

¿La deshumanización del contrato? (*)

Giorgio Oppo

Abogado. Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Universidad "La Sapienza" de Roma.

1 La discusión sobre "intercambios de mercado" y una reciente obra de Natalino Irti.

En la discusión sobre la estructura jurídica de los "intercambios de mercado" -automáticos, en los centros comerciales, mediante módulos o formularios, televisivos, telemáticos- pueden individualizarse dos orientaciones. Una orientación tiende a la "objetivación" del intercambio, mientras que la otra busca insertarlo en la tradición consensual del contrato. Ellas han encontrado expresión últimamente en dos apreciables investigaciones a las cuales es necesario citar para una concluyente información. Me refiero, en cuanto a la primera orientación, a la monografía de Maggiolo⁽¹⁾, la cual, tomando como línea de partida la hipótesis del artículo 1333 del Código Civil italiano⁽²⁾ -construida en función de un acto unilateral de autonomía- afirma la autosuficiencia de la predisposición declarativa y "material" (que no sea "obstaculizada"). En cuanto a la segunda orientación, hago alusión a la monografía de Gambino⁽³⁾, que precisamente construye aún las hipótesis del discurso en términos de acuerdo.

En la discusión hace poco ha participado Natalino Irti con un ensayo⁽⁴⁾ que transfiere, y concluye, en lo

individual (empieza con la descripción de la "jornada de un hombre común"), el diseño -trazado por el mismo autor en más escritos⁽⁵⁾- del Derecho del Mercado como "lugar de intercambios". Es partidario no solamente del mercado como el lugar para tomar y gobernar la función económica y la incidencia social, sino también como el lugar de producción y de trabajo, aunque prescindiendo del intercambio. Igualmente, el orden jurídico del mercado es considerado no sólo en términos de regularidad y de previsibilidad de los intercambios, y de protección de un orden espontáneo, sino también desde una perspectiva de correlación con las exigencias de la sociedad civil.

Con relación a los intercambios de mercado, Irti propone colocarlos alternativamente, o en una noción de contrato ampliada más allá del acuerdo o en una noción de intercambio sin contrato, reconociendo en todo caso dos decisiones unilaterales destinadas a permanecer como tales. Irti prefiere sin duda la segunda "construcción", porque ni la ciencia, ni la práctica precisan de una moderación de los conceptos y de los institutos.

Ambas construcciones proyectadas por Irti aparecen cargadas de consecuencias que todavía no exceden del plano de la técnica. Desearía en cambio recoger la

(*) El presente artículo es traducido, con autorización del autor, por Nélvor Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias. Originalmente publicado bajo el título de *¿Dishumanizzazione del contratto?* En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XLIV, No. 5. Padova: CEDAM-Antonio Milani, 1998. pp. 525-533.

Este artículo es la réplica al artículo de IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año LII. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998. pp. 347-364. Una edición en español del referido artículo ha sido publicada en el Perú bajo el título de *Intercambio sin acuerdo*. En: *Ius et Veritas*. Año XII, No. 24. Lima, 2002. pp. 46-55. En nuestra próxima edición podrá encontrarse la dúplica del profesor Irti, titulada *Es cierto pero ... (Réplica a Giorgio Oppo)*.

(1) MAGGIOLO, M. *Il contratto predisposto*. Padova, 1996.

(2) Artículo 1333 del Código Civil italiano.- Contrato con obligación para el solo oferente.- La oferta dirigida para la celebración de un contrato en el que sólo se deriven obligaciones para el oferente es irrevocable desde el momento en que llega a conocimiento de la parte a la cual ella está destinada.

El destinatario puede rechazar la oferta dentro del término requerido por la naturaleza de la operación o por los usos. En ausencia de dicho rechazo, el contrato se tiene celebrado.

(3) GAMBINO, A. M. *L'accordo telematico*. Milano, 1997.

(4) IRTI, Natalino. *Scambi senza accordo*. En: *Riv. Trim.* 1998. pp. 347 y ss.

(5) Ahora recogidos en el volumen *L'ordine giuridico del mercato*. Bari, 1998.

invitación de Irti (dirigida también a los romanistas, pero aquí no puedo darle el encuentro) a dar “auxilio” a su meditación sobre el *contrahere sin consentire*; y recoge en lo que me parece singularmente estimulante sobre el plano no sólo jurídico sino también social y “humano”. Más allá de la identificación y calificación, con la elegancia propia del autor, de datos objetivos, como el “texto”, la “cosa”, la “imagen”, lo que despierta particular interés, pero también (al menos en mí) alguna inquietud son los convencimientos que conducen al autor al proponer tal alternativa.

Basta citar algunas expresiones. “Las técnicas o tecnologías no son siervos obedientes sino patrones despóticos”. “El diálogo, también esencial al consentimiento, es un desgaste irracional que reduce y anula las ventajas objetivas y funcionales de la lengua”. La “primacía” de la cosa y de la imagen “trastorna su relación con el hombre”. “Las tecnologías no tienen un territorio sino un espacio: no una comunidad sino una anónima masa de usuarios”. El capitalismo “empujado por el ansia del racional cálculo, destruye sus mismos orígenes: el sentimiento vigoroso del individuo, el orgullo de la noble e irreplicable singularidad”, de modo que “como personalidad sobreviven solamente los audaces conductores de un capitalismo despersonalizado”. Finalmente, en el pasaje “del diálogo al silencio”, “el hombre que abandona la palabra, pierde y olvida con ella la propia *identidad histórica*”.

En estas proposiciones existe algo de verdad pero lo que existe de verdad no merece un simple testimonio y menos una supina aceptación sino una reacción en defensa de aquél que avanza del “sentimiento vigoroso del individuo” y de su “*identidad histórica*” contra el “capitalismo despersonalizante”. Quien escribe ha señalado muchas veces la pérdida de valores humanos que se ampara en esta despersonalización, al exponer sobre un sector particular, aquél de los derechos “cartulares”⁽⁶⁾, al exponer sobre los contratos de empresa⁽⁷⁾, al discutir sobre las “razones” del derecho comercial⁽⁸⁾. A mi pesar, también en términos normativos, las cosas se dirigen a lo peor. Un último ejemplo se nota en el delicado sector de los títulos de crédito, en la forzosa desmaterialización y en la gestión de masa de los títulos públicos y de aquellos admitidos

a la negociación en los mercados reglamentarios, también para los títulos ya emitidos, con procedimientos de clara ilegitimidad constitucional por la evidente violación del derecho contractual de los portadores (Decreto Legislativo No. 213, del 24 de junio de 1998, artículos 28 y siguientes; y, para los títulos de Estado, Decreto Ministerial del Tesoro del 31 de julio de 1998).

2 Expresión lingüística, diálogo, tratativa, acuerdo.

¿Pero los intercambios de mercado niegan verdaderamente el contrato como acuerdo, como encuentro de voluntades?

Irti lo afirma porque falta en ellos un trayecto hecho de tratativas, de expresión lingüística de la voluntad, pero también porque la tratativa y el acuerdo están hechos en una lengua que “no es por nosotros dominada pero nos domina”. Falta el diálogo. Por otro lado “hay un desgaste irracional que reduce y anula las ventajas objetivas y funcionales de la lengua”.

Si la lengua nos domina no existen problemas de interpretación “subjettiva” (artículo 1362 del código civil italiano⁽⁹⁾). Dejamos de considerar si las ventajas de la lengua son o deberían ser antes que todo funcionales a la manifestación del pensamiento y del propósito de quien la usa (el mismo Irti escribe que “los signos se actualizan en la concreta expresión de las partes”). Dejamos de considerar que algún diálogo, ciertamente no calificable ni siquiera como irrelevante y menos como “desgaste irracional”, puede existir también en los intercambios que consideramos. Por ejemplo, algún diálogo con los trabajadores del centro comercial, algún diálogo con el personal de la empresa (por ejemplo, el banco) que ha predispuesto módulos o formularios. También algún diálogo con el predisponente de los mensajes telemáticos (no, como se ha dicho, “con el programador”) a través de preguntas (y respuestas) informáticas sobre calidad, precios, especialmente de las mercaderías ofrecidas. Mientras, por lo demás, “precios fijos” y condiciones inmodificables no son exclusivos de estos intercambios.

Dejamos de estimar todo esto, que tampoco no puede ser ignorado. ¿Aquello que falta o faltaría, en nuestros

(6) OPPO, Giorgio. *Nomos*. 1988. pp. 73 y ss.

(7) OPPO, Giorgio. *Rivista di Diritto Civile*. No. I. 1995. pp. 629 y ss.

(8) OPPO, Giorgio. *Ibid.*: pp. 505 y ss.

(9) Artículo 1362 del Código Civil italiano.- Intención de los contratantes.- Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, incluso aquel que es posterior a la conclusión del contrato.

Pero, ¿qué cosa es el contrato-acuerdo si no la combinación de dos decisiones, es decir, “actos unilaterales”? Si ellas “se combinan” o “confluyen”, ¿cómo se puede decir que quedan separadas?

intercambios es esencial al acuerdo, al consentimiento, al encuentro de voluntades? Porque es sólo éste, no otro, que es exigido en el contrato. El artículo 1321 del Código Civil Italiano⁽¹⁰⁾ no requiere tratativa, diálogo y ni siquiera expresión lingüística, más o menos dominante o dominable. El diálogo no sólo no es requerido por el artículo 1321; sino que falta, o puede faltar, en las hipótesis típicas del artículo 1327⁽¹¹⁾ (conclusión, “antes de la respuesta”, con la ejecución) y del artículo 1333 (conclusión “en ausencia de negación” del contrato con obligaciones solamente para el ofertante). Aquí el acuerdo del artículo 1321 es reconocido sobre una base diferente por el mecanismo previsto por el artículo 1326, primer párrafo⁽¹²⁾, sobre la base de un comportamiento diferente que se considera igualmente de adhesión a la oferta. La configuración (en la hipótesis del artículo 1333) de un “negocio unilateral salvo rechazo”⁽¹³⁾ y *a fortiori* de un “contrato” *tout court* “de declaración única” (propuesta ahora por Maggiolo) no corresponden a la elección legislativa (se

dirige, a una “valoración legal típica”), se alejan de la disciplina, legitiman una unilateral invasión, también alejados, de la esfera jurídica ajena. (Por deber de información debo todavía advertir que en el sentido de la unilateralidad del negocio se ha pronunciado la Casación No. 10235, del 27 de septiembre de 1995⁽¹⁴⁾. Pero, para una expresa calificación del silencio como manifestación de consentimiento, se puede leer el artículo 18 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compra-venta internacional⁽¹⁵⁾).

3 Intercambios sobre “módulos o formularios”.

Analicemos ahora los intercambios concluidos mediante “módulos o formularios”.

Irti juzga de “simplismo intelectual verdaderamente desconsolante” el argumento que “también en la adhesión existe un acuerdo”. Juicio ciertamente demasiado severo y que no puede justificarse afirmando que “la parte que adopta módulos o formularios rechaza y niega el diálogo” y que “el adherir (por la otra parte) no es un resultado dialógico”. El predisponente, puesto que rechaza el diálogo, no niega sino pide una respuesta. No sólo el diálogo, sino las “técnicas de la relación” en general, son creaciones del hombre, dirigidas al fin contractual y, si se quiere, del intercambio. Son creaciones de la “libertad de los hombres” (que también Irti resalta) y son usadas y respetadas como tales.

No parece por tanto que se haya llegado a la demostración de que todo se limita a la “soledad de dos decisiones individuales”. Escribe Irti que “el acuerdo

(10) Artículo 1321 del Código Civil italiano.- Noción.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.

(11) Artículo 1327 del Código Civil italiano.- Ejecución antes de la respuesta del aceptante.- Cuando a pedido del oferente o por la naturaleza de la operación, o según los usos, la prestación deba ejecutarse sin una respuesta previa, el contrato se tiene por celebrado en el momento y en el lugar en que ha tenido inicio la ejecución.

(12) Primer párrafo del artículo 1326 del código civil italiano.- Celebración del contrato.- El contrato queda celebrado en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

(13) BENEDETTI, Guiseppe. *Rivista di Diritto Civile*. Tomo I. 1969. pp. 372 y ss.

(14) MAGGILOLO. *Banca, borsa, tit. cred.*. Tomo II. 1997. pp. 396 y ss.

(15) Artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.-

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirán aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

está en la unilateral predisposición del texto escrito y en la unilateral adhesión”. Precisamente así (también evidentemente, según Irti, el acuerdo, reducido a esto, es un “no-acuerdo”): dos unilaterales decisiones convergen en un acuerdo. No sólo “un texto gráfico” sino **quien lo ha predisposto** “expresa un sí o un no”. Quien pronuncia el sí encuentra aquella expectativa. La adhesión no es un “estar vinculados” sino un ir al encuentro. Encuentro de las decisiones de ambas partes, y, por consiguiente, acuerdo. Acuerdo de voluntades, porque no se entiende decisión sin voluntades.

4 Intercambios en los “grandes centros comerciales”.

De los módulos o formularios a los “grandes almacenes” y “centros comerciales”. Las cosas, dice Irti, “se ofrecen en su inmediata materialidad” y se sustituyen a la palabra y al texto. “El hombre no encuentra al hombre sino la visible materialidad de las cosas. Él no habla y no dialoga: elige cosas”. “El diálogo lingüístico es sustituido por la **realidad** por dos actos: la exposición y la preferencia”.

También en esto existe verdad. Pero no se nos puede detener en esto y concluir que “lo primero” es la cosa que “circula como tal y porque tal”; y que el intercambio “no tiene necesidad de acuerdo”.

Una parte **expone** y la otra **elige**. Pero, ¿por qué y con qué acto (en términos sociales y jurídicos) una expone y otra elige? El discurso me recuerda una disputa con Emilio Betti, tan querido por Irti (y también por mí), a cuyo concepto de declaración preceptiva y de autorreglamento de intereses objetado (cincuenta años atrás) no se puede “normar” un precepto, “dictar” una regla, “tomar una disposición”, “emitir una orden” (expresiones de Betti) si no mediante un acto de voluntades, a menos de limitar el aspecto funcional, sin definir el aspecto estructural de la declaración⁽¹⁶⁾.

Por lo tanto, ¿por qué y con qué acto se expone y se elige? “Causa” y “naturaleza” son reemplazadas por el **lugar** de la exposición y de la elección. Un lugar de intercambio, antes de la compraventa. Expongo en aquel lugar porque **deseo vender**, elijo (y tomo) en aquel lugar porque **deseo comprar**. Como dice Irti, las figuras del comportamiento concluyente y de la declaración tácita serán también “viejas”. Pero no eran repudiadas ni siquiera por Cicu (que Irti considera de cualquier modo un precursor de sus ideas) cuando calificaba la

compraventa mediante máquinas automáticas como contrato “real” pero asimismo siempre hecho de oferta (al público) y de aceptación. Diversamente, ¿cómo y por qué se distinguiría la “preferencia” del adquirente de la “preferencia” del ladrón? La diferencia ¿no está quizás en que el primero desea pagar el precio (encontrando la oferta) y el segundo no desea pagarlo al ignorar la oferta? Esta diferencia no puede tomarse si se afirma que la “decisión de exponer las cosas y la decisión de elegir una de ellas son congruentes exteriormente”, y que “la identidad de la cosa, expuesta por una y preferida por otra, es la única medida de correspondencia entre las partes”. Antes, si no se “elige” con la voluntad de comprar, la conclusión del intercambio debería ser dejada al momento siguiente del pago del precio (*cash and carry*, mejor que *self service*), como ha sido sostenido por alguno. Entonces el supuesto de hecho volvería a entrar, en cuanto a la adhesión, directamente bajo el artículo 1327 del Código Civil Italiano.

Es cierto que existen dos decisiones, como en todo contrato. Pero no (sólo) la decisión de exponer y de elegir, sino la decisión de vender y de comprar **el mismo objeto**. Esto es, **acuerdo**.

5 Intercambios a través de “esquemas televisivos y telemáticos”.

De los almacenes y centros comerciales a los “esquemas televisivos y telemáticos”; de la “primacía de la cosa”, a la “primacía de la imagen” (existirían también las ventas por correspondencia, el “mercado electrónico” y las “ofertas cruzadas”; pero no compliquemos ulteriormente el discurso).

La imagen -dice Irti- no tiene necesidad de ser entendida. Se ve y basta. Se hace referencia a “un acto puro de recepción”: la elección de la imagen. El hombre no va hacia las cosas sino las cosas, detenidas en imágenes, van hacia el hombre. “Se ofrecen a nuestra elección”. “Entre la cosa y nosotros no existe un hombre que la ofrezca y la proponga pero existe la misma figura visual de la cosa: abstracto término de nuestro rechazo y de nuestra preferencia”. Pero “mientras la imagen televisiva es percibida por el exterior, la imagen telemática exige el ingreso en su propio universo” en el cual se encuentran no sólo imágenes de cosas sino imágenes de palabras.

No escapa a Irti que este discurso podría producir cualquier resquebrajamiento en el recorrido lógico que

(16) OPPO, Giorgio. *Adempimento e liberalità*. Milano, 1947. pp. 379 y ss. Una réplica “dura” -¡pero en buena compañía!- y, también diría, no perfectamente centrada, en: BETTI, *Neozio giuridico*. Torino, 1952. pp. 55 y ss. y notas.

debería conducir, también aquí, a la exclusión del acuerdo. Dejemos también aparte las invitaciones televisivas en las cuales, palabras e imágenes, se suman declaradamente en una oferta que pide aceptación: oferta formulada por hombres, por cuenta propia o ajena. Igualmente el “sitio” telemático incorpora una oferta e interesa sólo en cuanto incorpore una oferta “abierta” a una respuesta. Nos referimos a las simples informaciones, en cuyo caso tiene el sentido, a lo más, de una invitación a ofrecer. Al eludir o suprimir el sentido del “retorno a la palabra” no quiere decir que “la lengua telemática nada tiene en común con la lengua del hablar cotidiano” (porque “no es teórica, no es portadora de saber histórico sino es puramente designativa e informativa”). Para admitirlo, podría responderse que el acuerdo no presupone una u otra lengua sino sólo expresión de voluntades concordantes. Pero en realidad la lengua no es “diferente” por tener - como dice Irti- “carácter funcional”. ¿Funcional a qué cosa? Como he dicho, no es una simple información; mientras el acuerdo es un medio expresivo funcional al resultado sin que se excluya la sustitución de la lengua “con iconos o signos convencionales”, salvo el empleo de una u otra lengua en el contrato formal⁽¹⁷⁾. Cualquier “hacer” expresivo es suficiente, y así “describir mercaderías” proponiendo “soluciones” (elecciones) alternativas y, en correspondencia, “dígitar el número del cheque o de la tarjeta de crédito” (y no hacer la distinción como propone Maggiolo⁽¹⁸⁾, entre voluntad de adhesión y voluntad de aceptación). Estamos siempre en el campo de los “viejos” comportamientos concluyentes pero no sobre un plano de “relaciones por encima de la realidad”.

Cuando después se dice que la lengua telemática “no abre el juego de preguntas y respuestas inesperadas, y no afronta el riesgo de la espontaneidad”, se hace referencia al diálogo al que ya nos hemos referido.

6 Acuerdo, consentimiento programático, “combinación de decisiones”.

Igualmente otras afirmaciones -y concluyentes- de Natalino Irti hacen dudar que esté verdaderamente “centrado” el objetivo de la “solitaria unilateralidad de dos decisiones”.

En los mismos intercambios telemáticos “el consentimiento sobre la adopción del programa tiene el lugar el consentimiento que nace del diálogo lingüístico”. Pues existe, hacia arriba, un consentimiento

y por tanto, un acuerdo. Bajo este perfil no se está en presencia de un *contrahere sin consentire*. Pero entonces ¿el “hacer” no es “desenvolvimiento” de aquel consentimiento?

De nuevo, “(l)a decadencia del acuerdo disuelve el contrato en la ‘combinación de dos actos unilaterales’. ¿Disuelve? Pero, ¿qué cosa es el contrato-acuerdo si no la combinación de dos decisiones, es decir, ‘actos unilaterales’? Si ellas ‘se combinan’ o ‘confluyen’, ¿cómo se puede decir que quedan separadas?” “Combinación” (e Irti insiste sobre este término) expresa asimismo mejor que “acuerdo” la “congruencia” de las dos “decisiones” (congruencia que Irti niega). Y si las dos decisiones se combinan, ¿con qué mecanismo esto sucede y qué “diferente nombre” tiene la combinación? “La mercancía -según Irti- combina los dos actos y hace una decisión de intercambio”. Muy sugestivo. Pero ¿puede una cosa calificar los actos que interesan de otro modo que como **objeto** de la exposición **para vender** y de la preferencia **para adquirir**?

7 Problemas de la disciplina.

La problemática de nuestros intercambios no se extingue en la identificación de su mecanismo de conclusión, contractual o no.

Antes que todo, haciendo hipótesis de un intercambio sin acuerdo, ¿cuál sería el momento y el lugar de la conclusión (con las conocidas consecuencias en materia de capacidad, legitimación, ley aplicable, competencia judicial, salvo, en cuanto admitidas, reglas particulares “predispuestas”)? ¿Cuál es, en particular, el momento y el lugar de la “combinación” de los dos actos unilaterales?

Pero, más allá de la conclusión, ¿cuál sería la disciplina? No se responde concluyentemente difiriendo al “orden del mercado” (al cual hace referencia Irti) o a la “tutela objetiva del contratante débil” (a la cual se refiere Maggiolo). Éstos son aspectos de una “protección” general de las partes de los intercambios, en términos de transparencia, control, competencia, equilibrio de los intereses y del poder contractual. No son aspectos de la disciplina (menos que nunca una disciplina integral) de la relación particular.

No se duda, por ejemplo, que al adherente deba requerirse al menos la capacidad natural. Pero, si su “decisión” es voluntaria y vinculante, ¿no sería necesaria alguna cosa de más? No basta decir que ninguno impugnaría la invalidez del intercambio telemático

(17) Sobre el punto, por último, GAMBINO. Op. cit.; pp. 10 y ss., con respecto al “acuerdo no ponderado” en general.

(18) MAGGIOLO. Op. cit.; p. 266.



realizado por un menor. Para admitirlo, la misma dificultad es presentable, en una visión “objetiva” del mecanismo del intercambio, para la adhesión del incapaz natural. No nos podemos contentar con citar al remoto artículo 2046 del Código Civil Italiano⁽¹⁹⁾.

No es posible, en conclusión, sustraerse a la necesidad de definir la relación de la disciplina de nuestros intercambios con aquella típica, “codicística”. Para simplificar, con la disciplina de la compraventa. Pero la disciplina de la compraventa es disciplinada por el “contrato” de compraventa. ¿Sobre qué base y en qué medida se le podría extender al “intercambio sin acuerdo”?

Problema abierto. Pero no se nos puede esconder que un problema abierto es también aquel de la adaptación de la disciplina típica a las particularidades de la conclusión del intercambio cuando asimismo se mantenga la naturaleza de acuerdo y es imperativo emplear alguna palabra.

Antes que todo se nos debe preguntar, también aquí, cuándo y dónde se deberá considerar concluido el acuerdo y en particular el acuerdo telemático (para un indicio a la conclusión en los “centros comerciales”,

infra, punto 4). En línea de principio debería decirse que el contrato se concluye entre el predisponente al cual la aceptación llega en tiempo real con el mecanismo informático. Pero ya que normalmente la adhesión sucede con la digitación de la tarjeta de crédito, la cuestión se desplaza sobre el sentido de reconocer el uso de la tarjeta. Ninguna duda cabe que importe la aceptación (o la confirmación). Pero ¿valdrá también como ejecución? La respuesta afirmativa, con la consiguiente aplicación del artículo 1327 del Código Civil italiano⁽²⁰⁾, implicaría que el contrato debería considerarse concluido en el tiempo y en el lugar de la digitación de la tarjeta. Lo que parece todavía dudoso porque la digitación en rigor no es pago ni descuento de un medio de pago (sino autorización a percibir a través del emisor de la tarjeta), mientras en su valor de aceptación la digitación no excluiría la conclusión del contrato a través del predisponente.

En cuanto a la “vinculatoriedad” de la conducta, el problema no puede afrontarse sin considerar el específico medio de comunicación de la oferta y de la adhesión, a la responsabilidad por la elección del medio y para la creación de una correspondiente confianza, como también el riesgo cuando el usuario acepta adherirse al mecanismo contractual propuesto por el predisponente. Aspectos todos compatibles con la premisa consensual.

Así, si es pedida y usada la digitación con tarjeta de crédito, será necesario, tener cuidado en la invasión que ella hace posible en la esfera del titular de la tarjeta, cualquiera sea el digitante, y eventualmente a la posibilidad de una legítima y eficaz reacción contra la invasión misma. El uso en cualquier forma autorizada de la tarjeta no crea problemas ni siquiera si el digitante es incapaz, pudiendo su acción equipararse a aquella del *nuncius*. El uso no autorizado, sea el digitante capaz o incapaz, sufrirá las consecuencias propias del abuso de la tarjeta de crédito en general (en principio -diría- oponible también al predisponente, salvo la responsabilidad por ausencia de custodia).

Si en cambio el medio adoptado, en particular el medio usado por el adherente, no permite la inserción automática “también” en una esfera jurídica ajena, la imputabilidad o no a uno u otro sujeto serán los principios propios de los negocios dispositivos, también aquí llevados a la particularidad del medio de comunicación. Siempre ejemplificando, no será posible

(19) Artículo 2046 del código civil italiano.- Imputabilidad del hecho dañoso.- No responde de las consecuencias por el hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer al momento de la comisión del hecho, a menos que el estado de incapacidad se haya producido por su culpa.

(20) En tal sentido GAMBINO. Op. cit.: pp. 135 y ss.

hacer una hipótesis sobre el reconocimiento del error del adherente. No será posible hacer una hipótesis del conocimiento del dolo del tercero. Será difícil hacer una hipótesis, en el adherente, de aquél conocimiento, o deber de conocimiento, de la realidad que puede limitar la tutela del comprador frente a las anomalías de la compraventa.

En esta perspectiva creo que es reconocida también la relevancia negativa de la incapacidad de actuar, ya que quien adopta un medio que no le permite valorar la capacidad ajena asume y soporta el riesgo de la incapacidad del lego, riesgo que, por otro lado, incumbe sobre cualquier contraparte de un incapaz.

Es conveniente considerar la hipótesis de la oferta telemática consistente en una analogía “adecuación” de los principios que debería operarse en el caso de la abusiva alteración en redes.

8 Conclusión. Una enseñanza de Alberto Trabucchi.

Concluyendo. Ciertamente, también en las formas de intercambio que se han considerado existe, como Irti reconoce, “ejercicio de libertad”, de la libertad a la que se refiere el artículo 41 de la Constitución italiana⁽²¹⁾ (precepto que afirma *in primis* la libertad, con la cual todo es coordinado y compatible, no con el “dirigismo totalitario” que otras veces Irti ha reprochado en la Constitución⁽²²⁾) Libertad no simplemente de exponer y de escoger sino de vender exponiendo y de comprar escogiendo. Igualmente “vaciado de la libertad de tratativa” (pero vaciado por las partes, no por imposición externa), el acuerdo no es “reducido a la elemental libertad de no cumplir el acto” sino exalta y concilia antes que todo la libertad de ambas partes de **cumplir** el acto para realizar un interés propio. Sólo así se salvan, como también Irti desea salvarlas, **objeto** y **causa** que no se pueden reconocer solamente en la decisión de exponer y en la decisión de escoger. Del mismo modo, “la posición del sujeto en el mercado, de vendedor o de comprador” no depende “de las cosas”, también

introducida en el mercado, sino de los comportamientos de los sujetos que la introducen y la escogen con un cierto propósito (para la referencia a la voluntad y al comportamiento del programador así como de los llamados “acuerdos entre *computers*”⁽²³⁾).

Esto no contrasta con una “protección que asume las características de disciplina del mercado”. Pero la tutela del consentimiento debe coordinarse con la verdadera tutela de la libertad, no sin o contra ella. Se debe antes reconocer la oportunidad que esta coordinación -ciertamente ardua para el intérprete- ocurra a través de nuevas reglas, así como ha sucedido para otras “nuevas” formas de contratación.

Cierro con palabras de Alberto Trabucchi, dictadas en un ensayo ofrecido a mí, así como su recuerdo es ofrecido en este escrito al igual que todos aquellos que serán publicados en esta revista anual.

“El contrato conserva aún siempre su significado, y la sola hipótesis de su desaparición por las fundamentales relaciones de la vida asociada tendría el significado de renuncia al considerar la libertad en la base de las relaciones humanas. Las voluntades de los sujetos, que se encuentra como justificación y por consiguiente -directa o indirectamente- en el origen de las continuas transformaciones de las relaciones, en uno y en otro polo, tienen siempre su significado esencial”⁽²⁴⁾. Y aun⁽²⁵⁾, “(l)as limitaciones a la libre explicación de la autonomía de los contratantes se deben ver como tales, en el sentido de hacer más compleja la eficaz explicación del encuentro voluntario, pero jamás como creación de un sistema en el cual las leyes del mercado vengán a sobreponerse por sí solas a las manifestaciones de las voluntades de los particulares y a la relevancia de su vinculación”. Esto escribía Trabucchi en aquella poderosa contribución por el mismo presentado como “síntesis de confrontación entre las concepciones tradicionales y la cambiante experiencia que nos muestra un mundo en continuo movimiento con sus exigencias, tan a menudo discordantes, de afirmaciones de libertad, de respeto a juicios de valor, y quizás aún, hoy, de instrumento para una mejor calidad de la vida”. ㊦

- (21) Artículo 41 de la Constitución de la República italiana de 1948.- La iniciativa económica es libre. No puede desarrollarse en oposición con la utilidad social o de manera que produzca daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueden ser guiadas y coordinadas a los fines sociales.
- (22) IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. pp. 22 y ss.
- (23) GAMBINO. Op. cit.: pp. 215 y ss.
- (24) TRABUCCHI, Alberto. *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*. En: *Silloge per Oppo*. Tomo I. Padova, 1992. p. 4.
- (25) TRABUCCHI, Alberto. *Ibid.*: pp. 21 y 22.