

NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO CONTRACTUAL

Guido Alpa*

SUMARIO: 1. Perspectivas. 2. Los procesos de armonización y unificación del Derecho Contractual. 2.1. Fundamentos. 2.2. Método. 2.3. Construcción sistemática. 2.4. Ejemplos en los textos confrontados. 3. Algunas conclusiones.

1. PERSPECTIVAS

La pregunta sobre las nuevas fronteras del Derecho ontractual no demanda una respuesta única, sino una multiplicidad de respuestas; y no respuestas simples, sino complejas. Si se razona en términos de afinidad, la pregunta sobre las nuevas fronteras de la responsabilidad civil parece mucho más sencilla de absolver: el pensamiento del jurista se traslada de inmediato a las áreas del daño, a los nuevos supuestos en los que cabe reexaminar los extremos del ilícito aquiliano, a la aplicación de los criterios de imputabilidad, a los métodos de estimación del daño, a las técnicas de ponderación de los intereses y de composición de los conflictos entre agente y damnificado, a los resultados del análisis económico del derecho y del análisis comparativo: en suma, a los nuevos aspectos de la "filosofía" del *tort*, sobre los que han escrito recientemente Barak y Englard¹.

Si de contratos de trata, por el contrario, el desarrollo de la elaboración teórica, de la regulación normativa y de las prácticas no ha significado únicamente la creación de nuevas figuras contractuales relativas a la

Nuestra época asiste a un acelerado proceso de armonización y de unificación de la regulación del contrato; proceso que tiene su origen no en las afirmadas raíces comunes del Derecho Contractual (provenientes del Derecho romano), ni en la ficticia definición de una trama común de valores, sino más bien en los procesos económicos y en los propósitos empíricos de las partes. De esta manera vemos cómo el contrato aparece como el atuendo jurídico de una operación económica, matizado por una tonalidad económico-comercial, que en palabras del autor -uno de los más destacados juristas italianos- a conducido a la desaparición de la concepción tradicional, aséptica y neutra, de contrato.

* Profesor ordinario de la Universidad de Roma "La Sapienza"

* **Nota del traductor:** En inglés en el original (*torto* en italiano). No tiene equivalente en castellano. Según el contexto vale por "daño" o por "responsabilidad civil".

¹ Estos han sido los problemas imperantes en la literatura italiana de los últimos lustros; véase, por todos, RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984, p. 595 ss. El debate sobre el área del "daño injusto" ha vuelto a abrirse con el ensayo de GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*. En: *Contratto e Impresa*, 1985; y la *commedia della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, p. 191 ss. Han participado de la discusión, entre otros varios, LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno resarcibile*, *ivi*, 1987, p. 85 ss.; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, *ivi*, 1988, p. 643; CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, ahora en *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991; FERRARI, *Attipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992.

circulación de bienes, a la oferta de servicios, a la propuesta de inversiones; mucho menos la sola reglamentación de nuevas técnicas de contrato negocial y de formación del contrato, en relación, especialmente, con el empleo de *mass media*, de visitas domiciliarias, de tecnologías informáticas y telemáticas. Lo que causa más estupor es la sustancial uniformidad de los *trends* evolutivos en la experiencia extranjera de mayor referencia, en los proyectos de codificación uniforme y en las reglas del comercio internacional: uniformidad que se concreta, tanto en una nueva concepción de la categoría misma, lógica y práctica, de "contrato", como en la disolución del modelo tradicional de contrato². Se trata, en otros términos de una evolución **interna** – por decirlo así – de la concepción del contrato, que va de la mano, naturalmente, con la evolución externa, que concierne a las áreas que poco a poco se van sumando a la "provincia" del contrato, a través de la invención de nuevas figuras, de la instauración de nuevas prácticas, y de la activación de nuevas técnicas de relación.

Sin ambiciones de agotar el tema, es posible dar cuenta de algunos de los aspectos más relevantes de esta evolución:

- (i) la relevancia del *status* de las partes;
- (ii) la relevancia de las técnicas de control interno de la operación económica, con instrumentos como la causa, el objeto y la forma;

- (iii) la aplicación de criterios de "justicia contractual" en relación con los valores de la persona y la equidad del intercambio;
- (iv) la aplicación de cláusulas generales para el control del comportamiento de las partes en la fase prenegocial, y en las fases de conclusión y ejecución del contrato;
- (v) la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevinientes.
- (vi) la codificación social de fórmulas contractuales internacionales;
- (vii) la confianza de la solución de las controversias a órganos extrajudiciales.

Cada uno de estos aspectos merecería ser examinado por sí solo, lo que sobrepasa los propósitos de estas breves notas.

De manera concisa, sin embargo, es posible exponer algunas consideraciones.

2. LOS PROCESOS DE ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

2.1. Fundamentos

Es traslaticia la opinión que subraya las raíces comunes del Derecho Contractual en los distintos modelos normativos, asociándolas con el Derecho Romano (justiniano)³.

La cuestión, obviamente, ha vuelto a estudiarse en los tratados de amplio espectro; véase: FRANZONI, *Dei fatti illeciti*. En: *Commentario del Codice civile* iniciado por SCIALOJA y BRANCA, y continuado por GALGANO; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994; ALPA, ZENOVICH, *I fatti illeciti*. En: *Trattato di diritto privato* dirigido por RESCIGNO, 2ª ed., Torino, 1995; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996; MONATERI, *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto privato* dirigido por SACCO, Torino (en prensa).

La delimitación de las fronteras del daño resarcible se plantea, en las diversas experiencias, en torno de las técnicas apropiadas a los orígenes y a la estructura de los sistemas jurídicos de base: se trata, de vez en cuando, de la aplicación de cláusulas generales, de la extensión interpretativa de fórmulas determinadas, de confrontación de intereses contrapuestos, y así por el estilo: en todo caso, estas valoraciones son confiadas a la discrecionalidad del intérprete; el área de la responsabilidad civil deviene, entonces, en un auténtico laboratorio de la discrecionalidad del juez; véase: BARAK, *Judicial Discretion*, tr. italiana al cuidado de MATTEI, con prefacio de GAMBARO, Milano, 1995 (sobre el pensamiento de BARAK he expresado algunas observaciones críticas en *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996); la discrecionalidad, en todo caso, se apoya en los valores de base del intérprete; véase: ENGLARD, *The Philosophy of Tort Law*, Dartmouth, 1993 (sobre cuyo pensamiento puede verse, a su vez, ALPA, *I fondamenti filosofici della responsabilità civile*. En: *La responsabilità civile, Rassegna di giurisprudenza sistematica* dirigida por BIGIAMI, Torino, 1996, vol. I).

El terreno del *common law* parece más sensible ante esta perspectiva; véase, ya, FLEMING, *C'è un futuro per i torts?* En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984, p. 271 ss.; y sobre todo, MARKESINIS y DEAKIN, *Tort Law*, 3ª ed., Oxford, 1994; CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997; ATIYAH, *The Damages Lottery*, Oxford, 1997.

* **Nota del traductor** : Los medios de comunicación.

* **Nota del traductor** : En inglés en el original. Vale por "tendencias".

² Fenómeno que sacase a luz, en su momento, GILMORE, *La morte del contratto*, tr. italiana al cuidado de A. FUSARO, Milano, 1977, en relación con la concepción del "contract" en la experiencia estadounidense, y al empleo de la "consideration" como técnica de control de las operaciones económicas. En la literatura angloamericana, véase, en particular, FRIED, *Contract and Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.) y Londres, 1981; ATIYAH, *Promises, Morals, and the Law*, Oxford, 1981; SLAWSON, *Binding Promises. The Late 20th Century. Reformation of Contract Law*, Princeton, 1996; WIGHTMAN, *Contract. A Critical Commentary*, Londres y Chicago, 1996, y los apuntes de ALPA y DELPINO, *El contratto nel common law inglese*, Padova, 1997. En la literatura francesa, véase, las contribuciones compiladas en *Droits*, 12. *Le contrat*, 1990.

Son de recordar, en este contexto, los ensayos de MOCCIA, *Promessa e contratto (spunti storico-comparativi)*. En: *Rivista di Diritto Civile*, 1994, I, p. 819 ss.; MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; por la originalidad de sus resultados, y por su acuciosa investigación histórica, remitimos a las páginas de D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992, y *Le promesse unilaterali*. En: *Il codice civile, Commentario* dirigido por SCHLESINGER, Milano, 1996.

³ **Nota del traductor** : *Tralaticia* en el original. Traduzco por su exacto equivalente en castellano: **traslaticio** (a), adjetivo que se aplica al significado tergiversado de un vocablo. Figurativamente, para el presente ensayo, podría valer por "engañoso" o "impreciso".

³ Así, por ejemplo, HONDIUS, *Towards an European Contract Law*, relación introductoria al Congreso de Scheveningen, 1997, p. 2 ss. Un análisis agudo de la ascendencia y del rol actual del negocio jurídico es el que expone GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, pp. VII, 6 ss.

Como a menudo acontece, respecto de muchas tradiciones, se trata de una opinión que sólo parcialmente corresponde a los hechos históricos. Es indudable que gran parte de la terminología y de los conceptos utilizados encuentran su origen en las fuentes romanas. Tal es el caso, por ejemplo, de los vocablos “*contratto*” (*contrat*, *contract*, contrato), “obligación”, “deuda”, el caso de los vocablos que derivan de estos últimos (obligado, contratante, etc.), y así por el estilo. Pero, como también suele ocurrir, la más de las veces se trata de casos de homofonía: de vocablos que tienen la misma raíz, a los que no corresponde, luego, el mismo concepto. Si se aprecia la regulación, por lo demás, emergen algunas singularidades. Por ejemplo, el régimen contractual en el *common law* es más cercano a la disciplina romanística que el régimen continental, que se forjó a partir de reglas racionales y prácticas, enunciadas por Domat Pothier, y vertidas en el *Code Napoléon*. Como es sabido, la teoría general del contrato se desarrolló, sobre todo, por mérito de la Pandectística, que tomó su distancia respecto de las fuentes romanas, y que desarrolló las categorías generales de “relación jurídica”, de “declaración”, y de “negocio jurídico” – después vertidas en la cultura jurídica alemana, en la italiana, española y austríaca; la cultura jurídica francesa elaboró la categoría del *acte juridique*. Operaciones lógico-geométricas (o ideológicas) de esa índole no tuvieron lugar en la cultura jurídica del *common law*, donde la figura más general fue desprendida, esencialmente, de la “promesa” (*promise*). La situación se complicó con la adaptación de las teorías generales a las disposiciones contenidas en los códigos, lo que en ocasiones derivó en una suerte de esquizofrenia, y dio como resultado la superposición – obtenida por vía hermenéutica – de las nociones sobre la normativa vigente. Ejemplos emblemáticos al respecto los encontramos en la experiencia italiana, donde todavía se razona en términos de “negocio jurídico”, a pesar de que esta noción no es familiar al Código Civil, y en la experiencia austríaca, donde la teorización general del negocio jurídico, por efecto de la fuerza expansiva y persuasiva de la Pandectística en esa cultura jurídica, se superpuso a las nociones codificadoras, a un siglo de distancia desde de la entrada en vigencia del Código Civil.

Aunque no sea lo usual, estas diferencias se advierten inclusive en la traducción de los términos, tal como sucede al vertir la expresión *Rechtsgeschaeft* (traducida, corrientemente y sin problema, tanto en italiano como en español) en lengua inglesa (*juristic act*, *legal act*, *transaction*) y en francés (*acte juridique*), supuesto en el

cual, sin embargo, ninguna de las versiones corresponde al significado originario. *Transaction*, por ejemplo, presupone un concierto de voluntades, y una pluralidad de partes, por lo que aludiría solamente a una categoría entre las distintas operaciones que abarca el “negocio jurídico”, dado que éste puede ser unilateral. *Acte juridique*, a su turno, alude sin distinción a actos que – según algunos sistemas continentales – pueden carecer de valor negocial, como ocurre en el caso de la *traditio*.

Igualmente traslaticia es la opinión según la cual la regulación del contrato en los distintos ordenamientos está fundada en “valores comunes”⁴. También respecto de esta opinión, puede afirmarse aquello a que hicimos referencia, sintéticamente, sobre las fuentes romanas. Es claro que – entendiéndose genéricamente el contrato como “operación económica” – es posible percibir valores comunes, orientados a destacar el “consenso” (y, por ende, la voluntad de quien concluye el contrato), la “libertad de contratar” y la exigencia de “conservar” la operación económica, sea por razones de economía de las relaciones, sea por la certeza misma de éstas y por el desarrollo del tráfico y del comercio. No menos claro, sin embargo, es el hecho de que en algunas experiencias se enfatizan y se subrayan valores – como el valor de la “persona”, por ejemplo – , mientras que en otras, dichos valores no están tutelados en materia contractual. Al respecto, resultan emblemáticas la experiencia alemana, donde es reciente la consideración, por parte de la jurisprudencia constitucional, de que el valor de la persona incide sobre la validez misma del contrato en el que se plasmaran valores contrarios a aquélla⁵, y la experiencia italiana, donde se ha discutido mucho sobre la relevancia de los valores de la persona en esta materia⁶. Por otro lado, el reconocimiento de los objetos o contenidos posibles del contrato es revelador de los valores y de los límites que son tomados en cuenta por los distintos ordenamientos: el valor jurídico de los negocios familiares, el valor jurídico de los acuerdos para la maternidad subrogada, o para la transferencia de órganos del cuerpo humano, son sólo muestras de las diversas concepciones de los valores que afectan la noción y la disciplina contractuales.

Es evidente, entonces, que los procesos de armonización y de unificación de la regulación del contrato no pasan a través de las afirmadas raíces comunes, ni de la ficticia definición de una trama común de valores, sino más bien a través de los propósitos empíricos y económicos que los juristas combinan en la tentativa

⁴ Así, STEIN y SHAND, *I valori comuni dell'Occidente*, tr. italiana, Milano, 1980; véase, asimismo, ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993.

⁵ *Bundesverfassungsgericht*, 19.10.93. En: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, I, 202, con nota de BARENGHI.

⁶ Véase, por ejemplo, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*. En: *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1996, I, p. 1; IRTI, *Persona e mercato*. En: *Rivista di Diritto Civile*, 1995, I, p. 289; LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, 1; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1994.

de facilitar los intercambios de bienes, de servicios y de capitales. En otras palabras, el tejido conectivo de estos procesos es el substrato económico: la concepción del contrato como "atuendo jurídico" de la operación económica es lo que tienen en común los textos predispuestos para la generación de una lengua común, una auténtica *koiné* terminológica, conceptual y normativa.

Como ocurre para todas las *koiné*, los resultados obtenidos poseen un valor funcional, por encima de los valores estético o filológico: los términos se simplifican, los conceptos se clarifican, las particularidades u originalidades se atenúan hasta desaparecer. Es una suerte de renuncia colectiva, que se impone a cada portador de una cultura propia, de una tradición propia, de convenciones y usos propios, en la persecución de objetivos comunes, que se consideran preeminentes en comparación con esas singularidades. No se trata, por consiguiente, de la preponderancia de un modelo sobre otro, de una concepción sobre las demás, sino más bien de la concertación de instrumentos terminológicos, conceptuales y normativos unívocos. La concepción funcional del Derecho y de sus instrumentos prevalece sobre la concepción histórica, filológica, nacional, etc. Por ello, se deben abandonar los caprichos particularistas, que caracterizan a los que desean mantener vivos el pasado y el presente, para pasar a pensar en proyectar el futuro; todo ello, aunque esta renuncia implicara sacrificios y dificultades de adaptación, fantasía y simplificación. A fin de cuentas, los anhelos de conservación de lo existente (en sus componentes terminológicos, conceptuales y normativos) se enfrentan con la **convergencia** natural de los sistemas⁷, y se muestran, en consecuencia, como antihistóricos, dado que proponen la perpetuación de la tradición, a despecho de las exigencias jurídico-económicas dictadas por el nuevo contexto, o, como diría Pietro Barcellona, por la "modernidad".

Una Europa común no se construye si se prescinde de la elevación de un edificio jurídico común; las relaciones económicas no son promovidas si se mantienen

vivas las barreras constituidas por las lenguas distintas, por categorías conceptuales diversas o contrapuestas, por reglas jurídicas distintas o confluyentes. Para lograr ello, es necesaria la disponibilidad al diálogo y la voluntad de arribar, por la vía convencional, a un terreno común para todos. Desde esta perspectiva, hay que superar tanto las críticas contra las iniciativas para la redacción de un Código europeo de los contratos, como las críticas contra el establecimiento de principios generales que rijan el comercio internacional.

Por otro lado, es la realidad misma de las cosas la que nos invita a apreciar estas iniciativas con mirada benévola y con la mente libre de prejuicios; una realidad que—como suele acaecer en el Derecho—se contrapone a los viejos esquemas, a las viejas reglas, para extraer de ellos nuevos esquemas y reglas, mejor adaptados a los tiempos y a la vocación europea y universal que anima las relaciones económicas. En todo caso, no se trata de una realidad meramente imaginaria; se encuentra, más bien, en camino de maduración. Nada hay que pueda oponerse a este proceso: sería una lucha contra molinos de viento⁸. Hay que tenerlo presente, y cooperar con el logro de los fines predeterminados con el método más favorable⁹.

2.2. El método

Los procesos de armonización y de unificación del derecho de los contratos no nacen *ex novo*, sino que muestran un trasfondo fascinante y complejo al mismo tiempo; un trasfondo compuesto por varios estratos, a menudo amalgamados, a menudo sobrepuestos entre sí. Entre otros varios, debe tomarse en cuenta la comparación, el análisis económico, y el análisis hermenéutico.

(i) Los estudios comparativos más informados se han ocupado de la circulación de los modelos nacionales, sea sobre el aspecto de las codificaciones, de los principios generales, de las legislaciones especiales, o de los modelos conceptuales¹⁰; (ii) los estudios de los juristas han innovado instrumentos conceptuales

⁷ **Nota del traductor:** *Koiné* es como se conoce a la lengua común en la que se fusionaron cuatro dialectos de la antigua Grecia hacia el siglo IV a.C., sobre la base del que primaba en la región ática.

⁷ MARKESINIS, *The Gradual Convergence*, Oxford, 1996.

⁸ LEGRAND, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*. En: *Revue Internationale de Droit Comparée*, 1996, p. 779 ss.

⁹ Pero no se debe asumir ni siquiera una aproximación superficial o simplista: apreciables, al respecto, son las advertencias señaladas por algunos estudiosos franceses como SPINOSI y OPPETIT (véase las actas del seminario organizado en la Universidad de Florencia por A. DE BITA, en el curso del año académico 1996-1997). Igualmente apreciables son las sugerencias que más de cuarenta años atrás propusiera SACCO, en un ensayo publicado en *Nuova Rivista del Diritto Commerciale* (1953, II, p. 49 ss.), nuevamente publicado en su obra *I contratti*, 1995, p. 73 ss., con el título *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*.

¹⁰ Véase, por todos: GAMBARO y SACCO. *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996. Para el análisis de algunos sectores en especial (fuentes, personas, contratos, responsabilidad civil, acceso a la justicia) véase, así mismo, las investigaciones coordinadas por ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996. En materia de contratos, son de destacar los trabajos de MARKESINIS. *The Law of Contracts and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford, 1997; y, naturalmente, ZWEIGERT y KOETZ, *Introduzione al diritto comparato*, trad. italiana al cuidado de DI MAJO y GAMBARO, Milano, 1992; alguna indicación útil en VRANKEN. *Fundamentals of European Civil Law*, Londres, 1997.

uniformes en torno de la violación de los efectos económicos de las reglas jurídicas¹¹; la construcción del análisis económico del Derecho ha devenido en un modo común de dialogar entre juristas de orígenes y formaciones distintos, de sopesar instrumentos y técnicas, de comparar soluciones y problemas; la variedad de las teorías y las diferencias de discurso y de presupuestos ideológicos, no han impedido la circulación de textos, manuales, ensayos, ni su discusión y apreciación; los jus-realistas se han acostumbrado a la idea de que los fenómenos jurídicos deben ser considerados no sólo en su **forma**, sino también en su **sustancia**; más a fondo, igualmente, **dentro** de la norma, existen intereses concretos y reales que deben ser apreciados, sopesados, compuestos; las actitudes de los juristas no pueden ser entendidas como una referencia imposible de eliminar, sino más bien como el fruto de tradiciones y culturas que deben ser decodificadas, de acuerdo con los códigos analíticos convencionales y, por lo mismo, necesariamente uniformes; los intereses de los trabajadores, de los profesionales, de los consumidores, de los ahorristas, las dinámicas de los mercados (internos, comunitarios e internacionales) devienen, por lo mismo, en directrices para el análisis de los modelos normativos y para la plasmación de modelos uniformes.

No se trata, sin embargo, de la sola circulación de los modelos jurídico-formales; sino así mismo de la circulación de **prácticas** contractuales y comerciales, de la circulación de modelos de **decisión judicial**.

La circulación de las prácticas, invita a considerar los efectos, en el plano jurídico, de los intercambios económicos y comerciales; la circulación de las decisiones judiciales – mediante la comparación de la jurisprudencia, es decir, de los casos que alimentan los textos normativos o los principios normativos – induce a ampliar los horizontes, a verificar lo que acontece en otros países, a sopesar los resultados de la aplicación de normas y principios.

2.3. La construcción sistemática

Para comprender estos procesos hacia la armonización y unificación del Derecho Contractual, es conve-

niente que nos guiemos por una confrontación textual afín a la mentalidad del jurista continental, que tiende al análisis de las disposiciones escritas; una operación útil, si bien no exhaustiva de la riqueza de las experiencias consideradas; una confrontación en la que prevalecen los intentos didascálicos, que pueden considerarse, de todos modos, (si no satisfactorios), cuanto menos indicativos de las elecciones y de los resultados. Dado que el jurista orientado a la formación de la *koiné* no puede despojarse de la experiencia de la que proviene, mientras la *koiné* no esté universalmente acreditada, es conveniente proceder a través de la confrontación de los *corpora* normativos. El lector italiano podrá, supuesto por supuesto, efectuar la confrontación con la disciplina interna, y comprender hasta qué punto existe convergencia y hasta qué punto divergencia respecto de su modelo doméstico.

Ahora bien, el proceso de armonización y de unificación del Derecho Contractual en curso, se guía a través de un triple *corpus* normativo:

- (i) La construcción del Derecho Comunitario de los contratos¹². En éstas páginas se tomarán como base las directivas: N° 85-577-CEE, sobre los contratos negociados fuera de los locales comerciales (adoptada en Italia mediante decreto legislativo del 15 de enero de 1992, n.50); N° 90-31 4-CEE, sobre los contratos de viaje y vacaciones y sobre los paquetes “todo incluido” (adoptada en Italia mediante decreto legislativo del 17 de marzo de 1995, n. 111); N° 93-13-CEE, sobre las cláusulas abusivas (incorporada al Código Civil, artículo 1469 *bis-sexies*); N° 94-45-CE, sobre los contratos relativos a la multipropiedad, y N° 97-7-CE, sobre los contratos a distancia, aún no adoptada en Italia. Valga la advertencia de que en estas notas no se tomarán en cuenta los problemas de adopción legislativa de las directivas, ni desde el punto de vista terminológico, ni desde el punto conceptual, ni desde el punto de vista de las opciones legislativas;
- (ii) El proyecto de Código europeo de los contratos¹³;

¹¹ Para la materia contractual es particularmente afín al jurista continental el aporte de SCHAEFER y OTT, *Lehrbuch der oekonomischen. Analyse des Zivilrechts*, Berlin, 1995, p. 321 ss.

* **Nota del traductor** : El mismo valor que en castellano (del gr. *didaskalikós*): didáctico, pedagógico, docente. En Grecia, *didaskalia* era el conjunto de instrucciones que un poeta dramático daba a los actores para que las obras se recitaran de una manera determinada. El *nomen* se sigue utilizando para hacer referencia a las indicaciones que contienen los guiones cinematográficos y teatrales, acerca de la exacta forma como deben actuarse las escenas. Véase el análisis de esta voz que suministra la prestigiosa *Enciclopedia Pratica Bompiani, volume primo*, Casa Editrice Valentino Bompiani & C.S.A., Milano, 1938, p. 632.

* **Nota del traductor** : En latín en el original. Vale por “cuerpos” (plural de *corpus*).

¹² De lo que se ha ocupado el equipo (*l'equipe*) de investigadores coordinados por LIPARI. *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.

¹³ Texto y comentarios se encuentran en *Toward a European Civil Code*, al cuidado de HARTKAMP, HESSELINK, HONDIUS, DU PERRON, VRANKEN, Nijmegen, 1994 (el texto ha sido sucesivamente revisado); LANDO, *European Contract Law*. En: *Il diritto privato europeo: Problemi e prospettive*, al cuidado de MOCCIA, Milano, 1993, p. 119 ss. La edificación de un Código europeo de los contratos ha apasionado a la doctrina italiana, que registra intervenciones de ilustres maestros, compiladas por STEIN, Milano, 1996. En particular, véase: GANDOLFI. *Per la*

(iii) La redacción de principios uniformes del Derecho de los Contratos en el comercio internacional¹⁴.

Es el caso advertir, respecto de estos tres *corpora*, que se diferencian entre sí por múltiples razones: (i) por la autoridad de la fuente, ya que en el primer caso se trata de reglas jurídicas, bajo la forma de reglamentos o de directivas, de principios y de modelos normativos de adopción, de reglas jurisprudenciales, referidas a los poderes normativos reconocidos a los órganos de la Unión Europea; en el segundo caso, se trata de la elaboración teórica, efectuada de forma totalmente privada y considerativa, de reglas propuestas por una comisión de docentes (presidida por el jurista danés Ole LANDO) que actualmente está en curso de conclusión y que – si tiene suerte – podría ser adoptada por la Unión Europea; en el tercer caso, se trata de principios con los que se codifican e innovan las reglas que rigen los contratos comerciales internacionales, elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho (UNIDROIT); (ii) por el ámbito geográfico, ya que en los principios del comercio internacional existe una vocación universal, lo que no concuerda con los dos primeros cuerpos, de tendencia circunscrita a Europa; y (iii) por la dimensión de su perspectiva, ya que el Código europeo tiene ambiciones sistemáticas de una “parte general” de la disciplina de los contratos, mientras que los principios del UNIDROIT se preocupan por resolver cuestiones prácticas nacientes de la conclusión y de la ejecución de los contratos comerciales internacionales; y el Derecho Comunitario de los contratos es el fruto de la aprobación de directivas comunitarias, al efecto emanadas de la Unión, y de la regulación de la adopción legislativa por parte de los distintos Estados miembros, así como de su interpretación por parte de la Corte Europea de Justicia, y están dirigidos, en todos los casos, a la realización de los fines comunitarios en orden a la libre circulación de las personas, de las mercaderías, de los servicios y de los capitales.

Por consiguiente, la confrontación de los textos puede emprenderse fácilmente sobre la base de los dos “códigos”: el texto de la Comisión Lando y el texto del UNIDROIT; más complicada, en cambio, es la confrontación del conjunto de las directivas comunitarias, dado que éstas no están redactadas, ni aprobadas, con intentos sistemáticos: se presentan, más bien, como

regulaciones específicas, sector por sector, o materia por materia. En la operación de confrontación se debe tener en cuenta, entonces, tanto los orígenes de los textos, como la finalidad a la que están dirigidos y la valoración normativa que les corresponde.

Los ejemplos de confrontación requieren, todavía, algunas precisiones de naturaleza preliminar en orden a las directivas comunitarias en materia de contratos. Estas precisiones conciernen a todas las directivas *tout court*, o sólo a las directivas en materia de contratos, o bien únicamente a algunas de éstas últimas.

Como hemos anticipado, las directivas comunitarias no nacen de modo ordinario, de acuerdo con criterios o lógicas unívocos. El “legislador comunitario” (es decir, los órganos comunitarios que tienen poder legislativo) no está dispuesto, en otros términos, a regular el contrato en general, o figuras contractuales singulares, o materias contractuales específicas, por medio de intentos sistemáticos, realizados progresivamente en el tiempo, y sucesivamente entre ellos. Por esta razón, el proyecto, la discusión, la redacción y la aprobación de la directiva son, por así decirlo, “erráticos”: hay directivas que, aun atendiendo a materias específicas, anticipan a una directiva de alcance más general; más aún, aunque aprobadas en tiempos distintos, las directivas no están coordinadas entre sí, ni en su contenido, ni respecto de su vigencia, ya que ellas no nacen coordinadas en su fuente; corresponde a los legisladores nacionales, por lo tanto, coordinarlas en el momento de la adopción (una operación compleja que de sólitamente se evita cumplir). Las directivas nacen con una doble ambigüedad, terminológica y conceptual, dado que están redactadas inicialmente en francés e inglés, y se traducen, posteriormente, a los idiomas de los demás países comunitarios. Las directivas presentan un tenor distinto: unas en relación con operaciones específicas (por ejemplo, los contratos de viaje, o bien los contratos relativos a la multipropiedad); otras consideran la modalidad de conclusión del contrato (por ejemplo, el contrato a domicilio, o a distancia); otras, incluso, toman en cuenta el contenido del contrato y sus cláusulas (por ejemplo, la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores); otras, en fin, no están destinadas a regular directamente el contrato, sino que se limitan a contener reflexiones sobre la disciplina del contrato (como sucede, por

redazione di un “codice europeo dei contratti”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, p. 1073 ss.; Ídem, *Sul progetto di un “codice europeo dei contratti”*. En: *Rassegna di Diritto Civile*, 1996, p. 105 ss; también ZENO ZENCOVICH, *Il “Codice civile europeo”, le tradizioni giuridiche nazionali e il neopositivismo*, en curso de publicación para los *Studi in onore del prof. Pietro Rescigno*.

¹⁴ Textos y comentarios en los *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali*, Roma, 1994. Sobre este punto, véase también: BONELL, *Un “codice internazionale per il diritto dei contratti”*, Milano, 1995; Ídem, *The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years*. En: *Uniform Law Review*, 1997, 1, 30; AA. VV. *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latino-americano*, dirigido por BONELL y SCHIPANI, Padova, 1996. Sobre aspectos singulares de los “Principios” tratan los estudios compilados en *Contratti*, 1995, p. 5 ss.; DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*. En: *Rivista di Diritto Civile*, 1995, I, p. 609 ss; FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'UNIDROIT*. En: *Contratti e Impresa. Europa*, 1996, p. 825 ss. Por mi parte, he participado en la discusión con *Prime note di raffronto tra i principi dell'UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano*, En: *Contratti e Impresa. Europa*, 1996, p. 316 ss.

ejemplo, en la directiva sobre las inversiones financieras).

Si se considera, además, que cada directiva actúa de modo distinto en los países miembros, sea de acuerdo con las fuentes normativas, sea en relación con la terminología o con los conceptos utilizados para la "traducción" (o "transposición") en el ordenamiento interno; si se considera, más aun, que el tiempo de emisión de la directiva no corresponde al momento de adopción en los países miembros; y, en fin, que la interpretación de las directivas y de las disciplinas de adopción puede ser diferente de país a país, se comprende cuán difícil es (y cómo no siempre es atendible) la construcción de un *corpus* comunitario en materia de contratos.

Ello no obstante, y con todas las cautelas que comporta cuanto ya ha sido expuesto, se pueden verificar correspondencias, y quizá hasta una continuidad en el tratamiento de los mismos argumentos, en las diversas directivas. En otras palabras, mediante la asunción de lo necesario que contenga cada directiva en particular, es posible (y se ha hecho de modo notable)¹⁵ intentar una construcción de reglas comunitarias en materia de tratativas, de formación de los contratos, de redacción de modelos contractuales *standard*, de forma, de interpretación, de integración, de *ius variandi*, de *ius poenitendi*, de adaptación a las circunstancias, de protección de la parte débil, de daños, de remedios, de cláusulas arbitrarias, y así por el estilo.

2.4. Ejemplos de los textos confrontados

(i) Libertad Contractual

Las directivas comunitarias adscribibles al sector del Derecho Contractual no contienen enunciados sobre la libertad contractual de las partes; sin embargo, alguna de ellas la presupone, sea con atención a la elección del otro contratante, sea con atención a la determinación del contenido, a la forma, y así por el estilo; lo que destaca, en materia de Derecho Comunitario, no es tanto la enunciación de dicha libertad – intrínseca al sistema y connatural a los fundamentos mismos del mercado comunitario y de sus formas jurídicas – sino

más bien los límites que las directivas imponen a la libertad contractual.

Estos límites tienen un doble valor: se dirigen a privar de efectos jurídicos a los pactos que obstaculizan la circulación de las mercaderías, de los servicios, de los capitales; se dirigen a contener el poder negocial de la parte más fuerte, la misma que se encuentra en grado de "abuso" de este poder en desventaja de la parte más débil. La parte más débil, desde esta perspectiva es el consumidor, es decir, la contraparte del "profesional"; se presume, en otros términos, que el profesional, de por sí, se encuentra en una situación de ventaja, sea porque tiene más información o porque está más documentado que el consumidor; la categoría de profesional es comúnmente asumida en términos abstractos, porque se prescinde de las circunstancias del caso concreto en la calificación de los *status* respectivos que revisten las partes contractuales.

El Código europeo enuncia el principio de libertad contractual (artículo 1102), de la misma manera que los Principios UNIDROIT (artículo 1.1); ambas fórmulas hacen referencia a la libertad de determinarse a contratar y la libertad de elección del contenido¹⁶.

(ii) Buena fe, lealtad*, razonabilidad

En las enunciaciones normativas se citan a menudo cláusulas generales y estándares de comportamiento. Al lado de los contenidos terminológicos, que podrían presentar dificultades de individualización de un terreno común (la "*bonne foi*" puede ser equiparable a la "buena fe", pero no a "*Treu und Glaube*" o a la "*Good Faith*"), el significado de la cláusula general de buena fe debe ser examinado a la luz del contexto en el cual es utilizado el concepto¹⁷. En efecto, si bien se puede equiparar la "buena fe" que se encuentra en la directiva comunitaria (si pensamos en la directiva sobre cláusulas abusivas, la buena fe es un parámetro de control de lo abusivo de la cláusula) y la "buena fe" que hace mención el Código europeo (artículo 1102), resulta difícil asumir la misma noción en la interpretación de los Principios UNIDROIT, en vista de que en ellos la buena fe es conectada con el "comercio internacional"

¹⁵ Me refiero a la investigación coordinada por LIPARI, *op. cit.*

* **Nota del traductor:** Aquí, y en adelante, se refiere al empresario u operador comercial "profesionales". Sobre los equívocos generados por la traducción del vocablo francés *professionnel* (operador económico profesional) al italiano (*professionista*), véase, en este mismo número de THÉMIS -Revista de Derecho, mi versión castellana del estudio de CABELLA PISU, Luciana: "*Le clausole di esonerazione da responsabilità dopo il recepimento in Italia della direttiva europea sulle clausole abusive*" (1998), núm. 2.

¹⁶ Sobre el principio común de autonomía contractual ya se manifestaba SACCO en *I problemi dell'unificazione*, cit. parte II; sobre los principios UNIDROIT, véase: BONELL. *An International Restatement of Contract Law*, Irvington, New York, 1994, p. 5 ss.; y PONTIROLI. *La protezione del "contraente debole" nei Principi di International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?* En: *Giurisprudenza Commerciale*, 1997, p. 566 ss. Para el aspecto histórico, véase la reciente obra de DI LUCIA. *L'universale della promessa*, Milano, 1997, y la elaboración dogmática de D'ANGELO. *Promessa e ragioni del vincolo*, cit.

* **Nota del traductor:** *Correttezza*, en el original.

¹⁷ Sobre este argumento se cuenta actualmente con una amplia literatura. A manera de ejemplo, véase: *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, al cuidado de HARRIS y TALLON, Oxford, 1989; BURTON. *Judging in Good Faith in American Law*, Roma, 1993; SCHLECHTRIEM. *Good Faith in German Law and International Uniform Laws*, Roma, 1997; BROWNSWORD. "*Good Faith in Contracts*". *Revisited*. En: *Current Legal Problems*, 49, 1996, p. 111.

(artículo 17). En otros términos, el contexto presupone la relevancia de los roles que se adscriben a las partes; dos “comerciantes”, es decir, dos operadores profesionales, que tienen cánones usuales de comportamiento que no se identifican con los cánones de comportamiento del “contratante” a los que se refiere el Código europeo, y menos aún con los cánones de comportamiento del consumidor. Un discurso similar puede hacerse respecto de la lealtad (*fair dealing*). Más distintas, todavía, son las consideraciones acerca de la “razonabilidad”, que es un extraño parámetro en las directivas comunitarias, y extraño igualmente en el Código europeo, donde la razonabilidad está asociada con la buena fe (artículo 1302), y no de manera difusa, como en los Principios UNIDROIT, donde se manifiesta más de sesenta veces.

(iii) Usos

Es comprensible que los usos no sean considerados favorablemente en las directivas comunitarias: los usos reclaman, sobre todo, el particularismo jurídico, están arraigados en las tradiciones locales, y por lo mismo, están en contraste -ontológicamente- con la creación de un Derecho común; más aún, los usos negociales y los usos del comercio tienden a reflejar los intereses de los “comerciantes” (ahora, profesionales) y a imponer al consumidor, por ende, reglas que no tienen que ver con el remedio de la disparidad de posiciones en el ámbito contractual. Es comprensible, a su turno, que los usos aparezcan exaltados, por el contrario, en los principios UNIDROIT, que se ubican –ontológicamente– como reglas generales tales de codificar (o innovar cuando fuera el caso) la *lex mercatoria*. No resulta sorprendente, pues, que en el *corpus* de los Principios esté prevista una regla general sobre “usos y prácticas”, vinculatorias para las partes, con el solo límite de la irracionalidad (artículo 1.8).

El Código europeo, al lado de los usos comúnmente asumidos, para los cuales prevé una disposición similar a la prevista en los Principios UNIDROIT, introduce una noción subjetiva de uso, en cuanto considera vinculante el uso que las partes han acordado o que han instaurado entre sí (artículo 1.105).

(iv) La protección de la parte débil

Gran parte de la disciplina del contrato, suministrada por las directivas comunitarias, está dirigida a tutelar los intereses de la parte débil, entendida, se ha dicho, como “consumidor”; en el Código europeo no se contiene una definición de parte débil, pero algunas disposiciones tienen en cuenta la posición de debilidad de una de las partes, en modo indirecto, como ocurre respecto de las cláusulas no negociadas individualmente (artículo 2.104), para las cláusulas abusivas no negociadas individualmente (artículo 4.110) y para la

interpretación “*contra proferentem*” (artículo 5.103). En los Principios UNIDROIT – no obstante que fueron concebidos para regular las relaciones entre los sujetos tendencialmente iguales – se encuentran reglas sobre cláusulas sorprendivas (artículo 2.20), sobre la interpretación “*contra proferentem*” (artículo 4.6), y sobre la “*gross disparity*” (artículo 3.10)¹⁸.

(v) La tratativa

Sobre la tratativa, la orientación es sustancialmente uniforme en los tres *corpora* normativos; se enuncia, efectivamente, la libertad de las partes en la fase de contacto anterior al contrato; la libertad de contratar es entendida, también, como libertad negativa, de no contratar (artículo 2.301 del Código europeo; artículo 2.15 de los Principios UNIDROIT); la falta en la concreción del acuerdo no puede, en modo alguno, comportar responsabilidad; ambos textos, sin embargo, circunscriben la libertad en la tratativa al comportamiento de acuerdo con la buena fe, de modo tal que el comportamiento contrario a la buena fe implicará responsabilidad; responsabilidad que se prescribe para el caso del receso injustificado.

En el ámbito comunitario, es bastante pormenorizada la disciplina en torno de los comportamientos de las partes en el transcurso de la tratativa, o, de cualquier modo que sea, en la fase anterior a la conclusión del contrato. La tratativa es considerada desde una doble perspectiva: como la fase en la que las partes expresan efectivamente su libertad negocial, una relación dialéctica, por ende, de discusión y de influencia recíproca; y como la fase en la que las partes intercambian informaciones. En cuanto al primer aspecto, instaurada que fuera una tratativa efectiva, ésta implicará la exclusión del control sobre el abuso de poder contractual de una parte en perjuicio de la otra (el ejemplo pertinente es dado por el artículo 3.2. de la directiva sobre las cláusulas abusivas); en cuanto al segundo aspecto, el haber informado a la contraparte implica la exclusión del efecto sorpresa, y sobre todo, la manifestación de un consenso informado (múltiples son los ejemplos al respecto: véase el artículo 5.2. y 5.3. de la directiva sobre contratos concluidos fuera de los locales comerciales; el artículo 4 de la directiva sobre los contratos concluidos a distancia; los artículos 4, 8 y 9 de la directiva sobre contratos de viaje; el artículo 3 de la directiva relativa a los contratos de multipropiedad).

(vi) La formación

Las reglas de formación del contrato parecen homólogas en todos los textos que hemos considerado. Son, probablemente, las secciones reguladas con mayor detalle en el Código europeo y en los Principios UNIDROIT. En el ámbito de las directivas comunitarias, las reglas

¹⁸ Contra, PONTIROLI. Op. loc. cit.

están contenidas en las directivas referidas a la contratación a distancia y a la contratación fuera de los locales comerciales. El tratamiento puntual del tema excede los fines de la presente nota.

Vale la pena, empero, señalar que la conclusión de contratos *standard* es tomada en consideración tanto en el Código europeo (artículo 4.110, en relación con las cláusulas abusivas) como en los Principios UNIDROIT. Podría parecer curioso que principios de este jaez atiendan a la tutela de la parte que es requerida para la suscripción de un texto contractual preestablecido por la otra; sin embargo, esta técnica ha sido apreciada con moderado favor. Aunque obedece al principio de libertad contractual, es una técnica que termina colocando, de todos modos, a una de las partes en posición desventajosa al momento en que la relación se establece, dado que dicha parte no conoce las sutilezas que los textos encierran, y tiene que ejercitar su propia fuerza persuasiva y su propia fuerza negocial para que se modifiquen. De aquí las varias alusiones a los contratos *standard* que se registran en los Principios (artículos 2.19, 2.20, 2.21, 2.22).

En el Derecho Comunitario, el empleo de formularios *standard* está considerado como una de las técnicas de las que se sirve el profesional para imponer cláusulas abusivas al consumidor; por lo tanto, dicho actuar es regulado con especial cuidado en la directiva pertinente.

Las directivas comunitarias regulan de forma puntual el *ius poenitendi* del consumidor, permitiendo a éste que revoque la oferta o que se aparte del contrato. Oportunidades semejantes no están contempladas ni en el Código europeo ni en los Principios. Ello es perfectamente comprensible: ni el contratante ordinario, ni el contratante operador económico, pueden apartarse del contrato si este derecho potestativo no es estipulado por las partes; en todo caso, se trataría de una eventualidad inusual, ya que una vez que el contrato se ha establecido, el vínculo se mantiene en pie, y no es posible que sea nulificado *ad libitum* por una sola de las partes. Para el Derecho Comunitario, el *ius poenitendi* constituye el mecanismo más seguro para sustraer al consumidor de una operación cuyo significado y conveniencia no ha comprendido: el significado, porque recibida la documentación contractual, el consumidor puede reexaminarla, integrando, eventualmente, las propias informaciones técnicas; la conveniencia, porque el reexamen de las condiciones jurídicas y económicas, aun con la ayuda de terceros, podría sugerir el abandono del negocio o la determinación para concluir el contrato con otro profesional. De aquí la consideración del *ius poenitendi* en las directivas sobre contratos de viaje (artículo 13), sobre contratos a distancia (artículos 5 y 6), sobre contratos de multipropiedad (artículo 5), sobre contratos fuera de los locales comerciales (artículos 4, 5, 6, 7 y 8). Por cuanto es considerado como una técnica de tutela del consumidor, el *ius poenitendi* debe estar incluido en las cláusulas contractuales, allí donde se le prescriba; si se

le prevé sólo en favor del consumidor, no crea desequilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes; si se le prevé sólo en favor del profesional, es considerado como un elemento desfavorable, y la cláusula que lo contempla se califica como abusiva.

(viii) El contenido

Dado que los distintos ordenamientos difieren en torno de los elementos esenciales del contrato, el Código europeo no contempla una relación de tales requisitos; además, este silencio es más elocuente que cualquier enunciación en sentido contrario; significativa es la ausencia de la más mínima mención a la "causa" del contrato. De igual manera, los Principios UNIDROIT, cuyo interés consiste, sobre todo, en considerar al contrato como un "negocio", al que las partes, por decirlo de una manera natural, no pueden despojar de los requisitos esenciales (que, por lo demás, no están enunciados), prescinden de la enumeración.

Tampoco las directivas se preocupan por los elementos esenciales del contrato; les ha interesado, sin embargo, el contenido mínimo esencial, que el jurista continental adscribe al objeto (o contenido) del contrato. La preocupación, una vez más, está inspirada en la tutela de la parte débil. Se trata, entonces, de una óptica "intervencionista", ya que las directivas prescriben la previsión de determinados elementos que se considera esenciales, y cuya falta privaría al consumidor de la posibilidad de manifestar un consenso informado, y le expondría al riesgo de suscribir un contrato lagunoso (en relación con los aspectos considerados esenciales), de lo cual podría aprovecharse el profesional. De aquí que se prevea un contenido mínimo esencial de los contratos en materia de viajes (por ejemplo, el artículo 7) y de multipropiedad (artículo 5 y alegato).

Las directivas comunitarias se preocupan, también, porque el contenido del contrato se exprese con cláusulas claras e inteligibles, a fin de que el consumidor pueda manifestar un consenso informado.

Las reglas de interpretación, por lo demás, son similares en los distintos *corpora* (por ejemplo, en el Código europeo, véase los artículos 5:101 y 5:107; de los Principios UNIDROIT, véase los artículos 4.1 y 4.7). Es interesante, sin embargo, hacer notar cómo es que tanto el Código europeo como los Principios se han inclinado a acoger el instituto de la integración del contrato, quizá en reconocimiento a las reglas sobre «*implied obligations*» que derivan del *common law* inglés (véase los artículos 6:102 y 4.8, respectivamente).

Una particular atención de las directivas comunitarias se ha dedicado al *ius variandi*. Trátase de una limitación relevante de la libertad contractual, dictada por la exigencia de proteger a la parte más débil, que se encontraría expuesta a los abusos del profesional, más dedicado a limitar, recortar, excluir deberes, desventajas, costos, etc.

Del *ius variandi* se ocupa una gran parte de las disposiciones de la directiva sobre cláusulas abusivas, así como la directiva sobre contratos de viaje (artículo 12). De manera indirecta, también hay reglas dirigidas a contener el poder de modificar el contrato en los Principios UNIDROIT (artículos 1.3, 6.2.3b, 3.10). Este problema es ignorado, en cambio, por el Código europeo.

El control sobre el contenido es el fin fundamental de la directiva sobre las cláusulas abusivas. Asimismo, empero, los Principios UNIDROIT se ocupan del control sobre el contenido, sea en relación con el tiempo y las modalidades del cumplimiento (cap. 6), sea en relación con las cláusulas de exoneración de responsabilidad (artículo 7.1.6).

(viii) La forma

En el contenido del principio de libertad contractual se considera igualmente a la libertad de forma. Es natural que ello acontezca en el comercio internacional, donde la forma no haría otra cosa que obstaculizar la conclusión de los negocios (véase los artículos 1.2. y 2.18 de los Principios UNIDROIT). Es natural, así mismo, que en una variedad de sistemas, en los que la forma es regulada de las maneras más heterogéneas, se piense que ésta constituye un elemento irrelevante del contrato (al respecto, el Código europeo no regula específicamente la materia).

Contrariamente, también en este sector, las directivas asumen una tendencia intervencionista. La forma es entendida con un doble perfil: como una técnica para hacer conocer a la parte más débil el contenido del contrato que está a punto de concluir, y como una técnica para llamar la atención respecto de las cláusulas específicas de la relación. Son elocuentes, en este punto, la directiva sobre contratos de viaje (artículo 6), la directiva sobre contratos a distancia (artículo 5), la directiva sobre los contratos fuera de los locales comerciales (artículo 1,9), y la directiva sobre los contratos de multipropiedad (artículo 4).

(ix) La conservación

Un análisis más articulado y completo es el requerido por las reglas relativas a la resolución y a la invalidez del contrato. Más aún, la confrontación entre los tres *corpora* normativos no estaría completa, ya que las directivas comunitarias no se ocupan de esas figuras, si no es en casos particulares de invalidez de determinadas cláusulas. Lo que vale la pena aclarar es la tendencia a la conservación del contrato que se detecta en la regulación de los Principios UNIDROIT, en los cuales se confían al juez notables poderes modificatorios. Más tradicional en este aspecto es el régimen del Código europeo. Las directivas comunitarias explicitan un control permanente de las cláusulas por parte del juez, pero no muestran mayor preocupación por salvar el contrato: cuando el interés del consumidor es conculcado, parece que fuera preferible disol-

ver el vínculo o reducir su incidencia, en lugar de mantener viva la relación, sin importar el costo; a menos que la conservación de esa relación pudiera favorecer al consumidor.

3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Tras la confrontación de la disciplina comunitaria, el Código europeo y los principios para los contratos comerciales internacionales, es posible inferir, sintéticamente, algunas conclusiones. Se trata, obviamente, de conclusiones arbitrarias, en cierto sentido, pero que se exponen como indicativas de *trends*, de direcciones de la evolución, de perspectivas que se abren paso en el sector del Derecho contractual. El "contrato" – cualquiera que fuera su denominación o concepción – aparece como el atuendo jurídico de una operación económica; la terminología en estos textos es lo suficientemente homóloga en inglés (quizá, sería más apropiado decir "jerga" inglesa); los conceptos están simplificados, y responden tanto a los intereses prácticos como a los intereses teóricos que el jurista persigue; el objeto o el contenido del contrato prevalecen sobre la causa; el control de la licitud es confiado a los jueces nacionales; el contrato ya concluido prevalece sobre la seriedad de la intención de contratar y sobre el cumplimiento de los efectos; el contrato es considerado en su función de fuente de obligaciones, antes que como un instrumento de transferencia de la propiedad; el contrato es considerado como esquema de repartición de los riesgos, de las ventajas y desventajas; se tiende a asignar al contrato una duración, así como a los fines específicos que aquél está dirigido a realizar; la forma es por lo general libre, a fin de no perturbar la conclusión de operaciones económicas; cuando está prevista, la forma se entiende como técnica de tutela de las partes contratantes, para que éstas comprendan el significado vinculante de la operación y los contenidos de las obligaciones asumidas; la parte más "débil" está protegida frente a la más fuerte, más informada y más preparada; el desequilibrio económico entre las prestaciones cede frente al desequilibrio jurídico, y en todo caso, al juez le corresponde introducir elementos correctivos; los mismos comportamientos de las partes, en las distintas fases de la operación, son controlados mediante criterios de lealtad y de razonabilidad; la operación económica es salvada cuando ello es posible, en el sentido de que prevalecen los instrumentos de reequilibrio y de adaptación por encima de los instrumentos que se dirigen a la disolución del vínculo; la interpretación y la integración operan de forma objetiva, antes que en concordancia con la voluntad subjetiva de las partes; las partes no son consideradas como operadores neutros, sino que se da relevancia a su *status*; el modelo de referencia – no develado, pero traslúcido – sigue siendo, todavía, el de la compraventa o cualquier forma de intercambio.

Una tonalidad económico-comercial matiza las diversas disciplinas, pero al parecer la concepción tradicional, aséptica y neutra de contrato se ha desvanecido.