

LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN ITALIA TRAS LA ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS * **

Luciana Cabella Pisu

El proceso de integración europea ha traído, entre sus múltiples consecuencias, la obligación para las partes intervinientes de adecuar sus legislaciones internas a las Directivas emitidas por los organismos comunitarios. El Derecho Contractual no podía permanecer al margen de esta realidad, y entre las diversas disposiciones que ha emitido la Unión Europea, encontramos una relativa a las Cláusulas Abusivas. Dentro de este marco la doctora Luciana Cabella analiza el proceso de recepción de las normas comunitarias por el ordenamiento italiano, poniendo énfasis en las distintas modalidades de cláusulas abusivas y en los procedimientos adecuados para proteger de ellas a los consumidores.

1. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Con la adopción de la directiva europea sobre las cláusulas abusivas, adquiere notoria evidencia la creación, al interior de la categoría de los contratos de empresa, de una nueva subcategoría: los contratos entre empresas y consumidores¹. Hay una diferencia: mientras que los contratos de empresa siguen siendo una categoría doctrinal (si bien sometidos

* Nota de la autora: El presente estudio reproduce, con mínimas modificaciones, el comentario sobre los artículos 1469 bis, tercer párrafo, numerales 1 y 2, y 1469 quinquies, segundo párrafo, numerales 1 y 2 del Código Civil italiano, a publicarse en *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* al cuidado de CESÀRO, I, 2ª ed., Padua, 1998.

** Título original: "Le clausole di esonerazione da responsabilità dopo il recepimento in Italia della direttiva europea sulle clausole abusive".

Traducción del italiano por Leysser L. León Hilario. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe de Prácticas de Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

Nota del traductor:

Normativa aplicable del Código Civil italiano de 1942:

"Artículo 1229. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.- Es nulo todo pacto de exclusión o de limitación de la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave.

Es nulo asimismo todo pacto antelado de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en los cuales el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de deberes derivados de normas de orden público.

Artículo 1341. Condiciones generales de contratación.- Las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente a la contraparte, si al momento de la conclusión del contrato ésta las ha conocido o las debiera haber conocido empleando la diligencia ordinaria.

En ningún caso tienen efecto, si no son aprobadas específicamente por escrito, las condiciones que establezcan a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultad de resolver el contrato o de suspender la ejecución, o bien que hagan de cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad en las relaciones con los terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogatorias de la competencia de la autoridad judicial.

Artículo 1342. Contrato concluido mediante modelos o formularios. En los contratos concluidos mediante la suscripción de modelos o formularios, predispuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas que fueran incorporadas al modelo o formulario prevalecen sobre las cláusulas del modelo o formulario mismos, en todo lo que fueran incompatibles, y aun si las segundas no hubieran sido canceladas.

Se observa, en cualquier caso contrario, la disposición del segundo párrafo del artículo precedente.

Artículo 1370. Interpretación contra el autor de la cláusula.- Las cláusulas incorporadas en las condiciones generales de contratación o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en caso de duda, a favor del otro.

¹ Cfr. ZENO ZENCOVICH: "Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)». En: *Giurisprudenza Italiana*, 1993, IV, c. 77 ss.; ALPA, "Le clausole abusive nei contratti dei consumatori". En: *Corriere giuridico*, 1993, p. 640; CESÀRO, "Relazione introduttiva". En: ID. (dir.) *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padua, 1994, p. 11 ss.; ROPPO, "La nuova disciplina

da a una regulación positiva específica), los contratos entre empresas y consumidores son ahora una subcategoría –acaso una categoría en este punto – normativa, a la que está dedicado el nuevo Capítulo XIV bis del Título II del Libro IV del Código Civil italiano, y cuyo particular régimen jurídico se desprende, también, de aquella serie de leyes que han dado actuación en nuestro ordenamiento a las demás directivas europeas destinadas a la tutela del consumidor.

Por otro lado, la reforma del Código mantiene viva la antigua regulación, y en particular – para las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad – los artículos 1229, 1341, 1342 y 1370, que siguen siendo aplicables a todos los contratos entre profesionales y profesionales, y entre consumidores y consumidores. La antigua regulación se aplica, igualmente, a los contratos entre profesionales y consumidores, en cuanto sea compatible, y en concurso con la nueva disciplina. Así, por ejemplo, debe entenderse que las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad incluidas en un “contrato de consumo”, dentro de los límites de eficacia que consiente el nuevo régimen aplicable, deben, de todas formas, ser aprobadas específicamente por escrito, conforme a lo prescrito en el artículo 1341; y que, también de todas formas, los problemas vinculados con la aplicación de las adiciones tengan que ser afrontados únicamente respecto de aquellas cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad que no sean ya nulas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1229 del Código Civil².

Es útil, entonces, que el análisis de las adiciones al Código Civil sea precedido por una rápida indicación de los puntos más importantes del debate que ha tenido lugar, en relación con la disciplina de los contratos en general, sobre el tema de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad; con la finalidad adicional de apreciar las diferencias efectivas y las influencias recíprocas entre el régimen general de tales cláusulas y el régimen especial de los contratos de consumo.

En cuanto a un primer aspecto, con referencia al artículo 1229 del Código Civil, se ha discutido en el pasado sobre el fundamento de la nulidad del *pactum de dolo non praestando*, sobre la equiparación de la culpa grave al dolo, y sobre la individualización de los deberes de orden público por la violación de los cuales es admitida, en ningún caso, la exoneración de responsabilidad, ni siquiera por culpa leve³.

En cuanto a un segundo aspecto, las cláusulas de exoneración de responsabilidad han sido estudiadas por quienes se han ocupado de las condiciones generales del contrato, conjuntamente con las demás cláusulas vejatorias, sobre todo en relación con la tutela meramente formal representada por la necesidad de una suscripción específica.

Los dos aspectos se presentan interdependientes, en buena medida, porque el área de implicancias más relevante, sea desde el punto de vista cuantitativo, sea desde el punto de vista económico, en la

delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, *ivi*, p. 84; DI SABATO, “*Contratti dei consumatori, contratti di impresa*”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, p. 657 ss.; RIZZO, *Commento al art. 1469 bis, primer párrafo*. En: *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* al cuidado de CESÀRO, I, Padua, 1996, p. 28; ALPA, “*I contratti del consumatore. Diritto comunitario e novellazione del codice civile*”. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1996, p. 1065 ss.; ID. “*Introduzione*”, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, al cuidado de ALPA y PATTI, Milán, 1997, I, p. XVII ss.; VACCÀ, “*La disciplina dei contratti con i consumatori*”. En: *Diritto Privato*, 1996, p. 463 ss.

* **Nota del traductor** : *Novellazione* en el original. Se refiere a la reforma de 1996 mediante la cual los artículos de la directiva europea sobre tutela del consumidor, fueron íntegramente incorporados al Código Civil italiano. Actualmente, conforman el Capítulo XIV bis, que lleva por título *Dei contratti del consumatore* (De los contratos de consumo).

* **Nota del traductor** : Es decir, el problema del articulado incorporado al Código Civil italiano (“adiciones”), por efecto de la reforma legislativa.

² Véase, al respecto: DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milán, 1996, p. 9; GAGGERO, *Le clausole abusive nei contratti di assicurazione*. En: *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, al cuidado de BIANCA y ALPA; STELLA, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2*. En: *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* al cuidado de CESÀRO, *cit.*, p. 131 ss.; GRASSI, *Art. 1469-bis, comma 3, n. 2, ivi*, p. 142 ss.; CECERE, *Art. 1469-bis*. En: *Le nuove disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, al cuidado de BARENGHI, Nápoles, 1966; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore*. En: *Il Foro Italiano*, 1996, c. 162 ss.; PAPANTI-PELLETIER, *Le condizioni generali di contratto e le cassette di sicurezza*. En: *Diritto Privato*, 1996, II, p. 444 s.; RUFFOLO, *Ricodificazione e integrazione della novella*. En: *Clausole “vessatorie” e “abusive”* al cuidado de RUFFOLO, Milán, 1997, p. 17 ss.; BERNARDI, *Art. 1469-bis, 3° comma, n. 1; art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, al cuidado de ALPA y PATTI, *cit.*, I, p. 138; PADOVINI, *Art. 1469-bis, 3° comma, n. 2, ivi*, p. 144; ROPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, p. 73 ss. En sentido resultantemente crítico véase por el contrario CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c. d. vessatorie cioè abusive*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, p. 21 ss., para quien el artículo 1341, 2.º párrafo del Código Civil no sería aplicable a los contratos entre profesionales y consumidores, que encontraría en la nueva doctrina su disciplina exclusiva.

³ Para una aproximación general al discurso y sobre las líneas evolutivas del debate en torno del artículo 1229, permítaseme reenviar a CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*. En: *Trattato di diritto privato*, dirigido por RESCIGNO, vol. IX, Turín, 1983, p. 227 ss., cuya II edición se encuentra en preparación; cfr., entre los más recientes, BENATTI, voz “*Clausole di esonero da responsabilità*”. En:

cual operan las cláusulas de las que venimos tratando, es el área de los contratos *standard* predispuestos por las empresas. Inclusive en la aplicación del artículo 1229 de ordinario se traía a colación los problemas característicos de la contratación en masa. Mientras tanto, a partir de las soluciones propuestas progresivamente por la doctrina o adoptadas por la jurisprudencia, se traslucía la exigencia, siempre considerada más apremiante, de dar solución a la disparidad de poder contractual debida a la situación de inferioridad económica de un contratante. Frente a la constatación de la insuficiencia de la tutela proporcionada por los artículos 1341 y 1342 se ha tenido que recurrir al artículo 1229, enfatizándose su *ratio*, cual es la de ser un instrumento para el restablecimiento de un equilibrio económico del contrato conforme a una valoración de buena fe. Sin embargo, esa tentativa ha mostrado claras limitaciones, ya que la valoración de la buena fe, operada de esa forma, ha permitido un control satisfactorio del equilibrio económico del contrato desde la óptica de la contratación individual, pero no, por el contrario, desde la óptica del contrato *standard*.

Efectivamente, cuando el problema consiste en asegurar el equilibrio económico de un contrato en particular, evitando que la parte dotada de mayor poder contractual vuelque sobre la otra una serie de riesgos conexos al propio incumplimiento sin padecer un correspectivo agravio de costos (o por lo menos una disminución de las propias utilidades), el artículo 1229 tiene, entonces, una utilidad operativa; allí tiene sentido subordinar la validez de la cláusula de exoneración a la inexistencia de dolo o de culpa grave del que incumple, quedando a salvo la posibilidad de individualizar, en los casos más graves, la existencia de deberes impuestos por normas de orden público, cuya violación no consiente jamás limitación o exclusión de responsabilidad.

Pero cuando se pasa de la perspectiva del contrato individual a la perspectiva de la contratación de masa, o cuando el objetivo es alcanzar determinados equilibrios económicos y normativos generales, el motor del artículo 1229 comienza a menguar en sus revoluciones. La validez de la exoneración de responsabilidad por culpa leve consiente todavía un margen de preeminencia a la parte económica-

mente más fuerte, el predisponente; por ende, la referencia a específicos deberes de orden público, contenida en el segundo párrafo, debe ser dilatada hasta la individualización de principios generales de orden público económico bajo cuya luz pueda evaluarse la legitimidad de las cláusulas que permiten dicha preeminencia. Ocurre, entonces, que la referencia al artículo 1229, 2.º párrafo, deviene en pleonástica; una formal estratagema normativa que podría razonablemente ser criticada afirmando directamente la nulidad de las cláusulas exonerativas por oposición contra el orden público. Con el problema adicional, sin embargo, de que muchas veces las normas a partir de las cuales se llega a elaborar el principio de orden público no son normas imperativas, sino dispositivas; todo lo cual trae como consecuencia que, ni bien sea posible, se tenga que recurrir a otros principios y cláusulas generales para valorar la licitud de la exoneración de responsabilidad.

En este punto se hace necesario plantear algunos ejemplos concretos. Remitámonos, en primer lugar, al debate sobre la noción misma de cláusulas de exoneración de responsabilidad, que se distinguen de las cláusulas delimitativas del objeto de la prestación: las segundas (piénsese en las cláusulas de delimitación del riesgo cubierto mediante un contrato de seguro) circunscriben la obligación asumida por el deudor, definiendo al mismo tiempo un requisito esencial del contrato en el cual se deduce la obligación, y escapan al control sobre la base del artículo 1229; control que opera, por el contrario, para las cláusulas de exoneración, que presuponen fijado el objeto (de la obligación y del contrato), y circunscriben el alcance de las consecuencias del incumplimiento. Solamente que, de un lado, también al delimitar el objeto de la obligación, son posibles los abusos de poder contractual por parte del contratante más fuerte⁴; y de otro lado, no es difícil "enmascarar" una cláusula de exoneración de responsabilidad bajo la apariencia de una cláusula delimitativa de la obligación, como ocurre en el conocido supuesto de la cláusula contenida en las Normas Uniformes predispuestas por la Asociación Bancaria Italiana (A.B.I), que fijaba un límite convencional máximo de valor para el contenido de las cajas de seguridad. Después de alguna incertidumbre, la jurisprudencia ha sometido dichas cláu-

Digesto italiano delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. II, Turin, 1987, p. 397 ss.; ALPA, BESSONE y ZENO-ZENCOVICH, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro RESCIGNO, vol. XIV², Turin, 1995, p. 313 ss.

⁴ Con referencia al contrato de seguro, y ya en la óptica de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cfr. BIN, *Condizioni generali di contratto e rapporti assicurativi*. En: *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, al cuidado de CESÀRO, cit., p. 136 ss. Para un panorama jurisprudencial sobre las cláusulas que se consideran como delimitativas de la prestación cfr. *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, al cuidado de CESÀRO, I, Padua, 1989, p. 159 y ss., y II, Padua, 1993, p. 193 y ss.; así mismo, pero con referencia al artículo 1341 del Código Civil, PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, 1996, p. 245 y ss.

sulas al artículo 1229, considerándolas inválidas en caso de dolo o culpa grave de la institución bancaria⁵. La A.B.I. ha modificado la cláusula, entonces, introduciendo el deber del cliente de no depositar objetos de valor superior a una determinada cifra (que los bancos en concreto, han fijado después, en muchos casos, en niveles casi irrisorios: unos pocos millones); pero la jurisprudencia, de nuevo, con el aval de las Secciones Unidas de la Casación⁶, ha terminado con la consideración de que se trata de cláusulas de limitación de responsabilidad sujetas al artículo 1229. En este contexto, el margen de validez de las cláusulas es inversamente proporcional al rigor (la más de veces elevado) con el que es apreciada la diligencia profesional de la banca; pero la recurrencia al artículo 1229 para resolver el problema relativo a cláusulas-tipo no está privado de incomodidad, como lo evidencian aquellas sentencias de mérito, en alguna medida forzadas, que han preferido calificar como contrato mixto el contrato entre la institución bancaria y el usuario de la caja de seguridad, para concluir que la excesiva penalización de la posición del usuario respecto del banco

impide percibir un interés merecedor de tutela, ex art. 1322, 2.º párrafo del Código Civil, sobre la base de la cláusula, respecto de la que afirmaban, entonces, la nulidad radical⁷.

Un segundo ejemplo: los contratos *standard* predispuestos por las empresas constituyen, fundamentalmente, el campo principal de operatividad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad extracontractual⁸, en torno de las cuales se afirma unánimemente la nulidad, aunque con argumentaciones bastante distintas. Si bien la jurisprudencia ha recurrido preeminentemente al artículo 1229, 2.º párrafo⁹, la doctrina ha distinguido entre las cláusulas que comportan el sacrificio de derechos indisponibles (como el derecho a la integridad física), que son nulas por contrariar el orden público, y las cláusulas que inciden sobre intereses meramente patrimoniales, que son válidas dentro de los límites del artículo 1229, 1.º párrafo¹⁰. No ha faltado, sin embargo, quien ha propuesto, a través de un enfoque de las cláusulas como cláusulas atípicas, un control caso por caso de cuán merecedor sea

⁵ Corte de Casación, 29 de marzo de 1976, n. 1129, en *Rivista della Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1976, II, p. 173 con nota crítica de MOLLE; Corte de Apelación de Roma, 7 de octubre de 1980, en *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1982, p. 203, con nota de ANGELICI; Corte de Casación, 3 de noviembre de 1989, n. 4604, en *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, 1, c. 1600, con nota de VELLA, en *Il Foro Italiano*, 1990, I, c. 1290, con nota de COSENTINO, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1990, I, p. 320, con nota de PUHALL. Sobre el tema, cfr. también BENATTI, *Le clausole di esonero di responsabilità nella prassi bancaria*. En: *Le operazioni bancarie al cuidado de PORTALE*, I, Milán, 1978, p. 142 ss.; CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, ivi, p. 491 ss.; E. GABRIELLI, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*. En: *Rivista della Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1984, I, p. 567 ss.

⁶ Corte de Casación, 1 de julio de 1994, n. 6225, en *Corriere Giuridico*, 1994, p. 967 con nota de CARBONE; en *Archivio Civile*, 1994, p. 1135, con nota de SEGRETO; y Corte de Casación, 1 de julio de 1994, n. 6226, en *Giustizia Civile*, 1994, I, p. 244. Véase, así mismo, de lo más reciente, Corte de Casación, 24 de enero de 1997, n. 750, en *Contratos 1997*, p. 255, con nota de DELFINO.

A nivel doctrinal, en sentido conforme: PAPANTI-PELLETIER, *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milán, 1988, p. 123 ss.; ID. *Le condizioni generali di contratto e le cassette di sicurezza*, cit., p. 427 ss. En el sentido de que la cláusula, en sí aceptable si el límite de los valores por depositar fuese fijado con razonable referencia a la estructura organizativa de la banca, adquiere, por el contrario, una función limitativa de la responsabilidad por el modo en el cual viene prácticamente aplicada, con la fijación de un límite irrisorio como para de ello hacer descontada la violación, cfr. CERRAI, voz "Cassette di sicurezza". En: *Digesto italiano delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. III, Turín, 1988, p. 20 ss., quien concluye por la incompatibilidad de esta práctica aplicativa con las normas imperativas que regulan la responsabilidad del banco.

⁷ Tribunal de Roma, 30 de mayo de 1987, en *Corriere Giuridico*, 1987, p. 1274, con nota de MARICONDA; en *Giustizia Civile*, 1988, I, p. 273, con nota de SANTARSIERE; y con fecha 8 de julio de 1987, en *Giurisprudenza Italiana*, 1989, I, 1, c. 694, con nota de NICOLAÍ y COLONELLO.

⁸ Así, por ejemplo, en los contratos predispuestos por el productor frente al distribuidor, era una práctica la inclusión de cláusulas de exoneración por responsabilidad aquiliana, las cuales estaban destinadas a valer frente al consumidor final; cfr., recientemente, PONZANELLI, *Commento al articolo 12*, en PARDOLESI y PONZANELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*. En: *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1989, p. 641; ALPA, op. ult. cit., p. 262 y ss.

⁹ Entre otras: cfr. Corte de Casación, 3 de julio de 1968, n. 2240, en *Il Foro Italiano*, 1968, I, c. 2466; Tribunal de Roma, 11 de julio de 1979, en *Giurisprudenza Italiana*, 1980, I, 2, c. 611; Corte de Casación, 29 de mayo de 1984, n. 3288, en *Nuova Giurisprudenza Civile*, 1985, I, p. 1, con nota de CASNICI, y en *Rivista di Responsabilità Civile e Previdenza*, 1985, p. 410, con nota de VACCA.

¹⁰ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, II ed. En: *Commentario del codice civile* al cuidado de SCIALOJA y BRANCA, Bolonia-Roma, 1979, p. 478, nota 5; CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milán, 1974, p. 390 ss.; y cfr. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milán, 1984, p. 254 ss., que para los daños a la integridad física afirma la nulidad de la cláusula de exoneración sobre la base de una generalización de la regla del artículo 1681, que para el contrato de transporte de personas expresa un principio de orden público; mientras que para los daños meramente patrimoniales considera válidas las cláusulas de exoneración sólo con los límites del artículo 1229, segundo párrafo.

* **Nota del traductor:** *Merituabilità* en el original. Es neologismo en el idioma italiano (algunos autores prefieren emplear *meritevolezza*), que nos da la idea de cuán "merecedor" de tutela es un determinado interés. No tiene equivalente conocido en castellano. Véase, al respecto, el apunte lingüístico sobre la voz "*meritevolezza*" debido a BIGLIAZZI GERI, Lina: *Memorie di una-giurista perversa*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1992, p. 62.

(ex art. 1322, 2.º párrafo) el interés sometido a ellas¹¹.

También se ha hecho referencia a la causa del contrato, en una conservadora sentencia, en la que se afirmó la nulidad de una cláusula mediante la cual el comprador de ciertas máquinas renunciaba antelada e incondicionalmente, a las acciones de resolución y de resarcimiento, cualquiera que fuera la hipótesis de incumplimiento por parte del vendedor; el fundamento fue que tal cláusula evadía la causa misma del contrato de adquisición y, al mismo tiempo, la libertad contractual del adquirente¹².

El artículo 1229 ha sido superado, entonces, todas las veces que se ha querido operar un control más intenso y riguroso sobre las cláusulas *standard* de exoneración de responsabilidad; pero simultáneamente, esa misma norma, leída como expresión de un principio general de las obligaciones ha cooperado con la superación de arraigados privilegios de los concesionarios de servicios públicos y de las administraciones públicas que gestionaban tales servicios. En efecto, en los casos en que las limitaciones de responsabilidad eran impuestas concisamente por normas legales o por condiciones generales de contrato predispuestas por actos con fuerza de ley, el artículo 1229 no era considerado aplicable de manera directa, pero su *ratio* hubo de proporcionar la base para una interpretación restrictiva de tales limitaciones¹³. Y frente a quien gestiona servicios públicos (concesionarios y administraciones públicas) se ha venido afirmando una óptica “privatizante”, que pone el acento sobre la naturaleza empresarial de la actividad antes que en la naturaleza pública del servicio; de esta manera se consideran ilegítimas, constitucionalmente, las exclusiones de responsabilidad que alteran un equili-

brado comportamiento de los intereses de las partes en el contrato de uso¹⁴.

2. LOS CONTRATOS ENTRE PROFESIONALES Y CONSUMIDORES

Tal es, en síntesis, y procediendo necesariamente como si se tratara de un *flash*, el cuadro del Derecho aplicado en materia de cláusulas exonerativas de responsabilidad, en el que se inscribe la adopción en Italia de la directiva europea sobre cláusulas abusivas.

La operatividad y la relevancia de los instrumentos de tutela analizados hasta el momento – en particular el artículo 1229 y los artículos 1341 y 1342 – quedan restringidas ahora, como ya hemos anticipado, a los contratos entre sujetos no empresarios, o entre sujetos que son empresarios a la vez, o entre sujetos no calificados como consumidores; de igual manera, la tutela formal del artículo 1341 se suma a la tutela sustancial, introducida con la reforma. Se presentan, de todos modos, problemas de coordinación para las cláusulas, por considerarse nulas según el régimen anterior, y como ineficaces por el nuevo.

En las relaciones entre las empresas y los consumidores ya había tenido aplicación, luego de la adopción en Italia de la directiva CEE N° 85/374 sobre responsabilidad por daños a causa de productos defectuosos, el artículo 12 d.p.r. de fecha 24 de mayo de 1988, n. 224, que prevé la nulidad de cualquier pacto de exclusión o limitación preventiva de dicha responsabilidad (extracontractual) frente al perjudicado. La tutela está circunscrita, con seguridad, a los consumidores, en relación con los pactos de exoneración de responsabilidad por daños de las

¹¹ BENATTI, voz “*Cláusula di esonero da responsabilità*”. En: *Digesto italiano delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. II, Turín, 1987, p. 402.

¹² Corte de Casación, 30 de octubre de 1965, n. 2324, en *Il Foro Italiano*, 1966, I, c. 1460.

¹³ Sobre esta base se ha considerado que la cláusula que exonera a la SIP por responsabilidad por omisiones y errores en la transcripción de la guía no se concibe en el caso de omisión total de toda indicación relativa al abonado: cfr. Tribunal de Milán, 13 de julio de 1985, en *Giurisprudenza Italiana*, 1980, I, 2, c. 216, con nota de BONATI.

¹⁴ Ejemplar es el caso del artículo 6 d. p. r. 29 de marzo de 1973, n. 156 (t. u. postale) que en combinado dispuesto con normas específicas para distintos servicios, permite relevantes limitaciones de responsabilidad de los entes gestores. En relación con los usuarios telefónicos, la Corte Constitucional, 20 de diciembre de 1988, n. 1104, en *Il Foro Italiano*, 1989, I, c. 1, con nota de MAZZIA, ha declarado la ilegitimidad en la parte que permite limitaciones de responsabilidad de la sociedad concesionaria para la interrupción del servicio atribuible a su culpa; Cons. de Estado, sez. VI, 31 de octubre de 1992, n. 842, *ivi*, 1993, III, c. 147, con nota de MAZZIA, ha considerado ilegítimos los artículos del nuevo reglamento de servicio (d. m. 8-9-1988, n. 484) que contenían limitaciones de responsabilidad tales que no garantizaban al usuario una atención seria; y por último, el citado art. 6 t. u. postal, aun restrictivamente interpretado en el sentido de permitir la exclusión de responsabilidad por las solas inexactitudes y omisiones parciales de las indicaciones de la guía telefónica (cfr. nota precedente), ha sido declarado constitucionalmente legítimo por la Corte Constitucional, 30 de diciembre de 1994, n. 456, en *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, c. 456. Con anterioridad, la Corte ya había considerado ilegítima la misma norma con relación al servicio postal de encomiendas: Corte Constitucional, 17 de marzo de 1988, n. 303, en *Giurisprudenza Italiana*, 1988, I, 1, c. 1443, con nota de CARBONI. Sobre estos aspectos, cfr., recientemente, NUZZO, *Condizioni generali di contratto e pubblici servizi*. En: *Cláusulas abusivas e directiva comunitaria*, al cuidado de CESARO, cit. p. 145 ss.

cosas (artículo 11, literal b: la cosa dañada debe ser destinada, normalmente, al uso o consumo privado y empleada principalmente, de esa forma, por el perjudicado). En oposición, se ha tratado de extender la tutela hasta los niveles intermedios de la cadena distributiva, en lo concerniente a los pactos de exoneración de responsabilidad por daño a la persona¹⁵. Si nos remitimos a lo que ya se ha expuesto en materia de cláusulas de exclusión o de limitación de la responsabilidad extracontractual, parece evidente que el artículo 12 no hace más que confirmar una solución a la cual se había arribado de todos modos, cuando, por diferentes vías, se negaba la posibilidad de sustraerse en todo o en parte del resarcimiento de los daños a la integridad física. Por otro lado, con referencia a los daños al patrimonio la nueva norma ha introducido, sin duda, una excepción a los artículos 1229 y 1341 del Código Civil, sancionando con la nulidad inclusive a las cláusulas específicamente aprobadas por escrito, que limiten o excluyan la responsabilidad en ausencia de dolo o culpa grave: y ello, justamente, en consideración de las particulares exigencias de tutela de los consumidores¹⁶.

Sin embargo, el área de operatividad de la directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, y de su ley de recepción, es ciertamente más extensa, y abarca a todos los contratos establecidos entre un "profesional" con un "consumidor".

La palabra "profesional" (*professionista*) es una traducción poco feliz del término francés *professionnel*, que significa, sobre todo, "operador (económico)

profesional": la ley designa así a la persona física o jurídica, pública o privada, que obra en el marco de su actividad empresarial o profesional (artículo 1469-*bis* del Código Civil). La opción del traductor italiano de la directiva, quizá no consciente del significado técnico del término "profesional", se ha perpetuado en la ley de recepción, constriñendo, de un lado, a los redactores de la ley a añadir, respecto de la directiva, una referencia explícita a la actividad empresarial, para evitar paradójicas dudas sobre la aplicabilidad del nuevo régimen a los contratos de las empresas; e implicando inevitablemente, de otro lado y por lo que parece, también a los contratos predispuestos por los profesionales intelectuales¹⁷.

Por consumidor se entiende a aquella persona, sólo natural esta vez, que obra para fines distintos de la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada (artículo 1469-*bis* de Código Civil: en el que, respecto de la directiva, se agrega el adjetivo "empresarial"). La limitación de la tutela del consumidor individual excluye al que contrata en el ejercicio de su propia actividad profesional y a las empresas de pequeñas dimensiones – y también por consiguiente a aquellos "componentes débiles" de la cadena distributiva – frente a los cuales se puede esperar exigencias no disímiles de tutela. De aquí surgen una serie de críticas¹⁸ que habrían podido ser en parte superadas, si en sede de actuación de la directiva en Italia, hubiese prevalecido la orientación inicial para extender la noción del consumidor a los artesanos y a las empresas familiares¹⁹. Y parece severo, en particular, el régimen aplicable a los profesionales intelectuales, en los contratos con las empresas que les suministran instrumentos y

¹⁵ Cfr. CENDON, DEVESCOVI, *Le clausole di esonero da responsabilità*, en *La responsabilità del produttore*, al cuidado de ALPA, BIN y CENDON, a su vez en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dirigido por GALGANO, XIII, Padua, 1989, p. 240 ss. En opinión de Guido Alpa, *Commento all'art. 12*, en ALPA, CARNEVALI, DI GIOVANNI, GHIDINI, RUFFOLO, VERARDI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milán, 1990, p. 299, la norma no se aplica a las cláusulas estipuladas entre los sujetos de una cadena distributiva; sin embargo, el autor citado no se plantea en este supuesto el problema de la oposición al orden público de un pacto de exoneración de responsabilidad por daños a la persona del intermediario.

Recuérdese que para la reparación de los daños a cosas el artículo 11, segundo párrafo prevé de todas maneras una franquicia de 750 000 liras.

¹⁶ Cfr. PONZANELLI, *Commento all'art. 12*, en PARDOLESI y PONZANELLI, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, cit., p. 640 s. Según CENDON, DEVESCOVI, op. cit., p. 232 ss., la responsabilidad del productor es una norma de orden público aunque referida a los daños a los bienes del consumidor.

¹⁷ ALPA, en AA. VV., *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., al cuidado de BESSONE, Turin, 1995, p. 880; ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive "vessorie" nei contratti fra professionisti e consumatori: art. 1469-bis e segg. C.c.* En: *Diritto Privato*, 1996, II, p. 107.

¹⁸ BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, en *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, al cuidado de CESÁRO, cit., p. 30 ss.; RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, *ivi*, p. 55 ss.; ROPPO, en *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, al cuidado de CESÁRO, cit., p. 89 ss.; PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori* (directiva 93/13 C.E.). En: *Rassegna di Diritto Civile*, 1995, p. 356 ss.

¹⁹ Así lo contemplaba el proyecto de la Comisión para la Tutela de los Consumidores, instituida en 1993, por el Ministro de Relaciones Sociales, CONTRI (véase el texto recogido por ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, en *Contratti* 1994, p. 115 ss., y por COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*. En: *Giustizia Civile*, 1994, II, p. 548 ss.). En la Ley Comunitaria sólo se hace referencia al consumidor como persona física.

equipos, ya que no pueden ser considerados técnicamente como consumidores, a pesar de que se encuentran en una posición de debilidad contractual frente a esas empresas, absolutamente análoga a la del que contrata al margen de una eventual actividad profesional. Añádase a lo dicho el problema de los bienes y servicios destinados a un uso indistinto, ya profesional, ya "privado"²⁰.

La nueva regulación tendrá, ciertamente, una aplicación positiva sobre las cláusulas (las que nos interesan, obviamente, las de exoneración de responsabilidad) preestablecidas por las empresas frente a un público indiferenciado de clientes, si se tiene en consideración que la tutela de los clientes consumidores procederá también en ventaja de los clientes no consumidores. Si pensamos, por ejemplo, en el supuesto de la exoneración de responsabilidad de la institución bancaria en el servicio de las cajas de seguridad, nos damos cuenta de que difícilmente una modificación de las normas uniformes de la ABI, que las adecua a los principios de la nueva ley, podrá discriminar entre usuarios consumidores y usuarios "profesionales"²¹; además, porque aun si así ocurriera, la severidad de la nueva regulación podría proporcionar, de todas formas, de un punto de partida, al menos en el sentido de valorar con mayor rigor la diligencia profesional de las instituciones bancarias, restringiendo, adicionalmente, el área en la que es admitida la exoneración de responsabilidad (*ex* artículo 1229 Código Civil). Y análogamente, el favor para el consumidor, que inspira la nueva disciplina, debería inducir a aplicarla también en los contratos relativos a bienes o servicios adquiridos para uso indistinto.

Todo ello es verosímil, entonces. Sin embargo, hay empresas cuyos productos o servicios están esencialmente destinados a un público de operadores profesionales, y que podrían limitar o excluir la propia responsabilidad contractual con los límites del artículo 1229, inclusive frente a pequeños operadores eco-

nómicos y profesionales intelectuales. Y recuérdese que, respecto de las cláusulas de exoneración por responsabilidad extracontractual del productor que abarcan sólo daños patrimoniales, inclusive la nulidad prevista por el artículo 12 del d. p. r. 224 del 1988 no se aplica a favor de los operadores económicos o de los profesionales, los cuales son reenviados, por lo tanto, a la tutela del artículo 1229. También aquí, por consiguiente, no queda más que auspiciar una mayor severidad de los jueces, aun cuando les corresponda aplicar los viejos instrumentos normativos.

3. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD COMO CLÁUSULAS ABUSIVAS

Las cláusulas a las que se aplica la nueva disciplina eran llamadas "abusivas" por la directiva, mientras que la ley de recepción de la misma ha preferido un adjetivo más familiar: "vejatorias". Se trata de las cláusulas que "no obstante la buena fe" (artículo 1459-bis del Código Civil; no ha sido corregido el error de traducción al italiano de la directiva, en cuyo artículo 3.1. se lee "no obstante el requisito de la buena fe") determinan, en desmedro del consumidor, un desequilibrio significativo de los derechos y de los deberes de las partes. Y en el repertorio indicativo están comprendidas las cláusulas de exclusión o de limitación de la responsabilidad contractual (artículo 1.b de la directiva; artículo 1469-bis, 2.º párrafo, n. 1, del Código Civil) y extracontractual (pero sólo para el caso de muerte o de daño a la persona del consumidor: artículo 1.a de la directiva; artículo 1469bis, 2.º párrafo, n. 1 del Código Civil).

En la directiva se mantenía un margen de discrecionalidad para una valoración del equilibrio (o equilibrio significativo) de los derechos – y no de las meras ventajas económicas – atribuidas a las partes por el contrato²²; valoración que se encamina, según la opinión preeminente, hacia el principio de buena fe objetiva²³. El

²⁰ A propósito de este tema, conviene revisar DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 17 ss.; BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, en *Contratto e impresa / Europa* 1996, p. 435 ss.; SANNIA, *Art. 1469 – bis, comma 2, en Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, al cuidado de CESARO, cit., p. 97 ss.

²¹ Véase, en efecto, la circular ABI del 23 de febrero de 1996 que rebate la eliminación de los esquemas contractuales de las cláusulas de exclusión total (no así de limitación) de responsabilidad, sin discriminar entre categorías de clientes. Por otro lado, la misma circular limita a los solos cuentacorrentistas consumidores la previsión de una facultad de resolución análoga a la de la institución bancaria.

²² ROPPO, op. cit., p. 92 ss., leyendo el artículo 3.1 en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4.2, señala que se trata de un desequilibrio de tipo "normativo", pero que los problemas de equilibrio se tornan relevantes en algunas previsiones analíticas y de todas formas cuando las cláusulas no son formuladas en modo claro y comprensibles (artículo 4.2). En el mismo sentido, PATRONI GRIFFI, op. cit., p. 367 ss., y RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, Nápoles, 1997, p. 114 ss. Más orientado sobre una valoración de tipo económica se muestra ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., p. 640 ss.; y finalmente, BIN op. cit., p. 439 ss., señala que un control sobre el equilibrio económico es posible para las cláusulas que no atienen estrictamente al "corazón" del asunto.

²³ Esta es la interpretación generalmente aceptada acerca de la desatinada expresión que tiene la directiva "malgrado il requisito della buona fede": BIGLIAZZI GERI, op. cit., p. 31 ss.; ROPPO, op. cit., p. 93; ALPA, op. ult. cit., p. 640; PATRONI GRIFFI, op. cit., p. 366 ss.; RIZZO,

hecho de que el artículo 1459-*bis* del Código Civil, a pesar de lo ya expuesto, no haya corregido el señalado error de traducción podría llevar a asumir una opción del legislador, en el sentido de permitir la apreciación del equilibrio desde el criterio de la buena fe objetiva²⁴, lo que terminaría confirmando una lectura de la norma, a tenor de la cual, las cláusulas se consideran abusivas, sin que tenga importancia la buena fe (subjetiva) del predisponente. Me parece innegable que quedan abiertos, de todos modos, espacios para valoraciones inspiradas en la buena fe objetiva²⁵.

Si aquí finalizara la lectura del nuevo artículo 1469-*bis*, podría parecer que se ha mantenido, igualmente, el margen de discrecionalidad respecto de las cláusulas exonerativas de responsabilidad, aun a través del mecanismo de la "presunción relativa" de vejatoriedad, que tiene abierto el camino para una evaluación de la inexistencia de un desequilibrio significativo (y de su conformidad con la buena fe objetiva) en sede de prueba en contrario, que pesa sobre el profesional²⁶. Si así fuera, un elemento útil para tal apreciación podría ser proporcionado por los resultados obtenidos en la aplicación del artículo 1229 del Código Civil, el cual, como se ha visto, propende a una reconstrucción del equilibrio del contrato: equilibrio económico, es verdad, pero también normativo, si se atiende al rol central que progresivamente ha adquirido la referencia al orden público de la que se trata en el 2.º párrafo.

No es seguro, por otro lado, que así sea. Sabemos, en efecto, que la ley de actuación ha optado por consi-

derar ineficaces las cláusulas vejatorias; y el artículo 1459-*quinquies* afirma que las cláusulas de exclusión o de limitación de responsabilidad son ineficaces "aun si hubiesen sido objeto de tratativas". Dicha previsión puede coaligarse claramente con el artículo 1469-*ter*, 4.º párrafo del Código Civil, que excluye la vejatoriedad de las cláusulas que han sido objeto de tratativas individuales, y admite que sean consideradas vejatorias únicamente las cláusulas, aun cuando no estuvieran estandarizadas, de los contratos de adhesión²⁷.

El artículo 1459-*quinquies* se presta a dos lecturas: una restrictiva, en el sentido de la vejatoriedad de todas las cláusulas de exoneración de responsabilidad, aunque ellas hubieran sido contratadas individualmente, y no estuvieran contenidas, por ende, en contratos de adhesión; pero admitiendo siempre, sin embargo, la prueba contraria en torno de la falta del desequilibrio significativo²⁸. La segunda lectura es extensiva, en el sentido de la creación de una "lista negra" de cláusulas automáticamente ineficaces, con exclusión de toda prueba en contrario²⁹. En un primer momento, esta segunda lectura parecía sumamente atendible, inclusive para quien esto escribe³⁰; una reflexión más a fondo, empero, despierta la perplejidad frente a la incoherencia de un legislador que reproduce textualmente, en la "lista negra", la descripción de algunos tipos de cláusulas antiguamente incluidas en la "lista gris", en la que la vejatoriedad puede ser excluida por la prueba en contrario. Quizá sea más plausible creer en un olvido por parte del legislador, que utilizó la dicción "son ineficaces", para excluir la prueba en contrario de la tratativa individual, pero que no tuvo inten-

Art. 1469-*bis*, 1.º comma 1, p. 17 ss.; DI MEO, *Art. 1469-*bis*, comma 1*, ivi, p. 5 ss.; y Cfr. CASTRONOVO, en *Europa e diritto privato* 1998, cit., p. 25 ss.

²⁴ Sobre este punto conviene revisar ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*. En: *Nuova Giurisprudenza Civile*, 1996, II, p. 47.

²⁵ RIZZO, op. loc. ult. cit.

²⁶ Además de la inexistencia de un desequilibrio contrario a la buena fe, contenido de la prueba en contrario, como se apreciará, puede también ser la tratativa individual relativa a la cláusula. Críticos frente al uso legislativo del término "presunción" son MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del codice civile*. En: *Rassegna Giuridica*, 1997, p. 305, y CASTRONOVO, op. ult. cit., p. 8 ss. (según el cual sería mejor calificar directamente como vejatorias las cláusulas detalladas en el artículo 1469-*bis*, salvo la prueba de la tratativa individual o de la no vejatoriedad para la inexistencia del significativo desequilibrio apreciable a la parte del principio de buena fe).

²⁷ ROPPO, op. ult. cit., p. 90 ss.; PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?* En: *Il Foro Italiano*, 1994, V, 139 ss.; PATRONI GRIFFI, op. cit., p. 365.

²⁸ Cfr. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, cit., p. 10; BIN, op. cit., p. 445 ss.; ROPPO, en *Diritto Privato*, 1996, cit., p. 128 s.

²⁹ Con referencia al iter de la ley de adopción, véase los apuntes de ALPA en *Istituzioni di diritto privato*, al cuidado de BESSONE, cit., p. 886; ampliamente ASTONE, *Art. 1469-*quinquies**, en *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile* al cuidado de BARENGHI, Nápoles, 1996, p. 192 ss.; CHIRICO, *sub art. 1469-*quinquies**, en *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, al cuidado de CESARO, cit., p. 501 ss.; CASTRONOVO, op. cit., p. 13 ss.

³⁰ Cfr. CABELLA PISU, *Artículo 1469-*bis*, párrafo 3* numerales 1, 2 y 15, en *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, al cuidado de CESARO, cit., p. 124.

ción de excluir la prueba en contrario de la inexistencia del desequilibrio. Bien vistas las cosas, empero, el dilema entre las dos interpretaciones es efectivo solamente para las cláusulas que limitan o excluyen la resarcibilidad de los daños meramente económicos que son consecuencias del incumplimiento o del hecho ilícito (artículo 1469 *quinquies*, 2.º párrafo, n. 2) porque de todos modos las cláusulas relativas a la responsabilidad, contractual o extracontractual, por los daños a la persona (artículo 1469 *quinquies*, 2.º párrafo, n. 3) son nulas por sí mismas, al amparo del artículo 1229, 2.º párrafo del Código Civil, y más todavía, al amparo del 2.º párrafo del artículo 1322.³¹

Acogiendo la lectura restrictiva del artículo 1469 *quinquies*, entonces, los márgenes efectivos para una valoración del equilibrio normativo del contrato, en relación con las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad, son bastante exiguos, y casi todos los problemas que, como hemos visto, se han debatido en el pasado respecto de este tema permanecen confinados, esencialmente, a los contratos con los no consumidores.

“Casi todos los problemas” – se ha dicho; pero no todos. En efecto, la valoración del carácter vejatorio de la cláusula no atiende a la determinación del objeto del contrato, ni a la adecuación del correspondiente de los bienes y de los servicios, porque tales elementos son individualizables en modo claro y comprensible (artículo 1469-*ter*, 2.º párrafo, Código Civil, que reproduce con modificaciones sólo formales, el artículo 4.2 de la directiva): ello comporta que inclusive en los contratos con los consumidores conservará su actualidad el debate sobre la distinción entre cláusulas exonerativas de responsabilidad y cláusulas delimitativas del objeto del contrato, que deja sin solución (en el caso del

contrato de seguro, por ejemplo) problemas notables de tutela del consumidor; con la diferencia de que ahora también las cláusulas delimitativas del objeto son consideradas vejatorias en todos los casos en que no cumplan con el requisito de la “transparencia”³².

Una última observación: no se consideran vejatorias las “cláusulas que reproducen disposiciones de ley, o que reproduzcan disposiciones o actúen principios contenidos en convenciones internacionales de los cuales son parte contratante todos los Estados miembros de la Unión Europea” (artículo 1469-*ter*, 3.º párrafo). En oposición, la directiva excluía de su propio ámbito de aplicación las “cláusulas que reproducen disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas” (artículo 1.2)³³, y tenía preeminencia en nuestra doctrina una lectura restrictiva, que sustraía de la aplicación de la directiva a las cláusulas que reproducían, propiamente, normas jurídicas de carácter general, y no, por el contrario, a aquellas cláusulas que reproducían normas de procedimientos administrativos. Así se permitía la aplicación de la nueva regulación a gran parte de los contratos de empresas públicas o de concesionarios de servicios públicos³⁴, cuyas condiciones generales son aprobadas con actos de naturaleza esencialmente administrativa. Tal interpretación influyó claramente en la opción textual del nuevo artículo 1469-*ter*, y de ello se deduce que únicamente en los contratos regulados por normas de ley y por reglamentos integrativos de la ley³⁵ las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad serán eficaces, y persistirá para ellas la actualidad del debate sobre la oportunidad de una interpretación extensiva. Después de la adopción de la Directiva parece previsible, de todas maneras, que la inserción de los nuevos principios en la experiencia y en la mentalidad de nues-

³¹ Como se vio en *supra*, par. 1. En el mismo sentido BERNARDI, *op. cit.*, p. 133 ss.

³² Cfr. VOLPE PUTZOLU, *Contratto di assicurazione e clausole abusive*. En: *Diritto Privato* 1996, II, p. 514 ss; A. D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, I, *Lineamenti generali*, en *Le clausole vessatorie nei contatti con i consumatori*, al cuidado de ALPA y PATTI, cit., II, p. 972 ss., 977 ss.

³³ Pero abarcando también la norma dispositiva: cfr. El 13.º considerando. La operatividad de la nueva disciplina encuentra por tanto límites en varios sectores, como el del contrato de seguro de responsabilidad, en los cuales, la norma dispositiva italiana es netamente dirigida a la tutela del empresario: véase BIN, *Condizioni generali di contratto e rapporti assicurativi*, cit., p. 135 ss., y para un análisis profundo, RICCIUTO, *Note in tema di clausole abusive e rischio assicurativo*. En: *Europa e diritto privato*, 1998, p. 60 ss.

³⁴ NUZZO, en *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, al cuidado de CESARO, cit., p. 152 ss; y cfr. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., p. 640.; DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por RESCIGNO, X, Turin, 1995, p. 136; PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 358.

³⁵ Cfr. NUZZO, *op. loc. cit.*, que plantea el problema de la aplicabilidad de la Directiva a los contratos de suministro telefónico y a las condiciones de tarifas ferroviarias.

Para un análisis del impacto de la nueva doctrina sobre contratos de uso nos remitimos a A. M. GAMBINO, *Le clausole vessatorie nei contratti di fornitura di acqua e gas*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, al cuidado de ALPA y PATTI, cit., II, p. 1145 ss., y a NAPOLI, *I servizi telefonici*, *ivi*, p. 1179 ss.

tros jueces (ordinarios, administrativos y constitucionales), devendrá en la producción de un efecto reflejo aun para los contratos de uso público, de

forma tal que se acentúe la ya señalada óptica "privatizante", para mayor tutela de todos los usuarios de los servicios públicos³⁶.

³⁶ Según NUZZO, op.cit., p. 154 ss., la directiva puede ofrecer un criterio para el control de racionalidad de la norma, y así, legitimidad constitucional de la ley y la validez del reglamento.

ESTUDIO RUBIO, LEGUIA, NORMAND & ASOCIADOS

Av. Dos de Mayo 1321-San Isidro. Lima-Perú

Teléfono: 442-4900 Fax: (51-1) 442-3511

E-mail: abogados@erubio.com.pe