *Note en tema di buona fede ed equità*, cit., 537. La buena fe como índice para el control sobre la cláusula contractual y no sobre la conducta negocial es relevada, con referencia al art. 33 Cód. consumo (que reproduce en esencia la fórmula anterior del art. 1469-bis c.c.), por BIGLIAZZI GERI, sub art. 1469 bis, en BIANCA-BUSNELLI-BIGLIAZZI GERI (a cura de), *Commentario, en Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 798, y BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, ivi, 766; GENTILI, *Le invalidità*, en GABRIELLI (a cura de), *I contratti en generale*, en RESCIGNO (directo por) *Trattato dei contratti*, II, Torino, 2006; contra cfr. D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*», cit., 348; con referencia al art. 7 d.lgs. n. 231/2002 por VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 79, y ZUCCHETTI, sub art. 7, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 583. Con referencia al art. 9 de la ley n. 192/1998 sobre el abuso de dependencia económica, puesto que la situación de dependencia tiene que inferirse también por elementos diferentes de la mera aceptación de condiciones contractuales incluidas, es necesario señalar que habrá un remedio resarcitorio y no invalidatorio si el comportamiento abusivo no se concreta en términos objetivos en una cláusula contractual, conminando la nulidad sólo si el desequilibrio es configurado en un reglamento negocial: cfr. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, en CUFFARO (a cura de), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, 341; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 236; NATALI, *La subfornitura*, cit., 207. Consideraciones similares relativas a la atención a los términos objetivos

2007, de acuerdo con la referida concepción de la buena fe, la elección del remedio entre nulidad (especial) y el resarcimiento se realizará según un criterio funcional para proporcionar la tutela más adecuada (160). Será necesaria una comparación dinámica de los resultados programados por los contratantes y el conjunto de las conductas formativas y ejecutivas, con la finalidad de analizar la norma violada a la luz del interés protegido (161).

En efecto, sería excesiva la declaración de nulidad en caso de que la adulteración del contrato por información omitida o incompleta no sea grave o no haya comportado en concreto un perjuicio (por ejemplo en el art. 67-*septies decies*, párr. 4.º, cod. Consumo, se habla de violación idónea para alterar de forma *significativa* la representación de las características del contrato). Por lo cual la buena fe será también adecuada para funcionar de «filtro remedial», destacando la importancia del incumplimiento de la obligación, al igual que la valoración de la gravedad del incumplimiento *ex art.* 1355 c.c. (162).

La adopción de una perspectiva remedial funcional, tanto en la elección del remedio, como en la operatividad de la protección, abre, por lo tanto, a la aplicación, también en el ordenamiento italiano de la fórmula francesa: *pas de nullité sans grief*, según la cual, la ausencia de un daño quitaría importancia al presupuesto para la conminación de la nulidad (163).

Coherentemente se explica además, como la invalidez que deriva de la violación de una regla contractual se desprende del esquema clásico de la nulidad resultante de la falta de conformidad con las reglas formales. Se trata de una invalidez que se convierte en remedio «ortopédico», en una dimensión adecuada al específico ámbito sectorial, más allá de la diferenciación tradicional entre anulabilidad y nulidad. Este remedio es caracterizado por una estrecha relación con el

del negocio se puede hacer en caso de abuso de posición dominante o de acuerdos restrictivos de la competencia, donde la buena fe puede desempeñar un útil papel correctivo en relación con el destino de los contratos estipulados «a valle» (*vid.* en mérito NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 523).

- (160) En este campo, se nota que el remedio resarcitorio que tiene la función de «sustitiva» de la anulabilidad, como argumenta D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 119, permite de adaptar la protección de la parte débil a la concreta dimensión del daño sufrido, podiendo comprender en la evaluación del perjuicio también el eventual concurso del comportamiento culposo del sujeto dañado o la evitación del daño, como indican ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, en *Corr. giur.*, 2008, 107, y SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, en *Eur. dir. priv.*, 2008, 599.
- (161) De hecho, la Suprema Corte en la decisión n.º 26725 del 19 diciembre de 2007, antes citada, ha observado que el área de las «normas inderogables, cuya violación puede determinar la nulidad del contrato (art. 1418, párr. 1, c.c.) es mayor de lo que parece a primera vista sugerir la referencia al sólo contenido de contrato mismo». En ésta son también incluidas «las normas que en presencia o en ausencia de ciertas condiciones objetivas o subjetivas, directamente o indirectamente, prohíben la celebración del contrato». Añadiendo que «también cuando la nulidad depende de la presencia en el contrato de cláusulas que permiten o sugieren comportamientos contrario a la regla de la buena fe o a otros inderogables preceptos legales, no es el comportamiento en concreto actuado por la parte que provoca la nulidad del contrato, pero el tenor de la cláusula incluida en eso mismo». Véase NAVARRETTA, *La causa e le presta zioni isolate*, cit., 260; y VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., 271; id., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 46; id., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, en *Riv. dir. priv.*, 2003, 249.
- (162) Para la evaluación de la gravedad del incumplimiento la autoridad judicial debe actuar, a la luz de la buena fe, una doble investigación sobre los comportamientos asumidos por las partes durante la relación contractual, y también sobre la incidencia en la economía global de la relación, teniendo en cuenta tanto la pérdida económica concretamente sufrida por la parte *en bonis*, tanto la entidad del incumplimiento mismo. *Vid.* Cass., 18 febrero 2008, n. 3954, en *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 825 con nota de Amram).
- (163) *Cfr.* BAUCHARD, *Originalité et difficulté d'application de la théorie des nullités des actes de procédure dans le proces civil*, en BOUDOT-VECCHI (a cura de), *La théorie des nullités. Etudes réunies*, Parigi, 2008, 147. Sobre el ordenamiento italiano *vid.* PAGLIANTINI, en *Nullità virtuale di protezione?*, cit., 1044; GENMU, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, en *Contratti*, 2008, 399.

concreto equilibrio de intereses determinado por las partes, y, por lo tanto, necesariamente destinado a conservar el reglamento contractual adecuándolo al principio de buena fe (164).

## VII. PERSPECTIVAS REMEDIALES

Se ha visto que la buena fe actúa tanto en el plano de la valoración del desequilibrio, que sobre aquel de la elección del remedio. De hecho, opera en función supletoria y correctiva a fin de restablecer un cierto orden en el mercado, que incluye la libertad de competencia o la reducción del *déficit* cognoscitivo-informativo (165). No obstante perdura el riesgo de un excesivo intervencionismo del juez, en caso de que, seguidamente a la *pars destruens* de la caducidad de la cláusula injusta, se introduzca en el sinalagma contractual determinando directa o indirectamente el precio (poder reconocido recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (166). En efecto, el juez puede imponer, por ejemplo, la sustitución automática de cláusulas, haciendo caer en los opuestos peligros de un exceso o de una insuficiencia de protección (167).

Para no invertir la relación entre el derecho (al cual se le confía la tarea de fijar el marco formal) y los sujetos privados (soberanos del contenido contractual libremente determinado), puesto que el «control sobre el equilibrio contractual en los contratos entre empresas constituye una página que aún debe ser escrita (si alguna vez lo será)», sería oportuno intentar la experimentación de nuevas vías en términos de técnicas de tutela, con el fin de intentar trazar un signo en la metáfora «página blanca» (168).

Como se ha visto la perspectiva es aquella de una investigación inductiva que considere *in casibus* el contrato tanto en su dimensión causal como en aquella de los intereses relevantes, a modo de identificar en la trama de los remedios el medio de tutela más adecuado para salvaguardar la parte que se ha visto perjudicada.

- (164) Las nuevas formas especiales de invalidez muestran características únicas en varios aspectos (legitimidad de la acción, incidencia parcial en el acto, apreciable *ex officio*, carácter unidireccional de la protección) que identifican un denominador común en el fin de mantenimiento, como afirma BRECCA, *Causa*, cit., 87. De hecho el invita a la «máxima precaución con respecto a un indiscriminado refugio en la demolición absoluta» prefiriendo «instrumentos correctores que permitan defender en manera efectiva lo que es defendible en regla contractual autónoma, para que la salvaguardia del interés más expuestos no se retuerza en fin en un daño para los mismos sujetos «protegidos». Análogamente, *cfr.* GENMU, *Nullità annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, en *Contratti*, 2003, 202; ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, en *Eur. dir. priv.*, 2000, 985; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 173; DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, en DE GIORGI-DELLE MONACHE-DE CRISTOFARO (a cura de), *Studi in onore di Giorgio Gian*, Padova, 2010, 667; MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, ivi, 1619; Ead., *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto del consumatore*, en *Obbl. e contr.*, 2010, 444.
- (165) *Cfr.* JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: I contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, en LIPARI (a cura de), *Diritto privato europeo*, cit., 41; y MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, en SIRENA (a cura de), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., 303. Todavía, D'AMICO, cit., 71, observa que «la disciplina (legal) del contrato, aun cuando se trata de una disciplina dispositiva, es susceptible de incidir sobre los arreglos del mercado, y de esta forma de involucrar a los intereses (más grandes de los de los contratistas) que se atribuyen a el ámbito del así llamado orden público económico».
- (166) Así TJUE, 3 junio 2010, C-484/08 disponible en [www.oppla.it](http://www.oppla.it), con la nota de VIGLIANI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, en *Contratti*, 2010, 880.
- (167) Si con el mecanismo del art. 1339 c.c. se planteara la integración de las lagunas del contrato en elementos sometidos a la voluntad de las partes, se debería asumir una disposición similar a la disciplina de la usura que imponga un precio. En mérito *vid.* HAZAN, *I rimborsi dei premi r.c.a.*, en *Contratti*, 2003, 908; FERRO LUZZI, *Prime riflessioni in tema di incompatibilità strutturale tra mercato concorrenziale e diritto del contraente finale a condizioni eque*, cit., 556. No es desdeñable, en efecto, el peligro de que el juez en su discrecionalidad imponga, a través de la sustitución de cláusulas, un reglamento contractual diferente, incluso una reglamento «sustancialmente escrito por el juez» (así MORELLO, *Cláusole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, en *Notariato*, 1996, 294). En propósito *cfr.* D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto*, cit., 135, ha acentuado el riesgo de imponer a las partes «un reglamento no sólo diferente de lo que ellas han reconstruido, pero ni tampoco definible a priori». Mas en general *vid.* D'AMICO, «*Regole di validità e principio di correttezza*, cit., *passim*, y MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle Intese Anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 178.
- (168) *Cfr.* De Nova, *Contratto: per una voce*, en *Riv. dir. priv.*, 2000, 655.

Resulta, en efecto evidente como la nulidad radical puede conducir a resultados fatales especialmente para los contratos «a valle», en el caso de que fuese prescrita tras la violación del deber de buena fe durante la etapa de las negociaciones del contrato inicial, caso en el cual el *quid* informativo omitido no resulte grave o que pueda distorsionar el negocio. La consecuencia es que la parte adquirente, además de los terceros, serían obligados a restituirse la prestación recibida o a renunciar a aquella prometida (169).

El ocaso del principio por el cual el acuerdo alcanzado por las partes tiene fuerza de ley al interior de sus relaciones, seguidamente a la exigencia de hacer más flexibles las relaciones contractuales, frecuentemente expuestas a alteraciones considerables, presta un mayor espacio a la oportunidad de renegociar el reglamento contractual. Se trata de analizar la proporcionalidad, manteniendo, al mismo tiempo, vivo el vínculo negocial (170). La renegociación podría constituir, entonces, la conexión entre la buena fe, el mercado y la intervención del juez (171).

Si efectivamente la buena fe asume como referencia el equilibrio concreto y peculiar de aquella determinada operación económica, entonces el juez, al verificar que la renegociación se encuentre sujeta al principio general de la buena fe y al deber de cooperación, intentará eventualmente llegar a un acuerdo «justo» no según el propio juicio discrecional, sino conforme a aquello que emerge del mercado, el cual tiene el interés de repudiar todas las conductas que lesionen su integridad.

También en este tema es inevitable la referencia comparada, considerando tanto el *Avant-projet Catala*, arts. 1135-1 - 1135-3, temeroso de una intervención judicial, como los más audaces textos de los Principios *Unidroit* del *Draft* (172). En estos últimos, en caso de hechos imprevistos que modifiquen sustancialmente la simetría del contrato gravando los riesgos aso-

(169) En mérito véase PAGUANTINI, en *Nullità virtuale di protezione?*, cit., 1044; MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, en *Rass. dir. civ.*, 1997, 567. Igualmente en tema de acuerdos anticompetitivos, en el caso de fijación de precios, la prohibición establecida en el art. 2, párr. 2, de la ley n. 287/1990 determina la ilegalidad de la cláusula y por lo tanto del precio, anulados por la violación de una norma imperativa. En consecuencia, también el contrato abajo que ejecuta el precio resultante del contrato arriba será nulo. Sin embargo, resulta imposible imaginar una sustitución automática de las cláusulas, puesto que la «prótesis» que se debería empalmar no es determinadas por la ley en conformidad con el art. 1419, párr. 2, c.c., y no se comprende como se podría identificar. De la nulidad deriva entonces la legitimidad del intermediario o del consumidor a la repetición hacia aquellos que han pagado el precio indebido. Cfr. en mérito ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim* e BASTIANONI, *Nullità «a cascata»? Divieti antitrust e tutela del consumatore*, en *Danno e resp.*, 2003, 1070.

(170) Sobre este tema, desarrollado principalmente en materia de comercio internacional *vid.* MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*; *Id.*, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, en *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, en *Contr. e impr.*, 2002, 774; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, *lvi*, 2003, 667; CLERICO, *Minaccia di inadempimento contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 279; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, *passim*; MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, en *Contr. e impr.*, 2, 2005, 539.

(171) Cfr. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*; CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonte di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, en *Riv. arb.*, 1999, 71; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, en *Contr. e impr.*, 2003, 667; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, en TOMMASINI (a cura de), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, 491.

(172) El art. 1135-1 del *Avant-projet* tiene un alcance limitado de aplicación: hace de hecho referencia a una obligación de renegociación preexistente para los contratos de ejecución continua o periódica, reconociendo la facultad de reaccionar sólo a las hipótesis donde el original en *synallagma* haya estado alterado en manera de poner en duda el interés de una de las partes para mantener la vida del contrato. Cfr. en mérito MAZEAUD, *Renégocier ne rime pas avec réviser!*, en *Rec. Dalloz*, 2007, 765; FENDUILLET, *Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un «entre deux» perfectible*, en *Rev. contr.*, 2006, 67; e BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virtus?*, en *Rass. dir. civ.*, 2009, 565.

ciados a los acontecimientos sobrevenidos solo sobre una de las partes (*hardship*) (173), se prevé a favor de ésta el derecho a solicitar que el contrato sea renegociado. Sin embargo, es oportuno precisar que en caso del fracaso de las tratativas, cada contratante pueda solicitar al juez su pronunciamiento final o la modificación del contrato a fin de restablecer el equilibrio original (174).

De este modo, las partes intentan en primer lugar, encontrar por sí mismas el equilibrio, sin que el juez intervenga en el asunto (175), tratando de reestablecer la simetría el orden contractual, según una racionalidad asegurada precisamente por aquel principio de buena fe que es capaz de plasmar toda la operación. Esta solución resulta principalmente adecuada a la perspectiva contractual más moderna, que adopta el paradigma del *relational contract* a través del cual, se realiza la cooperación prolongada mediante relaciones continuas, marcadas por un espíritu de reciprocidad (176). Resulta entonces abandonado el modelo aislado y atomístico de parte de operadores autónomos e independientes, dirigido a maximizar la utilidad inmediata de cada contratante.

Las indispensables conexiones normativas podrían ser identificadas al interior del ordenamiento italiano en la cláusula de buena fe aplicada al momento de la interpretación y ejecución del contrato, con la equidad como fuente de integración, sin descuidar la norma del art. 1467, párr. 3, c.c., aparentemente residual, que establece el derecho a renegociar para evitar la resolución por excesiva onerosidad. Igualmente, podrían ser identificadas en el art. 1450 c.c., en materia de rescisión, que autoriza la modificación del contenido del contrato en presencia de prestaciones desproporcionadas a fin de conformarlo a la equidad, o, sobre todo, en materia de contrato de *appalto* (177), en el art. 1664 c.c.

Superada la perspectiva de los remedios de carácter puramente derivado, la técnica de tutela de la renegociación de las partes podrá vincularse al ya citado principio de libertad y conciencia de la elección proclamada por el art. 41, párr. 2 de la Constitución, como especificación del principio de solidaridad y igualdad sustancial. De hecho, este instrumento aseguraría la adaptación del programa contractual según el principio de la buena fe bajo el control procedimental

(173) En los Principios *Unidroit* el art. 6.2.2 sobre la definición de *hardship*, similarmente al *Draft of a Common Frame of Reference* al art. III - 1:110, se afirma que esta ocurre cuando se verifican eventos que alteran sustancialmente el equilibrio del contrato, o por el aumento de los costes de prestación de una de las partes, o por la disminución del valor de la contraprestación; y también que los eventos se verifican o son conocidos por la parte en desventaja, después de la celebración del contrato, o que los eventos desencadenan el mecanismo, aunque es sin duda impredecible, no es irresistible, en el sentido de que la parte puede en toda manera realizar la prestación aunque en condiciones considerablemente más caras.

(174) El art. 1135-3 del *Avant-projet* establece que en caso de resultado infausto de las negociaciones, cada parte puede unilateralmente rescindir el contrato con eficacia *ex nunc*, sin prever un poder de adaptación por el juez. El art. 6.2.3 (*Efectos del hardship*) de los Principios *Unidroit* establece que en casos de *hardship* la parte en desventaja tiene el derecho de pedir la renegociación del contrato, que no asigna, en sí misma, a la parte en desventaja el derecho a suspender la ejecución. En ausencia de acuerdo entre las partes dentro de un término razonable cada parte puede solicitar al juez que, si asegura la ocurrencia de una hipótesis de *hardship*, tiene la facultad de resolver el contrato, en tiempo y en la manera, de vez en cuando da establecer, o modificar para restaurar su equilibrio original. En mérito *cf.* CRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, en *Contr. e impr./Europa*, 1996, 733, y BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, en BONELLI-BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, 193.

(175) «*Meta las manos en el plato*», la imagen es de SCHLESINGER, *L'autonomia contrattuale e i suoi limiti*, en *Giur. it.*, 1999, 230, el cual añade que el juez no puede «modificar *ex officio* las condiciones del cambio, ni tampoco incluso cuando lo haga con el fin de asegurar la justicia sustancial de la transacción».

(176) Véase MACNEIL, *The Relational Theory of Contract*, Londra, 2001; TELBNER, *Contracting Worlds: The many Autonomies of Private Law*, en *Soc. A. Leg. St.*, 2000, 405; Goldberg, *Relational contracts*, en Newman, *The new Palgrave Dictionary*, 1998, III, 292.

(177) Cfr. FRANZONI, *Gli effetti del contratto*, Art. 1372-1375, en *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 196; *id.*, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, en *Contr. e impr.*, 1999, 86; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 290. *Contra vid.* BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 211.

del juez. La finalidad es la de lograr el equilibrio en igualdad de condiciones, permitiendo a la víctima de la desproporción o del grave aprovechamiento valorar cuáles son las modalidades más apropiadas para el ejercicio de su autonomía contractual (178).

La posibilidad de mantenimiento del contrato a través de la renegociación constituiría, por lo tanto, la expresión más significativa del principio de buena fe que atraviesa todo el *iter* negocial (179). En otras cosas, quedaría salvaguardado también el respeto del límite del consenso, puesto que, el remedio de la renegociación se pondría en el surco común de los remedios demoletores. En efecto, tanto en la nulidad, en la anulabilidad como en la resolución, el propósito del ordenamiento se identifica con el restaurar la asignación de recursos jurídicos y patrimoniales precedentes a la alteración del acuerdo, como medio para reconstruir, donde desee la parte, un nuevo sinalagma totalmente sometido a la libre disposición de las partes (180). De la misma manera este instrumento preservaría el modelo de contrato igualitario, sin perjudicar aquellas situaciones incompatibles en las cuales la iniquidad del cambio subsiste sin la contemporánea presencia de condiciones de dificultad económica o informativa de una de las partes, en cuanto corresponda a la voluntad de ambas partes (181).

El incumplimiento de la obligación de renegociar con el fin de restaurar el equilibrio contractual integraría la *culpa in contrahendo* donde la parte *in bonis* podría remediar solicitando una decisión judicial constitutiva: de esta forma se generalizaría la protección de la reducción en equidad, ampliando la legitimación ya prevista para los contratos a título gratuito y para los contratos onerosos a ventaja de la contraparte (182).

No obstante lo anterior, aún se muestran numerosas las incertidumbres relacionadas con la aplicación de la citada solución, más conforme con los imprevistos en los contratos de duración, a los casos de lesión donde el desequilibrio o abuso afecta el reglamento *ab origine* (183). De

**E**l incumplimiento de la obligación de renegociar con el fin de restaurar el equilibrio contractual integraría la culpa in contrahendo

(178) Vid. ex multis BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, en *Riv. crit. dir. priv.* 1984, 34, y AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, cit., 123.

(179) También para el tamaño europeo cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 686; ALPA, *I «principles of European Contract Law» proposti dalla Commissione Lando*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 495; CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., 361; BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 201.

(180) En mérito véase LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008, 86; y COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, 187.

(181) Se plense el caso de un excéntrico coleccionista dispuesto a pagar un precio desproporcionado respecto a lo del mercado con el fin de acapararse un objeto específico. En el ordenamiento anglosajón el contrato, visto como una expresión de la *sovereign party intention*, reconoce la protección en caso de disparidad del cambio solo en la hipótesis donde el desequilibrio del sinalagma sea el resultado de una anomalía en la expresión de la voluntad, o sea muestre la subsistencia de un grave estado de debilidad de una parte. Véase en mérito TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, 1993, 116. En particular se tenga en cuenta como en la legislación de los EE.UU. el *Uniform Commercial Code (Section 2 - 302)* y el *Restatement* en materia contractual han extendido el escrutinio judicial en relación al contenidos negocial, asignando importancia a las disparidades contractuales producidas en presencia de *unconscionability* cada vez que una cláusula aparezca inícuca, teniendo en cuenta el contexto económico general y las exigencias específicas de un negocio determinado.

(182) Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047, y MACARIO, *Adeguamento e rinegoiazione nei contratti a lungo termine*, cit., 395.

(183) Véase, con referencia al art. 1135-1 del *Avant-projet* el análisis crítica de FENOUILLET, *Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un «entre deux» perfectible*, cit., 75, que espera una ampliación del ámbito de aplicación de la susodicha disposición también a los tipos de los contratos de ejecución continua o periódica.

manera similar se mantienen incógnitas relacionadas con la determinación de los límites de relevancia de la desproporción, o incluso la configuración operativa de la disciplina (184).

Con tales preguntas, el intérprete es llamado a confrontarse, con el fin de reconstruir la relación entre las normas generales y técnicas de tutela de la parte débil, sin necesidad de proceder a realizar rígidas operaciones de recorte, dirigidas a predefinir taxativamente los sujetos dignos de protección. El objetivo es poder aspirar a hacer efectivo el *contractuel* de la máxima *qui dit contractuel dit juste*, valorando la injusticia en el terreno de la *par condicio contrahentium*.

### VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: RECORRIDO HACIA UNA JUSTICIA EFECTIVA

A modo de conclusión del presente análisis sobre la dimensión dialéctica de la relación existente entre la autonomía contractual y la buena fe —relación que, inevitablemente, involucra el rol del mercado y del juez en el ámbito negocial— emerge la inexistencia de una regla de derecho justa en vía automática y de una real igualdad de hecho. Entonces el sistema se esfuerce en lograr una idea de justicia contractual. La efectividad de tal meta podrá ser acercada solo por el intento del Derecho civil de aproximar lo más posible el mercado real a aquel ideal, buscando superar, a través de mecanismos de tutela de la parte más débil, la brecha entre la forma jurídica y la dinámica social (185).

En efecto, es oportuno recordar como existe una pluralidad de mercados no homogéneos entre ellos por diversas características, cada uno caracterizado por una especial distribución del poder contractual. La falta de homogeneidad implica la necesidad de que a la tendencia de autoreglamentaria, propia de los distintos mercados, corresponda una configuración jurídica heterónoma, que discipline de forma diferenciada las diversas relaciones de intercambio (186).

La complejidad del mercado requiere, por lo tanto, que el marco axiológico, dentro del cual encuentran lugar la libertad de iniciativa económica y la competencia, así como la idea de justicia e igualdad, no pueda reconducirse a categorías generales y abstractas. De hecho, los parámetros de referencia no pueden reenviar al paradigma metafísico del *homo economicus*, que según la

(184) Vid. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, en *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, cit., 262; Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 201; MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoiare*, cit., 1464; GAMBINO, *Problemi del rinegoiare*, cit., *passim*.

(185) Véase BRECCA, *Che cosa è giusto nella prospettiva del diritto privato?*, en RIFEPE (a cura de), *Interrogativi sul diritto «giusto»*, Pisa, 2001, 99. En particular, el mismo autor en *Causa*, cit., 190, observa que «la filosofía y la sociología, también de matriz liberal, se encargaron de poner en énfasis el carácter ilusorio [de la libertad contractual], tanto respecto a la reclamación de justicia como un factor immanente al libre contrato, tanto en relación con el carácter global no coercitivo del sistema basado en la autonomía de las contratistas». En mérito a la idea de mercado como lugar dinámico LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2003, 151, observaba: «no podemos (...) referir el equilibrio a una situación ésta ble ideal porque los fenómenos, y especialmente los sociales, están en constante movimiento. (...) A menudo, por estos problemas se tiende a sustituir a la idea de un equilibrio en sentido descriptivo la idea de un equilibrio en el sentido estimativo. Por lo tanto se recurre a la idea de un ésta do ideal (considerado como deseable), que ha estado alterado en el fin de llegar a un estado menos deseable, de lo que se trata de volver al estado deseable». Sobre el mismo tema vid. ANTISERI, *Relativismo, nichilismo, individualismo*, Soveria Mannelli, 2005, 20, y, con referencia al derecho privado BOSETTI, *Lo «squilibrio contrattuale» ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio del lineamenti generali del sistema*, en [www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it), 2002.

(186) Sobre la «multiformidad» del mercado cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 34; BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 41; PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato de Amsterdam*, en PERLINGIERI-CATERINI (a cura de), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività in contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, en LIPARI (a cura de), *Trattato de diritto privato europeo*, III, Padova, 2003, 23.

teoría neoclásica opera en un mercado de competencia perfecta (187). Pero el marco axiológico debe hallar aplicación en estatutos normativos que aseguren un tratamiento específico y, por tanto, inevitablemente flexibles, sin expropiar a los sujetos privados de su autonomía con intervenciones de tipo paternalista.

Las alteraciones de la racionalidad económica y las asimetrías informativas inciden de diversas maneras en la elección del contratante y en la determinación de las condiciones de la operación negocial (188). En consecuencia el sistema, moviéndose entre autonomía y justicia, está llamado a identificar una modalidad de corrección, incluso a nivel microeconómico, que respeten la integridad del consenso al interior de las dinámicas del mercado. El objetivo es determinar los presupuestos materiales que consientan la espontánea aplicación del equilibrio económico y normativo.

Si un mercado competitivo genera resultados racionales y eficientes únicamente en el caso de que los actores de este mercado estén en grado de elegir sin ser condicionados por influencias de tipo informativo o económico (189), el ordenamiento debería poner a punto instrumentos que puedan garantizar un mercado lo más cercano posible al ideal de competencia perfecta, para permitir al individuo la efectiva maximización de su utilidad conforme un proceso racional.

A esta exigencia corresponde la injerencia del juez, el cual es obligado a utilizar el derecho confiriendo a una específica relación contractual, a un específico mercado adulterado, su libre fisonomía estructural: en este sentido se puede recuperar la justicia contractual, entendida tanto como un mero *procedural justice*, así como un equilibrio contractual normativo. Por otra parte la intervención judicial operada por medio de la buena fe funcional al *market protection* es reconocida como un instrumento eficiente, desde el momento que más allá de reaccionar a los abusos derivados de los llamados fallos del mercado, impide las consecuencias perjudiciales de las asimetrías informativas y evita los costos de transacción imprescindibles para regular los efectos arbitrarios de la reglas rígidas (190).

Pero si la buena fe posee función correctiva respecto a las distorsiones del mercado, se evidencia como la evocación de *standards* mercantiles idealmente competitivos como referencia de «justicia» (191) revela el resultado paradójico por el cual la misma buena fe debe ser adaptada al mercado competitivo, perfilándose en torno al mismo objetivo que ella busca (192). En otras palabras, considerar la buena fe subordinada a la razón mercantil que debería contrariamente orientar resulta sintomático de una promiscuidad entre el medio y el propósito, esperado que

- (187) Vid. AUGELLO-GUIDI (a cura de), *L'economia divulgata. Stili e percorsi italiani (1840-1922). II - Teorie e paradigmi*, 2007, *passim*.
- (188) Es interesante recordar los orígenes de la percepción de un desequilibrio donde como dice Breccia, *La contrattazione su valori mobiliari e il controllo della contrattazione «sorprendente»*, en BESSONE-BUSNELLI (a cura de), *La vendita «porta a porta» de valori mobiliari*, Milano, 1992, 17, en el texto del *code civil* POTHIER «aludía al campesino, desconocedor de la ley sorprendido por el dueño leguleyo y informado que le hacía firmar el recibo de un pago referido a una deuda diferente de la que el campesino pensaba de haber cumplido».
- (189) Cfr. PETER-DONNELLY, *Marketing*, 1999, Milano, *passim*.
- (190) En efecto la corrección del contrato desequilibrado o sea de las fallas del mercado se combina con una visión utilitaria si sólo se considera que ésta intervención ésta ría orientada a hacer resultar este contrato o este mercado más eficiente. Véase en tema VIKERS, *When is Trading Unfair?*, speech to the David Hume Institute, Edinburg, 2001, en [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk); POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, en *Yale L.J.*, 2003, 112, 829; AXELOR, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, cit., 488. Analiza la relación entre derecho de la competencia, libertad contractual y eficiencia AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., *passim*.
- (191) Esta posición es adoptada por BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., 324, y id. *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., *passim*.
- (192) En este sentido NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, cit., 531.

«un mercado desarrollado requiere (...) un sistema normativo que tenga su "palabra clave" en la corrección» (193).

Con el decaimiento del principio de incuestionabilidad del equilibrio contractual como producto de la autonomía privada entre contratantes que negocian en condiciones de igualdad, se revela coherente con el liberalismo jurídico propio la injerencia judicial, dirigidas a eliminar los desequilibrios estructurales y no a adulterar el programa negocial. La finalidad es reafirmar la originaria igualdad de derecho como supuesto de la autonomía contractual: es en este sentido que la buena fe puede cumplir la función de gobierno del poder de las partes.

Tal valor correctivo, conforme a la racionalidad de la operación perdida en el momento formativo y a los *desiderata* de los contratantes, consiente entonces una actividad auto-integradora del sistema de los sujetos privados, dirigida a conservar y salvaguardar en concreto la equivalencia subjetiva del intercambio. Es necesario, sin embargo, tener en cuenta la estructura completa del negocio, sin direccionar el resultado de la confrontación entre las fuerzas del mercado (194). En efecto, como fue señalado, el conflicto entre la autonomía privada y las intervenciones heterónomas «se manifestaría solo en los casos en los cuales se quisieran utilizar las cláusulas generales del derecho para conferir al intérprete la tarea de juzgar inmediatamente la justicia del contrato sin ninguna referencia al contexto relativo a la formación de la regla contractual» (195).

En una dimensión de nueva ilicitud negocial caracterizada por la desigualdad de las partes y la exigencia de tutela contra el abuso de la autonomía privada como interés general (196), se ha intentado proporcionar una respuesta mayormente adherente a las dinámicas económicas reales con la creación de numerosos compartimentos normativos. Se ha realizando un *patchwork* de protecciones a la parte más débil (197), difícilmente susceptibles de aplicaciones extensivas a toda situación de inferioridad contractuales e inevitablemente sujeto a lagunas (198). En tal panorama surge entonces una visión dinámica de la igualdad que genera cons-

- (193) Así BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, en BUSNELLI-BIANCA (a cura de), *Commentario al Capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore*, cit., 766.
- (194) En este tema GENU, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, en DE MARZO (a cura de), *Il nuovo diritto dei contratti. Prospettive e problemi*, Milano, 2004, 156, cree que esta acción afirmativa de una «justicia de acuerdo con el contrato» no «contra el contrato». Véase también VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 136; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., *passim* y GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problema de gestione del contratto*, Milano, 1992, *passim*. La buena fe así diseñada entonces, como se ha dicho con autoridad «supera la "estatización" de las relaciones del mercado en favor de su "sustancialización" o "socialización", la primera como fundación de una protección sólo de las expectativas de tiempo asumidas al horizonte de la intervención heterónoma por el poder político y la segunda como fundación de las instancias encamadas por los portadores de intereses débiles interpretados por el poder judicial», así SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, en *Eur. e dir. priv.*, 2006, 504.
- (195) Así BRECCIA, *Causa*, cit., 197.
- (196) Vid. D'AMICO, *L'abuso de autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, 625.
- (197) Sobre esta fórmula cfr. BELL, *A Patchwork of Protection: The New Anti-discrimination Law Framework*, en *Mod. L. Rev.*, 2004, 465.
- (198) En mérito a la posible aplicación analógica de las protecciones, en particular la establecida por el art. 9 l. 192/1998 sobre el abuso de dependencia económica, véase SCARSO, *Sulla c.d. «disparità de potere contrattuale»*, en *Studium Iuris*, 2008, 548. Aunque hay muchos que afirman que el abuso de dependencia económica deba necesariamente haber «aplicación general a todos los contratos, resultando de otra manera traicionado el principio de igualdad» (PROSPER, *Subfornitura industriale, abuso de dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., 678), tal comparación entre las dos disciplinas no es aceptable para las muchas diferencias funcionales y de ratio. Las normativas de hecho operan en diferentes situaciones donde la disciplina de cláusulas abusivas encuentra su razón de ser en la posición de asimetría informativa que afecta a las actitudes de los consumidores hacia la contraparte profesional: su función es reducir las disparidades de información que impiden de tomar una decisión libre y consciente. Como prueba de esto, es suficiente considerar que «la regla (y el consiguiente remedio de la ineficacia de la cláusula abusiva) es derogada en el caso de que las cláusulas o los elementos "han sido objeto de negociación individual" (art. 34, párr. 4, cod. consumo), y que incluso el principio de la inviolabilidad del equilibrio económico de la relación no se respeta cuando "en tomo a los mismos permanecen algunas opacidad informativa (ex art. 34, párr. 2, cod.

tantemente nuevos equilibrios: una igualdad que asume cada vez más los contornos de un contenido de instancias individuales (199).

Sin embargo a la tendencia centrífuga de las recientes legislaciones especiales que se traduce en la atenuación de las reglas dispositivas y de la conexas implementación de los poderes del juez (200), es posible responder con una renovada validez de la disciplina general y en particular de la cláusula de buena fe. Esta última puede, en efecto, servir como común denominador que a través del filtro del art. 1366 c.c., conecta y armoniza la disciplina general y aquella especial dentro de un sistema complejo, adecuando, por medio de un juicio global de congruencia y pertinencia, la específica regla contractual al sistema de intereses de los contratantes: se efectúa así, una investigación que iniciando en las reglas especiales se remonta a los principios generales del ordenamiento (201).

El uso de las cláusulas generales permite entonces, gracias a su función de nexo entre las normas particulares y el sistema de los valores del ordenamiento, reconstruir el contenido de la obligación aplicable en ausencia de una disposición normativa abstracta, a través de un suerte de fenomenología de la buena fe (202), que parte de casos concretos hacia los principios para renovarse en las reglas especiales (203).

El valor de la buena fe se expresa como instrumento capaz de adaptarse a una realidad cambiante dirigida a preservar las razones de un sistema jurídico abierto. Esto se presenta firmemente centrado en la disciplina de los códigos e implementado por las normas especiales, con raíces constitucionales y supranacionales que nutren al entero sistema de reglas suscepi-

consumo)"\* (NATOLI, *L'abuso de dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 89). En contraste el abuso de dependencia económica se refiere (por definición) a las relaciones entre operadores económicos profesionales que saben cómo evaluar sus propios intereses, como demuestra que en el art. 9 el desequilibrio de las obligaciones es «hipótesis totalmente legítima, ya que la situación de dependencia económica, por sí misma no realiza ningún tipo de abuso» (VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, Riv. dir. priv., 2002, 311). Del mismo modo en el tamaño anglosajón la doctrina ha intentado a través de la teoría del *inequality of bargaining power* de cubrir en una única categoría todos los casos de desigualdad de poder contractual, como observan *ex multis* CARTWRIGHT, *Unequal Bargaining. A Study of the Vitiating Factors in the Formation of Contracts*, Oxford, 1991, *passim*, y BARNHIZER, *Power, Inequality and the Bargain: the Role of Bargaining Power in the Law of Contract*, 2006, *Mih. St. L. Rev.*, 841.

- (199) Véase HESSELINK, *The horizontal effect of social rights in European contract law*, en *Eur. dir. priv.*, 2003, 1. Sobre el derecho como el reclamo *vid.* LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004.
- (200) La vocación disgregante de las muchas intervenciones conlleva los varios aspectos del Derecho contractual, como las modalidades de conclusión, con los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales o a distancia de los arts. 44-67-*vicies bis*, o se refiere al uso extensivo del *recesso penitenziale* aplicado a la parte más débil, a la forma en función de protección, además a los ya analizado tema de las invalidaciones, con referencia por ejemplo a la legitimación para accionar, al interés protegido, a la valencia de mantenimiento. *Vid.* sobre este tema GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 211; ROPEO, *Il contratto nel duemila*, cit., 28; BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, cit., 184. Sobre la expansión de los poderes del juez *cfr.* MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, en *Contr. e impr.*, 2006, 215.
- (201) *Cfr.* BIGLIAZZI GERI, voz *Buona fede nel diritto civile*, cit., 179; Ead., *L'interpretazione del contratto*, cit., 208; Ead., *Note en tema de interpretazione secondo buona fede*, cit., 41 e 73 donde afirma que la evaluación del acuerdo contractual «se agotará o en una evaluación del conformidad del negocio con el principio mismo [de buena fe], dejando intactas la reglamentación comprobada *stricti iuris*, o en un juicio de no conformidad, dejando, entonces el juez la tarea de dar al contrato el particular color que la regla de buena fe es capaz de conferir y, por lo tanto (...) el único significado que el contrato puede tener, tenido en cuenta de las posiciones mutuas de las partes y de las circunstancias donde la regulación misma es destinado a operar, de acuerdo con los principios generales del ordenamiento jurídico». En general sobre la fuerza y la pertinencia del código y en particular de la parte general del Derecho contractual *vid.* BUSNELLI, *Tramonto del codice civile?*, en Aa. Vv., *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglese e italiana a confronto*, Milano, 1983, 211, e GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 211.
- (202) En propósito es oportuno observar como Hegel en el § 236 de los *Principios de la Filosofía del Derecho* acentúa el carácter de reciprocidad de las relaciones entre productores y consumidores, por los que deriva el rechazo de la contraposición entre la protección de los consumidores y la defensa del sistema de mercado competitivo, como afirma IRI, *La fondazione hegeliana del «diritto dei consumatori»*, SRENA (a cura de), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del convegno di studio (Siena, 22-24 settembre 2004)*, Milano, 475.
- (203) Se recuerda el famoso pasaje aristotélico dell' *Etica Nicomachea*, V, 14, 1137b, 25, según el cual «lo que es en equidad es justo, y es mejor de algún justo, no del justo en absoluto, sino del justo que falta para la abstracción. Y esa es la naturaleza de la equidad, de ser rectificación de la ley, donde ella es deficiente por su carácter universal».

bles de integración recíproca, componiendo un sistema en circular y virtuoso movimiento (204).

La reunificación del derecho contractual en torno a la buena fe restituye una cláusula que va más allá de la dogmática antítesis considerada regla de interpretación en sentido subjetivo u objetivo, vale decir que le asignan un rol interior al acto de autonomía, o externo a éste como fuente de integración del contrato. En efecto, la adopción de una perspectiva heurística que considere la compleja estructura de los intereses negociales, teniendo en cuenta la causa concreta, así como la entera operación económica, requiere que a través de la hermenéutica del contrato se identifique una regla integradora-supletoria, no obstante lo cual insertada en el concreto reglamento negocial de modo compatible con la aplicación de las otras previsiones del contrato (205).

Mediante el enriquecimiento de los efectos del contrato como desarrollo de las intenciones de las partes, se evitarían tanto intervenciones autoritarias por parte del juez, que se inmiscuiría en el reglamento contractual fuera de una valoración de coherencia con el concreto orden negocial, como traiciones de la voluntad de los contratantes con una configuración puramente subjetiva que inevitablemente se resolvería en la asunción de la voluntad presunta.

¿Es siempre posible augurar *de iure condendo* la previsión de una norma omnicompreensiva que, sin refugiarse en demoliciones absolutas, reúna los diferentes indicadores de referencia del contrato injusto, a fin de poderse aplicar a todas las hipótesis de desequilibrio superando las soluciones desarticuladas? Es notorio que en la tradición del *common law* existe la fórmula sintética y elástica de *inequality of bargaining power* que comprende tanto los casos de *duress*, aquellos de *undue influence*, así como los de *unconscionability* (206).

El reciente *Avant-projet* francés de derecho contractual prevé en su art. 87-*bis* la posibilidad para el juez de anular, a petición de la parte débil, una cláusula que crea un *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* (207). Las normas sobre desequilibrio contractual previstas en el *Unidroit* y el *Draft*, no presentan una tipificación estricta de los presupuestos legales subjetivos y objetivos, contemplando la intervención del juez, a instancia no emuladora de las partes. La finalidad es corregir el contrato en función de un parámetro de referencia configurado sobre una norma objetiva del mercado determinada conforme el metro de la corrección.

- (204) Para una análisis completa de la función de los principios constitucionales en el Derecho privado *vid.* BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 687; MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 322; MAZZAMUTO-NINARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, en Aa. Vv., *Scritti en onore de Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 742. La apertura a las cláusulas generales por el Derecho europeo es subrayado una vez más por BRECCIA, *Considerazioni sul diritto private sovranazionale tra modelli interpretative e regole effettive*, en Aa. Vv., *Scritti en onore de Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 147; MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, en Aa. Vv., *Studi in onore de Pietro Rescigno. Diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 509; VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit., 133; BUSNELLI, *Note en tema de buona fede ed equità*, cit., 548; *Id.*, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., 287.
- (205) Véase sobre la proximidad entre la integración y la interpretación del contrato SACCO, en SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, 394; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, cit., 535; D'ANGELO, *Il contratto en generale. La buona fede*, cit., 52, el cual observa que «cuando la interpretación se realiza en la identificación de intenciones inexpressadas, la evaluación a ellas relativa se revela inestable y incontrolable. Mientras la manifestación y la motivación de una operación integradora, que marcha de su reconocimiento hermenéutico del programa contractual, subraya en manera clara y controlable el razonamiento a través del cual el juez llega a la formación de la regla del caso específico».
- (206) *Cfr.* TREMEL, *The law of contract*, Londra, 1991, 70; АТЯН, *Chitty of contracts*, I, *General principles*, Londra, 1986, 520; MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, 23.
- (207) En tema *cfr.* MÄSCH-MÄZAU-SCHULZE, *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Monaco, 2009, 47, e, *più en generale*, BOTTINI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet de riforma del diritto delle obbligazione. En medio stat virtus?*, cit., 565.

Como sucede a menudo una solución de mantenimiento, aplicable a un genérico contratante débil podría encontrarse, no mirando a otro lugar o lejos, sino en el art. 22 del proyecto italo-francés de unificación del Derecho de las obligaciones del 1927 (208), en el cual, con valor casi profético, se encuentra un criterio general de desproporción de sinalagma, la atención de la concreta estructura de intereses, la relevancia de la injusticia procedimental, la legitimación relativa para accionar y la presencia de un remedio correctivo (al cual puede ponerse al lado la eventual tutela de la renegociación).

Una norma así, correcta con la previsión de la intervención oficiosa del juez, recibiría obviamente una nueva luz incorporada dentro del marco axiológico, ausente en la época de su previsión, representada en particular por los art. 3, párr. 2, y 41, párr. 2, de la Constitución italiana, así como por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que representa la indispensable referencia valorativa para el sector operativo de la cláusula de buena fe en su interacción con un contexto de mercado multi-relacional (209).

Un retorno a la «virtud de los principios» (210) no parece subversivo respecto a las exigencias mercantiles: en caso de que se respetase el precepto escolástico del *distingue frequenter* se notaría que la antítesis entre justicia contractual y el mercado competitivo no presenta necesariamente características de absoluto. En efecto, según la lógica el mercado libre exige para realizarse que la misma libertad califique los contratantes cuya elección debe ser consciente y libre de restricciones, con el fin de lograr como resultado la máxima satisfacción, al menor precio posible.

Autonomía contractual y justicia constituyen por lo tanto los objetivos compatibles dentro del mismo sistema normativo, en la medida que es posible desarrollar una lógica competitiva solo con algunos limitados controles legales, anclados a la tutela constitucional de los derechos individuales en áreas altamente conflictivas. Por otro lado, resulta oportuno resaltar como la jerarquía de los valores constitucionales es naturalmente variable y dócil, prestándose particu-

- (208) El art. 22 del *Progetto de un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti* del 1927, sobre el modelo del § 138 BGB, afirmaba: «si las obligaciones de un contratante son totalmente desproporcionadas en relación con los beneficios que el deriva del contrato y con la prestación de la otra parte, en manera que, de acuerdo con las circunstancias, deba suponerse que su consentimiento no haya ésta do suficientemente libre, el juez puede, a petición de la parte ofendida, anular el contrato o reducir la obligación». A esta predicción se opuso la doctrina de la época, temeroso que una extensión de los poderes discrecionales del juez pudiera comportar una peligrosa incertidumbre jurídica, como acuerda SCADUTO, *Osservazioni sul «Progetto de codice unico delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia»*, en *Il Circolo giuridico*, 1930, 11, ahora en SCADUTO, *Diritto civile*, a cura de PALAZZO, Perugia, 2002, 11, 1221. Para los detalles necesarios *vid.* BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi de diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, 328-334 e 462-464; SCHRIVONE, *Approfittamento e lesione ultra dimidium*, Napoli, 2004, 144; SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000, 25.
- (209) La presencia de un plan de los valores constitucionales que opera también en el ámbito europeo implica la desaparición de la principal objeción a la tesis que considera pletórico si no retórica la conexión entre la buena fe y los principios constitucionales en base al carácter intrínsecamente axiológico de la buena fe, la cual, conteniendo ya un deber de solidaridad y igualdad de tratamiento, no necesitaría de «muletas constitucionales» (según la famosa expresión de MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 9, cuya tesis es hoy seguida por D'ANGELO, *Il contratto en generale. La buona fede*, cit., 241; PALAZZO, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, cit., 711; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 204). Apoyan al contrario la renovada valencia valorativa de la buena fe en especial manera con los derechos inviolables del hombre ésta blecidos por el art. 2 Const. italiana NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti de impresa e diritto europeo*, cit., 531; id., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 184; MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, 38, que se colocan en continuidad ideal con la necesidad de la referencia constitucional afirmada anteriormente por NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, en *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 167; BIGLUZZI GERI, *Note en tema de interpretazione secondo buona fede*, cit., 90; Ead., *L'interpretazione del contratto*, cit., 243.
- (210) La expresión es de ORPO, *Principi*, en BUONOCORE (directo da), *Trattato de diritto commerciale*, sez. I, t. I, Torino, 2001, 46. *Vid.* también BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., *passim*; PANETTI, *Autonomia contrattuale e persona nella dialettica tra diritti sociali e libertà individuali: un percorso europeo*, cit., 528; NATALI, *Tutela della libertà d'impresa nell'ordinamento nazionale, comunitario e nella Carta de Nizza*, cit., 730.

larmente a las exigencias reguladoras de las circunstancias concretas, a fin de poder efectuar el equilibrio de las razones de eficiencia con aquellas de justicia en la dimensión aplicativa del caso específico (211).

El papel «fundamental» en la orientación del mercado que asume la buena fe como depositaria de los cánones axiológicos de derivación constitucional encuentra su clara confirmación en el *Draft* dentro del cual se asigna un marcado relieve legal a los principios generales. Esto sucede en el ya visto art. I - 1:102, el cual precisa que todas las normas contenidas en tal texto deban ser interpretadas con el fin de salvaguardar los derechos humanos, las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes; por su parte el art. II - 7:301, se dirige hasta prescribir la nulidad de los contratos que violen «un principio reconocido como fundamental en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea» (212). La relación entre libertad de mercado y exigencias de la justicia, que aparece aparentemente inconciliable, se muestra constituido solo por la racionalidad de la axiología, idónea para restablecer la premisa igualitaria a la base de la fórmula *qui dit contractuel dit juste*, transformando la aparente contradicción en tautología.

Más que de las diversas normas productoras de «reglas errantes en busca de un sentido» (213), parece poderse tomar inspiración para aspirar al espejismo de la paridad sustancial (214) de la valoración del sistema de valores y de la nueva dimensión europea del Derecho de los contratos. Éstas diseñan una nueva relación contrato-juez-mercado, a fin de realizar la esperanza de superar la «igualdad formal ante la ley, por un lado, y por el otro la exclusividad del ordenamiento estatal y del examen de legalidad y de ilegalidad que este expresa» (215), como parece deducirse de las líneas de tendencia racional de la materia (216).

En conclusión, se observa como la buena fe y la equidad desempeñan un rol de gran importancia, colocándose en correspondencia entre lo querido y lo decidido, como parámetro de equilibrio negocial. Además, ellas pueden valorizar el planteamiento concreto de la situación y de la peculiaridad de caso específico, en sinergia con los valores materiales superiores que caracterizan al ordenamiento, los mismos que constituyen el marco necesario de la legitimación (217).

(211) *Cfr.* ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 182, y MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 116.

(212) En mérito, se acuerda que: «El amplio espectro de los orígenes de los principios fundamentales de importancia europea se centra principalmente, por lo tanto, sobre un orden de cuatro factores: los Tratados UE y CE; los convenios internacionales; las tradiciones constitucionales; directivas "civiles" de los Estados parte de Europa. Estos factores coexistentes (que hay, de hecho, una jerarquía formal, sino una red de referencias: ordenada en base a criterios axiológicos de naturaleza material) encuentran, o deberían encontrar, un momento primario de "armonización" en la jurisprudencia (...)». Así BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel «comune quadro de riferimento europeo»* (Draft Common Frame of Reference), cit., 100.

(213) Así BRECCIA, *Causa*, cit., 87.

(214) Se acuerda cómo el autor principal del art. 3, párr. 2 de la Constitución italiana, afirmó que «el art. 3, párr. 2, dice que la igualdad del párr. 1 (igualdad formal *n.d.a.*) en realidad no existe, que no hay en la sociedad, a pesar de las declaraciones formales, una igualdad real (...). La razón por la que he querido insertar este artículo era precisamente la siguiente: que él desmiente todas las declaraciones de la Constitución que consideran actuado lo que aún no se ha hecho (...); muestra el valor puramente ideológico de algunas todas declaraciones y tiende a desmitificarlas», así BASSO, *Giustizia e potere. La lunga via al socialismo*, en *Quale giustizia*, 1971, 644.

(215) Así RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 129. Sobre este tema *vid.* VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, *passim*; HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2004, *passim*; COLLINS, *La giustizia contrattuale en Europa*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659. Para mayor ahondamiento en la eficacia y la efectividad de los instrumentos relativos a la cuestión de los desequilibrios contractuales *vid.* MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, en *Contr. e Impr./Europa*, 1998, 202.

(216) Véase para un panorama del Derecho privado del mercado en perspectiva diacrónica y histórica PALAZZO-SASSI (a cura de), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.

(217) VETTORI, en *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., 20 invoca РОПНЕР el cual en *Traité des Obligations. Tome premier*. Bruxelles, 1835, 26 afirma que «l'équité consists dans l'égalité».

Buena fe y equidad por lo tanto pueden asumir, en su problemática, la semblanza de instrumento de gobierno no subversivo del sistema de la autonomía privada, de adaptación del esquema general y abstracto a la concreta aplicación de las reglas del juego. Pueden en efecto constituir aquella mediación útil entre principios y reglas indispensables en un sistema de distribución de las libertades conforme a una estructura de mercado compuesta; motivo por el cual resulta oportuno que la autonomía contractual descubra dentro de su propio límite la utilidad del límite mismo (218).

(218) Como notava LECLERCQ en *Liberté et vérité*, 1954, «*La contrainte en elle-même est diminutive de la liberté; mais il faut que, sur un autre point, elle crée de la liberté*». Por otra parte, ya Kant en la *Metafísica de las costumbres* *Metafísica del costumi* observaba como la coerción se acorda con la libertad si se entiende ésta última como una represión de un impedimento de la libertad.