

Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: *fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada**

MAURO GRONDONA**

Sumario: 1. Los problemas. 2. El principio de la no poca importancia en el incumplimiento. 3. El enfoque solidarista de la buena fe. 4. Axiología solidarista y buena fe contractual. 5. La buena fe solidarista como vehículo de justicia social. 6. La autonomía privada entre individuo y sociedad. 7. Una lectura axiológica de la autonomía privada. 8. Los fundamentos problemáticos de la buena fe solidarista. 9. A favor de un enfoque individualista de la teoría del contrato. 10. Juicio sobre la gravedad del incumplimiento y cláusula resolutoria expresa: el papel de la buena fe.

* Traducción del italiano, PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

** Investigador y Docente, Departamento de Derecho Privado, Internacional y Comercial "G.L.M. Casaregi", Sección de Derecho Privado, Facultad de Derecho, *Università degli Studi di Genova*, Italia. Correo electrónico: [mauro.grondona@unige.it]

Fecha de recepción: 1º. de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de enero de 2011.

Resumen

El artículo analiza la relación entre los artículos 1455 y 1456 del código civil italiano, con particular referencia al papel del principio de la importancia del incumplimiento y su relación con la resolución contractual.

En ese cuadro emergen dos temas específicos de reflexión: los límites al ejercicio de la autonomía privada y la extensión de los poderes del juez sobre el contrato, analizados en la perspectiva más amplia de la relación dinámica entre orden jurídico de los privados y orden jurídico del Estado.

Palabras clave: Autonomía privada, Buena fe contractual, Resolución por incumplimiento, Cláusula resolutoria expresa, Derecho italiano.

FUNDAMENTAL BREACH OF CONTRACT, GOOD FAITH PRINCIPLE, AND CONTRACT-TERMINATION CLAUSE: CRITICAL FRAGMENTS AND RECONSTRUCTIVE PERSPECTIVES FOR AN ANTI-DOGMATIC DEFENSE OF PRIVATE AUTONOMY

Abstract

The essay analyzes the relationship between Articles 1455 and 1456 of the Italian Civil Code, with particular reference to the role of the principle that states that a contract cannot be terminated because of a breach by the other party when such breach is of little importance in relation to the resolution of the failure of contract. Within this framework there are two specific issues for reflection: the limits of private autonomy and the extent of exercise of the powers of the court on the contract, discussed in the broader perspective of the dynamic relationship between the system of private rules and the system of State rules.

Keywords: Breach of contract, Performance, Non-performance, Private autonomy, Good faith, Italian contract law.

1. LOS PROBLEMAS

El tema objeto de este escrito tiene dos perspectivas: una restringida y una más general. En la perspectiva restringida, el tema es aquel de la relación entre el principio expresado por el artículo 1455 c.c. ("El contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene poca importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra"), y la cláusula resolutoria expresa, disciplinada por el artículo 1456 ("los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la resolución se verifica de derecho cuando la parte

interesada declara a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria"). De aquí el problema: ¿el principio prescrito por el artículo 1455 se aplica también en presencia de una cláusula resolutoria expresa? O, más bien, ¿el ejercicio de autonomía privada que se concreta en la inserción dentro del contrato de una cláusula resolutoria es soberano hasta el punto de excluir todo control judicial acerca de la gravedad del incumplimiento?

En la perspectiva más general, el tema es aquel de los poderes del juez sobre el contrato ejercidos por medio de la aplicación de las disposiciones (y, entonces, por medio de la producción en vía interpretativa de normas) apenas citadas; es decir, el tema del control judicial sobre el contrato, que obviamente está relacionado con la tensión fisiológica entre autonomía privada y ordenamiento jurídico¹ o, dicho de nuevo y en otras palabras, entre ordenamiento jurídico de los privados y ordenamiento jurídico del Estado².

2. EL PRINCIPIO DE LA NO POCA IMPORTANCIA EN EL INCUMPLIMIENTO

Partamos, pues, del artículo 1455, en donde literalmente se prevé que la resolución judicial del contrato está subordinada a un juicio sobre la gravedad del incumplimiento³.

La doctrina y la jurisprudencia italianas han entendido, y entienden, esta disposición en el sentido de que la misma expresa criterios objetivos y criterios subjetivos que fundamentan el juicio⁴.

¹ Sobre el tema cfr. recientemente H. DAGAN, *The Limited Autonomy of Private Law*, en *The American Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 56, pp. 809 ss.

² Sobre este aspecto se puede ver mi libro: *Ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalí per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, SOVERIA MANNELLI-BERGAMO, RUBBETTINO-LEONARDO FACCO, 2008; y, sin lugar a dudas, ver el amplio y detallado ensayo de A. GENTILI, *Invalitá e regole dello scambio*, en S. PAGLIANTINI (ed.), *Le forme della nullitá*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 217 ss.

³ Tratan *ex professo* el tema los tres siguientes estudios monográficos: G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1992; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, Giappichelli, 1995; C. TURCO, *L'imputabilitá e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁴ En la abundante literatura, v. por ejemplo la síntesis de C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 272-273: "La gravedad del incumplimiento debe ser valorada en relación con el interés del acreedor según un criterio objetivo debiéndose reputar grave un incumplimiento que perjudique en medida normalmente intolerable las legítimas expectativas del acreedor. Doctrina y jurisprudencia también admiten la relevancia de un criterio subjetivo que tenga en cuenta la particular importancia que la prestación puede tener para el acreedor. La particular importancia de la prestación, sin embargo, debe resultar del contrato, no pudiéndose entregar a la incontrolada apreciación del mismo acreedor un requisito previsto por la ley como límite a su poder de resolución". *Amplius*, v. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, en *Trattato del contratto*, dirigido por V. ROPPO, V. Rimedi - 2, V. ROPPO (ed.), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 123-131, y G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, Il Codice Civile. Comentario fundado por P. Schlesinger, dirigido por F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 553-573.

Consideremos, sobre todo, el criterio objetivo: *prima facie*, este no es sino la gravedad del incumplimiento mismo, interpretada a la luz de la economía del contrato⁵. Entonces, el primer elemento que es necesario tomar en consideración es el valor de la prestación incumplida, que se debe relacionar con el valor total de las prestaciones contractuales⁶.

De este modo se podrá constatar si existe una alteración del sinalagma contractual⁷, es decir, del equilibrio económico, del contenido económico del contrato tal como fue previsto, deseado y realizado por las partes.

Hablar de equilibrio del contrato, naturalmente, no significa hacer referencia a una situación de equilibrio ideal, abstracto; al contrario, significa hacer referencia a la economía en concreto del contrato, en otros términos, a su función económico-individual, para usar la fórmula que ya hace parte del uso corriente de los juristas⁸.

El criterio subjetivo se refiere, en cambio, al interés del acreedor de obtener un cumplimiento exacto, es decir, una prestación que sea seguida por un cumplimiento conforme a cuanto indicado en el contrato.

De este modo, aunque se trata de un criterio subjetivo, porque está referido a la pretensión subjetiva del acreedor, es necesario aclarar un punto: la valoración sobre la subsistencia de un interés del acreedor jurídicamente tutelable por medio del instrumento de la resolución no puede ser otorgada al mismo acreedor. De este modo, el interés subjetivo, para que pueda ser judicialmente concretizado, o reconocido, necesita de índices objetivos de juicio.

⁵ En efecto, señala V. ROPPO, *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (eds.), Milano, Giuffrè, 2001, pp. 961-962, que el criterio objetivo debe ser referido "a la función y al peso que la prestación incumplida tiene en el cuadro de la economía total del contrato, valorada en concreto" (cursiva del autor).

⁶ Así L. NANNI, *Sub art. 1455*, en L. NANNI-M. COSTANZA-U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, t. I, 2. *Artt. 1455-1459*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, 2007, p. 9, con amplias referencias jurisprudenciales.

⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004 (IV ed.), vol. II, t. I, p. 563, señala que del art. 1455 emerge "un principio de proporcionalidad entre las prestaciones contractuales".

⁸ La expresión, como es bien sabido, pertenece a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, en particular el Capítulo IV ("El interés merecedor de tutela"), pp. 345-412, espec. p. 371: "La causa como función económico-individual indica precisamente el valor y el alcance que las partes dieron a la operación económica en su globalidad. Valor que puede existir, sólo si se consideran, verdaderamente, todos los elementos de los que se compone el negocio jurídico; porque el negocio concreto es caracterizado por todos estos elementos primarios y secundarios" y 372: "Considerar la causa como la función económica individual no significa re-proponer una definición de causa que evoque aquella según la cual la causa del negocio era el objetivo meramente subjetivo de los autores del negocio. Se quiere sólo resaltar que, si el negocio expresa una regla privada, la causa es el elemento que conecta la operación económica objetiva con los sujetos que son sus autores; y que, entonces, la causa es el indicador de cómo el reglamento negocial de intereses sea la expresión objetiva de algunas finalidades subjetivas".

El camino es, entonces, aquel de un interés que, aunque subjetivo, se pueda objetivizar a la luz del contenido económico del contrato y que, entonces, se pueda configurar como algo diferente de la genérica pretensión del acreedor por el cumplimiento: el contenido económico del contrato cualifica la pretensión del acreedor como interés subjetivo relevante, según los términos del artículo 1455⁹.

En otras palabras, se podría decir que el interés del acreedor es cualificado bajo un triple perfil (si bien, estrechamente unitario): el contenido jurídico-contractual (reglamento); la economía del contrato (programa económico); la función económica individual del contrato (causa en concreto).

Esta perspectiva, evidentemente, es la adoptada por la moderna (es decir, del siglo XX) teoría del contrato¹⁰, que considera a la voluntad de las partes como una voluntad que se hace objetiva en el reglamento contractual.

Emerge entonces que el criterio objetivo y el subjetivo que son, precisamente, dos caras de la misma moneda: dos aspectos de aquello que los estudiosos acostumbra llamar "economía del contrato"¹¹; el negocio, como configurado por los abogados de las partes por medio del reglamento contractual. De aquí, por cierto, derivan los bien conocidos debates sobre los límites del control judicial al contenido económico del contrato¹² y los debates sobre las técnicas de oposición a tal "activismo judicial".

3. EL ENFOQUE SOLIDARISTA DE LA BUENA FE

El hecho de que el programa económico al que el contrato da un vestido jurídico sea la base del juicio del artículo 1455 nos da a entender porqué una parte significativa de la doctrina más reciente está orientada en el sentido de una lectura interpretativa

⁹ En este sentido, ver P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 67-68: "La valoración del interés del contratante insatisfecho deberá hacerse con referencia a la especificidad del caso concreto, teniendo en cuenta cuanto resulta del contrato y de las circunstancias conocidas, o que se puedan conocer, por la otra parte. Naturalmente, en caso de duda, se puede presumir que la valoración conducida según los criterios generales y objetivos corresponda al interés del caso concreto".

¹⁰ Una lectura de referencia es el volumen de É. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, Paris, L.G.D.J., 1997; sobre el específico fenómeno de la objetivación del contrato, son muy incisivas las páginas de E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 266-278.

¹¹ En la literatura italiana sobre la materia, uno, entre los estudios más celebres, es el de M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969 (reimp. 1975), en particular el Capítulo 5 ("La elección de las circunstancias apreciables y los criterios de distribución del riesgo contractual"), pp. 343-403.

¹² Sobre el tema, ver, sobre todo, el ensayo de P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, en *Rivista di diritto civile*, 2003, 1, pp. 409 ss., espec. p. 415, donde precisa que el juez "ya no está ahí para rehacer el contrato para las partes, por la buena razón que las partes no son una coalición unitaria, que unitariamente pide ayuda al juez, sino representan polos antagónicos y, en consecuencia, si el juez rehace el contrato, lo rehace no para las partes, sino para una de las partes. Esto es políticamente justificado sólo en casos determinados de protección, pero no en la generalidad de los casos" (cursiva del autor).

del artículo 1455 conforme a las reglas de buena fe objetiva, es decir, conforme a las reglas de corrección contractual¹³.

Aquí se toca, evidentemente, un punto muy delicado porque, como se sabe, el recurso a la buena fe se presta para múltiples usos: en efecto, hay un uso de la buena fe que podríamos calificar "solidarista"¹⁴, contrapuesto a uno que podríamos calificar "individualista"¹⁵.

También se sabe que, al menos en la intención declarativa, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia tiende a emplear la buena fe con un enfoque solida-

¹³ La referencia es, en particular, al libro de C. TURCO, *L'importanza e l'imputabilità dell'inadempimento*, cit., *passim*, espec. p. 143: "[L]a buena fe objetiva sirve, en particular, para especificar la prestación debida, incluyendo (e identificándose con) el compromiso comportamental del deudor para generar todo aquello que sea evidentemente indispensable para conseguir, en el interés del acreedor y según un criterio de normalidad, el "resultado útil" como objetivo de la obligación" (cursiva del autor).

¹⁴ Cfr. A. SOMMA, *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, en And. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA [con la colaboración de C. AMODIO], *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 75 ss., espec. pp. 93-94, donde presenta una connotación del modelo de buena fe solidario, caracterizado por la "valoración del conflicto y [por la] tipificación del contexto" y, como tal, contrapuesto al modelo político-jurídico ordoliberal. Según SOMMA, "la valoración del conflicto se presenta en razón de los resultados sin duda relacionados con el propósito de incidir en los términos de la dialéctica entre las fuerzas del mercado; sin embargo, no con la imposición de un determinado orden, sino por medio de un fortalecimiento de la posición de la parte considerada estructuralmente más débil. En otras palabras, la buena fe solidaria incide sobre el conflicto social realizando una eua distribución de las armas entre las partes en causa y no, también, dirigiendo el resultado del enfrentamiento"; además, el uso de la buena fe conflictual y solidaria "busca hacer efectivo el juego democrático de manera que -utilizando la terminología de la carta fundamental italiana- impliquen una relectura del deber privado "di solidarietà política, económica y social" (art. 2) a la luz del deber público de "remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana" (art. 3). Deber público que, sea dicho como inciso, podría también ser directamente identificado como fundamento de la conformación de la actividad privada". Cfr. también, en la perspectiva del derecho contractual europeo en formación, Id., *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos* (trad. de P.A. MORENO CRUZ y J. RODRÍGUEZ OLMOS), Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

¹⁵ Cfr. AND. D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, en And. D'ANGELO-P.G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, cit., pp. 1 ss., espec. p. 8: "Puesto que la buena fe implica el valor de fidelidad de los contratantes al vínculo que han recíprocamente asumido, el juez, cuando debe decidir la controversia a la luz de la buena fe, debe hermenéuticamente reconstruir el contenido total de los intereses establecidos por las partes de la convención, el "programa contractual", y resolver el caso mediante la construcción de una regla, no expresada en la convención, que sea coherente, o al menos compatible, con la pactada composición de los intereses antagonistas. Legado el juicio a un vínculo de congruencia con las directivas convencionales, aun cuando no sean específicamente reguladoras del conflicto concretamente generado, se tiende a temperar los riesgos de arbitrariedad y el inconveniente de imprevisibilidad de decisiones fundadas sobre una "cláusula general" que, en cuanto tal, atribuye al juez amplios ámbitos de discrecionalidad". *Amplius*, cfr. Id., *La buona fede*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. IV**, Torino, Giappichelli, 2004; e Id., *Contratto e operazione economica*, Torino, Giappichelli, 1992.

rista¹⁶; lo que en pocas palabras, quiere decir esto: el contenido económico del contrato y, entonces, el equilibrio del contrato, se considera relacionado, no consigo mismo, en cuanto expresión y producto de la autonomía privada, en cuanto unidad y medida de la *ratio* económica del contrato, en cuanto contenido económico que se hace (al menos en gran parte) explícito por medio del reglamento contractual¹⁷, sino con los valores inderogables del ordenamiento, e inderogables en cuanto tendencialmente contrapuesto a la autonomía privada¹⁸, es decir, a los resultados que la autonomía privada han producido dentro de ese específico contrato. Entre estos valores, inevitablemente la referencia es a la solidaridad económica y social¹⁹.

En este punto, una aclaración resulta necesaria (aunque aquí no se pueda profundizar): una visión moderna de la relación contrato/Estado (y, entonces, de la relación contrato/mercado²⁰) no acepta la tesis según la cual la autonomía privada es fuente, y regla de juicio, de sí misma; en efecto, es obvio que la autonomía pri-

¹⁶ Entre los escritos más recientes, ver los puntales e incisivos análisis jurisprudenciales de R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, en *Contratti*, 2010, pp. 524 y ss., y de C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2010, pp. 341 ss.; en sentido más general, cfr. también el escrito de A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, en *Rivista di diritto civile*, 2009, II, pp. 435 y ss.

¹⁷ Un ilustre autor italiano como es RODOLFO SACCO ha señalado, precisamente con referencia a la resolución, que para entender su sentido, "es necesario entender el sentido del contrato, campo en el que el contratante es la medida de todas las cosas": R. SACCO, en R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por R. SACCO, Torino, Utet, 2004 (III ed.), t. II, p. 633.

¹⁸ Entre los autores que de manera más profunda han estudiado el tema ver, sin duda, la obra de PIETRO PERLINGIERI y de su escuela, en particular, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006 (III ed. totalmente renovada y acompañada de notas), espec. el Capítulo VIII ("La autonomía en la jerarquía de las fuentes y de los valores"), pp. 289-429; cfr., sobre todo, p. 299, en relación con el aporte interpretativo que se deduce de la praxis, así como el análisis crítico según el cual los precedentes jurisprudenciales, la praxis judicial y notarial "se deben acoger, dentro de los límites de su correspondencia, con los principios jurídico-formales, es decir, evitando atribuir al efectivo modo cómo funciona el sistema la virtud de contradecirlo"; p. 306, en relación con la jerarquía de los valores, cuando precisa que "[e] valor es unitario, sus aspectos múltiples: políticos, sociales, éticos, filosóficos, jurídicos. [...] El valor es expresión, no de un único criterio (aquel de la racionalidad o aquel social o político o económico), sino de un criterio sincrético, debido a tantos perfiles, todos relacionados. Fuera de esta solución problemática hay sólo un criterio al que el jurista puede y debe hacer referencia: el dato normativo, expresión y síntesis de la multiplicidad de los criterios que tienden a individualizar el valor"; pp. 327-328: "[L]os actos de autonomía tienen un común denominador en la necesidad de estar dirigidos a realizar intereses y funciones merecedoras de tutela y socialmente útiles; y en la utilidad social hay siempre, y de todas formas, la exigencia de que los actos y actividades no contradigan la seguridad, la libertad, la dignidad humana (inciso 2, art. 41, Const.)"; p. 376: "La autonomía se ubica entre libertad y justicia contractual".

¹⁹ El artículo 2 de la Constitución Italiana de 1948 prescribe: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como particular, sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social".

²⁰ Ver de nuevo A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, cit., *passim*.

vada es sólo uno de los factores de producción del ordenamiento jurídico, en cuyo interior ella se ubica.

Esta cautela, que se impone (para evitar dogmatismos libertarios: como si la autonomía privada siempre, y de todas formas, estuviera bajo el ataque del ordenamiento estatal; o como si siempre estuviera, por su propia naturaleza, en conflicto con el ordenamiento estatal; o como si la autonomía privada siempre fuera, ella sola, el símbolo de la libertad individual, mientras que el ordenamiento, siempre y solo, el símbolo de la opresión colectiva) busca también resaltar cómo la relación individuo/Estado (bajo el perfil de la autodeterminación económico-negocial) es dinámica: de tal modo, es al menos discutible la idea según la cual el ordenamiento jurídico, que es externo a la autonomía privada, o bien la conforma a sus valores, o bien los reprime.

Más correcto, y realista, es, en cambio, afirmar que tal relación es biunívoca e inclusiva: los valores del ordenamiento, a la luz de los cuales, sin duda, será filtrado el producto de la autonomía privada, se construyen (también) por medio del continuo ejercicio (individual y colectivo) de la misma autonomía privada. Así, la relación autonomía privada/ordenamiento no debe verse sólo en sentido unidireccional (el ordenamiento aprueba o reprime la autonomía privada, con base en un juicio de méritos de los intereses perseguidos)²¹, sino también (y, yo diría, si bien con alguna cautela, sobre todo) en sentido bidireccional²², porque el innegable e indispensable contenido axiológico del derecho depende también del ejercicio de la autonomía privada, es decir, de la acción humana²³.

Regresando, entonces, al uso solidarista de la buena fe, bajo el perfil de la política del derecho (de la que el jurista no debe desinteresarse, refugiándose de manera fetichista en el tecnicismo jurídico, ilusorio y, así, nunca de verdad satisfactorio²⁴), no se trata de una operación de poca relevancia: el objetivo de tal enfoque, que,

²¹ Cfr. espec. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., pp. 376-377: "La autonomía negocial se adecúa a las elecciones de fondo que caracterizan el ordenamiento italo-comunitario según los datos normativos (principios y reglas) deducibles del ordenamiento en su unidad y completitud. La autonomía negocial se ubicaría también entre la libertad y el libre mercado. Pero el mercado es un estatuto normativo, de modo que el problema es cuál sea el estatuto normativo conformador del mercado y, entonces, de la autonomía negocial: la misma reglamentación de la autonomía negocial se convierte en un ejemplo de reglamentación del mercado".

²² Cfr. espec. H. DAGAN, *The Limited Autonomy of Private Law*, cit., espec. pp. 811: "Private law theory can be told as a story of the competition between two accounts of the relationships between private law and social values" y 812: "[M]any so-called public values do, and in fact should inform private law, without undermining the normative significance of its bipolarity. In this sense, then, private law can never be autonomous from the state whose values it is supposed to promote".

²³ Sobre el tema, es un deber hacer referencia, aún dentro de su alto grado de complejidad, a la monumental investigación de L. VON MISES, *Human Action: A Treatise on Economics*, San Francisco, Fox & Wilkes, 1996 (4º ed.; I ed. 1949; rev. ed. 1963).

²⁴ Cfr. el ensayo lúcido y apasionado de R. MARRA, *Per una scienza di realtà del diritto (contro il feticismo giuridico)*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 317 ss. [primera parte], y 2009, pp. 5 ss. [segunda parte].

por cierto, no se esconde, es aquel de utilizar el contrato para realizar objetivos de justicia sustancial entre las partes, y dentro de la sociedad²⁵.

En otras palabras, se trata de una funcionalización del contrato con miras a la obtención de la justicia contractual (dimensión endo-contractual) y de la justicia social (dimensión éxo-contractual). Si el contrato, en cuanto operación económica, es "justo", no sólo la relación entre los contratantes estará en equilibrio económico (justicia conmutativa) y, como tal, conforme a los valores del ordenamiento insertados en el contrato (y, en consecuencia, se obtiene la aprobación-autorización de la operación económica por parte del ordenamiento), sino que también estarán en equilibrio axiológico²⁶ las acciones económico-negociales activadas en la sociedad (considerada como agregado institucional derivado de las conductas individuales) de donde se seguirá, en consecuencia, una realidad social "justa".

Dicho en otros términos, los resultados de la interacción entre conductas individuales serán juzgados, *ex post*, como satisfactorios *a parte ordinamenti*.

De este modo, la idea es que, para realizar dicho objetivo, el contrato deba, cada vez más, perder su matriz individualista para enriquecerse de un plus-valor de carácter publicista²⁷, que le es impuesto *ab externo*.

²⁵ En clave crítica, y también para indispensables y ulteriores referencias, cfr., sobre todo, el eficaz escrito de S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, en *Europa e diritto privato*, 2010, pp. 601 ss., en particular pp. 636-637: "La tesis que atribuye al juez la función de integrar el contenido del contrato en aplicación del principio de solidaridad tiene [...] el sabor de una apropiación indebida en perjuicio del legislador, al que sólo es solicitada la tarea de predisponer las reglas de aplicación de tal principio, principio que la autonomía privada debe respetar, al tiempo que debe permitir la intervención del juez en el caso que tales reglas no sean respetadas"; y p. 612: "Si ya se ha fundado la sospecha de una manipulación en relación con la pretensión de identificar en las disposiciones normativas sobre la intervención judicial en el contrato una vocación común a la justicia contractual, está aún más fundada la sospecha según la cual perseguir la justicia social por medio del enriquecimiento del contenido del contrato se ubica más en el área de la utopía que en la realidad". *Amplius*, sobre el tema, cfr. el ensayo de G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, en *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 325 ss.

²⁶ En el sentido del texto, el equilibrio axiológico es el *genus* en el que se encuentra la *species* del equilibrio económico, con base en la afirmación según la cual las relaciones económicas son función de la axiología general de la sociedad.

²⁷ Son palabra, citadas casi textualmente, de F. Longobucco, *Violazione di norma antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 51. En este sentido, cfr. el profundo análisis de G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, en *Rivista critica del diritto privato*, 2010, pp. 63 ss., quien, en el ámbito de una reflexión sobre la asimetría del poder contractual, afirma que "ya no es el fruto de la relación desigual de los contratantes, sino es consecuencia, en cambio, de la existencia de las así llamadas *market failures*, es decir, de situaciones que impiden al mercado funcionar correctamente. [...] Y, en las versiones más extremas, la presencia de una *market failure* se ha convertido en el principal, si no en el único, factor que legitima la intervención reglamentaria" (p. 79), y, en particular, precisa: "Si el carácter reglamentario de la intervención ya no es negado, entonces, la interferencia (pública) se hace, sin embargo, menos problemática para el mercado (privado), puesto que ahora sirve para restaurar las condiciones para su correcto funcionamiento. La contraposición entre público y privado que había constituido la característica del social, tiende, de este modo, a ser recompuesta; una parte del público (la intervención reglamenta-

4. AXIOLOGÍA SOLIDARISTA Y BUENA FE CONTRACTUAL

Si en el plano descriptivo esto es lo que está sucediendo en el tiempo presente, en el plano crítico es necesario, sin embargo, precisar que no se trata de una reedición de anti-individualismo contractual típico de los años sesenta/setenta del siglo pasado, en cuanto inevitablemente impregnado de marxismo²⁸.

Hoy se presenta algo muy diferente: el conflicto (del todo fisiológico, y como tal irresistible, también porque beneficioso) entre autonomía privada y ordenamiento jurídico se puede usar como instrumento, "con espontaneidad moderada", de la transformación jurídica en sentido pluralista²⁹. Las consecuencias: una presencia axiológica que connota en sentido fuerte al ordenamiento y que expresa y actúa sobre todo por medio de la acción práctica de la jurisprudencia³⁰. Aún más: el conflicto entre valores e intereses permanece, pero no se busca superarlo en clave ideológica y de necesidad histórica, como reacción contra la opresión burguesa, reflejada en las categorías jurídicas del modo capitalista de producción³¹, que se debe vencer por medio de un uso alternativo del derecho³²; el ordenamiento jurídico, en cambio, es visto como momento inevitable de síntesis entre contrato y mercado, entre individuo y sociedad y, en consecuencia, la fractura entre interés

ria) es atraída y metabolizada en el privado y la cuestión crucial de la reubicación del poder contractual ejercida por medio de las reglas del derecho privado es oscurecida, al punto que resulta, incluso, difícilmente perceptible".

²⁸ Cfr. los interesantes ensayos contenidos en L. NIVARRA (ed.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, y, en particular, ver F. MACARIO, *L'autonomia privata*, pp. 119 ss.; adde el escrito de M. BARCELLONA, *L'idea sociale nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 717 ss.

²⁹ Como siempre, valiosa la investigación de R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, espec. p. 80: "Hoy el jurista piensa que donde hay sociedad hay derecho; y no siempre donde hay sociedad hay estado, vestido de todas sus funciones"; p. 83: "A la visión estatalista y legalista del derecho siguió una reacción, vivida y científicamente construida por antropólogos. Ella tiene el nombre de pluralismo jurídico"; p. 84: "El pluralismo jurídico se pronuncia sobre la teoría general del derecho, sobre la doctrina de las fuentes, y proclama su propia política del derecho". Ver también los estimulantes ensayos compilados ahora en P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

³⁰ Cfr. la observación de L. NIVARRA, *Diritto privato contemporaneo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 131: "[E]l perfil del juez que el nascente derecho europeo de los contratos envía a los ojos del observador es el de un sujeto activamente envuelto en la actuación de las *policy* que, cada vez, son consideradas como las más idóneas para promover, o incluso alcanzar, visto su carácter de ideales puramente reguladores, la competencia perfecta [...]".

³¹ Así L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in Id. (ed.), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., pp. 1 ss., p. 24.

³² La referencia es obviamente a la obra de P. BARCELLONA (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1973 (2 vols.). Sin embargo, creo que se puede estar de acuerdo con la idea según la cual, y de todas formas, los años setenta "representen [...] una separación decisiva en la historia de la cultura jurídica del '900, al determinar el final de cualquier discurso sobre neutralidad y objetividad de los discursos de la ciencia del derecho, entendida como dogmática": de nuevo son palabra de L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 24.

privado e interés público, que continuamente regresa, puede –y, de hecho, “debe”, en esta perspectiva axiológica– ser recompuesta: el factor axiológico unificador es la centralidad de los derechos fundamentales del individuo en cuanto instrumentos de promoción social³³, que como tales permean también el contrato³⁴, superando la concepción del conflicto como obstáculo, y reconduciéndolo a la condición de oportunidad, es decir, presupuesto de la intervención estatal.

Dicho brevemente, la autonomía privada, según este enfoque, por medio de la fase de metamorfosis típica del tiempo presente³⁵, y cada vez más a menudo,

³³ Cfr., en particular, las incisivas y anticipatorias palabras de M. CAPPELLETTI, *La giurisdizionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, en relación con los derechos de libertad, es decir, los derechos fundamentales del hombre, cuya característica “es el hecho de que estos, si bien se usa atribuirlos al “hombre”, o mejor, al “individuo” [...], en realidad están permeados por un valor que trasciende [al] hombre singular e involucra a la entera sociedad. [...] Las repercusiones de la violación de los derechos fundamentales del individuo hoy son tan amplias, que parece casi que estos derechos tutelan intereses que trascienden a los singulares pueblos y ordenamientos (además de los individuos), como se ve también en los intentos por realizar en el plano internacional una tutela jurisdiccional de los mismos” (pp. 1-2).

³⁴ Ver espec. la síntesis de M. BARCELONA, *L’idea sociale” nella teoria del diritto privato*, cit., p. 721: “[Los] valores solidaristas proclamados por la Constitución, el crecimiento civil que en ellos se ha manifestado y la multiplicación de la legislación intervencionista, que es su consecuencia, han producido una nueva percepción social de la autonomía privada; [...] esta nueva percepción debe ser aceptada como un hecho, reconociendo que la estructura del contrato se ha invertido: de vestido jurídico de la *voluntad privada*, el contrato se transformó en un contenedor de un reglamento que resulta del concurso de una *pluralidad de fuentes* [...]” (cursiva del autor). Más recientemente, cfr. G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, hoy en *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. 571 ss., en particular p. 573, cuando, respecto a la relación dialéctica libertad/autoridad, hace referencia a “una especie de contracción, que cualifica el contrato como un acuerdo “regulado” –en cambio de calificarlo como un acuerdo gobernado *ab externo*– en el cual la autonomía no se enfrenta, sino se armoniza, con la intervención [re]equilibradora, que tiene en consideración, precisamente, los intereses tutelados por la esfera pública, sobre todo cuando las partes débiles son los trabajadores subordinados, los consumidores, los ahorradores, los conductores, etc.”; y los ensayos compilados por G. VETTORI (ed.), *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Padova, Cedam, 2005.

³⁵ Se ocupa ahora, con varias sugerencias y con acentos no optimistas, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., preocupado sobre todo por ello: “El mercado no es ya presupuesto, sino un objetivo, porque la competencia, su nuevo principio inspirador, puede funcionar sólo a condición de que se creen o se conserven las condiciones para su existir: esto exige una continua producción de normas jurídicas de diferente tipo, pero todas dedicadas a la tutela de un dispositivo tan delicado, cuanto inaprensible” (pp. 85-86). NIVARRA está alarmado por la actual fase del capitalismo (“capitalismo.3”), en primer lugar porque el “primado de los derechos fundamentales como fuente de legitimación ético-política de la Unión Europea asume un significado particular si acompañado del indudable déficit de democracia del que la Unión Europea sufre, reenviando a un modelo de relación entre gobernantes y gobernados o, si se prefiere, entre poder público y sociedad civil, de conformación sin duda vertical. De todas formas, me parece evidente que hoy, en el área del mundo donde la instancia democrática se había hecho sentir con mayor vigor y mayor éxito, se está asistiendo a la construcción y a la consolidación de una entidad política para la cual, más allá de la apariencia, el principio democrático es, sin duda, recesivo, y que obtiene su alimento, en primer lugar, del trinomio tecnocracia-mercado-derechos fundamentales” (p. 79).

se convierte en instrumento pre-ordenado también para realizar el interés público³⁶.

5. LA BUENA FE SOLIDARISTA COMO VEHÍCULO DE JUSTICIA SOCIAL

Entonces, aquellos que proponen un uso de la buena fe en función solidarista, lo hacen para introducir en el contrato, por vía interpretativa/integradora/*completiva*, un contenido económico diferente de aquel que las partes han delineado; diferente, porque no desequilibrado, es decir, más justo, conforme a ciertos valores, como aquel de la solidaridad y de la proporcionalidad entre las prestaciones y aquel de la igualdad entre los individuos, destinados a prevalecer, como consecuencia de una ponderación axiológica³⁷, sobre aquel de la libertad de autodeterminación contractual; diferente, porque no conforme a la economía del contrato, porque

³⁶ En el surco de la enseñanza de PIETRO PERLINGIERI (en efecto cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 410: "El interés público, preeminente en absoluto y en el contexto relativo al reglamento predisposto, termina por incidir en la negociación. Y tal prevalencia no puede dejar de responder a un juicio de mérito que tiene su parámetro en la mesa constitucional de los intereses y de los valores", y p. 413: "[E]l interés público, de elemento negativo para tutela de las situaciones adquiridas, o más fuertes, se convierte en un instrumento positivo de promoción de las situaciones mercedoras de tutela"), v., por ejemplo, en el reciente trabajo de F. LONGOBUCCO, *Violazione di norma antitrust*, cit., espec. pp. 51-59, particularmente, pp. 51-56, su comentario metodológico según el cual la función del contrato se desnuda "progresivamente de su matriz individualista (en sentido clásico) para enriquecerse de un plusvalor de carácter publicista, hasta llegar a condicionar el sistema y el desarrollo de los tráficos. En efecto, esto se genera a partir de una consideración en clave de convergencia y de implicación recíproca, de un lado, del interés público de garantizar y tutelar la libre competencia del mercado de mecanismos que lo distorsionen y, del otro, del interés privado, que sostiene el singular acto de intercambio, a la luz de los principios de corrección, transparencia, racionalidad, equidad e igualdad sustancial entre los sujetos. De tal modo que el interés privado y el interés público encuentran un inevitable momento de síntesis en el ordenamiento jurídico y el interés público termina por ocuparse, siempre con mayor amplitud, del plano de la actividad jurídica de los privados, determinando los contenidos, las patologías y los remedios aplicables. [T]al constatación presupone como existente un innegable nexo entre mercado e instrumento negocial, o bien, entre mercado y contrato, así como entre mercado y valores de la persona. [...] De esta forma, la autonomía de los privados atraviesa una fase de evidente transformación respecto al pasado y, siempre más a menudo, si se presenta con un instrumento (también) pre-orientado a realizar el interés público". Para una amplia información sobre la reciente producción científica italiana (y, en parte, europea) en tema de contrato, cfr. la sección "Bibliografía" del *Anuario del contratto 2009*, dirigido por ANDREA D'ANGELO y VINCENZO ROPPO, coordinado por ALBERTO M. BENEDETTI, Torino, Giappichelli, 2010, en particular pp. 365-414. Debe indicarse, por la atención prestada al plano de política del derecho y por el profundo análisis del papel del juez, el volumen de M. FARNETI, *La vessatorià delle clause "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2009.

³⁷ En efecto cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., *passim*, *ad vocem* "ponderación" del índice analítico, espec. p. 465, donde el autor resalta como que el problema es aquel "de la aplicación dirigida de las normas constitucionales en las relaciones de derecho civil. [...] Claro que el derecho privado tradicional resulta turbado; pero esto significa la fundación, precisamente, del derecho civil sobre la legalidad constitucional, para lo cual es necesaria la racionalidad y la adecuada capacidad hermenéutica en la así llamada ponderación de los valores según criterios de proporcionalidad".

no conforme al plan económico y al plan de los riesgos que las partes buscaron construir con el reglamento contractual.

También bajo este perfil es necesaria una aclaración: la fidelidad del intérprete hacia los valores del contrato no implica un sometimiento axiológico del juez al contenido del mismo. Especialmente en la perspectiva dinámica y evolucionista³⁸, a la que poco antes me referí, no es compatible la idea de que el contrato, una vez ha surgido, pertenezca exclusivamente a las partes y, como tal, imponga a los contratantes y a los intérpretes una defensa contra el ordenamiento (y contra la obra de concreción del juez) dirigida a salvaguardar la axiología contractual.

Esta línea argumentativa, hoy, es difícilmente defendible³⁹, en particular porque cada vez más se registran la exigencia y las señales de una renovada concepción en sentido pluralista de las fuentes del derecho⁴⁰, una concepción que entiende el contrato como una de las fuentes del ordenamiento y que, como tal, debe ser analizada en el contexto del derecho viviente, particularmente enriquecido por el enfoque hermenéutico⁴¹. En esta dirección, la lección de FRIEDRICH HAYEK es vital, y requiere de los estudiosos esfuerzos de análisis adicionales⁴².

Así, la cláusula general de buena fe, interpretada a la luz de los principios de solidaridad, igualdad sustancial y proporcionalidad, de ser un instrumento (preva-

³⁸ En italiano, una contribución de referencia es el volumen de M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, espec. pp. 223 ss.

³⁹ Sin embargo, ver las críticas de S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969 (reimpr. integrada 2004, con Introducción del autor, pp. V-XIII), espec. pp. 2-14, en particular la afirmación, p. 4, en relación con la "neta separación de los dos mundos, aquel de la ley y aquel sostenido por la voluntad de los privados, cada uno de los cuales no necesitaba ninguna intervención externa para su integral funcionamiento [...] [con base en el] principio según el cual la naturaleza misma de las relaciones inter-privados (contractuales), excluyendo la necesidad de intervenciones externas que permitieran su pleno desarrollo, se oponía a cualquier forma de hetero-integración (así que los casos en que esto sucedía sólo podían retenerse anómalos o, al menos, excepcionales)".

⁴⁰ En particular, cfr. V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, en ID., *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2005 (II ed.), pp. 1 ss., y U. BRECCIA, *Voz "Le fonti del contratto"*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 394 ss.

⁴¹ Entre los civilistas, el culto y meditado libro de V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*, espec. los capítulos IX ["El contrato fuente del derecho (interpretación, cualificación, integración)"] y X ["El círculo hermenéutico y argumentación e interpretación"], pp. 377-490.

⁴² También un estudio crítico del pensamiento hayekiano como la reciente propuesta de M.W. HESSELINK, *A spontaneous order for Europe? Why Hayek's libertarianism is not the right way forward for European private law*, en H.W. MICKLITZ-F. CAFAGGI (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham (UK)-Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2010, pp. 123 ss., reconoce, sin embargo, a HAYEK algunos méritos, por ejemplo la defensa de una idea de historicidad del derecho en sentido fuerte, en cuanto "contingent phenomenon" (p. 146). Los aportes de HAYEK al estudio de la formación del orden jurídico son fascinantes y merecen la máxima atención (también crítica) por parte de los estudiosos del derecho privado: en esta dirección señalo al lector dos de mis escritos en los cuales recogí algunos (provisionales) resultados de investigación: *L'ordine giuridico dei privati*, cit. y *Il giudice e le regole nella teoria e nella politica del diritto di Friedrich August von Hayek*, en *Politica del diritto*, 2009, pp. 341 ss.

lentemente descriptivo) de verificación y consiguiente valoración de la conducta contractual de las partes (pensemos al artículo 1337 para la fase precontractual⁴³ y al artículo 1375 para la fase de ejecución⁴⁴), se convierte en un instrumento (prevalentemente constructivo) de corrección y de control del reglamento contractual.

6. LA AUTONOMÍA PRIVADA ENTRE INDIVIDUO Y SOCIEDAD

¿Corrección y control contra alguna cosa o como garantía de alguna cosa? No pueden existir dudas: como garantía de un ejercicio de la autonomía privada limitado, no en razón del instrumento (contractual) al que se recurre, sino en razón de los efectos axiológicos (entendidos en sentido muy amplio: políticos y filosóficos; económicos y sociológicos; jurídicos y éticos) producidos por dicho instrumento.

La tutela de la autonomía privada por parte del ordenamiento es cierta, pero bajo la condición de que el contrato no sea entendido únicamente como ordenamiento jurídico autónomo y, en cuanto tal, destinado, o a una indiferencia respecto al contenido de valor del ordenamiento cuando el juicio de mérito y de conformidad axiológica se concluya en sentido favorable al contenido contractual (situación fisiológica), o bien a un enfrentamiento con el ordenamiento, cuando el juicio de mérito y de conformidad axiológica se concluya en sentido contrario al contenido contractual (situación patológica).

Con esta perspectiva⁴⁵, el contrato, que asume la efectiva bilateralidad de la autonomía privada de las partes⁴⁶, es un contrato respetuoso de los contratantes, en

⁴³ Sobre el tema, ver la analítica investigación, con enfoque comparatista y sensible metodología de análisis económico del derecho, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁴⁴ Sobre el tema, ver la profunda investigación de G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, Giappichelli, 2004; más actual, y con una amplia perspectiva, ver el volumen de A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁴⁵ Ilustrada ampliamente, sobre todo, por C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza*, cit., *passim*, en particular, pp. 211 ss.

⁴⁶ Precisamente es la idea que fundamenta el volumen de C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza*, cit., espec. pp. 220-221: "la recuperación de una bien entendida y "bilateral" autonomía negocial necesariamente de[be] hacer una referencia constante al contenido esencial e inescindiblemente unitario del principio constitucional de igualdad formal y sustancial: sea como criterio fundamental que alimenta todo el sistema jurídico, sea como parámetro interpretativo-aplicativo de verificación de la plena correspondencia entre el supuesto de hecho abstracto y el supuesto de hecho concreto y, al mismo tiempo, remedio dirigido a corregir las eventuales y, desde ciertos puntos de vista, inevitables desproporciones de dicha correspondencia. [Además, también en ausencia de una aplicación inmediata y directa del artículo 3 de la Constitución italiana ("Todos los ciudadanos tienen paritaria igualdad social y son iguales frente a la ley, sin distinción de sexo, de raza, de idioma, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Es tarea de la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país"), un resulta-

cuanto individuos y, entonces, caracterizados por una dignidad omnicomprensiva que requiere una tutela que trasciende el perfil meramente patrimonial⁴⁷. Se trata, entonces, de un contrato adecuado a una axiología del ordenamiento para la protección de un uso de la autonomía privada que no se reduzca a la sola determinación económica del individuo, sino que pueda también ser protector del individuo mismo (de aquí la intervención judicial en función axiológica).

Las breves consideraciones hasta el momento desarrolladas me parece que pueden justificar la afirmación según la cual el actual enfoque solidarista no se traduce en un genérico ataque contra el individualismo contractual en sí (según la idea superada del rechazo a la libertad individual y, entonces, al mercado), sino, más bien, un ataque contra la específica concepción del individualismo contractual fundada en asumir que el contrato es tendencialmente un producto de la libertad y de la elección consciente (si bien no necesariamente racional, es decir, que maximiza la utilidad marginal) del individuo, y no tendencialmente el producto de la prevaricación y del atropello ajeno⁴⁸.

De este modo, la perspectiva general en la que se inspira este "nuevo orden" propone una lectura de la autonomía contractual fuertemente permeable a aquello que es externo al contrato, pero vivo y vital al interior del ordenamiento, entendido sobre todo como lugar cultural y antropológico, espejo de las transformaciones político-sociales, que inevitablemente se reflejan también en el ámbito de las plurales manifestaciones de la autonomía privada.

7. UNA LECTURA AXIOLÓGICA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Concentrándose en el perfil estrictamente civilista, retomemos la intuición que atribuye al contrato el papel de instrumento con el cual es realmente posible hacer efectivo el principio de bilateralidad: en el sentido de que el contrato es bilateral sólo si las partes se encuentran efectivamente en una posición de paridad sustan-

do sustancialmente análogo podría obtenerse en las relaciones negociales inter-privadas, de conformidad con un constante y atento empleo de la buena fe que representa [...] un eficaz trámite aplicativo, al nivel del código, del principio de solidaridad según el art. 2 Const. y, en consecuencia, de la igualdad (no sólo formal, sino también) sustancial, art. 3 Const., que es la "primera expresión" de dicho principio: de esta forma, la misma buena fe se convierte en regla y, junto con esto, en criterio de (valoración del) comportamiento, además de instrumento correctivo y de control, para garantizar una efectiva "bilateralidad" de la autonomía negocial de las partes".

⁴⁷ Ver las múltiples reflexiones del reciente escrito de G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, 2010, <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2010/10/vettori-materiali.pdf>, pp. 215-226, espec. pp. 220-224, sobre la dignidad de la persona. Ver también V. BONGIOVANNI, *Riflessi Privatistici in materia contrattuale del principio comunitario di non discriminazione*, 2010 http://www.comparazionediirtocivile.it/prova/files/buongiovanni_riflessi.pdf, pp. 1-14.

⁴⁸ De aquí la bien conocida temática del abuso contractual: ver el libro de C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, en particular el Capítulo IV ("Abuso del derecho y autonomía privada"), pp. 255-281.

cial, y no sólo formal, referida esta última a la situación en la que la realidad de las cosas –nos dice esta doctrina– nos muestra, no la igualdad, sino la desigualdad sustancial entre las partes⁴⁹.

En síntesis: sólo si hay igualdad sustancial entre las partes podrá haber una mediación de los intereses de los contratantes⁵⁰ (mediación que se concretiza en el reglamento contractual y, entonces, por medio del ejercicio de la autonomía privada) que sea realmente autónoma y bilateral.

Bajo esta misma línea se ha afirmado⁵¹ que sería más correcto hablar de crisis del acto de autonomía privada o, en un sentido aún más general, de crisis de la autonomía privada, más bien que, en sentido más amplio, de la crisis del contrato.

Crisis conectada con la ilusión según la cual el acto de autonomía privada por excelencia (precisamente, el contrato) pueda, en la práctica, siempre y de todas formas –en cuanto tal, es decir, en cuanto instrumento del individualismo económico y jurídico– hacer efectiva la función que le es propia (es decir, mediar entre intereses económicos contrapuestos o, al menos, no coincidentes), y hacerlo de conformidad con el modelo normativo abstracto de autonomía privada perfectamente bilateral⁵² a la luz de los artículos 1321 (principio de la autonomía contractual) y 1322 (principio del contrato como acuerdo⁵³).

De este modo, y con esta perspectiva, la recuperación de una autonomía privada bilateral significa reconducir el orden jurídico de los privados al orden jurídico estatal por una vía diferente al dirigismo, esta última expropiadora de la autonomía privada⁵⁴. La vía diferente es, por así llamarla, de un paternalismo⁵⁵ hermenéutico, que tutela al individuo como fin en sí mismo y, entonces, objeto de protección, también, contra sí mismo, cuando sus elecciones entren en conflicto con el principio de tutela integral (material y moral) del individuo⁵⁶.

⁴⁹ Cfr. de nuevo C. TURCO, *L'imputabilità*, cit., espec. pp. 211 ss., y, en particular, p. 223.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 216.

⁵¹ *Ibidem*, espec. pp. 12-13 y 216-217.

⁵² *Ibidem*, pp. 214 y 216-217.

⁵³ Ver en particular, V. ROPPO, *Il contratto* [2001], cit., pp. 23-24, quien, además, no adhiere al enfoque solidarista.

⁵⁴ Cfr. en particular C. TURCO, *L'imputabilità*, cit., quien, en efecto, en la p. 214, evoca las "evidentes distorsiones de un excesivo e indiscriminado dirigismo estatal que ha terminado por generar "incluso la expropiación a la iniciativa privada de su núcleo esencial y vital de autonomía".

⁵⁵ Para una vigorosa y muy argumentada crítica al paternalismo, ver V. CALDERAI, *Interpretazione*, cit., p. 250, quien auspicia, como conclusión del análisis, "que nos liberemos de una buena vez del lastre de las ideologías del paternalismo (por definición) solidario y del antipaternalismo (por definición) libertario" (pero esta conclusión debe ser mediada por la lectura del entero Capítulo VI del libro, pp. 221-273, titulado *Paradoja de la justicia contractual*).

⁵⁶ Cfr. por ejemplo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 55: "[Las] relaciones entre público y privado, individuo y sociedad, política, economía y derecho, asumen el valor paradigmático de una situación global donde las elecciones de fondo, inspiradas en la superación del estatismo, del monismo ideológico, del individualismo y del corporativismo, del liberalismo y del marxismo, caracterizan también la obra del jurista, dirigida a capturar el movimiento del

Es así como la plena actuación del principio de igualdad sustancial, también en la perspectiva del contrato, debe entenderse como técnica de concentración de un principio general del ordenamiento, a partir del cual construir criterios específicos de juicio utilizables como parámetros interpretativos e integradores para corregir las desproporciones y las disociaciones entre supuesto de hecho abstracto (el contrato como acuerdo bilateral) y el supuesto de hecho concreto (el contrato como regulación de intereses que, en cambio, reflejan el contenido impuesto por el contratante más fuerte)⁵⁷.

Dentro de esta visión, la buena fe se convierte, entonces, en un criterio axiológico de control dirigido al reequilibrio de situaciones contractuales *ab origine* injustas, un criterio ya no hostil a la autonomía privada, sino a los "abusos axiológicos" de ésta, como efectos negociales que perjudican al individuo, para cuya tutela se erige el ordenamiento jurídico, por medio de la labor del juez⁵⁸.

Si se hace uso del lenguaje de los estudiosos del análisis económico del derecho, podemos decir que, por medio de la aplicación judicial de la buena fe correctiva, la parte que ha sufrido los efectos del "abuso de la posición dominante" y que, entonces, no pudo competir de manera paritaria en la determinación del reglamento contractual, tendrá derecho a recuperar las oportunidades económicas perdidas⁵⁹

real, pero, de todas formas, ligado a la visión del mundo, al pacto de convivencia. La centralidad del valor de la persona impone una relectura de las relaciones económicas y, sobre todo, las macroeconómicas, en clave moderna, donde la salud, el ambiente, el paisaje son indispensables para el pleno desarrollo de la persona. En esto está la razón primaria de la tendencia que, estratégica y provocadoramente, se propone la "despatrimonialización" del derecho civil inmemorablemente focalizado en la centralidad de las relaciones patrimoniales", y p. 730: "Lo que resalta es el valor de la persona entendido unitariamente".

⁵⁷ Cfr. de nuevo C. TURCO, *L'imputabilità*, cit., p. 221.

⁵⁸ Ver de nuevo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 724: "La personalidad tiene relevancia positiva, no tanto en el momento procesal —es decir, en los remedios a los que recurre para cesar la actividad lesiva, para la reintegración en forma específica, para la constatación, para el resarcimiento—, sino en la valoración sustancial del interés merecedor de realización, destinado a modificar, desde el interior, la mayor parte de los institutos jurídicos, modificándole su función. La exigencia del respeto a la personalidad, de su desarrollo libre, incide en la noción de orden público, en los límites y en la función de la autonomía negocial, en la interpretación de los actos con los que se manifiesta, en la individualización de los límites del ilícito y de su fundamento, en la configuración, no sólo de las relaciones familiares, sino también en las patrimoniales, en la concepción y la tutela de la relación de trabajo, en el juicio de mérito del asociacionismo y de sus posibles objetivos; incide, en pocas palabras, en el total de la vida en "comunidad".

⁵⁹ Cfr. S.J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede* (trad. it. de S. DI PAOLA e R. PARDOLESI), en *Rivista critica del diritto privato*, 1984, pp. 13 ss.; en particular pp. 34-35, donde precisa: "La ejecución contraria a la buena fe es consecuencia del ejercicio de la discrecionalidad *in executivis* para reapropiarse de las oportunidades perdidas al momento de la formación del contrato. Las expectativas del promisorio comprenden, tanto el objeto por recibir en fuerza del contrato, como los costos preventivos de ejecución de la contraparte. La reapropiación de las oportunidades perdidas por una de las partes necesariamente perjudican a la contraparte. En consecuencia, una persona razonable estipularía un contrato que confiere discrecionalidad a la contraparte solamente bajo la premisa que la discrecionalidad no será usada para reapropiarse de las oportunidades perdidas".

como consecuencia del desequilibrio contractual originario que desciende de una disparidad de poder económico.

En estos términos, la buena fe es un instrumento de corrección de las disfunciones conectadas con un uso unilateral y distorsionado de la autonomía privada contractual por parte del contratante "más fuerte".

Para realizar esta operación de política del derecho, bajo el perfil estrictamente técnico, la doctrina italiana, ya hace un tiempo, elaboró una fórmula sintética que expresa muy bien las potencialidades correctivo-integradoras de la buena fe. Como bien se sabe, se trata de una fórmula definitoria (pero no libre de márgenes de elasticidad) ideada por CESARE MASSIMO BIANCA⁶⁰ y que fue recibida con éxito por la jurisprudencia italiana: en la ejecución del contrato la buena fe, es decir, la así llamada buena fe *in executivis*, impone a cada una de las partes salvaguardar la utilidad de la otra, en los límites en que esto no implique un apreciable sacrificio a su cargo.

Ciertamente es una buena fe ejecutiva, pero al mismo tiempo (de hecho, en cuanto buena fe *in executivis*) es interpretativa e integradora, porque colabora directamente en la determinación de la prestación debida.

En otras palabras, la buena fe impone al deudor hacer todo aquello que resulte indispensable para que el acreedor obtenga el así llamado resultado útil, como objetivo de la obligación.

8. LOS FUNDAMENTOS PROBLEMÁTICOS DE LA BUENA FE SOLIDARISTA

En este punto de la reflexión, es necesario resaltar un aspecto que pone (al menos parcialmente) en entredicho el fundamento argumentativo (apreciable en concreto exclusivamente por medio del análisis de la *ratio decidendi* de las sentencias⁶¹) de la buena fe como vehículo de justicia sustancial.

⁶⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale en Rivista di diritto civile*, 1983, 1, pp. 205 ss., espec. pp. 209-210: "En la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, la buena fe se especifica también como obligación de *salvaguardia*. Aquí, la buena fe impone a cada una de las partes actuar de modo tal que se preserven los intereses de la otra parte, independientemente de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual del *neminem laedere*. Este compromiso de solidaridad, que se proyecta más allá del contenido de la obligación, y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto. El sujeto está obligado a salvar el interés del otro, pero no al punto de sufrir un apreciable sacrificio, personal o económico. En efecto, ante la falta de una particular tutela jurídica del interés del otro, no se justificaría la prevalencia del mismo sobre el interés del propio sujeto. La buena fe, como obligación de salvaguardia, puede entonces ser identificada como *la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites que esto no comporte un apreciable sacrificio a su cargo*" (cursiva del autor).

⁶¹ No obstante la abundancia de material jurisprudencial, hoy fácilmente consultable, es necesario, sin embargo, resaltar cómo el análisis casuístico, fuente privilegiada del discurso sobre el derecho y, entonces, también del contenido del derecho, es decepcionante. Obviamente no faltan óptimas reconstrucciones de las orientaciones jurisprudenciales; lo que

En efecto, como demuestran los análisis de las argumentaciones doctrinales, pero sobre todo jurisprudenciales⁶², muy a menudo la fórmula de la buena fe solidarista es sólo evocada, pero no aplicada.

No basta obviamente repetir que el principio de la autonomía privada debe ser interpretado en sentido conforme con el principio de solidaridad: esta es una pura declamación, si bien connotada en sentido prescriptivo. Es necesario, en cambio, que el juez y, aún antes, el abogado que defiende la parte que invoca la aplicación de la regla de la buena fe correctiva, lleven a cabo un análisis minucioso de la economía del contrato y, sobre todo, de la relación económica entre las prestaciones, para establecer los espacios de maniobra axiológica que, al menos bajo el perfil teórico (si no de política del derecho), justifiquen el papel correctivo de la buena fe.

Pero, precisamente, esto casi nunca sucede, ni por parte de los jueces, que muy a menudo hacen un llamado a la buena fe de manera sólo retórica, ni por parte de los abogados, siendo esto último aún más grave, considerando el papel primario que el abogado desarrolla en el proceso, y que está destinado inevitablemente a repercutir en la transformación del derecho⁶³.

Además, es suficiente una modesta y circunscrita experiencia judicial o forense (del todo confirmada por el análisis de las sentencias editadas) para darse cuenta de que, de forma, por cierto, no episódica (y, de hecho, siempre más frecuente, proporcional al éxito académico y jurisprudencial de la buena fe), los abogados evocan en sus propios actos procesales la buena fe contractual, pero, en realidad,

hace falta es un estudio civilista de carácter y respiro teórico-general. En efecto, fundadas y detalladas son las críticas (que deben ser leídas con una perspectiva mucho más general) a la "cultura italiana del precedente" que un eminente comparatista italiano hubo de formular no hace muchos años; y no sorprende que se trate de un escrito bastante ignorado: M. LUPOLI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, en *Contratto e impresa*, 1999, pp. 234 ss.

⁶² Ver de nuevo el volumen de C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., en particular el Capítulo III ("Abuso del derecho y buena fe. Las razones de una distinción"), pp. 147-254.

⁶³ Cfr. en particular la afirmación de F. GALGANO, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*, en *Contratto e impresa*, 2000, pp. 1081 ss., espec. p. 1082, para una crítica a la idea de la subordinación del defensor respecto al juez: "Ésta, si bien difundida, convicción es, sin embargo, fruto de una visión autocrática de la justicia, basada en la idea según la cual la magistratura encuentra en sí misma, y sólo en sí misma, la autoridad para promover (magistratura de investigación) y para proferir (magistratura de juicio) la justicia. Es un comportamiento mental presente, no excepcionalmente, en los magistrados que manifiestan intolerancia frente a la obra del abogado, que la conciben como un obstáculo para la administración de la justicia, como una especie de fastidioso apéndice del proceso". De aquí la pregunta: "¿Dónde se encuentra la legitimación para ejercer tan extensos poderes, al punto que inciden fuertemente sobre la libertad y los bienes de los particulares? [...] Es el contradictorio procesal, es decir, la dialéctica del proceso, el fundamento de la justicia: la sentencia, que separa el error de la razón, no nace de la mente del juez, como Minerva de la cabeza de Giove; es, en cambio, el resultado del contradictorio, del abierto enfrentamiento entre las partes. Quién tiene razón y quién se equivoca lo podrá decir el juez sólo después de que las partes habrán enfrentado las propias posiciones; y podrá decirlo sólo porque la razón y el error nacen de este enfrentamiento" (pp. 1083-1084).

lo hacen pensando en conductas contractuales fácilmente calificables en términos de incumplimientos dolosos de obligaciones expresadas en el contrato⁶⁴, o lo hacen atribuyendo a la regla de la buena fe la función que reforzar el vínculo contractual: el contrato vincularía no sólo porque tiene fuerza de ley entre las partes, sino también porque la buena fe contractual impone a las partes la obligación de respetar el contrato.

En cambio, aquello que serviría por parte de los abogados (de hecho, aquello que es indispensable en la perspectiva de un diálogo serio entre academia-foro-jurisprudencia), es la conciencia de que una argumentación fundada en la buena fe tiene una dignidad teórica de primer orden (como reflejan diferentes estudios provenientes de diferentes sistemas)⁶⁵, y puede, entonces, producir relevantes efectos sobre el juicio individual práctico que tiene como objeto el pacto. Si es así, y para no errar bajo el perfil metodológico, se requiere entonces un esfuerzo de análisis económico del contrato que raramente se encuentra en las decisiones concretas.

9. A FAVOR DE UN ENFOQUE INDIVIDUALISTA DE LA TEORÍA DEL CONTRATO

Regresemos, entonces, acercándonos a la conclusión, al artículo 1455. En efecto, comencé desde aquí resaltando que, no episódicamente, el principio de la no poca importancia del incumplimiento es interpretado a la luz de la buena fe en sentido objetivo⁶⁶.

¿Pero cuáles son las consecuencias? Sustancialmente son dos que, sin embargo, no me parecen satisfactorias.

La primera es que una buena fe correctiva (concretizada por medio de la aplicación del artículo 1455) y que tenga como objetivo únicamente el reequilibrio del contrato está destinada *in radice* al fracaso: no existen los contratos en equilibrio abstracto y, entonces, no es posible reequilibrar el contrato en sentido absoluto, ni siquiera cuando la guía son valores "fuertes" como la solidaridad y la igualdad.

El equilibrio contractual pertenece a las partes, pues éstas tienen programado un determinado contenido *prima face* satisfactorio, salvo eventuales factores exó-

⁶⁴ Para ulteriores referencias, se puede ver mi escrito: *I contratti di cooperazione: mandato, agenzia, mediazione. Responsabilità per inadempimento e potenzialità della clausola generale di buona fede*, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dirigido por G. VISINTINI, vol. II, *I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, Cedam, 2009, pp. 451 ss.

⁶⁵ Cfr., por ejemplo, los escritos compilados en R. ZIMMERMANN-S. WHITTAKER (edited by), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

⁶⁶ Cfr. en particular M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, cit., espec. pp. 38-43, y en pp. 40-41 la siguiente afirmación: "[E]l principio de buena fe desempeña, respecto a la regla de la importancia del incumplimiento, una doble función. Además de operar como parámetro para juzgar el efectivo alcance del reglamento contractual, el mismo funge como instrumento para juzgar la legitimidad de la conducta del acreedor respecto a los principios que regulan el instituto de la resolución".

genos o endógenos perturbadores del procedimiento de formación del contrato y de su fase de ejecución.

La línea argumentativa según la cual el contenido del contrato debería, más bien, construirse (y conformarse) según los valores extracontractuales, a su vez descendientes de los principios generales del ordenamiento de relevancia constitucional (italiana y europea) resulta, desde mi punto de vista, débil. En efecto, en esta perspectiva, la cláusula general de buena fe sólo podría tener una función represiva de la autonomía privada (no obstante la perspectiva sincrética que al parecer caracteriza la teoría general del contrato en el tiempo presente): si el contrato no está en equilibrio, es decir, si una parte obtiene (o parece obtener del contrato) más de lo que obtenga la otra, entonces se verificaría un desequilibrio patológico descendiente del abuso del poder económico de una parte en perjuicio de la otra; generándose así la necesidad de reequilibrar el pacto.

Por el contrario, y desde mi punto de vista, me parece que en casos como estos, la operación de análisis y de construcción hermenéutica que el juez debería desarrollar es precisamente constatar las razones de tal desequilibrio para valorar si el mismo es (o pueda ser) razonablemente justificado en razón de un estricto examen de la economía del contrato.⁶⁷ Análisis económico del derecho que no puede limitarse al plano descriptivo (constatación de la subsistencia de un desequilibrio), sino que debe impulsarse también en el plano crítico y prescriptivo (la comprensión de las razones y de las eventuales justificaciones de tal desequilibrio: las consecuencias regulativas de tal desequilibrio). De lo contrario, tendríamos el efecto (primero que todo cultural) de considerar al contrato, en todos los casos de identificación de un desequilibrio, como un juego con sumatoria negativa⁶⁸.

Así, si se asume como programa mínimo de política del derecho de la moderna (o de una renovada) teoría general del contrato la aplicación directa del principio de solidaridad e igualdad, se tendrá como consecuencia la alteración del equilibrio original (es la función destructiva de la buena fe, a la que podrá seguir, ciertamente, un uso de ella en función reconstructiva, pero el vicio original no podrá sanearse, porque la reconstrucción se ejecuta como consecuencia de la afirmación de una patología sinalagmática, y como tal restringida).

⁶⁷ Paradigmática en este sentido es la investigación de M. BESSONE, *Adempimento*, cit., espec. el Capítulo V, pp. 343-403).

⁶⁸ Cfr. las lúcidas consideraciones de R. Sacco, en R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. 1, pp. 17-18: "Las partes salen del contrato enriquecidas. [...] Es un primer y gravísimo descuido, pensar que el contrato sea una operación donde la suma de las ventajas y de las pérdidas de las partes son igual a cero. Quien en buena fe tiene en mente este disparate después pasará su tiempo buscando una regla honesta que impida al primer contratante ganar, para impedir que el segundo contratante pierda. Quien razona así ve en cada intercambio una extorsión ejecutada por un contratante (llamado contratante fuerte) en perjuicio del otro (llamado contratante débil)".

Además, alterar en este sentido el equilibrio original no quiere decir reequilibrar el contrato, sino asignar al contrato un equilibrio diferente al expresado por el reglamento contractual⁶⁹; quiere decir expropiar *ex post* a una de las partes algunas utilidades económicas en las que ellas han confiado en la etapa de celebración, con base en la idea según la cual la subsistencia de un desequilibrio es prueba cierta de patología y, entonces, de conductas (precontractual y/o contractuales) contra *bonam fidem*.

Sin embargo, es posible atribuir un sentido más específico y más intenso (y desde mi punto de vista más oportuno) a la expresión "reequilibrar el contrato".

En efecto, si se efectúa un análisis concentrado en la economía del contrato para establecer si la conducta de una o ambas partes está en contraste, no con base en una idea abstracta de proporcionalidad, o de equilibrio, o de igualdad, sino con base en la idea de un equilibrio contractual concreto, el juez, al finalizar su análisis, podrá establecer si las conductas efectuadas por las partes contrastan, o no, con el contenido económico contractual⁷⁰.

Naturalmente —y sobre el punto ya mencioné brevemente algunas cosas supra § 3— esto no significa sustraer el contrato de la axiología del ordenamiento y del juicio de concreción hermenéutico-axiológico efectuado por el juez. El contrato, como acto jurídico y como acto económico (además, con incidencia también en la esfera personal del individuo)⁷¹, es un elemento sustancial del fenómeno de edificación progresiva del ordenamiento (en razón de esto, hay una necesidad de que el análisis del jurista sea, también, un análisis histórico consciente); pero no puede ser usado como razón justificativa de una interpretación del ordenamiento en un único sentido.

Para invertir una incisiva imagen de un ilustre civilista italiano, es discutible proceder en la actividad hermenéutica del contrato "de arriba hacia abajo"⁷²; es

⁶⁹ Naturalmente, no considero patológico que, al menos en un buen número de casos, pueda existir un reglamento contractual cuyo significado económico no sea enteramente aceptado por las partes, en el momento sucesivo a la conclusión y, entonces, en la fase de ejecución (de aquí un eventual contencioso judicial o arbitral); afirmo, de hecho, que frente a un problema de funcionalidad del contrato, el remedio jurisdiccional es siempre un remedio con carácter constructivo: no hay una fotografía de lo existente, porque la misma descripción de lo existente es el producto de un juicio, es decir, es posterior a una construcción cultural y semántica (política y jurídica).

⁷⁰ Cfr. en este sentido la siguiente afirmación de G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1942 (reimp. Edizioni Scientifiche Italiane, 1980), pp. 419-420: "[S]i el juicio sobre la gravedad del incumplimiento debe llevarse a cabo teniendo presentes todas las sucesivas circunstancias, muy posiblemente dicho juicio no coincidirá con el juicio que habrían formulado las partes al momento de la conclusión, teniendo presentes sólo las circunstancias entonces existentes".

⁷¹ Piénsese en el problema de la configuración de un daño no patrimonial por incumplimiento. Sobre el punto, ver V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, Jovene, 2009.

⁷² P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 27, recuerda que ENRICO FINZI "volcaba el observatorio para mirar el universo jurídico; para usar una es-

decir, es discutible afirmar la corrección deontológica de un proceso interpretativo que parta del ordenamiento y termine en el contrato, según un movimiento perpetuo unidireccional.

Esta perspectiva es criticable, al menos, porque niega *in radice* cualquier potencialidad normativa del contrato y, entonces, cualquier potencialidad constructiva, respecto al contenido axiológico del ordenamiento que, en cambio –si bien en medida diferente según el momento histórico– nunca varía independientemente de la autonomía privada.

El recurso macizo a una buena fe destructiva y represiva, además, presenta también inconvenientes adicionales a los que ya hice breve referencia anteriormente y constituyen la segunda consecuencia no satisfactoria.

Cuando el desequilibrio contractual emerja, no ya de conductas efectuadas que *ex post* se consideran como contrarias a la economía del contrato (y, entonces, no con base únicamente en la confrontación entre valor de las prestaciones), sino en razón de conductas contractuales *ex ante* calificadas como incumplimiento, el remedio no deberá ser identificado en la buena fe objetiva, sino en la resolución por incumplimiento⁷³, a la luz de un banal principio de economía argumentativa.

Aclaremos: sin duda, es verdad que todo problema de resolución contractual es, también, un problema de economía del contrato; sin embargo, identificar el incumplimiento con el supuesto de hecho de la conducta contractual ejecutiva contraria a la buena fe tiene el defecto de banalizar un instrumento sofisticado (como es la buena fe) cuando la solución del caso se puede obtener por vías diferentes (por medio, precisamente, de la aplicación de las reglas en tema de resolución).

Además, el análisis económico del pacto está en la base del juicio sobre la poca importancia del incumplimiento; sin embargo, no parece correcto aplicar el remedio de la buena fe solidarista para justificar (o, ni siquiera, atemperar) los incumplimientos de los deudores con base en un razonamiento centrado en la disparidad de poder económico-contractual; reduciendo, de este modo, el análi-

cultural y eficaz expresión de su autoría, este universo se debería mirar "de abajo hacia arriba", porque sólo extendiéndose sobre los hechos, sobre las cosas, el mismo universo muestra una dimensión que el jurista no puede relegar a la mera irrelevancia".

⁷³ Aún al interior de una perspectiva general, que no coincide con la de este texto, cfr. las significativas consideraciones de G. COLLURA, *Importanza dell'inadempimento*, cit., pp. 18-24, espec. pp. 22-23, donde se precisa que "sobreponer los juicios de diligencia y de buena fe y de importancia del incumplimiento implica necesariamente una unificación del régimen de las sanciones por incumplimiento (resolución y resarcimiento) que, en cambio, debería ser más, y atentamente, considera", y que "la determinación de las circunstancias que se deben tener en consideración [con el fin de individuar la medida de buena fe y de diligencia exigida en el caso concreto] necesita un criterio selectivo, una medida que permita discernir en la concreta situación ejecutiva, con cuáles hechos sobrevenidos, o con cuáles especificidades, integrar el juicio sobre el eventual incumplimiento del acreedor. [...] En realidad, las circunstancias del caso concreto están en gran parte contenidas en el programa negocial, del cual se derivan los deberes de comportamiento que se quiere poner a valoración, según diligencia y buena fe".

sis económico del contrato a la constatación, y a la consecuente represión, de los desequilibrios contractuales "imputables" a la "parte fuerte".

Y, entonces, con particular referencia al artículo 1455, es indispensable un análisis de la economía del pacto referido a todos los campos: es decir, un análisis dirigido a constatar, si las hay, las razones económicas de los pactos y de las conductas contractuales fuente de defectos de funcionalidad del contrato y no, solamente, a golpear los desequilibrios contractuales perjudiciales para la "parte débil".

En este sentido, la buena fe individualista muestra sus amplísimas posibilidades como instrumento, libre de prejuicios hostiles hacia la autonomía privada, o hacia la axiología del ordenamiento, necesariamente caracterizada por la complejidad típica de las sociedades abiertas.

Pero si este análisis no se lleva a cabo, el recurso a la buena fe objetiva, es decir, a la regla de la corrección contractual (que no se vea atraída ni por la esfera solidarista, ni por la esfera individualista) no será otra cosa que una repetición inútil del principio de la poca importancia del incumplimiento: en el sentido de que el juicio de buena fe se verá reducido a una confrontación entre el valor de la prestación incumplida y el valor total de las prestaciones, junto con la constatación del interés subjetivo del acreedor de recibir la prestación⁷⁴, sin que la argumentación de buena fe aporte un *quid pluris* útil para evaluar las conductas contractuales a la luz del contenido económico que se puede reconstruir por medio de un meticoloso análisis empírico, que comprende la totalidad de los escenarios precontractual y contractual.

En la doctrina se ha dicho que la buena fe objetiva se inspira en el artículo 1455 porque impide que comportamientos usados como pretexto, fundados en incumplimientos de poca consistencia, permitan disolver el vínculo a la parte que se arrepintió⁷⁵: pero, en realidad, esta es una hipótesis en la que el recurso a la buena

⁷⁴ Cfr. por ejemplo, L. NANNI, *Sub art. 1455*, cit., pp. 17-18, cuando afirma que "no obstante sea particularmente útil para impulsar al juez a desplegar un atento análisis de los valores en campo y de los efectos del incumplimiento sobre la economía de la operación, el llamado a la buena fe objetiva pareciera que no aporta nuevos y diferentes elementos de juicio respecto a aquellos que se podrían obtener a partir de la formulación del artículo comentado, es decir, nuevos y diferentes a la valoración de si el incumplimiento es grave. En otras palabras, que el artículo comentado requiera un incumplimiento de poca importancia para los fines de la resolución, vincula el juez a decidir la demanda de resolución bajo los parámetros inspirados en la buena fe objetiva. En este sentido, el papel de la buena fe objetiva parece que es compartido por la jurisprudencia que la emplea, pero sin individuar criterios de valoración de la gravedad del incumplimiento nuevos y diferentes de los usuales. Por ejemplo, en algunas sentencias se ha considerado fundada en la buena fe el conocido *criterio de proporción* [...], según el cual la gravedad del incumplimiento de una de las partes contratantes debe ser proporcional "a la relevancia de la violación del contrato con referencia a la voluntad manifestada por los contratantes, a la naturaleza y a la finalidad de la relación y, además, al concreto interés de la otra parte en la exacta y tempestiva prestación"⁷⁵ (cursiva del autor).

⁷⁵ Palabras, citadas casi textualmente, de L. NANNI, *Sub art. 1455*, en L. NANNI et alii, *Della risoluzione*, cit., p. 18.

fe no enriquece el contenido normativo del artículo 1455, porque se concentra más en las características subjetivas de las conductas (y, entonces, en el reproche a las mismas) y no en el análisis económico del contrato.

En efecto, la función constructiva de la buena fe no es reprimir las conductas moralmente incorrectas, dirigidas a la lesión de la confianza de la contraparte⁷⁶, sino que es ofrecer al juez un criterio de juicio con fundamentos económicos, cuyo contenido y cuya eficacia normativa no pueden ser predeterminados, sino que deben ser concedidos a la evolución del derecho viviente.

10. JUICIO SOBRE LA GRAVEDAD DEL INCUMPLIMIENTO Y CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA: EL PAPEL DE LA BUENA FE

Si ahora pensamos en el principio de la no poca importancia del incumplimiento relacionado con la cláusula resolutoria expresa, doctrina y jurisprudencia están sólidamente de acuerdo en excluir la interpretación según la cual el artículo 1455 puede operar en presencia de dicha cláusula⁷⁷.

En síntesis, esta es la argumentación: si por medio de la cláusula resolutoria expresa, las partes, en ejercicio de la autonomía contractual, incluyen en el contrato el así llamado automatismo de la resolución, el juez no tiene ningún poder de indagar sobre la importancia del incumplimiento según las voces del artículo 1455, porque esta valoración interferiría con el ejercicio de la autonomía privada: y, en efecto, el artículo 1456 hace expresa referencia a las modalidades de cumplimiento que deben ser especificadas en la cláusula⁷⁸.

Si las modalidades de cumplimiento deben ser especificadas en la cláusula resolutoria expresa, esto significa que el juicio sobre la gravedad del incumplimiento es concedido a las partes, salvo las eventuales inconformidades que podrán ser alegadas en el contencioso.

Con base en lo anterior, se argumenta que la gravedad del incumplimiento en presencia de una cláusula resolutoria expresa es *in re ipsa* cuando las modalidades del cumplimiento no sean conformes a las modalidades establecidas.

Pues bien, me limito, para finalizar, a formular algunas críticas para afirmar que si el juez efectuase también el control de gravedad del artículo 1455, incluso en presencia de una cláusula resolutoria expresa, esto no significaría transformar la

⁷⁶ Al parecer, en este sentido, ver también V. ROPPO, *Il contratto* [2001], cit., p. 961, cuando explica la regla del art. 1455 también en términos de prevención de comportamientos que se emplean sólo como pretexto, y al señalar: "Bajo esta perspectiva, es justo ver en la base del art. 1455 también el principio de buena fe contractual".

⁷⁷ Para todos, ver M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, *La clausola risolutiva espressa*, en *Trattato del contratto*, dirigido por V. ROPPO, vol. V, *Rimedi* – 2, cit., pp. 303-308.

⁷⁸ Cfr. el detallado análisis de C. TURCO, *L'imputabilità*, cit., espec. pp. 149-157, para amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

resolución de derecho en resolución judicial, esterilizando el ejercicio de la autonomía privada⁷⁹.

Se trataría, en cambio, de incluir entre los presupuestos de la resolución de derecho también el criterio de la no poca importancia del incumplimiento, como medio técnico para asegurar al respecto de la economía contractual, siempre que sea fundado en el uso de la buena fe individual⁸⁰.

En cambio, la crítica más difundida contra la tesis favorable a la intervención del juez descende de la visión de la autonomía privada negocial que identifica la intervención del juez en el contrato como un ataque a la libertad contractual⁸¹.

⁷⁹ Ibídem, p. 153. Además, se debe señalar que TURCO es un autor sin duda perteneciente a la tendencia solidarista.

⁸⁰ Una reciente sentencia admite el juicio del art. 1455, pero en una perspectiva solidarista: *Tribunale di Bergamo, sezione distaccata di Grumello del Monte, 7 luglio 2008*, en *Obbligazioni e contratti*, 2009, pp. 708 ss., con nota de I.M. GONNELLI, *La clausola risolutiva espressa tra principio di buona fede e importanza dell'inadempimento*.

⁸¹ Cfr., por ejemplo, las posiciones de dos civilistas italianos como G.B. FERRI, *Autonomia delle parti e poteri del giudice* (2004), en Id., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, Cedam, 2008, pp. 293 ss., espec. p. 304: "[D]esde mi punto de vista, cultural y políticamente no hay espacio en nuestro sistema jurídico para la idea de un juez que desempeñe, *invito domino* y en el silencio de la ley, casi el papel de un intruso y, por esto, molesto, *brasseur d'affaires* de intereses privados. Y tanto menos puede haber espacio para la idea de un juez que actúe, por la fuerza, para conquistar la "ciudadela" de la autonomía privada, sobre la cual siempre se ha fundado el derecho civil; también aquel codificado por el legislador del 1942" (cursiva del autor), y S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., p. 637, en relación con el doble error que consiste en; "a) confundir entre el contrato como tipología de autonomía privada—que puede ser impresa, de diferente forma, según la ortopedia del legislador, sea según los fines de justicia distributiva (ver, por ejemplo, los preciso impuestos), sea para perseguir otros valores supremos extramercantiles— y el contrato como sede electiva de la justicia contractual [...] que sólo puede estar en manos de la libre voluntad de las partes, ya que el contrato es *perfecto* y, entonces, *justo*, sólo si realiza inescindiblemente "en la realidad concreta los dos ideales de la justicia y de la reciprocidad; b) alterar el papel cumplido por la buena fe, que mutaría en instrumento de integración del juicio, y no del contrato, atribuyéndole el papel que desempeña la equidad, la cual puede guiar el poder del juez exclusivamente en los casos previstos por la ley" (cursiva del autor.). Cfr. también A.M. BENEDETTI, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, en Id. (ed.), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali – Profili sostanziali e commerciali*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 109 ss., quien, reflexionando sobre el art. 7 del decreto legislativo n. 231/2002, que desarrolla la directiva 2000/35/CE, relativa a la lucha contra los retardos de pago en las transacciones comerciales, precisa, p. 140: "A la vuelta de la esquina el riesgo—del cual no siempre se es consciente— de una atenuación o de una mengua total del vínculo negocial, disolviéndose en una indefinida gama de remedio aquella *vis* contractual a la que alude la feliz fórmula del inciso 1º del art. 1372 c.c.". Y *ivi*, pie de página 94, el autor señala: "El "nuevo contrato" oscila entre *ius poenitendi* y remedios que afectan el equilibrio contractual, corriendo el riesgo de convertirse fácilmente en víctima de "agresiones" judiciales: lamentando "abusos" genéricamente entendidos, o "desequilibrios" de aleatoria individuación, una de las partes pedirá al propio apoderado que descubra la manera mejor, y más rápida, para liberarse de un contrato indeseado o, de todas formas, que no responde más—respecto a cuándo fue celebrado— a las subjetivas convenciones o expectativas de la parte. Imagínese, entonces, cuál puede ser la "fuerza" de un vínculo que se puede borrar con tanta facilidad; ninguna, o tan sólo algo más".

En la perspectiva solidarista, en cambio, el juicio sobre la gravedad del incumplimiento, conectado con la eventual intervención del juez, debería servir para evitar abusos y distorsiones de la autonomía privada en perjuicio del así llamado contratante débil.

En efecto, con este enfoque expresamente se ha escrito que el reconocimiento del poder del juez de intervenir sobre el contrato, entendido en sentido amplio, sería una solución eficaz frente al dualismo liberismo/dirigismo⁸². Esto en el sentido de que el juez puede constituir un instrumento de control y de dirección de la autonomía privada por medio del empleo de la regla de buena fe constitucionalizada: en este orden de ideas, la autonomía privada no sería restringida, sino sólo dirigida a fines solidaristas. De esta forma, en la cláusula resolutoria expresa, evidentemente estos fines podrían extenderse hasta la preclusión de la operatividad de la cláusula misma, si se logra probar que la cláusula resolutoria se tradujo, en sustancia, en un abuso contractual en perjuicio de una parte.

Desde mi punto de vista, en cambio, no es imposible conciliar la libertad de las partes de introducir en el contrato una cláusula resolutoria expresa con el poder del juez de aceptar la no poca importancia del incumplimiento.

Todo está en el modo en el que el derecho es usado. La perspectiva de este escrito es ver la buena fe, no como instrumento de represión de la autonomía contractual, ni como instrumento de justicia contractual, ni como instrumento de represión de las conductas incorrectas en sentido moral o económico⁸³, sino simplemente como una técnica de análisis del significado económico del pacto.

La economía del contrato es algo que tiene su propia objetividad y, entonces, debe ser netamente separada de la idea del contrato como producto de las voluntades de las partes: en consecuencia, la regla de buena fe puede ser entendida, no como criterio para alterar, en una única dirección, el equilibrio originario del

⁸² Cfr. de nuevo C. TURCO, *L'imputabilità*, cit., p. 214: "[L]a solución [...] se debe buscar evitando opuestas radicalizaciones en clave, o incondicionalmente liberista, o rígidamente intervencionista o estatalista, tratando de individuar instrumentos alternativos de control dirigidos a mediar entre la exigencia de salvaguardar la libertad contractual y de iniciativa privada, de un lado, y de evitar, del otro, un abuso funcional, garantizándole así la plena compatibilidad con la utilidad social: de modo que la situación contractual resulte estructurada sobre un modelo de autonomía negocial que sea efectivamente tal y, en último análisis, correspondiente con la configuración que se deduce de la combinación de las prescripciones de los arts. 1321-1322 c.c. y 41 Const. ["La iniciativa económica privada y libre no puede desarrollarse contrastando la utilidad social, o generando daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada con los fines sociales"], configurándose como expresión y resultado de una bilateral y equilibrada confluencia de los intereses contrapuestos en el contenido real del acuerdo".

⁸³ Cfr. L. NANNI, *Sub art. 1455*, en L. NANNI *et alii*, *Della risoluzione*, cit., p. 18: "Entonces, parece correcto concluir que la buena fe objetiva inspira la norma [art. 1455], sobre todo porque evita que comportamientos empleados como pretextos, fundados sobre incumplimientos de poca consistencia, sirvan a la parte que se arrepintió de haber dado su consentimiento para liberarse del vínculo contractual".

contrato (como si el desequilibrio fuese siempre, y solamente, un efecto del abuso del poder económico de la contraparte). Por el contrario, puede convertirse en un criterio dúctil por medio del cual el juez ejerce un control sobre el equilibrio del contrato, pero sin trastornarlo, es decir, no para alterarlo en sentido conforme a la jerarquía axiológica que se cree vincula el ordenamiento y el contrato, sino para obtener precisamente la economía del contrato, el contenido económico, las reglas jurídicas no expresadas del pacto que son apropiadas porque razonables respecto a la economía del contrato⁸⁴ en cuanto instituciones de la sociedad abierta y, de todas formas, en relación dialéctica con la axiología del ordenamiento.

Podrá también tratarse de reglas jurídicas que contrastan con el tenor literal de algunas cláusulas contractuales, pero que no pueden, de todas formas, ser calificadas como arbitrarias creaciones judiciales, precisamente porque reflejan el contenido de los intereses económicos del contrato.

Bajo este punto de vista, nada puede excluir que una cláusula resolutoria expresa pueda ser sujeta al juicio del artículo 1455, cuando haya buenas razones económicas para afirmar que la aplicación del citado artículo es funcional al respeto del contenido económico que emerge del contrato.

En realidad, se presenta una cierta esquizofrenia en la teoría general contemporánea del contrato. De una parte, los estudiosos y la jurisprudencia favorables a reconocer al juez un poder de intervención sobre el contrato tienen como objetivo defender una concepción de la autonomía privada y del contrato que sea objeto de un control de constitucionalidad por parte del juez ordinario, para garantizar la "justicia" del contrato.

De otra parte, las posiciones contrarias a la intervención del juez se construyen sobre la discutible ecuación {poder del juez = hundimiento del contrato} para garantizar la "libertad" de las partes.

Puede haber una tercera vía: aquella de la confianza en el juez. Una confianza atemperada, en el sentido de que, ciertamente, el juez pueda ejercer un control de constitucionalidad, incluso fuerte, sobre la economía del contrato, pero los límites de este control deben ser claros y definidos: más que por parte del legislador, por medio de la praxis y de los usos del derecho⁸⁵ (y, entonces, le corresponde a los abogados una gran cuota de responsabilidad).

⁸⁴ Es la perspectiva de AND. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., espec. el Capítulo I ("Cláusula general de buena fe e integración del contrato"), pp. 1-69.

⁸⁵ Siempre resulta actual la enseñanza de A. ROSS, *Diritto e giustizia* (trad. it.), Torino, Einaudi, 2001 (ed. orig. ingl. 1958), espec. p. 104: "Debemos [...] analizar la praxis de las cortes para tratar de descubrir los principios y las normas que efectivamente guían a las cortes cuando obtienen de una norma general la decisión del caso particular; esta actividad es llamada método judicial, o, en el caso de aplicaciones del derecho escrito (derecho establecido o ley) interpretación [...] En la interpretación del derecho válido resulta claro el conocimiento del derecho que puede, en un análisis, ser separado de la política del derecho".

Nuestros ordenamientos conocen bien el tan glorificado principio dispositivo⁸⁶; imaginémoslo relevante no sólo bajo el perfil de la prueba; pensemos también en la perspectiva de la argumentación del abogado y, entonces, del juicio.

Tener confianza en el juez, bajo este punto de vista, no significa confiar en la argumentación del juez, significa colaborar con él en la elaboración de la motivación: tarea difícil, sin duda, pero, creo, intelectualmente de gran fascinación.

⁸⁶ Ver las lecturas opuestas de dos ilustres y apasionados juristas: M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità – Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, parte 1, Milano, Giuffrè, 1962, espec. el Capítulo V ("Principio de la trattazione y principio dispositivo entendido en sentido sustancial. El interrogatorio con función inquisitoria", pp. 303-375), y F. CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (A proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)* (1994), en Id., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, ESI, 1997 (1 reimp. 2001), pp. 121 y ss.