

Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato*

MAURO GRONDONA**

Sumario: I. Autonomía privada y política del derecho contractual europeo. II. El rol del legislador y el rol del derecho dispositivo en el ámbito del derecho contractual europeo. III. La funcionalización de las normas dispositivas, entre intervencionismo legislativo y creatividad jurisprudencial. IV. Observaciones conclusivas: problemas y perspectivas de la formación del derecho europeo

Resumen: Este artículo busca analizar dos puntos. El primer punto: el cuadro general del derecho europeo (y, en particular, del derecho contractual) está construido con base en la doctrina ordoliberal.

En consecuencia, el papel del legislador es de fundamental importancia en la formación del derecho y, entonces, el orden jurídico europeo es un orden construido, más que un orden espontáneo (la referencia es a la perspectiva de F. A. HAYEK).

* Estas páginas, con modificaciones e integraciones, reproducen la conferencia (de la cual conservan, inevitablemente, el tono) que di con ocasión del seminario de estudio "La transformación del derecho europeo de los contratos", que se llevó a cabo en la Universidad Externado de Colombia, los días 5 y 6 de septiembre del 2011. Agradezco a los otros participantes (A. M. BENEDETTI, V. ROPPO, C. SCOGNAMIGLIO, P. SIRENA) por las ideas de sus respectivas intervenciones, de las cuales se ha beneficiado el presente escrito. Agradezco, además, a los docentes y a los estudiantes que tomaron parte en la discusión final. Un agradecimiento especial al profesor FERNANDO HINESTROSA, quien generosamente promovió y sostuvo la iniciativa, al profesor PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ, a quien, desde hace casi diez años, me une una gran amistad, y al profesor ÉDGAR CORTÉS, por su afectuosa y calurosa acogida y por la magnífica hospitalidad.
Traducción del italiano: PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ.

** Investigador y docente de Instituciones de derecho privado en la Facultad de Derecho de la Università degli studi di Genova. Correo electrónico [mauro.grondona@unige.it]. Fecha de recepción: 15 de diciembre del 2011. Fecha de aceptación: 27 de febrero del 2012.

El segundo punto: en el ámbito del derecho contractual europeo, la autonomía privada de las partes es entendida como principio general, pero con la idea de que la autonomía de las partes se debe respetar, a menos que haya una buena razón para intervenir; y, a menudo, esta buena razón existe.

Si, en particular, consideramos el Draft Common Frame of Reference, el aspecto más notable para observar es la importancia dada a las cláusulas generales: en particular, la buena fe y la razonabilidad. La consecuencia es la centralidad del papel del juez en la construcción del contenido normativo de estas cláusulas generales. Sin embargo, desde este punto de vista, surge un problema: ¿cuál es, cuál debería ser, la relación satisfactoria entre el papel del derecho europeo (con particular atención a los valores constitucionales sobre los cuales se funda) y el papel del juez respecto de las cláusulas generales?

¿Con base en el ordoliberalismo, el poder del juez está destinado a ser restringido frente al aumento de los poderes del legislador, con el fin de perseguir el objetivo de la justicia contractual?

Palabras clave: autonomía privada, mercado, derecho contractual europeo, juez

European Contract Law, Freedom of Contract, and the Role of Judge

Abstract: This essay aims to stress two main points. The first point: The general framework of European law (and specifically, contract law) is derived from Ordoliberalism doctrines.

As a consequence, the Legislative plays a primary role in constructing the law: and so, European legal order is more a constructed order than a spontaneous order (with reference to F. HAYEK's perspective).

The second point: Within European contract law, parties' private autonomy is assumed as a general principle, but the assumption is that party autonomy should be respected unless there a good reason to intervene; and often this reason does exist.

If we consider specifically the Draft Common Frame of Reference, the main thing to note is the importance of general rules as good faith and reasonableness: the consequence is the centrality of judge's power as to the construction of legal content of these rules.

Nevertheless, here arises a specific problem: which is, and which should be, the right balance between the role of the European law (and its constitutional values) and the role of the judge with reference to general rules? Along the path of Ordoliberalism, judge's powers are going to be restricted in front of the enlarging power of legislation, in order to pursue contractual justice?

Keywords: freedom of contract, market, European contract law, judge

I. AUTONOMÍA PRIVADA Y POLÍTICA DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

El tema de la autonomía privada es, sin duda, central en el ámbito del complejo procedimiento de construcción de un derecho contractual europeo¹, si no por otra cosa, por la siguiente razón específica: la autonomía privada, es decir, la libertad contractual, representa un observatorio privilegiado para analizar la relación Estado/mercado y la relación individuo/Estado. Es por esto por lo que el estudio de la libertad contractual es el estudio del orden político-económico de una sociedad.

Si observamos la autonomía privada en el ámbito del derecho europeo y, en particular, en el ámbito del derecho contractual europeo, notamos que la autonomía privada es tutelada, es decir, el contrato es tutelado, porque por medio de la tutela del contrato es posible tutelar el mercado² y, en particular, el espacio económico al cual pertenecen los estados miembros de la Unión.

Desde esta perspectiva, atenta al aspecto constructivo del fenómeno jurídico, si analizamos el marco de teoría económica y de filosofía política en el cual se fundamenta, podemos observar que el orden económico-político de la Unión Europea representa una estructura ordoliberal³.

De forma muy sintética, la idea principal del ordoliberalismo consiste en que el Estado no interviene directamente en el mercado (como sucede, por el contrario, en el enfoque del *welfare State*), sino que interviene indirectamente: dicho de otra forma, el Estado interviene, pero lo hace construyendo un ordenamiento jurídico dirigido a hacer eficientes los intercambios y, por tanto, a hacer eficientes los contratos: el contrato es eficiente cuando las partes maximizan las respectivas utilidades individuales.

¹ V. por ejemplo, M. BUSSANI y M. INFANTINO. *Diritto europeo dei contratti*, Torino, Utet, 2010; E. IORIATTI FERRARI. *Voz "Codice civile europeo"*, en *Digesto IV ed.*, Aggiornamento, Torino, Utet, 2010; A. SOMMA. *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, trad. cast. de PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ y de JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008; G. ALPA. *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2007; además cfr. el "Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses", COM(2010) 348, 1.º de julio del 2010.

² Para un análisis eficaz, con elementos de teoría jurídica y teoría económica, v. espec. el buen ensayo de A. GENTILI. "Invalidità e regole delle scambio", en S. PAGLIANTINI (ed.). *Le forme della nullità*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 217 y ss.

³ V. la síntesis de F. FELICE. *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008. Con respecto a este tema debe hacerse referencia a la conferencia de PIETRO SIRENA *La tutela del consumidor en el Derecho europeo de los contratos*, en la cual se subrayó cómo el contrato es un hecho que tiene que ver con la sociedad en su complejo y por tanto involucra el interés general; este es el motivo por el cual el contrato ha abandonado el paradigma individualista: claro, el contrato es siempre una manifestación de voluntad pero ahora está disciplinado también desde el punto de vista de sus consecuencias sociales. De aquí nace el deber, por parte del orden público, de consolidar el orden social de modo que el contrato no sea indiferente con respecto a los terceros: por el contrario, en el orden del mercado, el contrato es un hecho relevante precisamente desde el punto de vista del interés general.

Con el fin de maximizar las utilidades individuales, los contratantes deben estar en la posición de conocer toda la información, no solo necesaria, sino indispensable, imprescindible, para que su consentimiento en la celebración del contrato sea totalmente libre y consciente.

Esto significa, en otras palabras, que el procedimiento de formación del contrato debe desarrollarse de modo tal que permita a las dos partes (y, en particular, a la llamada parte débil, si se trata de un contrato asimétrico⁴) conocer esta información esencial.

No obstante, la perspectiva ordoliberal, a veces, o, tal vez, a menudo, sea considerada liberista o neoliberista (en sentido evidentemente negativo) es, en cambio, un enfoque lejano del llamado "liberismo" –palabra que, entre otras cosas, existe en italiano pero no en otros idiomas: sería más correcto hablar de liberalismo *tout court*, con el fin de evitar problemas de comunicación y de comprensión.

La palabra *liberismo* existe gracias al filósofo BENEDETTO CROCE, quien la empleó por primera vez en una polémica con el economista LUIGI EINAUDI⁵: CROCE la utilizó precisamente para distinguir, dentro del liberalismo, el elemento económico que llamó *liberismo*, del elemento político, que siguió llamando *liberalismo*.

Volviendo al ordoliberalismo, si pensamos en la visión liberal clásica, por ejemplo la del pensamiento de FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK⁶, para citar el nombre de uno de los padres ilustres del liberalismo moderno, nos damos cuenta de que la posición de HAYEK no es, para nada, equiparable a la posición ordoliberal.

No lo es por al menos una razón decisiva: HAYEK no excluye la posibilidad de que el Estado intervenga para corregir *ex post* ciertos resultados que el mercado ha producido: HAYEK no niega, entonces, el rol activo del Estado. En todo caso, la intervención del Estado se mueve necesariamente (es decir, debe moverse, según HAYEK) en una lógica opuesta a la lógica del mercado⁷.

El Estado está fuera del mercado y, por tanto, su intervención sirve para ofrecer a las personas instrumentos, remedios, recursos, que no se han producido espontáneamente dentro del mercado (por ejemplo, un subsidio de subsistencia, o de desempleo, servicios públicos, etc.). Pero el punto central de la perspectiva de HAYEK, insisto, es que el Estado no interfiere en el mercado: simplemente el

⁴ Al respecto se refirió la conferencia introductoria de VINCENZO ROPPO, *Perspectives del Derecho europeo de los contratos*, que se concluye con la afirmación según la cual el paradigma del contrato asimétrico es el heredero del paradigma del contrato con el consumidor, que desarrolló y agotó la propia función. Sobre el argumento debe citarse el ensayo reciente de G. VILLA. "Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese", en *Annuario del contratto 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 48 y ss.

⁵ B. CROCE y L. EINAUDI. *Liberismo e liberalismo*, P. SOLARI (ed.), Milano-Napoli, Ricciardi, 1957; v. también R. CUBEDDU, en su *Introduzione* a: B. LEONI, *La libertà e la legge* (trad. it.), Macerata, Liberilibri, 1995, pp. XXI-XXII, y actualmente, el ensayo de F. PULITINI. "Sulla distinzione tra liberalismo e liberismo", en *Biblioteca della libertà*, 2011, n. 201, disponible en [www.centroeinaudi.it/images/stories/bdl_online/201online_pulitini.pdf] pp. 1-10.

⁶ V. espec. *Legge, legislazione e libertà* (trad. it.), Milano, EST, 2000 (1 ed. it. 1994); *La società libera* (trad. it.), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007 (1 ed. it. 1998).

⁷ M. GRONDONA. "Contratto, mercato, ordinamento giuridico", en *Studium Iuris*, 2010, pp. 1140 y ss.

Estado, es decir, la política organizada, considera inaceptables ciertos efectos producidos por el mercado e interviene persiguiendo, sustancialmente, objetivos de justicia social.

Existe entonces una diferencia neta entre la perspectiva liberal clásica y la perspectiva ordoliberal.

En la perspectiva ordoliberal, el Estado interviene en el mercado. Y el Estado interviene en el mercado, precisamente, para que el mercado pueda funcionar de la mejor forma posible, es decir, pueda funcionar como un mecanismo eficiente de intercambio, como un instrumento eficiente de intercambio.

Para lograr este resultado, la acción política del Estado estará dirigida, necesariamente, a la construcción de un modelo de contrato más eficiente del que se tendría en ausencia de una intervención normativa/reguladora del Estado.

La idea general que fundamenta dicha concepción es, evidentemente, aquella según la cual el orden de mercado, es decir, el orden producido por el mercado, es un orden que necesita siempre un control por parte del Estado. Pero en la perspectiva ordoliberal, se trata, precisamente, de un control que es interno al mercado y que está específicamente dirigido a lograr que el mercado cumpla de la mejor forma la función para la cual existe: el intercambio.

De aquí se desprende una consecuencia relevante, limitándonos a la materia del contrato: la construcción de los diferentes procedimientos contractuales (que hacen referencia a las fases de la negociación, formación, conclusión, ejecución y, además, la fase de la patología contractual), que tienen el objetivo específico de hacer más eficiente el contrato, es decir, el mercado.

II. EL ROL DEL LEGISLADOR Y EL ROL DEL DERECHO DISPOSITIVO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

Desde esta óptica, evidentemente, el rol del legislador es primario, precisamente porque es el legislador quien tiene la tarea de elaborar una disciplina que aumente la eficiencia del contrato. En efecto, el rol primario del legislador, respecto al rol del mercado, es decir, de la autonomía privada, emerge claramente analizando los documentos de la Unión Europea que insisten en la oportunidad de construir un derecho contractual europeo.

Es cierto que a este discurso dirigido a enfatizar la centralidad del legislativo respecto a la autonomía privada –y, por tanto, de la ley con respecto al contrato– puede formularse una objeción que, al menos *prima facie*, parece tener fundamento: el derecho contractual europeo en formación es un derecho rico de normas dispositivas, rico de normas derogables por las partes, que otorgan relevancia a la libertad contractual.

Desde mi punto de vista, esta objeción no es decisiva.

Es correcto decir que el derecho dispositivo es un derecho derogable, pero el derecho dispositivo contractual europeo –en cuanto derecho estatal, en cuanto

derecho de la Unión Europea— seguramente no puede ser leído como si fuera un derecho neutro, como si fuera solamente una técnica, como si fuera extraño a los valores fundamentales, a los principios fundamentales de la Unión Europea.

En la perspectiva específica de estas páginas, pienso en particular en los principios que fundamentan el Draft Common Frame of Reference: libertad, seguridad, justicia, eficiencia⁸.

Ahora bien: si leemos lo que se dice en el *Draft* con respecto al principio de libertad, observamos que sin duda la autonomía privada debe respetarse, a menos que exista una buena razón para intervenir; y, a menudo, agrega, esta buena razón para intervenir existe, por ejemplo, cuando se trata de lograr que una parte pueda liberarse de un contrato celebrado en ausencia de una verdadera libertad contractual, esto es, sin haber otorgado un consentimiento libre y consciente⁹. La idea es, entonces, y evidentemente, la de reprimir los abusos a la libertad contractual.

Volviendo al derecho dispositivo, decir que, en cuanto derecho derogable, exalta la autonomía privada, no resuelve todos los problemas existentes en la relación entre ley y contrato. En otras palabras, considerar que si el derecho es derogable, entonces, y en caso de derogación, la autonomía de las partes prevalecerá necesariamente (deberá prevalecer) sobre la ley es una afirmación que no satisface del todo.

En efecto, existen situaciones en las cuales la derogación contractual no puede aceptarse, aun cuando la norma derogada sea una norma dispositiva, porque admitir la derogación significaría incluir en el contrato una o más cláusulas que contrastan con determinados principios generales del derecho contractual europeo.

Ante todo, con el fin de evitar equívocos, aclaro que no comparto la tesis según la cual el derecho derogable tiene y debe tener en su interior un núcleo de derecho necesariamente inderogable, imperativo¹⁰, en cuanto se trata, en todo caso, de derecho estatal y, en nuestro caso, de derecho de la Unión Europea.

Mi tesis es que cuando se presenta un problema de legitimidad de la derogación (y si esto sucede, evidentemente surge un conflicto entre las partes del contrato), para resolverlo no bastará verificar si la norma derogada es, o no, dispositiva. Será necesario, al contrario, interrogarse acerca del efecto de la derogación dentro de la relación con-

⁸ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier, 2009, pp. 6 y ss. ("The underlying principles of freedom, security, justice and efficiency"). Dedicado específicamente a la política del derecho del *Draft*: A. SOMMA (ed.). *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009. Muy interesante la lectura de las conferencias que se llevaron a cabo con ocasión del debate organizado por la *Revue des contrats*, 2009/1, pp. 767 y ss. ("Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne?").

⁹ Surge entonces en primer plano el problema de la conformidad a buena fe de la retractación, aspecto que trató la conferencia de ALBERTO M. BENEDETTI. *Derecho de retractación del consumidor y asimetría procedimental*.

¹⁰ Es la tesis sostenida, en cambio, en un libro admirable de una estudiosa francesa: C. PÈRES-DOURDOU. *La règle supplétive*, préface de G. VINEY, París, LGDJ, 2004.

tractual y, por tanto, será necesario interrogarse acerca de los límites de la derogación con respecto a los principios fundamentales de aquel orden jurídico más amplio, en el cual se ubica también el más estrecho orden jurídico del contrato¹¹. Esta perspectiva, además, no tiene en cuenta la relación ordenamiento/contrato en sentido unilateral, es decir, como si el ordenamiento fuera el único que pudiera y debiera influenciar el contrato; al contrario, la perspectiva de quien escribe abre la puerta a la intercomunicación de los elementos de tal relación; de aquí se desprende una incidencia axiológica recíproca entre ordenamiento y contrato, en proporción al grado de competencia entre los modelos culturales existentes dentro de un sistema jurídico.

En estos términos, el hecho de que muchos materiales –provenientes de las instituciones de la Unión Europea y de varios grupos académicos de estudio, comprometidos desde hace varios años con una reflexión dirigida a dar vida a un derecho contractual europeo– subrayen la centralidad del derecho dispositivo contractual no es un argumento lo suficientemente fuerte como para resaltar, en consecuencia, la centralidad de la autonomía privada dentro del derecho contractual europeo.

Lo anterior, también, porque es necesario tener en cuenta el marco de teoría económica y el marco de filosofía política que fundamentan este trabajo de proyección y construcción del derecho contractual europeo. Y, precisamente, el carácter ordoliberal del ordenamiento jurídico europeo puede hacer que se propenda a una respuesta más bien cauta acerca de la centralidad de la autonomía privada dentro de éste.

Si, en efecto, el ordenamiento jurídico europeo es objeto de una funcionalización que se lleva a cabo por vía legislativa (y el contexto ordoliberal es, seguramente, una funcionalización), entonces, en el momento en el cual surge un problema de interpretación, que tiene por objeto la legitimidad de la derogación, el juez no podrá hacer otra cosa que interpretar la cláusula contractual derogatoria de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico europeo.

Por consiguiente, la cláusula derogatoria elaborada por las partes deberá ser interpretada en el sentido de que la autonomía privada cumple con una función primaria de corrección y de apoyo a la parte débil, la cual, como tal, puede ser objeto de un abuso de libertad contractual proveniente de la contraparte: una función que se relaciona con la eficiencia contractual, entendida como la eliminación de los defectos de información y de conocimiento de las partes, a favor del “uso correcto” de la libertad contractual. Desde esta perspectiva, la legitimidad de la autonomía privada (y por tanto, su defensa por parte del ordenamiento jurídico) tiene sus bases en la corrección de las modalidades con las cuales la misma viene ejecutada por parte de los contrayentes¹².

¹¹ En efecto, esta es la tesis que defendí en mi reciente: *Diritto dispositivo contrattuale - Funzioni, usi, problemi*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹² Se trata de un punto sobre el cual se habló en la conferencia de CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, *Principios generales, cláusulas generales, autonomía privada: las perspectivas del tercer milenio*.

Volviendo al problema del derecho dispositivo y a la relación derecho dispositivo/libertad contractual, conviene pensar en el texto de la Comunicación de la Comisión Europea del 2003, denominada "Un derecho contractual más coherente"¹³.

En el párrafo 32 se establece que la diferencia entre normas dispositivas y normas imperativas, si bien teóricamente es clara, en la práctica es difícil de identificar.

En síntesis, teniendo en cuenta que las lagunas contractuales dependen del hecho de que las partes no quieren soportar los costos que una negociación dirigida a colmar las lagunas comportaría, la consecuencia es que las partes esperan, simplemente, que en un futuro no surja un conflicto contractual sobre el punto que no ha sido disciplinado en el contrato.

En razón de esto, la Comisión concluye: las normas dispositivas se han convertido, de hecho, en normas imperativas.

El sentido de la frase es evidente: la praxis de las partes de no incluir en el contrato cláusulas derogatorias de las normas dispositivas tiene como consecuencia que la fuerza de estas últimas crezca, en cuanto una constante, reiterada y maciza ausencia de derogación es entendida como un reenvío tácito a las normas dispositivas existentes.

El efecto es, entonces, que la regla fijada por las normas dispositivas se convierte en una regla tan fuerte (porque es socialmente aceptada) que puede asumir una relevancia implícitamente imperativa.

III. LA FUNCIONALIZACIÓN DE LAS NORMAS DISPOSITIVAS, ENTRE INTERVENCIONISMO LEGISLATIVO Y CREATIVIDAD JURISPRUDENCIAL

Esta relación poco fácil entre normas dispositivas y normas imperativas se puede observar muy bien en el tema de la mora en el pago.

Aquí se está en presencia de un fenómeno en razón del cual normas estructuralmente dispositivas se convierten (por vía legislativa) en normas funcionalmente imperativas.

La Unión Europea ha disciplinado esta materia en dos ocasiones: la primera vez, en el 2000, con la directiva n.º 35¹⁴ y, luego, recientemente, con la directiva n.º 7 del 2011¹⁵.

El objetivo común de ambas directivas es el de combatir la mora en el pago de las operaciones comerciales, con el fin de evitar que el acreedor, sobre todo

¹³ Diario Oficial de la Unión Europea, 15 de marzo del 2003, C 63/1.

¹⁴ Cfr. G. DE CRISTOFARO (ed.). "La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", en *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, pp. 461 y ss.; A. M. BENEDETTI (ed.). *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - Profili sostanziali e processuali*, Torino, Giappichelli, 2003.

¹⁵ Direttiva 2011/7/UE del 16 de febrero del 2011, en Diario Oficial de la Unión Europea, 23 de febrero del 2011, L 48/1.

si es un mediano o pequeño empresario, deba soportar la desventaja económica que significa el recibir un pago en retardo: pago en retardo, en el sentido de que al momento en el cual la empresa recibe el pago ha pasado tanto tiempo desde cuando la respectiva prestación fue ejecutada, que ello le que acarrea un perjuicio a la economía interna de la empresa.

De aquí, una serie de instrumentos jurídicos dirigidos a abreviar el plazo para el pago.

En particular, me concentro en dos aspectos que permiten reflexionar concretamente sobre los problemas generales a los cuales me referí antes:

1. El primer aspecto es el relativo a los plazos para el pago;
2. El segundo aspecto es el relativo a los poderes del juez sobre el contrato.

Hagamos una breve comparación entre las dos disciplinas, comenzando por la directiva del 2000.

La directiva fija los plazos para el pago, pero se trata de una norma derogable, dado que se prevé expresamente la posibilidad para las partes de establecer un plazo diferente (más largo).

Sin embargo, la derogación de la norma está sujeta a algunos límites: en síntesis, la derogación no es admisible si es manifiestamente abusiva para el acreedor (quien es el sujeto protegido), es decir, si no está justificada por alguna razón objetiva.

En el caso en el cual la derogación no esté justificada, existen dos caminos: se aplican el plazo para el pago fijado en la directiva o el juez podrá reformular el contrato a la luz de la equidad.

En la directiva del 2011, en primer lugar, el legislador especifica y aclara el significado de la expresión "acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor". Entre los diferentes criterios dirigidos a identificar esta situación, menciono uno en particular: el criterio según el cual es manifiestamente abusiva toda grave violación de la correcta praxis comercial que viole las reglas de la buena fe y la corrección.

¿Qué sucede, entonces, en el caso en el cual se considere que una cláusula del contrato derogatoria que contiene un plazo para el pago mayor que los plazos previstos por la directiva viola la buena fe/corrección? La directiva del 2011 no lo dice: no existe en ella ninguna referencia a la aplicación de los plazos para el pago previstos en la directiva misma, ni al poder del juez para reformular el contrato a la luz de la equidad.

De todas formas, no es difícil, por interpretación, concluir que la cláusula manifiestamente abusiva se excluirá del contrato y se aplicará el plazo para el pago establecido por la directiva.

Sin embargo, el silencio del legislador sobre un aspecto tan importante y delicado no puede dejar de tener un significado, al tiempo que da lugar a un problema sobre el cual es necesario reflexionar.

Si tenemos en cuenta que la directiva del 2011 especificó los criterios con base en los cuales se puede establecer que una derogación es manifiestamente abusiva;

y si consideramos la centralidad que la buena fe ha adquirido dentro del derecho contractual europeo¹⁶ (tan es así, que en uno de los considerandos de la directiva del 2011 –el n.º 18– se hace referencia expresa al Draft Common Frame of Reference y a la centralidad que en este asumen la buena fe y la corrección), entonces la conclusión parece ser la siguiente: cuando una norma estructuralmente dispositiva es emanada en función de un objetivo de política del derecho ordoliberal (y aquí el objetivo es tutelar al pequeño y mediano empresario en su posición de acreedor), entonces esta disposición adquirirá una relevancia funcional imperativa.

En otras palabras, cuando la autonomía privada se orienta en el sentido de la derogación de una norma dispositiva cuyo fin de protección es evidente, entonces se desencadena (si bien en sentido no técnico) una presunción de abuso como consecuencia de la derogación misma, a menos que la parte (en nuestro caso, el deudor) demuestre que no contraría la buena fe, es decir, demuestre la razonabilidad de la derogación a la luz de los criterios establecidos por la directiva.

Puede sorprender entonces que, mientras la directiva del 2000, aun en ausencia de una referencia expresa a la buena fe y a la corrección, hizo referencia al poder del juez de adecuar el contrato según la equidad, en cambio, en la directiva del 2011 si se hace referencia a la buena fe y a la corrección, pero no a la centralidad del rol de juez frente a una cláusula general.

Claro, esta ausencia del rol hermenéutico del juez se puede explicar diciendo que la discrecionalidad del juez en el texto del 2011 disminuyó, precisamente, porque el legislador identificó los criterios relativos a juicio sobre la manifiesta abusividad de la cláusula del contrato. Sin embargo, esta respuesta no es satisfactoria, precisamente porque el legislador del 2011 focalizó dicho juicio a la cláusula derogatoria en atención a la violación que esta hace de la buena fe y, por ende, en el contraste entre la cláusula del contrato y la cláusula general.

Si, entonces, el juicio se centra en la conformidad del reglamento contractual con la buena fe, la consecuencia debería ser la de atribuir una centralidad paralela al momento hermenéutico y, por tanto, una centralidad a los poderes del juez sobre el contrato.

De este modo, el problema más general que surge frente al uso de cláusulas generales como la buena fe, la corrección, la razonabilidad, es el siguiente: si dentro del derecho contractual europeo en formación, el rol de las cláusulas generales es fuerte, ¿cuál es y cuál debería ser el rol del juez¹⁷?

¹⁶ Y que, por cierto, se remonta al derecho romano. Con particular nitidez, v. M. L. NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano - Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, espec. pp. 157-158: “[L]a ‘fides bona’ no era sólo medida de la obligación, ni un simple criterio que amplía los poderes del juez, sino que era fundamento, fuente de la misma, en cuanto criterio normativo ya formado que plasma una realidad jurídica objetiva preexistente [...]”.

¹⁷ Los jueces italianos son particularmente sensibles a la cuestión del rol del juez sobre el contrato: cfr. en efecto la *Relazione tematica* n. 116, del 10 de septiembre del 2010, dell’*Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione*, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale. Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, [www.cortedicassazione.it/Documenti/]

La respuesta mejor justificada me parece la siguiente: si un ordenamiento acoge en su interior cláusulas generales y, a mayor razón, si estas cláusulas generales constituyen las columnas estructurales del ordenamiento (como sucede en materia contractual respecto de la buena fe, la corrección, la razonabilidad), entonces el rol y los poderes del juez tendrán que ser igualmente centrales, al menos porque la construcción del contenido de las cláusulas generales es una actividad que pertenece al ámbito del poder hermenéutico del juez¹⁸.

Sin embargo, en este punto del razonamiento surge un problema específico, relacionado con la teoría económica y con la filosofía política que fundamentan el derecho contractual europeo.

En efecto, dado que la política del derecho contractual europeo es una política del derecho ordoliberal y dado que, en consecuencia, el Estado interviene en el mercado creando reglas jurídicas dirigidas a la protección de la libertad contractual, la conclusión podría ser no en el sentido de una ampliación sino, más bien, de una reducción de los poderes del juez, con el fin de conseguir el objetivo de política del derecho contractual proyectado.

Con un enfoque de este tipo, el derecho contractual de fuente legislativa sirve entonces para mejorar el funcionamiento del contrato: por medio de la intervención del legislador se pueden identificar los instrumentos técnicos necesarios para una cierta funcionalización del contrato. Una funcionalización que, obviamente, no va en una dirección solidarista, sino en una dirección ordoliberal que, en todo caso, es una forma de paternalismo contractual.

En este marco, la obra del legislador sirve, entonces, no solo para que el procedimiento de formación del contrato se desarrolle en un cierto modo sino, también, para que el contrato obtenga determinados resultados sustanciales. Precisamente, porque en la perspectiva ordoliberal, en ausencia de una intervención legislativa, la consecuencia es el fracaso del contrato y, como reacción en cadena el fracaso del mercado:

1. El contrato fracasa si se concluye cuando al menos una de las partes se encuentra en una situación de debilidad informativa, es decir, de asimetría informativa;

2. El contrato asimétrico es un caso de fracaso del contrato;

3. El contrato asimétrico es un contrato que no merece tutela por parte del ordenamiento porque conduce, o puede conducir, a abusos de la libertad contractual (precisamente, aquellos abusos a los cuales las directivas del 2000 y el 2011 se opusieron expresamente).

El abuso de la libertad contractual debilita el resto del contrato, como institución social, también porque puede producir la externalidad negativa de desin-

Relazione%20116_2010.pdf] pp. 1-25, que fue oportunamente indicado por C. SCOGNAMIGLIO. "Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata", en *Anuario del contratto 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 17 y ss., p. 21, n. 10.

¹⁸ Aspecto que trató ampliamente la conferencia de CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, cit.

centivar el uso del mismo, por parte de aquellos sujetos que advierten la propia debilidad, en primer lugar, económica y, por consiguiente, jurídica.

El debilitamiento del contrato se traduce, a su vez, e inevitablemente, en un debilitamiento del mercado.

De aquí deriva la exigencia de una intervención legislativa de tendencia ordoliberal.

IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

Así las cosas, a modo de conclusión, conviene reflexionar también acerca de un problema general, relacionado estrechamente con lo que he dicho hasta ahora.

El problema es el de la formación del derecho contractual europeo.

Si se piensa –como, seguramente, piensa el legislador europeo– que el mercado y el contrato no pueden ser abandonados a su propio destino, porque hacerlo no significa otra cosa que abrir el camino a los fracasos del contrato y del mercado, y si se piensa, también, que la perspectiva del orden espontáneo no es factible, entonces queda solo la alternativa del orden artificial, el orden construido por el legislador desde una perspectiva claramente funcionalista¹⁹.

La perspectiva del legislador europeo cumple con la función de proteger al contrato de los abusos de la libertad contractual y, por tanto, cumple con la función de proteger el mercado.

Dentro de este marco, es totalmente razonable pensar en un rol muy reducido del juez y de las cláusulas generales: poderes de interpretación del juez y cláusulas generales son instrumentos dúctiles y dinámicos, de los cuales no es posible prever los usos y las consecuencias de tales usos.

Sin embargo, a partir de este razonamiento, pareciera que emerge una contradicción, precisamente porque –como se recordó– el derecho contractual europeo es favorable a las cláusulas generales. De este modo, resulta necesario buscar un fundamento de estas últimas que no sea el poder hermenéutico del juez.

Pues bien, un fundamento diferente podría talvez encontrarse, según el enfoque ordoliberal, en los principios del derecho contractual europeo arriba mencionados: libertad, seguridad, justicia, eficiencia.

Continuando con este razonamiento, también se podría decir que como fundamento del derecho contractual europeo se encuentra entonces la idea de que la centralidad del legislador a favor de la tutela de una cierta noción de contrato y una cierta noción de mercado no necesita la colaboración del juez en la obra de

¹⁹ Al respecto, *vid.* la perspectiva hayekiana desarrollada por J. SMITS. *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, 2006, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=897478]; en sentido contrario, v. M. W. HESSELINK. *A Spontaneous Order for Europe? Why Hayek's Libertarianism is Not the Right Way Forward for European Private Law*, 2008, en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270566].

formación del derecho, precisamente porque el derecho contractual europeo es un derecho fuertemente funcionalizado que, como tal, no aprecia ajustes progresivos, es decir, transformaciones a cargo de la jurisprudencia.

De esto deriva la duda acerca de si verdaderamente el carácter derogable de una buena parte del derecho contractual en realidad no disfraza una naturaleza imperativa que, si desaparece, podría producir el efecto de desviar y de alejarse de los objetivos que guían el proceso de codificación del derecho contractual europeo: un proceso intervencionista que da lugar a una libertad contractual funcionalizada.