

Contratos de empresa y voluntad de los contratantes*

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

SUMARIO: I. *Voluntad de las partes y calificación del ordenamiento en los contratos de empresa.* II. *Las categorías de los contratos de empresa.* III. *Voluntad de las partes y control en los contratos unilateralmente comerciales: la interpretación de los contratos unilateralmente comerciales.* IV. *Voluntad de los contratantes y derecho privado europeo.* V. *Conclusiones: por un voluntarismo bien atemperado.*

I. VOLUNTAD DE LAS PARTES Y CALIFICACIÓN DEL ORDENAMIENTO EN LOS CONTRATOS DE EMPRESA

Entre las muchas posibilidades de reflexión que, sugestivamente, ofrece una línea de investigación sobre "el derecho europeo de los contratos de empresa", el tema de la voluntad de los contratantes brinda una riqueza de perspectivas que desborda el tema de la interpretación del contrato dentro del cual tal voluntad se encuadra.

En efecto, parecería que reflexionar sobre los *contratos de empresa* (en la acepción articulada y no siempre unívoca que este término asume en la elaboración doctrinal y sobre la cual nos detendremos más adelante) remitiría a una serie de cuestiones en relación con las cuales cualquier discurso sobre la voluntad de los contratantes estaría destinado a permanecer en la sombra, cuando no a desaparecer por completo; así pues, la invitación a reflexionar sobre la voluntad de las partes en los contratos de empresa parece inspirada precisamente en una inversión original de los términos usuales de este tema.

A. La afirmación que acaba de formularse parecería del todo evidente si referida a los contratos que se propone denominar en modo acertado como "unilateralmente comerciales", es decir, a los contratos entre empresas y consumidores:

* Traducción del italiano, JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS.

no se trata simplemente de que estos contratos parezcan caracterizarse por una pérdida de relevancia del momento de la voluntad de los contratantes, sino que más bien parecen caracterizarse porque los actos de intercambio que se llevan a cabo por medio de esos contratos se articulan en su mera y tácita objetividad de comportamientos, depurados de todo residuo volitivo.

En realidad, la pérdida de incidencia de la voluntad de las partes en los contratos unilateralmente comerciales surge de la observación de que en la disciplina propia de dichos contratos las técnicas de tutela de los contratantes frente a una situación de asimetría de información o de desequilibrio normativo (en relación a los derechos y poderes que derivan del contrato) no parecen encaminadas, hoy, a hacer emerger la voluntad de los contratantes (y por ende el programa de reglamentación de intereses dividido por ellos) ni aun siquiera por medio de criterios de reconstrucción idóneos para hacer prevalecer dicha voluntad en su sentido más favorable al contratante a quien se pretende brindar protección.

En efecto, es bien conocido —y sobre esto se volverá más adelante— que una técnica de protección con dicha dimensión operativa parece encontrarse solamente en la norma del artículo 1469-*quater* del código civil¹, de la cual a su vez llama la atención que no se aplique cuando la función de protección de la asignación del sentido más favorable para el consumidor a la cláusula dudosa pueda ser sustituida por aquella que, por el contrario, se apoya sin más en la interdicción del uso de la cláusula por parte del profesional, por medio del ejercicio de la acción colectiva de cesación prevista por el artículo 1469-*sexies*².

En otras palabras, en este ámbito que ya ha sido definido en innumerables ocasiones como el “nuevo derecho de los contratos”, las exigencias de salvaguardia

- 1 N. del T. Esta norma en la actualidad se encuentra en el decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005 (denominado “Código del Consumo”), artículo 35, en los siguientes términos: “Forma e interpretación. 1. En el caso de contratos en los cuales todas o parte de las cláusulas se propongan al consumidor por escrito, dichas cláusulas deben ser redactadas siempre en modo claro y comprensible.
2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalece la interpretación más favorable al consumidor”.
3. El segundo inciso corresponde a la versión *pro consumatore* de la tradicional regla de interpretación *contra proferentem* contenida en el artículo 1621 del Código Civil colombiano.
- 2 N. del T. Esta norma en la actualidad se encuentra en el decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005 (denominado “Código del Consumo”), artículo 35, en los siguientes términos: “Acción de cesación. 1. Las asociaciones que representan a los consumidores, sobre las que trata el art. 137, las asociaciones que representan a los profesionales y las cámaras de industria, comercio, artesanía y agricultura pueden llamar a juicio al profesional o a la asociación de profesionales que usan o que recomiendan el uso de condiciones generales de contratación y solicitar al juez competente que ordene la cesación del uso de las condiciones cuya abusividad se declare de conformidad con el presente título”.
2. La acción de cesación puede ser concedida cuando existan justos motivos de urgencia, de conformidad con los artículos 669-bis y siguientes del código de procedimiento civil.
3. El juez puede ordenar que la providencia sea publicada en uno o más periódicos, de los cuales al menos uno debe ser de circulación nacional.”

de la parte que efectivamente se considera merecedora de protección parecen ser desplazadas bien al terreno del sometimiento del contenido del contrato a un escrutinio a través del prisma de las normas imperativas impuestas por el ordenamiento, o bien al terreno de la introducción de derechos y deberes accesorios al contrato, en particular los de revocación e información, para abandonar definitivamente el intento de confiar la protección de los intereses de una parte a la valoración de su voluntad "concreta" que se manifiesta en el acto particular de intercambio, en el caso en que dicho intento pudiera llegar a ser efectivamente perseguido.

Por lo demás, parece que precisamente en este orden de ideas debe entenderse el resultado final de una de las pocas investigaciones dedicadas específicamente a la interpretación de los contratos de empresa, que en efecto desemboca en la conclusión de que desde el punto de vista del tema de la interpretación "ninguna eficacia puede tener la defensa de la voluntad psicológica, cuando no existe de hecho ningún rastro de dicha voluntad", y por el contrario la recuperación de la originalidad de la individualidad debería "ser alcanzada por medio del recurso a instituciones, como aquella de la buena fe, que también en el intercambio de bienes y servicios permiten restituir la centralidad que la persona tiene en el ordenamiento".

B. Un discurso no muy diferente –en el sentido de la pérdida de terreno del problema o del aspecto de la voluntad de los contratantes– parecería ser viable en relación con los contratos denominados bilateralmente comerciales, si bien por razones en parte diferentes.

En efecto (dejando de lado el área de los contratos en los cuales la disparidad de poder de los contratantes, aun siendo ambos comerciantes, delinea los términos de la cuestión de modo sustancialmente similar al ya indicado para los contratos unilateralmente comerciales), en el caso de los contratos bilateralmente comerciales el proceso de la denominada objetivación del acto de intercambio parecería haberse consumado desde hace tiempo, reflejando así la imagen de una contratación en la cual cualquier *quaestio voluntatis* debería considerarse extraña: así, subsistiría como objeto de análisis el acto de intercambio en sí mismo considerado y, en dado caso, visto y valorado a la luz de los parámetros normativos tal como se han concretado en la realidad socio-económica (el primero de todos, una vez más, el canon de la buena fe, pero también los criterios de tipicidad y normalidad deducibles de la realidad económico-social en el que el intercambio se enmarca).

Por lo demás, una indicación en este sentido parece provenir de la disciplina dictada por el código civil que –en caso de duda sobre el alcance de las cláusulas ambiguas en los contratos en los cuales una empresa sea parte– presta atención a un criterio, por así decirlo, aún más objetivo que los otros criterios de la interpretación denominada objetiva, encomendándose a la pauta de lo que se practica

generalmente en el lugar en el cual la empresa tiene su sede³, aunque ya desde los albores del código civil no ha faltado quien haya dado una lectura crítica del principio en mención, señalando que este parece "una garantía de adherencia a los intereses de una de las partes, y no al [...] interés del contrato".

A simple vista, pues, parecería que en los despliegues de la autonomía privada susceptibles de ser incluidos en la categoría de los contratos de empresa, la relevancia de la voluntad de los contratantes se encuentra verdaderamente circunscrita al área residual de los intercambios que no se encuadran directamente en el circuito de la actividad comercial.

Como es obvio, esta conclusión sería rica en corolarios precisamente en el plano de la aplicación de las reglas en materia de interpretación del contrato contenidas en el código civil, destinadas ahora a referirse, al menos en su integridad (y por lo tanto también en cuanto a las reglas que prestan atención a la voluntad entendida como manifestación histórica) a los contratos entre no comerciantes, confirmándose así también desde esta perspectiva el proceso de diversificación de las reglas interpretativas y de relativización de los criterios de hermenéutica que desde hace mucho tiempo ha sido señalado como una de las principales líneas de desarrollo del tema de la interpretación.

Si estas conclusiones en verdad fueran acertadas, el discurso sobre la relevancia de la voluntad de los contratantes en los contratos de empresa parecería poderse concluir acá negativamente, por decirlo de alguna manera, con la constatación de que en esta materia, la voluntad de los contratantes esté destinada a ceder de frente a la objetividad rígida de las reglas del mercado.

Sin embargo, antes de aceptar una solución tan drástica, parece conveniente una reflexión más profunda y atenta que parta precisamente de una definición más exacta del objeto mismo de nuestra investigación, es decir, de la categoría, si así se le puede en verdad definir, de los contratos de empresa.

II. LAS CATEGORÍAS DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA

Una exploración más cercana del área de los contratos de empresa permite notar de inmediato la gran falta de homogeneidad que la caracteriza: no nos referimos solamente a la bipartición entre contratos unilateralmente o bilateralmente co-

3 N. del T. Se refiere el autor en este caso a la disposición contenida en el artículo 1368 del Código Civil italiano: "Prácticas generales interpretativas. Las cláusulas ambiguas se interpretan de conformidad con lo que se practica generalmente en el lugar en el cual el contrato ha sido concluido.

En los contratos en los cuales una de las partes es un comerciante, las cláusulas ambiguas se interpretarán de conformidad con lo que se practica generalmente en el lugar donde tiene sede la empresa."

Esta norma no encuentra exacta correspondencia entre los cánones de interpretación contenidos en el Código Civil colombiano.

merciales que ciertamente constituye una de las coordenadas fundamentales de cualquier discurso en esta materia.

En realidad, también dentro de la categoría de los contratos unilateralmente comerciales, precisamente en el plano de la relevancia de la voluntad de los contratantes, se encuentra una divergencia neta entre el área, definitivamente mucho más amplia, de los contratos cuyo contenido ha sido predispuesto por el empresario y el área de los contratos en los cuales se llega a una estipulación con base en negociaciones y de una contratación posterior que se puede asimilar al modelo, por así denominarlo, clásico.

En otras palabras y a manera de ejemplo, ciertamente es diferente el grado de relevancia de la voluntad de los contratantes entre las hipótesis del contrato del consumidor y la del contrato que una empresa de construcción, deseosa de completar un loteo ventajoso, celebra con el propietario de un inmueble con una fuerza económica muy escasa, el cual sin embargo en la operación concreta adquiere una fuerza contractual enorme si se tiene en cuenta la utilidad marginal que implica la operación para la contraparte.

Por lo tanto, con el fin de estructurar de forma más correcta el discurso sobre la categoría de los contratos unilateralmente comerciales es necesario precisar que su relevancia como categoría homogénea, también desde el punto de vista del tema de la interpretación, es proporcional no sólo a la calidad subjetiva de los contratantes sino al hecho de que en ellos la prestación se ejecute (o se prometa) por parte del profesional y sea funcional para la satisfacción de una exigencia concreta de consumo.

Por su parte, resulta aún más complicada el área de los contratos bilateralmente comerciales: en ella ciertamente se encuentran supuestos de hecho contractuales en los que a simple vista parece poder evocarse el modelo propio de los contratos unilateralmente comerciales de un contratante débil que se contrapone a un contratante fuerte (piénsese en el área de la subprovisión, en los contratos de distribución comercial, en las hipótesis que se pueden encuadrar en la misma disciplina muy reciente del *franchising*, en la cual –más allá de la enunciación del artículo 1.º de la Ley 129 de 2004– los dos “sujetos jurídicos” en verdad muy raras veces son “económicamente y jurídicamente independientes”⁴) y que asume la predeterminación

4 N. del T. La Ley 129 de 2004 sobre “Normas para la disciplina de la afiliación comercial” o *franchising* contiene la definición de dicho contrato en su artículo 1.º, inc. 1º: “la afiliación comercial (*franchising*) es el contrato, sin importar su denominación, entre dos sujetos jurídicos, económicamente y jurídicamente independientes, en base al cual una parte concede la disponibilidad a la otra, frente a una retribución, de un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativo a marcas, denominaciones comerciales, enseñanzas, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, *know-how*, patentes, asistencia o asesoría técnica o comercial, insertando al afiliado en un sistema constituido por una pluralidad de afiliados distribuidos en el territorio con el fin de comercializar determinados bienes o servicios”.

del contenido contractual. Pero así mismo en esta área se encuentran hipótesis de contratos estipulados entre sujetos de fuerza económica homogénea, o bien contratos por medio de los que se pretende dictar por así decirlo, leyes sobre el mercado –piénsese, por ejemplo, en un acuerdo que prohíbe la competencia.

Resulta muy evidente que también desde la perspectiva de la relevancia de la voluntad de los contratantes, cualquier intento de entender de forma idéntica todas estas hipótesis conllevaría el riesgo de tergiversar gravemente la realidad.

Por lo tanto la imagen de una complejidad extraordinaria –y por lo tanto de una dificultad de análisis igualmente extraordinaria– que la realidad socio-económica parece ofrecer al estudioso encuentra plena confirmación también en un recorrido de reflexión sobre el derecho europeo de los contratos de empresa e induce a buscar una especie de hilo de Ariadna en la organización de la materia.

Esto parece poderse resolver precisamente alrededor de la reflexión (que sin embargo, de acuerdo con lo que se ha indicado hasta el momento, parecería configurarse incluso como una provocación) sobre las perspectivas de una recuperación del momento de la voluntad en los contratos de empresa, bien sea que estos se configuren como unilateralmente comerciales o que se presenten por el contrario como bilateralmente comerciales.

III. VOLUNTAD DE LAS PARTES Y CONTROL EN LOS CONTRATOS UNILATERALMENTE COMERCIALES: LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS UNILATERALMENTE COMERCIALES

Desde el punto de vista de una de las investigaciones más profundas sobre el tema de la interpretación de los contratos del consumidor, sin duda parece confirmarse la conclusión en el sentido de una especie de incomunicabilidad entre los contratos unilateralmente comerciales y las técnicas de interpretación encaminadas a reconstruir el acuerdo de los contratantes por medio del escrutinio de una común intención ya evaporada.

En efecto, se ha señalado desde esta perspectiva que “el fenómeno de los contratos estándar determina el declive del acuerdo ‘como resultado discursivo y cognitivo, que media los puntos de vista de las partes y resuelve en unidad su discordia dualidad’”, de modo que “una subjetividad ambigua y mutable del diálogo se suprime en nombre de una funcionalidad objetiva y que despersonaliza las relaciones de intercambio”.

La incidencia de esta “fisonomía mutada de las relaciones contractuales” se percibiría inmediatamente en el plano de la actividad interpretativa, siendo “la adhesión al contrato [...] un ‘contratar sin contratar’, vincularse –sin haber discutido– a un reglamento predispuesto, determinado con anterioridad por otros” y por lo tanto “estipular sin haber instaurado ninguna relación de diálogo precedente”: con el corolario de la desaparición de la fase de las negociaciones y, con ella, de los comportamientos anteriores a la celebración del contrato.

Sin embargo, como observa el mismo autor, en el ámbito de los contratos de adhesión la ardua tarea del intérprete, ardua también por la reducción del material interpretativo, parece encontrar todavía "un espacio en el cual ella se puede llevar a cabo de conformidad con el análisis tradicional del procedimiento hermenéutico en dos fases sucesivas", ya que si bien se ha desvanecido el acuerdo (esto es, el objeto de la interpretación, de acuerdo con el planteamiento asumido por la doctrina que se ahora se examina), se podría todavía identificar "una común intención, entendida como coparticipación a una finalidad, como congruencia entre las decisiones unilaterales de efectuar el intercambio, de alcanzar ese resultado en conjunto traducido y articulado en las cláusulas contractuales: la supervivencia de la palabra, si bien escrita con anterioridad (preformulada) y no conjuntamente (contratada) permite al intérprete indagar el contenido teórico por medio de los comportamientos de las partes posteriores a la celebración del contrato". Y entonces, "al desaparecer los comportamientos 'anteriores', los 'posteriores' conservan su valor de comportamientos ejecutivos, sin confundirse con los constitutivos del contrato".

Por el contrario, en el caso de los contratos celebrados en los grandes almacenes no le estaría "permitido al intérprete inferir ningún significado de diálogo, ninguna concordancia de decisiones a partir del comportamiento de quien vende y de quien compra", ya que "el acto de exponer y el acto de escoger no se combinan en un acuerdo sino sólo en una correspondencia exterior, en el incidir objetivo sobre la mercancía misma".

Entonces, para el intérprete y para los cánones de interpretación sería verdaderamente difícil conservar su función hermenéutica tradicional en relación con los contratos celebrados en grandes almacenes: el problema así no sería establecer si es aplicable el método de interpretación subjetiva o sólo el de interpretación objetiva, sino "si tales contratos (y se debería averiguar si aún se puede hablar de contratos) son o no susceptibles de interpretación ('subjetiva' u 'objetiva') o bien si respecto a ellos exista solamente la posibilidad (y la necesidad) de una mera verificación histórica de su ocurrencia". Y un discurso análogo también se impondría con referencia a los intercambios telemáticos en los cuales "la palabra escrita en la pantalla y la interacción" lejos de determinar "un regreso al hablar y a su valor teórico y de diálogo" se delinearían como "un procedimiento que se vale de la lengua con simples finalidades descriptivas y que bien podría sustituirla con íconos o símbolos completamente convencionales".

A. Sin embargo, no parece posible negar en la contratación estándar la existencia de una común intención o de un acuerdo.

En realidad, como ha sido señalado desde hace mucho tiempo, también en los contratos estándar es posible encontrar ese comportamiento de adherir, que precisamente constituye el presupuesto mínimo esencial pero también suficiente para configurar el acuerdo.

En efecto, el texto contractual, aun cuando se predisponga en términos generales y uniformes y en ausencia de una fase de negociaciones entre las partes, está sometido a una manifestación de voluntad de la otra parte, quien está llamada a decidir si hacerlo vinculante o no: desde este punto de vista la situación en realidad no es muy diferente de la que se presenta en la secuencia ordinaria de propuesta-aceptación; en ésta, el hecho de la prefiguración integral de la hipótesis de programa contractual en la propuesta de uno de los contratantes, y la simple adhesión del otro contratante a dicha hipótesis, ciertamente no han sino nunca considerados como excluyentes de la posibilidad de configurar un acuerdo.

Por lo tanto no se trata de restarle valor al papel del acuerdo en la contratación estándar sino de ser conscientes de que a menudo también en la contratación individual el acuerdo se presenta en el plano de la adhesión a un programa de reglamentación de una relación cuyos contenidos ya han sido definidos en todos y cada uno de sus componentes por parte de quien pone en marcha el procedimiento de formación del contrato: desde esta perspectiva la contraposición entre contratación individual y contratación estándar parece mucho más el fruto de la mitificación del significado del acuerdo en la contratación individual que el punto de emersión de una diferencia real entre una y otra técnica de contratación.

B. Por otro lado, la afirmación según la cual en la contratación estándar la ausencia de la fase de las negociaciones excluiría los comportamientos anteriores a la celebración del contrato, en el ámbito del reconocimiento de la común intención, no puede ser compartida si se entiende de forma absoluta, pues, por el contrario, esa tipología de comportamientos bien puede ser utilizada para reconstruir el ámbito de los riesgos, costos o ventajas que las partes han pretendido soportar o han querido satisfacer, naturalmente siempre que se trate de comportamientos de una parte que son conocidos o conocibles por la otra y, por lo tanto, que permitan seleccionar entre los diversos significados atribuibles al contrato estándar aquél sobre el cual podía ser puesta una confianza razonable.

En efecto, se pueden imaginar comportamientos que si bien no están comprendidos en el ciclo de las negociaciones propiamente dichas, están en grado de "comunicar un sentido" en relación con la estructura que los contratantes han querido dar a la regla contractual: tómesese en consideración, por ejemplo, el comportamiento previo a la celebración del contrato del consumidor de un contrato estándar de servicios de inversión, a partir del cual sea posible deducir sus propensiones de inversión, bien sea en el sentido de una mayor o menor prudencia, o de una tendencia hacia el riesgo. Cuando dicho comportamiento precontractual sea conocido por el profesional—como sucede normalmente en el caso en el que el mismo comportamiento hubiera sido tenido en el ámbito de otras relaciones contractuales entre las mismas partes— no cabe duda de que se le puede atribuir la función de orientar el sentido del contrato en una mayor medida de conformidad con la propensión de inversión que haya sido manifestada antes por el cliente; aún

más: la disciplina reglamentaria del sector de la intermediación financiera eleva al rango de verdadera regla de conducta puesta en cabeza del intermediario la expresada por medio de la fórmula *know your customer rule* en donde precisamente el conocimiento del cliente además de delimitar el ámbito de los servicios de inversión susceptibles de ser ofrecidos, termina por orientar en un sentido o en otro la interpretación del contrato.

Entonces, como ya habíamos tenido la oportunidad de argumentarlo algunos años atrás, puede considerarse que la interpretación de los contratos estándar, más que dar origen a incertidumbres sobre la posibilidad de aplicación a estos (y, específicamente, a los contratos del consumidor que precisamente asuman la configuración de contratos estándar) de cuestiones clásicas de nuestra materia, parece abrir el camino a una nueva reflexión en términos de actualidad inesperada de dichas cuestiones: es el caso de las relaciones entre el tenor literal y la común intención de los contratantes y la de la relevancia del conjunto de las circunstancias dentro de las cuales la operación contractual se encuadra.

Para un análisis más completo de esta línea argumentativa se remite a las observaciones que en su momento se propusieron; aquí se puede mencionar de forma sintética que ya la regla de interpretación literal, en la medida en que impone el rechazo a reconstrucciones del alcance de la cláusula ajenas a las deducibles de la aplicación de los códigos lingüísticos ordinarios, está en grado de suministrar una protección eficaz frente a las extensiones del alcance de una regla más allá del horizonte preceptivo que por medio de ella se tuvo en mente: por lo tanto, puede ofrecer un primer nivel de protección al consumidor en caso de que el profesional intente extender indebidamente el ámbito de los efectos de la cláusula objeto de interpretación.

Por otra parte, el encuadramiento del contrato en el contexto de las circunstancias en las cuales ha sido celebrado no sólo puede ser relevante para el desarrollo del juicio de vejatoriedad (por lo demás, de conformidad con lo que se deduce de la disposición del artículo 1469-ter inciso 1.º C. C.⁵), sino que puede orientar la investigación con el fin de adoptar un interés específico del consumidor en el ámbito de los intereses protegidos en el contrato: para dar un ejemplo en este sentido, se puede tomar en consideración la hipótesis de un contrato que si bien está fundado en las cláusulas de una reglamentación estandarizada, se celebra en circunstancias de modo y tiempo que hacen evidente que el consumidor buscaba satisfacer por medio de aquél un interés particular, aun cuando este no haya

5 N. del T. Esta norma en la actualidad se encuentra en el decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005 (denominado "Código del Consumo"), artículo 34, en los siguientes términos: "Verificación de la vejatoriedad de las cláusulas. 1. La vejatoriedad de una cláusula se valorará teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato y haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las demás cláusulas del contrato mismo o de otro conexo o del cual dependa".

sido mencionado expresamente en las cláusulas del contrato. Y en este sentido, algunos años atrás tuvimos la oportunidad de recordar el caso jurisprudencial del subscriptor a una temporada de partidos de un equipo de fútbol, quien había estipulado el contrato en el momento en que el presidente del equipo había declarado públicamente que un jugador particularmente talentoso no era cedible, pero que luego en realidad fue cedido de improviso.

C. Por lo demás, la idea de que la interpretación tampoco resulta ajena al problema de la tutela del contratante que adhiere parece encontrar una confirmación adicional en la previsión normativa a la luz de la cual la cláusula con la que el profesional se reserve en vía exclusiva el derecho a interpretar cualquier cláusula del contrato, es considerada vejatoria –hasta prueba en contrario– por el artículo 1469 bis, num. 14^{6**}.

En efecto, al atribuirse el poder de interpretar la cláusula, el profesional logra seleccionar el significado más favorable con una frustración evidente de la finalidad perseguida por el canon hermenéutico del artículo 1469-*quater*, inc. 2^{o7*}.

En fin, esto no podría ser de otro modo, dado que el procedimiento hermenéutico es el momento en el cual el precepto dictado por la autonomía privada entra por primera vez en contacto con el ordenamiento, expresando la peculiar exigencia reguladora prevista por las partes.

D. Si bien los contratos celebrados en los grandes almacenes así como los contratos estipulados por vía telemática pueden dar a simple vista la imagen que se mencionaba hace poco, de actos en los cuales sólo se trata de verificar su mera ocurrencia “histórica”, si se observan con mayor detenimiento, tampoco resultan en absoluto ajenos a las técnicas propias del procedimiento interpretativo: de nuevo, son precisamente las circunstancias del contrato, el complejo de las situaciones y de los elementos de la realidad socioeconómica en la cual se encuadra, los que sobre todo entran en juego desde esta perspectiva.

En otras palabras, la misma elección de la mercancía que está en los mostradores del supermercado, que ciertamente constituye un gesto en sí mismo completamente mudo, en realidad puede asumir una coloración peculiar si se encuadra, por ejemplo, en un contexto de imágenes idóneas para generar –de conformidad con la razonabilidad– confianza en un cierto significado del contrato.

6 N. del T. Esta norma en la actualidad se encuentra en el decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005 (denominado “Código del Consumo”), artículo 33, inc. 2º, p, en los siguientes términos: “Se presumen vejatorias hasta prueba en contrario las cláusulas que tienen por objeto, o por defecto: [...] p) reservar al profesional el poder de verificar la conformidad del bien vendido o del servicio prestado a lo previsto en el contrato o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cláusula cualquiera del contrato [...]”.

7 N. del T. Esta norma en la actualidad se encuentra en el decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005 (denominado “Código del Consumo”), artículo 35, en los siguientes términos: “Forma e interpretación. [...] 2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalece la interpretación más favorable al consumidor”.

Una situación idéntica se registra en el ámbito de los contratos celebrados por vía telemática. Es más, de acuerdo con lo que habíamos podido sostener algunos años atrás, se podría plantear la hipótesis de que la técnica de los reenvíos hipertextuales que es característica de la red, así como la apertura de una serie de íconos o de imágenes en la *home page* de un sitio que desarrolle actividades de cesión *on line* de bienes o servicios, cree espacios nuevos e inesperados para una investigación que se proponga valorizar las "circunstancias" en las cuales se celebró el contrato, con el fin de individualizar exactamente el conjunto de intereses, de riesgos y de costos que las partes han pretendido realizar.

Por ejemplo, sería difícil negar –para proponer un ejemplo moldeado con base en uno de los célebres *coronation cases*– que el alquiler de una embarcación estipulado *on line* para el día y en el lugar de la partida de una regata de la *America's Cup* tenga su propia "base negocial" en la posibilidad de asistir a la regata, en caso de que la *home page* del sitio de la empresa de alquiler contuviera una "ventana" o un icono con las imágenes de esa competición deportiva, de modo que se justifique la conclusión de que el usuario de la embarcación hubiera puesto la confianza en dicha circunstancia.

En otras palabras, también una de las construcciones más tradicionales y "cultas" de la doctrina civilista –la de la presuposición– ciertamente no resulta ni muda ni desenfocada, ni siquiera en el ámbito de la realidad virtual de la red y de los procedimientos completamente programados de manifestación del consentimiento contractual que las operaciones económicas telemáticas parecen prefigurar de forma necesaria.

IV. VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

Si la categoría de los contratos unilateralmente comerciales de los consumidores ha permitido revelar puntos de emersión de una posible relevancia de la voluntad de los contratantes que las primeras (y superficiales) consideraciones introductorias ciertamente no habían permitido revelar, quizás todavía más sugestivas son las indicaciones deducibles del modelo (que ya es cultural, aunque no sea, y quizás nunca lo será, normativo) de los principios de derecho europeo de los contratos.

En efecto, y como ha sido afirmado en su momento, estos principios nos presentan un contrato reducido a su esencia y, por lo tanto, ya moldeado como libertad objetivada de las partes: ciertamente, esta reducción del contrato a su esencia, este convertir al contrato prácticamente en un hueso de sepia, como ha sido afirmado con una imagen muy atinada, nace de la exigencia de depurarlo de todo lo que siendo heteronomía corra el riesgo de complicarlo en una medida excesiva en el ámbito de los ordenamientos nacionales particulares; pero igualmente es cierto que la definición minimalista o esencial del contrato presentada de ese modo conlleva también una recuperación de participación, de centralidad del momento de la voluntad de las partes.

A este respecto es muy bien conocida la definición de contrato que se deduce, si bien indirectamente, del artículo 2:201 de los principios, en donde se proclama que el contrato se entiende celebrado cuando a. las partes han manifestado la voluntad de vincularse jurídicamente; b. han alcanzado un acuerdo suficiente: y sin querer ni poder aquí siquiera tocar superficialmente las ideas que nacen, al menos aparentemente, de esta reafirmación del principio del valor vinculante del nudo consentimiento, no se puede negar que, en estas circunstancias, la recuperación de la centralidad de la voluntad de los contratantes viene a caracterizar el modelo de contrato que emerge como fundamental en las perspectivas del derecho europeo.

Sin embargo, como también ha sido afirmado atinadamente, mientras más se quiera reducir el contrato a su esencia, a la que nos referíamos antes como la libertad objetivada de las partes, más debe ser llevada hasta el fondo la lógica que le es intrínseca, que resulta de lo que las partes se han declarado recíprocamente y debe ser transpuesta en todos los perfiles en los cuales el contrato se ramifica en la realidad.

Aquí se cruza el discurso relativo a la buena fe y por lo tanto aquí parecería deberse cerrar una reflexión que, como la aquí expuesta, está precisamente dedicada a la voluntad de los contratantes; pero la función particular que, en nuestro parecer, asume la buena fe en el ámbito del derecho europeo de los contratos, permite detenerse brevemente en ella también a quien se deba aventurar con el problema de la voluntad de los contratantes.

Ha sido escrito que la buena fe entra en consideración también en este caso como criterio de interpretación e integración del contrato, operando en un primer plano con el fin de determinar lo que las partes pueden haberse querido decir efectivamente atendiendo a las circunstancias y a la relación específica a la que han dado vida, mientras que la finalidad de la integración es agregar lo que resulta necesario para desarrollar el contrato en una circunstancia concreta no prevista, ni regulada, respetando también en dicho aspecto el mismo equilibrio alcanzado por las partes en relación con los aspectos que han podido regular expresamente.

Así, en el primer sentido, el artículo 5:102 oportunamente combina la buena fe y la corrección en la interpretación con las que allí son definidas como circunstancias relevantes; en el segundo sentido es extremadamente significativo el artículo 6:102 que prevé la forma de hacer explícitas las cláusulas implícitas no sólo haciendo referencia a la intención de las partes y a la naturaleza del contrato, sino también a la buena fe y a la corrección. Por lo tanto, y como también ha sido afirmado, mediante la proyección de la estructura de intereses prevista por las partes sobre la situación que se trata de regular, la buena fe hace explícito lo que no quedó expresado en lo querido por las partes, pero que sin embargo debe considerarse armónico con el equilibrio logrado en las cláusulas sobre las cuales las partes se han acordado.

V. CONCLUSIONES: POR UN VOLUNTARISMO BIEN ATEMPERADO

Detenerse en el significado del canon de la buena fe en la disciplina del derecho europeo de los contratos implicaría exceder el tema que nos ha sido asignado: pero en verdad parece que se puede concluir que la disciplina del derecho europeo de los contratos ofrece la imagen de una recuperación de la centralidad de la voluntad de los contratantes que constituye una perspectiva cultural de gran interés.

No se trata ciertamente de exhumar de nuevo modelos voluntaristas que permanecen definitivamente en el pasado; pero quizás –y para parafrasear una expresión ya utilizada a propósito del modo de producción capitalista– un voluntarismo bien atemperado (bien atemperado por la buena fe y por su capacidad para hacer emerger lo que hay de racional, debe haber de racional, en lo que realmente han querido las partes) en verdad puede ser el hilo de Ariadna que buscábamos en el laberinto de una realidad económica y normativa que de otro modo corre el riesgo de volverse verdaderamente demasiado difícil para ser comprendida.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Limitando las citas a los escritos que han constituido el punto de referencia más directo del discurso desarrollado en esta sede y que son citados, algunas veces de forma textual, a lo largo del escrito, se deben ante todo mencionar: N. IRTI, *Testo e contesto*, Padua, 1996; ÍD., "Principi e problemi d'interpretazione contrattuale", en *Riv. trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, 1139 ss.; en el ámbito de las indicaciones metodológicas y de mérito de este último autor, S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milán, 2000.

Desde el punto de vista de la diversificación de los criterios de interpretación, en relación con la peculiaridad de la manifestación de autonomía privada objeto de la actividad hermenéutica, merece ser recordado la contribución de A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milán, 2002.

También deben mencionarse, desde la perspectiva de una reflexión sobre temas de interpretación de los contratos del consumidor, las contribuciones de V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" (La novella al codice civile)*, Nápoles, 1997; F. DI GIOVANNI, "La regola di trasparenza", en *I contratti dei consumatori*, editado por E. GABRIELLI y E. MINERVINI, Turín, 2005.

En la literatura reciente, la única monografía dedicada específicamente a la interpretación del contrato comercial es la de A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Nápoles, 1999.

Las indicaciones de nuestros escritos precedentes que nos hemos permitido introducir en el discurso son: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padua, 1992; "Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori", en *Riv. dir. Comm.*, 1997, 974 ss.; "L'adempimento dell'operazione economica telematica tra realtà virtuale ed interesse dei contraenti", en *Trattato di*

diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, dirigido por F. GALGANO, vol. XXVII, Padua, 2002, 153-162.

Las pautas de reflexión sobre el tema desde el punto de vista del denominado derecho europeo de los contratos son tomados en esencia de la obra de C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa – Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milán, 2001, XXVI; C. CASTRONOVO, "Autonomia privata e costituzione europea", en *Europa e dir. priv.*, 2005, 29 y ss.