

Contexto y construcción de la regla “*interpretatio contra proferentem*” en la tradición romanista*

Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual

JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS

SUMARIO: I. Introducción. - II. Desarrollo histórico de la regla: el derecho romano. Origen y significado. Decaimiento de la regla y generalización de un principio de favorecimiento al deudor en época posclásica y justiniana (el *quod minus, favor debitoris*). - III. Sigue: Algunas anotaciones sobre el desarrollo de la regla en el medioevo hasta la época de las primeras codificaciones europeas, en particular el Code Civil francés. - IV. Algunas experiencias en el ámbito comunitario europeo: A. El caso alemán. Inexistencia originaria de una norma específica en el BGB. El uso de la regla por parte de la jurisprudencia. Su inclusión como Unklarheitenregel en la ley sobre condiciones generales de contratación (AGBG). La reforma al derecho de las obligaciones del 2002 y la suerte de la Unklarheitenregel. Relación con otros mecanismos de protección. B. El caso italiano. La inclusión en el Codice Civile italiano de 1942 de normas específicas en materia de condiciones generales de contratación. La ubicación del art. 1370 en el sistema jerárquico de criterios de interpretación. Una nueva versión de la regla: el art. 1469-quater y la interpretación a favor del consumidor. Diferencias entre el art. 1370 y el art. 1469-quater. - V. La regla en el derecho colombiano con particular atención a la jurisprudencia. - VI. Significado actual de la *interpretatio contra proferentem*. - VII. Reflexión conclusiva: la *interpretatio contra proferentem* y el derecho contractual contemporáneo.

* El autor ha elaborado este escrito durante su estancia en Hamburgo, motivo por el cual desea agradecer el apoyo de la Universidad Externado de Colombia, en cabeza del prof. FERNANDO HINESTROSA, así como al prof. R. ZIMMERMANN quien le ha facilitado el acceso al Max Planck Institut durante su estadía en esa ciudad.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una regla de interpretación arraigada en tiempos lejanos y conservada en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos y europeos, así como en el *common law*¹, cuando se esté ante la ambigüedad de una cláusula que no haya podido ser superada con los demás cánones de interpretación y cuando, adicionalmente, la cláusula haya sido dictada por una de las partes (o una de las partes se haya valido de un formulario facilitado por un tercero), dicha ambigüedad debería resolverse en contra de la persona que ha dictado la cláusula o se ha valido del formulario del tercero: esta es la formulación básica y tradicional de la regla denominada *interpretatio contra proferentem*. A esta se ha sumado en época reciente una nueva formulación mucho más contundente: las ambigüedades deben ser resueltas a favor del consumidor.

Dicha máxima que encuentra sus orígenes en el derecho romano, ha sufrido transformaciones tanto de forma como de contenido, dependiendo de las necesidades que de tiempo en tiempo se planteaban alrededor de ella. Indudablemente la regla *interpretatio contra proferentem* tuvo su momento de gloria, particularmente en el viejo continente, con el advenimiento de la técnica de las condiciones generales del contrato y, en particular, con la posterior difusión de dicha técnica como respuesta a la nueva realidad de la contratación en “masa” a lo largo del siglo XX². En efecto, la rapidez con la que irrumpió este nuevo esquema de contratación contrastó con la escasez de instrumentos jurídicos

- 1 Así, por ejemplo, la *contra proferentem rule* también ha encontrado aplicación en los Estados Unidos en donde se considera más una regla de *construction* del contrato que de *interpretation*. Esto porque “ayuda a determinar el efecto jurídico del lenguaje independientemente del significado que las partes le hubieran podido asignar”. Por otra parte, si bien ha sido aplicada especialmente a los *standard form contracts*, se reconoce que “la regla no se limita a tales casos y puede ser invocada incluso si las partes cuentan con igual poder de negociación”, A. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto, 1982, 498 y ss. En contra de los efectos de la regla parece estar el análisis económico del derecho, cuyos estudios propenderían por un uso muy restringido de la misma por ser considerada “ineficiente”. Sobre los argumentos esgrimidos por este movimiento se reenvía a *infra* nt. 124. Asimismo, en el derecho inglés, de forma similar a lo ocurrido en ámbito continental como se expondrá a lo largo del escrito, antes de 1970 poco se permitía el control o límite de cláusulas en los contratos *standard*, motivo por el cual los jueces trataban de ofrecer soluciones por medio de figuras como la prohibición del contrato ilícito o del dolo, el recurso a las cláusulas implícitas (*implied terms*) o la aplicación de la regla de interpretación desfavorable al autor de la cláusula (*contra proferentem rule*). La situación habría cambiado con la expedición del *Unfair Contract Terms Act* de 1977, al respecto ver G. ALPA, *Il modello dell'Unfair Contract Terms Act, 1977*, en M. BIANCA (ed.), *Le condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, en particular, 239 y s.; H. G. LESER, *L'évolution du contrat en droit allemand avec un bref aperçu du droit Anglais en L'évolution contemporaine du droit des Contrats*, Paris, 1986, 94.
- 2 G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, 182; K. ZWEIGERT Y H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, trad. it., Milano, 1995, 14 y s.; R. ZIMMERMANN, *Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimp., 2006, 649.

ofrecidos por el derecho para afrontarla y, en especial, para contrarrestar los inevitables abusos que derivaban de la determinación unilateral del contenido del contrato. Ante este panorama la regla *contra proferentem*, que gozaba de una fuerte tradición, se presentó en varias experiencias jurídicas como la tabla de salvación por medio de la cual los jueces podían hacer frente a la nueva realidad³.

Este, sin embargo, fue solo un recurso de emergencia pues, como se expone más adelante, la estructura de la regla era insuficiente para responder a dicha función. Así, a medida que se fueron perfeccionando mecanismos idóneos para controlar el contenido contractual unilateralmente establecido, la regla *contra proferentem* fue recuperando su dimensión originaria como criterio interpretativo que ciertamente es expresión de un principio (*favor debitoris*) o que obedece a motivos de política del derecho, pero que no es apto para resolver todas las situaciones de desequilibrio que se presentan en la contratación contemporánea de masa.

En la actualidad, la regla sigue siendo conservada en las codificaciones y, en particular, ha sido introducida en las reformas o en la legislación especial que tienen por objeto la protección de los consumidores, tema que por lo demás presenta visos de actualidad como consecuencia de la consolidación de la ideología del *consumerism*⁴. Sin embargo, la regla continúa sufriendo cambios relevantes, especialmente desde que en las legislaciones más avanzadas sobre condiciones generales de contratación y en las más recientes en tema de derecho del consumidor han sido incluidos mecanismos de control judicial sustan-

3 Ver *infra*, IV, a).

4 G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2006, 4, quien expone el movimiento del *consumerism* surgido en Estados Unidos (como conciencia del consumidor) en los siguientes términos: “...el individuo que actuando en el ámbito de un ordenamiento jurídico, toma conciencia de su función, de sus propios intereses y finalmente de sus propias expectativas” a lo cual se suma “la acción de grupos y de asociaciones, dando lugar a un tipo de movimiento” que es el denominado *consumerism*. En todo caso se ha precisado que no es posible hablar de *consumidor* como “categoría” o como un nuevo estatus por carecer dicho concepto “del núcleo indispensable de organización” además de faltar el “elemento material del status que es la ‘posición del sujeto en el ámbito de una colectividad’ precisamente, organizada”. En este sentido se ha precisado que el derecho “no da relevancia a los grupos sino que, por medio de la *formalización* de su definición, da relevancia a algunas *cualidades* propias de la persona física individualmente considerada”. Así, G.B. FERRI, *La “cultura” del contratto e le strutture del mercato*, en *Riv. dir. comm.*, 95, 1997, 855 y s. También ha sido advertido como a diferencia del derecho laboral o comercial, “la característica de consumidor se funda y se agota en cada negocio jurídico”, siendo “la observancia de la ‘figura auxiliar’ del consumidor [...] testimonio de la transposición de una exigencia de política del derecho en un concepto jurídico”. En fin, se acepta que “la equiparación entre el rol y la necesidad de protección se ha demostrado inadecuada para afrontar las crecientes situaciones de desequilibrio”, así T. DUVE, en M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (eds.) *Historisch-Kritischer Kommentar (HKR) zum BGB*, I, parte general, 2003, 227, n.ºs 79 y ss.

cial sobre el contenido del contrato⁵ (p. ej. listas “negras” o “grises” de cláusulas consideradas abusivas, cláusula general de la buena fe, principio de transparencia) con los que la regla *interpretatio contra proferentem* debe ser armonizada. Dichos cambios, que pueden tomarse como un leve indicio de ciertas tendencias en materia contractual, serán el objeto de la exposición y servirán como base para intentar dar respuesta a algunos interrogantes: ¿Cuál es la verdadera función de la regla *interpretatio contra proferentem*? ¿Cuál o cuáles sus fundamentos? ¿Cuáles son los presupuestos para su aplicación? ¿Opera de la misma forma en todos los casos? Ya se señaló cuál es su planteamiento básico. Ahora intentaremos encontrar las respuestas, apoyándonos en algunos aspectos históricos de la regla y confrontando su suerte en dos experiencias jurídicas particulares, la alemana y la italiana, que pueden ofrecer elementos interesantes para aclarar su contenido y el impacto que su uso puede tener en el derecho contractual.

Se considera que el análisis propuesto puede resultar especialmente fructífero para una realidad como aquella latinoamericana y, en particular, para la experiencia jurídica colombiana, la cual, por una parte, no cuenta con una regulación de las condiciones generales de contratación, un fenómeno difuso y relevante tanto desde un punto de vista económico como jurídico, y por otra, una realidad en la cual tampoco se han implementado mecanismos judiciales de protección concretos dentro de la disciplina de los contratos con el consumidor, debiendo la jurisprudencia afrontar la cuestión mediante los criterios de hermenéutica contractual y el recurso a postulados generales como

5 A lo largo de este escrito se hará referencia a “mecanismos de control sobre el contenido del contrato” para indicar los mecanismos judiciales en contraposición a aquellos administrativos (como, p. ej. la revisión previa de formularios destinados a ser utilizados en contrataciones masivas con personas indeterminadas) también consagrados en algunas experiencias jurídicas. Sobre estos últimos han sido señalados algunos peligros: “El primero es que los órganos administrativos sean influenciados por las presiones provenientes de las empresas o [...] que las medidas de los órganos administrativos públicos sean el resultado de acuerdos realizados entre el gobierno y las empresas, en los cuales estas últimas asumen los costos visibles y obtienen a cambio ventajas no visibles. Dado que los consumidores y los electores en líneas generales conforman el mismo grupo humano, la comprobada ceguera de los primeros significa una invisibilidad política del problema a los ojos de los segundos. Si los electores no prestan atención a los riesgos que asumen como consumidores sino que concentran su propia atención en otros factores, como el nivel de los precios, las contribuciones a la seguridad social para los trabajadores o la tutela del ambiente, es ingenuo preguntarse cuáles valores serán promovidos y cuáles serán sacrificados en las negociaciones entre gobierno y empresas. El segundo peligro relacionado con el sistema de control administrativo es que la intervención de un poder administrativo provoque la parálisis del poder judicial...”, A. GAMBARO, *Perché si vessa il cliente. Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali* en G. ALPA, P. L. CHIASSONI, et ál. (eds.), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998.

la prohibición del abuso del derecho⁶, de forma similar a como lo tuvo que hacer, por ejemplo, la jurisprudencia alemana hasta la primera mitad de los años setenta en el siglo XX con base en el concepto de buenas costumbres (*gute Sitten*) y en el principio de la buena fe (*Treu und Glauben*)⁷.

La exposición partirá entonces de la individualización de algunos aspectos históricos de la regla en el derecho romano y en el derecho medieval que serán útiles para comprender la razón de ser de su redacción en las principales codificaciones europeas y latinoamericanas (II y III), teniendo en cuenta que “no estaremos en capacidad de conocer nuestra situación jurídica actual si no adoptamos una perspectiva histórica”, pues las codificaciones son resultado y, ante todo, “parte de una tradición jurídica continua”⁸. A continuación se analizarán los casos específicos de Alemania e Italia, los cuales han acumulado una rica experiencia en el tema de control de las condiciones generales de contratación y, en particular, del encuadramiento de la regla *contra proferentem* dentro de dicho fenómeno (IV); se expondrá luego la situación en la experiencia colombiana prestando especial atención a algunos casos jurisprudenciales particulares (V) y, de los resultados que se obtendrán de estos análisis se concluirá, en primer lugar, dando respuesta a los interrogantes propuestos (VI), y finalmente, haciendo una breve reflexión sobre el significado de los nuevos desarrollos de la regla en el derecho contractual contemporáneo y las perspectivas para el futuro (VII).

II. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA REGLA: EL DERECHO ROMANO

Los orígenes de la regla, que habría sido heredada del derecho sacro (*ius sacrum*)⁹, en el derecho privado se encuentran ligados a la formalidad característica de

6 En este aspecto nos hemos apoyado en la rica obra de E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, 2.^ª ed., 2004.

7 Ver infra IV, a).

8 Son palabras de R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, 101. El autor hace hincapié en una profunda reflexión de F. C. V. SAVIGNY, para quien “cada época crea su propio mundo jurídico, no para sí mismo y arbitrariamente sino en una comunidad indisoluble con la totalidad del pasado” (citado p. 12). Puesto que, como afirmó F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. it., I, Milano, 1980, 54, “cada encuentro que la historia realiza implica necesariamente una tergiversación (que sigue siendo tal aún si se le debe reconocer su fecundidad histórica). Para un estudio coherente de la supervivencia de elementos antiguos en el contexto más reciente puede ser de gran ayuda aprender a distinguir las tergiversaciones dogmáticas y autoritarias de aquellas que en cambio están dotadas de una propia vitalidad histórica”.

9 H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, en *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser*, 1986, 76 y ss., según el cual en el *ius sacrum* del derecho romano la ambigüedad se interpretaba de la forma más favorable a la divinidad y, por ende, en contra de aquel que pronunciaba las palabras sacras, debido al ligamen mágico que ellas conllevaban. Por este motivo, considera el autor que

la *stipulatio* romana. En efecto, esta se caracterizaba por una estructura formal en la cual el estipulante formulaba una pregunta que determinaba el contenido, mientras que el promitente debía responder afirmativamente con el mismo verbo utilizado por el estipulante (p. ej. *¿Promittis? Promitto*), aceptando íntegramente las condiciones del negocio establecidas en la pregunta y, en consecuencia, sin posibilidad alguna de introducir cambios o de imponer nuevas condiciones¹⁰. En este escenario, la jurisprudencia romana consideró que “cuando en una estipulación se duda de cuál sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra quien estipula” (D. 34, 5, 26)¹¹.

Si bien la regla en el derecho privado romano inicialmente se desarrolló dentro de la estructura formal de la *stipulatio*, su aplicación se extendió posteriormente a contratos como la compraventa (*emptio venditio*) y el arrendamiento (*locatio conductio*), es decir, que se perfeccionaban por el simple consentimiento. La extensión a estos últimos habría ocurrido en época republicana (s. III a. C.) cuando se recurría a un mecanismo de formación análogo al de la *stipulatio* en virtud del cual también habría correspondido al vendedor o al arrendador la formulación de los pactos adicionales (*leges venditionis* o *leges locationis* según el caso) que se incorporaban en dichos contratos¹², derivándose de allí la aplicación del principio en la forma de *ambiguitas contra venditorem* y *contra locatorem*: “Parece bien a los antiguos, que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor y al que arrendó en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley [del contrato]” (D. 2, 14, 39)¹³.

el origen de la regla no se debe buscar en el advenimiento de la retórica griega en el mundo romano pues, por el contrario, ella impulsó el debilitamiento de la formalidad y la acentuación del recurso al denominado *id quod actum* (lo que las partes hubieran ‘actuado’) lo que conllevó a que la regla de la *ambiguitas contra stipulatorem* perdiera su utilidad práctica. En este mismo sentido R. ZIMMERMANN, *Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimpr., 2006, 640.

- 10 Otras características de la *stipulatio* formal, la cual se mantuvo al menos durante gran parte de la época clásica, son: la presencia obligatoria de ambas partes y el deber de sucesión temporal inmediata de la pregunta y la respuesta (*unitas actus*). Al respecto ver R. ZIMMERMANN, *Law of obligations* cit., 68.
- 11 La regla en materia de estipulación se encuentra claramente formulada en los mismos términos en otros dos fragmentos: D. 45, 1, 38, 18 y D. 45, 1, 99, pr.
- 12 G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, 1966, 401. Para H. TROJE, “Ambiguitas contra stipulatorem”, en *SDHI*, 27, 1961, 181, sin embargo, la regla en la *stipulatio* y en los contratos consensuales tendría dos raíces completamente diferentes. Mientras que la regla de la *ambiguitas contra stipulatorem* sería una “expresión espiritualizada (*vergeistigter Ausdruck*) del rasgo característico del derecho romano”, el caso de la compraventa, en particular, se remontaría a una “regla artesanal de los *veteres*” que temporalmente correspondería a la época de la compraventa preconensual (163) en la cual el vendedor fijaba las condiciones de la venta por medio de *leges*. Según el autor, esta regla *quo nocet venditori* “en la época clásica ya no era importante, aunque seguía siendo recordada” (181).
- 13 En el mismo sentido D. 18, 1, 21, mientras que en D. 18, 1, 33 se encuentra el único testimonio de aplicación práctica en donde expresamente se hace referencia a la regla en derecho romano:

En todos los casos la regla se encontraba condicionada a la existencia de una ambigüedad y, por lo tanto, se puede considerar que ella era un criterio de interpretación "subsidiario". Sin embargo, ante la ausencia de una rígida jerarquía de criterios interpretativos de los contratos en el derecho romano, esta subsidiariedad debe dimensionarse teniendo en cuenta el carácter casuístico y no dogmático de la jurisprudencia romana¹⁴. En realidad, se debe reconocer que aún hoy existe controversia sobre la verdadera aplicación práctica de la regla. En efecto, se concuerda en que durante la época en la que imperó el formalismo, ella fue utilizada como criterio auxiliar de interpretación tal y como había sido adoptado para el derecho privado¹⁵, mientras que graves dudas se nutren sobre la suerte de la regla en la práctica durante el derecho clásico debido a la decadencia del formalismo y a la flexibilización de la interpretación del contrato¹⁶.

Por otra parte, y como se puede observar en algunos de los fragmentos, el fundamento de la regla en los casos mencionados (*stipulatio*, compraventa y arrendamiento) se encontraba originalmente en el deber de claridad que pesaba en cabeza de quien fijaba el contenido de la *stipulatio* (o del pacto en la compraventa y en el arrendamiento), deber que es explícito cuando se hace referencia a la "potestad [de una parte] de consignar más claramente la ley del contrato" (D. 2, 14, 39) o de "expresarlo [el contrato] con más claridad" (D. 18. 1. 21). En consecuencia, detrás de la regla no había en principio ninguna consideración directa de protección a una parte que se encontrara en una situación de debilidad¹⁷, concentrándose la atención en

"Cuando en un pacto de una venta se haya escrito así: 'que los canalones y los estilicidios queden así como ahora están', y no se añade qué canalones o estilicidios, debe mirarse primeramente que se haya tratado, y si no apareciera esto, se entiende entonces lo que perjudica al vendedor, porque la oración es ambigua".

- 14 Es una válida aclaración de DOBBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation im Klassischen Römischen Recht*, Zürich, 1984, 95.
- 15 En este sentido G. GANDOLFI, *studi sull'interpretazione degli atti negoziali* cit., 396 y ss; H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem* cit., 78 y s.
- 16 Mientras que para G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione* cit., 396 y ss, precisamente el carácter subsidiario del principio habría garantizado su operatividad también en el derecho clásico, para H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem* cit., 85 y ss, la decadencia del formalismo y la consolidación del principio del *id quod actum* ("lo que las partes hubieren hecho") como piedra angular en la interpretación contractual, habría llevado a una completa inutilidad de la regla *ambiguitas contra stipulatorem, venditorem, locatorem*. En el mismo sentido R. ZIMMERMANN, *Law of obligations*, cit., 640 para quien debido a la flexibilidad en la determinación del *id quod actum est*, el principio de *ambiguitas contra stipulatorem, venditorem, locatorem* no habría encontrado mucha aplicación en la práctica.
- 17 Sostiene lo contrario C. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteilollen*, II Teil, Frankfurt am Main, 1998, 687, para quien, respecto de la *stipulatio*, aun cuando las fuentes no se refieran explícitamente al contexto económico "eso no significa que la situación de poder entre las

la autorresponsabilidad de quien, pudiendo, no tuvo el debido cuidado de expresarse claramente¹⁸.

Sería con la influencia del cristianismo en el imperio romano hacia el siglo IV d. C., que se acentuaría la consideración especial hacia una parte, como consecuencia de un sentimiento creciente de favorecimiento al deudor adoptado en un derecho impregnado por la ética cristiana de aquella época¹⁹. Además debe tenerse en cuenta que la *stipulatio* había perdido con el tiempo su carácter formal²⁰ y que en los contratos consensuales la centralidad de la *bona fides* y del *id quod actum*, había dejado sin mayor campo de aplicación la regla de interpretación en examen.

En realidad, en este período se hizo recurso a otro criterio, "lo que sea menor" o *quod minus*, el cual fue elevado a principio general en la compilación justiniana²¹. De acuerdo con este criterio, el cual ya encuentra sus raíces en el tópico del derecho clásico "entre lo mayor se debe lo menor" (*in maiore minus*

partes no jugara ningún papel en el pensamiento romano", exigiéndose por el contrario una cierta prudencia frente a la aceptación por parte del promitente, de modo que se buscaría en tal caso una "protección del más débil". La conclusión a la que llega el autor no encuentra sin embargo sustento en las fuentes, lo que lo lleva a basar su afirmación en meras presunciones.

- 18 No se pretende afirmar con esto que un concepto de favorecimiento hacia los débiles no existiera ya en el derecho romano, solo se busca dimensionar el alcance de la regla *ambiguitas contra stipulatorem (venditorem, locatorem)* de acuerdo con el contexto que las fuentes ofrecen. Ciertamente, una idea de *favor libertatis* o *favor debitoris* —expresiones extrañas al derecho romano— estaba insita en el sistema. De ello son prueba por ejemplo los testimonios que hacen referencia a la *benignitas* o a la *humanitas* (v. p. ej., D. 34, 5, 10, 1: "se debe seguir el parecer más humano en las cosas dudosas..." [in *ambiguus rebus humaniorem sententiam sequi oportet...*]). Al respecto cfr. nt. 19.
- 19 B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952, 252 y ss. Sin embargo F. SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford, 1953, 297 y ss., defiende el concepto de *humanitas* como producto original del derecho romano, concepto que se desarrollaría ulteriormente con la influencia de la filosofía greco-romana, a lo que posteriormente se sumaría la tendencia de cristianización del derecho a partir de Constantino. De allí que, como afirma el autor, en algunos casos resulta difícil identificar plenamente cuándo el resultado se debe a la tendencia de humanización del derecho con origen en la filosofía griega y cuando se trata, por ejemplo, de una consideración especial por los débiles como consecuencia de la cristianización del derecho.
- 20 En el año 472 d. C. el emperador León eliminó todas las formalidades en la oralidad de la estipulación (C.8,37,10), al respecto ver R. KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación* en J. ADAME GODDARD (ed.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, 2006, 195 (disponible en el sitio web [http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-69s.pdf]; R. ZIMMERMANN, *Law of obligations* cit., 70 y ss., quien resalta cómo la influencia comercial de las provincias helénicas llevaron a una pérdida de la formalidad oral como consecuencia de la consolidación del uso del documento escrito (aún cuando este solo tenía función probatoria), conllevando una "atrofia" de la estipulación clásica.
- 21 Hace referencia a una "alteración del fundamento" de la regla en el derecho justiniano J. C. MOREIRA ÁLVEZ, *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris do direito romano ao direito Latinoamericano*, en S. SCHIPANI (ed.) *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, Cedam, Roma, 1995, 86.

est)²², en caso de una ambigüedad que no pudiera superarse recurriendo a otros criterios de interpretación, debía optarse por lo que implicara lo menor para el deudor²³. Esta extrapolación y generalización, al igual que la de otros conceptos como *benignitas*, *humanitas* y la misma *fides*²⁴, se hizo asimilándolos a los de *pietas* y al de protección de los débiles, de forma tal que estas expresiones de un *favor debitoris* en época posclásica se reflejaron en materia interpretativa en un criterio subsidiario de favorecimiento al deudor²⁵, adoptando una función que se asemejaba a aquella de la carga de la prueba según la cual la interpretación se hace en contra de quien afirma algo y no lo prueba y no en contra de quien lo refuta²⁶.

En todo caso, como ha sido señalado dentro de la doctrina romanista²⁷, esta consideración de *favor debitoris* o de *benignior interpretatio* incidía en un aspecto material de la relación obligatoria, cuyo resultado solo casualmente podría corresponder al de la *ambiguitas contra stipulatorem* (o *contra venditorem, locatorem*) pues,

22 R. KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación cit.*, 227.

23 D. 50, 17, 9: *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur* ["En las cosas oscuras siempre nos atenemos a lo que es menos"]. Así también se encuentra en D. 50. 17. 34, en donde se indica que solo después de que no se pueda determinar el alcance de la disposición de intereses por las partes ni aún recurriendo a los usos de la región en la cual se concluyó el contrato, subsidiariamente se deberá atender *ad id quod minimum est, redigenda summa est* ["La suma ha de ser reducida al que sea su menor importe"]. El criterio del *quod minus* en derecho clásico estaba ya consolidado al menos en materia de legados y probablemente se había ya también extendido en materia contractual, sobre el cual ver G. GANDOLFI, *studi sull'interpretazione cit.*, 407, quien en relación con la parte final de D.50.17.34 defiende la clasicidad de su redacción. Al respecto también cfr. en D. 45. 1. 109 el principio del *quod minus quodque longius* "lo que fuese menos y lo que fuese más lejano"].

24 Se elevó a regla general en la compilación la *benignitas* en D. 50, 17, 55: *semper in dubiis benigniora praeferrenda sunt* ["En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno"]. También se elevó a regla general el *favor libertatis* en D. 50, 17, 20: *Quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem responderum erit*. ["Siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad se habrá de responder en favor de la libertad"]. En general ver la apreciación de P. STEIN, *Regula iuris. From iurist rules to legal maxims*. Edimburgo, 1966, 119 quien a propósito de la forma de elaboración de las máximas contenidas en el título D. 50, 17 (intitulado "De las diversas reglas del derecho antiguo"), advierte que "Occasionally the compilers were so keen to obtain a neat maxim of dramatic simplicity, that they left it ambiguous as in the case of fr.56..."

25 A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 1, Nápoles, 2001, 349; F. SCHULZ, *Principles of roman law*, Oxford, Clarendon press, 1936, 210.

26 H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem cit.*, 78. En este mismo sentido V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella università di Roma, 1892-1893*, 3ª reimp., Foro italiano, 1933, 841: "La obligación, en realidad, es un estado excepcional de relación jurídica, no es un estado normal... por ello, también ante la duda acerca de la verdadera extensión de la obligación, es necesario interpretarla restrictivamente, es decir, en el modo que menos grava al obligado". Sostiene esta posición al parece no solo respecto del derecho justineano C. BALDUS, *Regelhafte Vetragsauslegung nach Parteirollen cit.*, II Teil, 689.

27 H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem cit.*, 87.

mientras esta última llevaba a tener en cuenta la responsabilidad más severa (para el proponente), de acuerdo con el *favor debitoris* se debía tomar aquella interpretación más benigna (para el deudor).

A pesar de estas vicisitudes, la regla fue conservada en el *Corpus Iuris Civilis* de JUSTINIANO y de allí se habría perpetuado hasta nuestros días, siendo objeto de nuevas interpretaciones con el renovado interés en el estudio de dicho documento en el siglo XI y con el renacimiento de una nueva época para la ciencia jurídica.

III. SIGUE: ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE EL DESARROLLO DE LA REGLA EN EL MEDIOEVO HASTA LA ÉPOCA DE LAS PRIMERAS CODIFICACIONES EUROPEAS, EN PARTICULAR, EL CODE CIVIL FRANCÉS

La nueva época impulsada por el despertar de un nuevo interés en el estudio del *Corpus Iuris Civilis* en el norte de Italia y, en particular, por los estudios que del mismo se adelantaron en la universidad de Bolonia dando vida a la denominada Escuela de los Glosadores²⁸, le proporcionó un nuevo aire a la ciencia jurídica mediante la reinterpretación de los planteamientos que se encontraban en dicha obra, de conformidad con el contexto propio de la época que ciertamente era muy diferente al de las distintas fases del derecho romano²⁹.

Valga la advertencia que, dada la riqueza y complejidad de las elaboraciones que, también en el tema específico de la *ambiguitas contra stipulatorem*, tuvieron lugar a partir de este momento, nos tendremos que limitar a exponer solo algunas de las reflexiones desarrolladas en el amplio arco de tiempo transcurrido hasta el momento en que el contexto jurídico, social, político y económico estuvo maduro para dar a luz el movimiento codificador. Nuestros señalamientos por lo tanto no tienen ninguna pretensión de exhaustividad

28 Muchos fueron los factores que influyeron para un renacimiento jurídico en el siglo XI, entre ellos se pueden mencionar la consolidación del sistema feudal, el gran poder que se concentró en cabeza del Papa que le permitió a su vez promover los estudios jurídicos y, sin lugar a dudas, el éxito que tuvo la enseñanza de Irnerio (o Guarnerius) en la escuela de Bolonia. Para todos ver P. VINOGRADOFF, *Roman Law in the Medieval Europe*, Oxford, 1929, 43 y ss. El mismo autor señala que el nuevo espíritu de los estudios jurídicos se distingue esencialmente por el uso del denominado método escolástico: "el gran instrumento para el avance del aprendizaje en aquella época fue el proceso dialéctico por medio del cual la lógica formal y universal analiza las concepciones y construye silogismos... Los juristas ejercitaron su sutileza dialéctica sobre un material digno de su nombre, es decir, sobre el contenido del *Corpus Iuris*" (56).

29 Los Glosadores dieron un lugar central a las reglas del derecho (*regulae iuris*), "derivando de allí máximas en las cuales se resumía el resultado de determinados fragmentos del Digesto, las así llamadas *brocardica* o *generalia*", ver S. VOGENAUER, §§ 133, 157, *Auslegung* en M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (eds.) *Historisch-Kritischer Kommentar (HKK) zum BGB*, I, parte general, 2003, 566.

—y no podría ser de otro modo— habiéndose tomado en cuenta solo aquellos aspectos sustanciales que han sido considerados relevantes a fin de delinear la regla en examen.

Por una parte, desde un punto de vista meramente formal, la regla *ambiguitas contra stipulatorem* fue ubicada siempre en el último escalón de la cadena interpretativa³⁰ a partir del momento en que, como resultado de la reelaboración de las fuentes romanas, se consolidó un enfoque jerarquizado de los criterios de interpretación³¹. Por otra, desde un punto de vista sustancial la regla romana fue objeto de diversas reinterpretaciones que condujeron a su generalización y a dotarla de los más variados contenidos:

a) De acuerdo con los resultados de una profunda investigación realizada por TROJE³², la primera generalización de las distintas versiones de la regla romana se habría presentado ya en la obra de los Glosadores quienes elaboraron el brocárdico, aún usado en la actualidad, *interpretatio contra proferentem*³³. Posteriormente en el siglo XIV, BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, máximo exponente de la escuela de los posglosadores o comentaristas, habría efectuado ulteriores y más profundas reelaboraciones de la regla. Así, al analizar una fuente romana en tema de compraventa en la cual la ambigüedad había sido resuelta a favor del vendedor y en contra del comprador, contradiciendo así evidentemente el postulado fundamental de la regla romana *ambiguitas contra venditorem*³⁴, el

30 Para una exposición de las formulaciones elaboradas por diferentes autores a lo largo de la historia ver H. TROJIMOFF, *Sources doctrinales des articles 1156 à 1164 du Code Civil*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 72, 1994, 219 y ss.

31 Como se señaló, para el derecho romano no se puede hablar propiamente de una jerarquía de los criterios de interpretación contractual. La primera jerarquización y la más nítida al parecer se puede encontrar en JOHANNES BASSIANUS (S. XIV) quien habría establecido el siguiente orden: búsqueda del *id quod actum*, regla de la conservación del negocio (*ut magis valeat quam pereat*), atención a aquello que sea verosímil (*quod verosimilius*) y en última instancia la interpretación en contra del predisponente del contenido del contrato (*contra proferentem*), así H. TROJE, “Ambiguitas contra stipulatorem” cit., 99.

32 H. TROJE, “Ambiguitas contra stipulatorem” cit., en particular, 96 y ss.

33 Id., 98. La abundante producción de los Glosadores fue reunida en grandes “aparatos” de glosas (la glosa más conocida es la denominada *Glosa Accursiana* o *Glosa Magna*). Este aparato tuvo gran éxito en la enseñanza de las fuentes, de modo que en las universidades dicho aparato de glosas “se estudiaba al lado e incluso en lugar del texto interpretado”, así E. J. H. SCHRAGE, *Einleitung en Das römische Recht im Mittelalter*, 1987, 2.

34 La fuente a la que se hace referencia es D. 18, 1, 34: “Si en la compra de un fundo se hubiera dicho que era accesorio el esclavo Stico, y no se entendiera quien fuere entre muchos el accesorio, porque el comprador lo hubiere entendido respecto a uno, y respecto a otro el vendedor, consta que, no obstante, es válida la venta del fundo. Pero dice Labeón, que se debe aquel Stico que el vendedor hubiere entendido...”. Evidentemente la solución resulta contraria a la regla en examen. Sin embargo esto no debe sorprender en el derecho romano si se tiene en cuenta, de una parte, el carácter de “derecho controversial” (*ius controversum*) especialmente del derecho clásico, en virtud del cual “todas las opiniones de los prudentes eran consideradas

comentador concluyó que dicha solución se justificaba si se tenía en cuenta que, en ese caso concreto, el pacto se había introducido a favor del comprador (*gratia emptoris*) y por lo tanto la duda debía ser resuelta en su contra. Sin embargo, la generalización así por él construida ("siempre se debe interpretar en contra de la persona en cuyo favor se ha introducido el pacto") no tenía en cuenta el elemento fuertemente presente en el derecho romano de la carga de claridad de quien fijaba el contenido del pacto, por lo cual Bártolo tuvo que replantear la regla en el siguiente sentido: "la interpretación se hace en contra del proferente o en contra de aquel en cuyo favor se ha proferido el pacto"³⁵. En otras palabras, solo cuando no fuera posible determinar quién había sido el proferente del pacto ambiguo, este se podría entonces interpretar en contra de la parte que se veía favorecida por la inclusión del mismo. En consecuencia, la nueva proposición se acercó a una regla de carga de la prueba, pues quien fundamenta su pretensión en un pacto debe entonces probar cuál era la intención o significado del mismo: "por lo tanto la interpretación va en contra de quien no prueba su intención"³⁶.

b) En fin, también en la obra de BÁRTOLO parece encontrarse el primer rastro de la función de tutela de la parte débil asignada a la regla. En efecto, el autor sin ninguna justificación aparente construye una versión adicional de la regla romana: "en caso de duda, la interpretación se hace en contra del acreedor"³⁷. Desafortunadamente no existen suficientes elementos para poder afirmar que Bártolo ya tenía en mente la moderna función de política del derecho al considerar la regla como un instrumento de reequilibrio a favor del más débil.

c) De acuerdo con la investigación de TROJE, una ulterior función de la regla habría sido delineada por el humanista J. CUJAS³⁸ en el siglo XVI. En efecto, como ya hemos visto, la regla *ambiguitas contra stipulatorem, venditorem, locatorem* en las fuentes romanas está expresamente atada al deber de claridad al cual había

derecho, aún cuando se contradecían" de modo que "entre estas *sententiae* contrastantes el *iudex privatus*, quien era un hombre común, podía escoger libremente", así M. TALAMANCA, *Freedom of contract in Roman Law*, en A. RABELLO, P. SARCEVIC (eds.) *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalén, 1998. Por otra parte, como ya se indicó, la flexibilidad que en derecho clásico adquirió la interpretación con base en el criterio del *id quod actum* o a parámetros de normalidad social (*quod verisimilius*) pudo haber justificado decisiones incompatibles con la regla de la *ambiguitas contra stipulatorem* y, en consecuencia, habrían determinado la inutilidad práctica de esta última.

35 H. TROJE, 'Ambiguitas contra stipulatorem' cit., 100: "*interpretatio fit contra proferentem seu contra eum, pro quo profertur*".

36 Id., 100: "la 'regla de interpretación' se volvió 'regla de carga de la prueba'... Se verifica acá por la primera vez el descubrimiento de una nueva función, que será repetida en las comisiones de legislaciones mucho tiempo después".

37 Id., 101. la fórmula usada por BARTOLO habría sido "*in dubio fit interpretatio contra creditorem*".

38 J. CUJAS (1522-1590), jurista francés perteneciente a la así llamada Escuela Humanista, sobre la cual ver F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., 220 y ss.

faltado la parte que proponía el pacto. Sin embargo, hasta el momento nadie se había preguntado si era relevante o no que la parte que había formulado el pacto ambiguo estuviera en la posibilidad de evitar dicha ambigüedad, siendo el único presupuesto de aplicación que la ambigüedad no hubiera podido ser superada a través de otros criterios de interpretación. Y es aquí que CUJAS habría introducido un nuevo elemento para la interpretación de la regla: en efecto, según este autor, la referencia que se hace en las fuentes romanas a la potestad (*potestas*) que tendría el estipulante de evitar la ambigüedad, no indica otra cosa que “quien en el tráfico jurídico [...] se expresa ambiguamente, cuando tiene la posibilidad de expresarse claramente, actúa culpablemente o, más aún, actúa maliciosamente”³⁹. De este modo, el efecto de la regla adquiere un carácter punitivo, con la consecuencia de una condena al proponente al significado que le es desfavorable.

Aún cuando los elementos hasta ahora mencionados enriquecieron la percepción de la regla en examen y, en parte, fueron conservados y usados por la doctrina moderna para precisar su contenido y funciones como se verá más adelante⁴⁰, ella desapareció de las obras de los máximos exponentes de la escuela del Derecho Natural durante los siglos XVI y XVII. Es así como, por ejemplo, en el pensamiento de H. GROCIO o de S. PUFFENDORF no se menciona la regla, lo que pudo haber sido consecuencia de una nueva concepción de la fuerza vinculante de la promesa y de la conclusión del contrato que a su vez llevó a tomar un nuevo camino en materia de interpretación contractual, habiéndose identificado el principio según el cual “el significado que a las palabras debe ser asignado es aquél que les ha dado la comunión lingüística”⁴¹.

Por el contrario en las principales obras de los “abuelos” del *Code Civil* francés se retoma el planteamiento de la regla *ambiguitas contra stipulatorem* apoyándose de nuevo en las fuentes romanas. Así, de una parte, J. DOMAT condicionó la regla a la existencia de una “mala fe” o a “la culpa de quien debe

39 H. TROJE, “Ambiguitas contra stipulatorem”, cit., 102.

40 Ver infra nt. 109.

41 M.J. SCHERMAIER, §116-124 *Willensmängel*, en *HKK* cit., 406, n.º 3. Así en la obra de H. GROTIUS, *The Rights of War and Peace*, trad. ingl.e introd. Richard Tuck [De la edición de Jean Barbeyrac,] [en línea] 3 vols. (Indianapolis: Liberty Fund, 2005), disponible en: [<http://oll.libertyfund.org/Home3/Book.php?recordID=1032.02>], 848, cap. XVI, § 1 el autor introduce el capítulo sobre “la interpretación o la forma de explicar el sentido de una promesa o convención” advirtiendo que “Si respetamos al promitente, él sólo está obligado a ejecutar libremente aquello a lo que él tenía la intención de obligarse”, y en IV § 3: “Cualquier cosa que se exprese por medio de signos suficientes, se tiene como el pensamiento real y la verdadera intención de quien los usa”. Para GROCIO la promesa del futuro deudor está en el origen del contrato y, a través de la aceptación, la promesa se vuelve vinculante y se concluye el contrato. En esta medida, para él, lo que se interpreta es la intención y la formulación del promitente, en este sentido H. TROJE, “Ambiguitas contra stipulatorem” cit., 106 y s.

explicar su intención” haciendo énfasis en el elemento subjetivo, pues, tal y como él mismo afirma, “la interpretación se hace en contra suya, pues él ha debido hacer comprender claramente aquello que había pretendido”⁴².

Por su parte, R. J. POTHIER parece volver a la interpretación de la regla como una “interpretación en contra del acreedor”. En efecto, si bien el autor consideró que, en general, “en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquél que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación”, él complementó su pensamiento afirmando que “al acreedor debe imputarse el no haberse expresado mejor”⁴³.

La regla así delineada por POTHIER y prácticamente trasplantada en el *Code Civil* francés (art.1162)⁴⁴, fue objeto de críticas especialmente por haber conservado conceptos del derecho romano, como la referencia a la “estipulación”, que ya desde hacía mucho tiempo habían perdido su sentido técnico y, en consecuencia, habían sido transmitidos por la tradición sin un valor jurídico⁴⁵. También la norma que incluyó la regla en el *Code Civil*, ha sido objeto de debate por su terminología imprecisa⁴⁶. Literalmente, el artículo debía ser entendido en el sentido delineado por POTHIER como una mera directiva que, por razones de equidad, imponía en caso de duda resolver la situación en contra del acreedor⁴⁷. Sin embargo, esta norma fue usada mucho más adelante por los

42 J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, París, 1771, Sectio II, tit. 1, 13. (*Des conventions en général*) en realidad, dedujo de las fuentes romanas dos principios distintos. Uno por el cual “*les obscurités et les incertitudes des clauses qui obligent, s’interprètent en faveur de celui qui est obligé et il faut restreindre l’obligation au sens qui la diminue*” pues aquél que se obliga no quiere sino lo menos, y el otro tiene el deber de explicar claramente que es lo que él pretende. Este principio correspondería al *quod minus* y a la tendencia de favorecimiento al deudor especialmente marcada en el derecho romano en la época posclásica. El otro principio que deduce DOMAT corresponde propiamente a la regla *ambiguitas contra stipulatorem*: “*Si l’obscurité, l’ambiguïté, ou tout autre vice d’une expression, est un effet de la mauvaise foi, ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l’interprétation s’en fait contre lui, parce qu’il a du faire entendre nettement ce qu’il entendit. Ainsi lorsqu’un vendeur se sert d’une expression équivoque sur les qualités de la chose vendue, l’explication s’en fait contre lui*”.

43 R. J. POTHIER, *Tratado de las obligaciones* [en línea], México, 2003, [citado 22/01/2006], formato PDF, 62. disponible en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1389>]

44 Art. 1162: “En caso de duda, el acuerdo se interpretará en contra de quien hubiera estipulado y en favor de quien hubiera contraído la obligación”.

45 Así ya, haciendo referencia al sistema de interpretación delineado por POTHIER, p. ej., A. F. THIBAUT, *Lehrbuch des französischen Civilrechts in steter Vergleichung mit dem römischen Civilrecht*, Berlin, 1841, 33. posición retomada frente al Código Civil italiano de 1865 por POLIGNANI, *Di una antica regola del diritto* (interpretatio contra stipulatorem), en *Il Filangieri*, 1881, 12, nt. 3.

46 Para una crítica moderna ver K. ZWIEGERT Y H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, trad. it., Milano, 1995, 106, quienes consideran la norma un anacronismo inexplicable que parte del presupuesto de que el acreedor es siempre la parte fuerte.

47 F. TERRÉ, P. SILMER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les obligations*, París, 1999, 415; J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de interpretación de los contratos*, Valparaíso, 1971, 76 y ss. Este último autor sostiene dos razones para justificar la existencia de la regla ante la impropiedad de la terminología usada

tribunales en el caso de contratos de adhesión para justificar la interpretación en contra de aquel que redacta el texto y a favor del adherente, si bien el tenor del artículo no contempla en lo más mínimo esa hipótesis, especialmente porque, como se ha hecho notar, en los contratos de adhesión “la preferencia es para el aceptante, quien puede no ser el deudor sino precisamente el acreedor de la cláusula discutida”⁴⁸.

Aún más intrigante resultaba la inclusión del art. 1602 en el *Code Civil* de conformidad con el cual “el vendedor debe explicar claramente aquello a lo que él se obliga”, agregándose que “todo pacto oscuro o ambiguo se interpreta contra el vendedor”, disposición en la cual resulta imposible no percibir un relicto de la fórmula romana *ambiguitas contra venditorem* (V. *supra* D. 2, 14, 39). En realidad esta norma, que es una repetición del art. 1162, se justificó en su momento como una aplicación específica de los principios de interpretación contractual de conformidad con los cuales “los pactos en que la intención no es fácil de descubrir deben ser interpretados en contra del vendedor porque de él dependía expresar claramente su voluntad”⁴⁹ aunque, en realidad, la norma puede considerarse una indebida adaptación del deber de actuar de buena fe del vendedor tal y como lo había delineado POTHIER, para quien en los contratos onerosos, como el de compraventa, “la justicia y la equidad consisten en la igualdad” y, en consecuencia, “todo lo que tiende a lastimarla es contrario a la equidad”⁵⁰. Precisamente, consideraba este autor que la reticencia era un factor que rompería esa igualdad por lo que el derecho no podía admitirla. Sin embargo, en este caso POTHIER se refería evidentemente a un deber de claridad por parte del vendedor, entendido como un “deber de información” a su cargo y a la responsabilidad por vicios de la cosa, de manera que se pudiera conservar la igualdad en el contrato. Por el contrario, el art. 1602, tal y como

en el *Code Civil*. Por un lado la obligación del acreedor (que sería el estipulante) de expresarse suficientemente, (asimilable entonces al razonamiento de Domat). Por otro, relaciona la regla con el principio de la carga de la prueba, ya que “la prueba de la obligación es de cargo del demandante, y si ella no es aportada, la duda aprovecha al demandado. En el proceso el demandante es justamente el acreedor y el demandado es el deudor, sin perjuicio que una misma parte sea al mismo tiempo acreedora y deudora, como ocurre en los contratos sinalagmáticos a los cuales, contrariamente a lo que podría parecer, también les es aplicable la regla del art. 1162”.

48 J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de interpretación de los contratos* cit., 144. En general se reconoce entonces el fundamento de esta regla en la equidad, si bien no faltaron en su momento las interpretaciones subjetivas de la misma, que la entienden como un modo de conducir la búsqueda de la voluntad, de manera que si el acreedor había querido adquirir un derecho y el deudor había consentido en ello, el primero lo habría mencionado en el acto. En este sentido, ver J. FLOUR, J. C. AUBERT, É. SAVAUX, *Les Obligations. L'acte juridique*, 11ª ed., París, 2004, 306 y nt. 1.

49 J. E. PORTALIS, *Motifs exposés au Corp législatif, Titre XI, livre III du Code Civil relatif à la nature et à la forme de la Vente, en Recueil des Lois composant le Code civil, avec les discours et opinions*, 7º vol., París, 1804.

50 R. J. POTHIER, *Tratado del contrato de venta* en *Tratado de los contratos*, trad. esp., Buenos Aires, 1948, n.º 234, 120 y s.

quedó redactado, terminó incluyendo una regla de interpretación contra el vendedor con una función meramente punitiva como consecuencia de la falta de diligencia que genera una oscuridad o ambigüedad.

Con el tiempo se ha llegado a afirmar que el fundamento de esta disposición reposaría en la situación especial del vendedor quien está en posibilidad de conocer las condiciones de la cosa vendida, y presupondría además que el vendedor se encuentre en una posición de dominio de frente al comprador⁵¹. Sin embargo, ante la duda generada por el artículo, que en el contexto aislado en que fue incluido parecería carecer de un sentido claro, se ha optado por restringir la aplicabilidad del mismo solo a cláusulas que versan sobre la descripción de la cosa vendida y sobre las limitaciones de las obligaciones del vendedor, aplicándose lo dispuesto por el art. 1162 en las demás hipótesis y advirtiendo que en todo caso el artículo en tema de compraventa no deroga las demás normas de interpretación contempladas en el título respectivo⁵².

El recorrido hasta ahora trazado, el cual obviamente no se detiene aquí para el área francesa⁵³, nos ha llevado a delinear algunos de los rasgos más importantes de la evolución de la regla y de su consagración en una de las codificaciones más influyentes para la tradición jurídica occidental, rasgos como la generalización de la regla como *interpretatio contra proferentem* a partir de las fuentes romanas, el acercamiento de la regla a un principio de carga de la prueba, el énfasis en su carácter punitivo y su interpretación como una cuestión de favorecimiento al deudor. Sin embargo, el contexto en el que

51 J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de interpretación de los contratos*, cit., 80.

52 *Ibid.* Curiosamente se ha reconocido que a diferencia de las demás normas de interpretación que tienen valor de mero consejo de acuerdo con la tesis sostenida por la Corte de Casación, el art. 1602 sí constituye una regla de derecho y por lo tanto es susceptible de recurso en Casación, así TERRÉ F., SILMER P., LEQUETTE Y., *Droit Civil* cit., 416.

53 En la actualidad, en Francia, a las dos normas mencionadas se ha sumado una disposición específica en materia de derecho del consumidor con ocasión de la implementación de la Directiva Comunitaria 93/13/CE en materia de "cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores" (ver *infra* nt.54). De acuerdo con el art. L.133-2 del Código del Consumo las cláusulas de los contratos propuestos por los profesionales a los consumidores ante la duda deben ser interpretados en el sentido más favorable al consumidor o a quien no es profesional. Para el futuro se ha propuesto en el reciente proyecto de reforma del derecho de obligaciones, proyecto *Catala*, una nueva norma que daría otro enfoque a la regla de la *interpretatio contra proferentem*, propuesta sobre la cual nos detendremos brevemente más adelante. En la doctrina francesa las tres normas vigentes que se relacionan con la regla de *interpretatio contra proferentem* son consideradas, en general, técnicas tradicionales de control judicial del contenido de contrato o técnicas de protección de la parte débil, así, p. ej., en J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, en *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, 1986, 49; J. GHESTIN - I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits Européens*, en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, 1996, 40 y ss.; M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, en *ivi*, 638. Específicamente sobre el proyecto *Catala* se reenvía a *infra* VII.

dichas soluciones se propusieron estaría destinado a evolucionar rápidamente durante la segunda mitad del siglo XIX, especialmente y como ya se mencionó, debido a los problemas planteados por las nuevas técnicas de contratación. Para el análisis de la suerte de la regla en este nuevo contexto nos serviremos de las experiencias en Alemania e Italia, a partir de las cuales intentaremos delinear los cambios que aquella sufrió en dichos escenarios y que continuarían enriqueciendo su interpretación.

IV. ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO EUROPEO⁵⁴

A. El caso de Alemania

Como es bien conocido, mientras que en Francia, así como en otros ordenamientos jurídicos, se había llegado a una codificación del derecho civil ya a inicios del siglo XIX, en Alemania se había tenido que esperar casi un siglo para que fuera promulgado el BGB, lapso de tiempo durante el cual tuvo lugar una rica producción jurídica con el impulso de la Escuela Histórica primero, y posteriormente con la Pandectística.

En particular, en materia de interpretación, mientras que los juristas del derecho racional habían reconstruido un complejo aparato de criterios de interpretación contractual a partir de las fuentes romanas, los juristas alemanes de principios del siglo XIX siguieron otro camino, en parte gracias al enfoque del Derecho Natural que, como ya se mencionó, llevó a entender la interpretación desde la óptica de las señales exteriorizadas y, por consiguiente, abandonó los demás criterios de interpretación que, verosímelmente, habían

54 En 1993 la Directiva Comunitaria 93/13/CEE sobre “las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores” introdujo al lado de una serie de mecanismos de control del contenido del contrato, la regla de interpretación a favor del consumidor: “art. 5... En caso de duda sobre el sentido de la cláusula, prevalece la interpretación más favorable al consumidor.” De acuerdo con la directiva, la regla no se aplica a los procedimientos de cesación promovidos por las asociaciones legitimadas de acuerdo con la misma directiva. Es evidente que la disciplina introducida tiene su fundamento en las condiciones generales de contratación alemana constituida por la Ley de 1976 (AGBG) y por los posteriores desarrollos jurisprudenciales de la misma, por lo que se reenvía al análisis en infra IV, a). Por otra parte, la regla *contra proferentem* fue también incluida en los principios de derecho contractual europeo (conocido como principios *Lando*), notándose que en este caso la regla se aplica a todo tipo de relaciones contractuales: “art. 5: 103. Regla *contra proferentem*. En caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto”. Más interesante aún es la observación que se hace en el comentario a este artículo, pues se hace hincapié en la relatividad de la regla, la cual se aplica solo “preferiblemente”, es decir, que “en las circunstancias apropiadas, un juez podría interpretar una cláusula que no ha sido negociada individualmente a favor de la parte que la propuso”.

sido individuados ante la necesidad de contar con elementos para determinar una voluntad desde el punto de vista subjetivo⁵⁵.

Así, los redactores del BGB no consideraron oportuno ni necesario incluir una norma que consagrara específicamente la regla *contra proferentem*⁵⁶, lo que en la práctica no significó el abandono de la misma, la cual fue deducida del principio general de buena fe interpretativa (*Treu und Glauben*) consagrado en el § 157 del BGB⁵⁷. Fue en esencia la jurisprudencia la que acudió a la regla para efectuar por medio de ella la corrección de los contratos *standard* cuando ello no era posible de otro modo, uso que fue denunciado ya en las primeras décadas del siglo XX, advirtiéndose el peligro que un control indirecto y encubierto de ese tipo podía conllevar⁵⁸. Ciertamente es que la interpretación no era el único instrumento al que recurrían los jueces para lograr dicho objetivo, pues al lado de esta desde muy temprano comenzaron a decantarse otros mecanismos, estos sí de control directo del contenido de los contratos *standard*, inicialmente con base en las buenas costumbres (*gute Sitten*) del § 138 del BGB⁵⁹ y, sucesivamente, también en la buena fe (*Treu und Glauben*) del § 242

- 55 R. ZIMMERMANN, *Law of obligations* cit., 70. Posteriormente señaló F. C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. 2º, trad. It., Torino, 1915, 175 y ss., que las reglas de interpretación heredadas del derecho romano eran "genéricas y superficiales". Y sin embargo el mismo SAVIGNY haciendo referencia a la regla romana *ambiguitas contra stipulatorem* consideró que ella era realmente una regla de "carácter positivo" y que hacía parte de la interpretación como tal. Por su parte, WINDSCHEID, al igual que SAVIGNY, se ocupó en su obra de la materia de la interpretación del contrato y, dentro de ella, de la regla *ambiguitas contra stipulatorem*, haciendo énfasis en que la ambigüedad va en contra "de aquel que habría debido expresarse más claramente, luego en los contratos contra aquél de quien emana la redacción del contrato o la disposición contractual, en fin, contra aquél que pretende derivar derechos de un determinado sentido de la declaración de voluntad", B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. Bensa e Fadda. Turín, 1925, §84.
- 56 Además de haberse considerado superflua una regla de ese tipo, se puede ver detrás de la no inclusión de una norma en este sentido, la fuerte presencia de la concepción savigniana de la voluntad como "lo único importante y eficaz". En este sentido ver H. TROJE, "Ambiguitas contra stipulatorem" cit., 112 y s.; M. J. SCHERMAIER, §116-124 *Willensmängel*, en (HKK) zum BGB, cit., 407, n.º 4.
- 57 Así, p. ej., en la obra de E. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1926, 197 y ss., en donde, al analizar el principio de la buena fe interpretativa de acuerdo con el § 157 y su aplicación en los casos en los cuales el sentido de la declaración sean dudosos en los contratos bilaterales, el autor afirma que "habrá de interpretarse en perjuicio del que haya formulado la cláusula oscura, del que haya usado la expresión dudosa".
- 58 Se reconoce normalmente que la primera "denuncia" sobre este uso indebido de la regla de interpretación se puede encontrar en L. RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, quien afirmó que la regla hacía parte del "botiquín de todo juez" (265).
- 59 Al respecto ver E. AUER, *Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*, Bern, 1964, 19 y ss. El autor afirma que en Alemania, aunque también se hizo uso de la interpretación, inicialmente se recurrió a otra figura, el *Monopolmissbrauch* (abuso de monopolio), fundada en el § 138 del BGB: en esta figura "la moralidad se pone como límite para el contenido de los contratos" (p.19). Las condiciones generales de contratación (AGB) se consideraban inmorales cuando el empresario

del BGB⁶⁰. El resultado de toda la producción jurisprudencial en esta materia sería finalmente recogido en la ley de Condiciones Generales de Contratación (*Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz - AGBG*) de 1976, en la cual, al lado de los instrumentos de control del contenido de los contratos *standard* desarrollados por la jurisprudencia, se incluyó una norma que consagraba expresamente la regla *interpretatio contra proferentem*, allí denominada *Unklarheitenregel*, según la cual "las dudas en la interpretación de las condiciones generales del contrato deben ser resueltas en contra del proponente" (§ 5 AGBG).

Después de varios ajustes, en parte condicionados por la necesidad de la adecuación de la ley a las directivas comunitarias, la disciplina de las condiciones generales de contratación (AGB) fue en un primer momento extendida a la materia de los contratos con el consumidor y, sucesivamente, en el 2002 fue incorporada en el BGB como parte de la ley de modernización del derecho alemán de las obligaciones⁶¹, no sin pocas críticas tanto de forma como de fondo⁶², con lo cual en la actualidad la regla de la *interpretatio contra proferentem* o *Unklarheitenregel* se encuentra contenida en el § 305c, inc. 2.º del BGB. En general, esta disciplina desarrollada jurisprudencialmente y consagrada posteriormente en la ley creó un escenario particular en el cual ha resultado necesario redimensionar el papel de la regla de interpretación *contra proferentem*, teniendo en cuenta la necesaria interacción de esta con los demás instrumentos

estaba en una posición de monopolio y abusaba de ella para imponer sus AGB. El fundamento de la inmoralidad de las AGB era por lo tanto un abuso de la situación de monopolio por parte del empresario.

- 60 Así, R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations. Historical and comparative perspectives*, Oxford, 2005, 174 y ss.; H. STOLL, *La legge tedesca sui contratti di adesione*, en M. BIANCA (ed.), *Le condizioni generali di contratto*, I, Milano, 1979, 271 y s.; C. WITZ, *Le principe de transparence en droit allemand, en Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Et. À la mémoire du prof. A. Rieg*, Bruxelles, 2000, 898 y s. Para una indicación de la evolución jurisprudencial a partir del abuso de monopolio hasta la consideración autónoma de los principios consagrados en los § 138 y 242 del BGB de ver A. BUSSEK, *La réglementation des conditions generales dans les contrats en droit allemand. Étude de la loi du 09.12.1976*, tesis doctoral, Marseille, 1982, 16 y ss. y H. LOSCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3.ª ed., München, 1997, 8 y ss.
- 61 Una reconstrucción del camino recorrido desde la expedición de la AGBG hasta su inclusión en la Ley de Modernización de la ley de obligaciones en el 2002 se encuentra en R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, cit., 171 y ss.
- 62 Una exposición general de las críticas se encuentra en G. WEICK, *Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik*, en JZ, 9, 2002, 442 y ss. ("Una pieza de música pop lanzada en medio del segundo movimiento de una sinfonía de música clásica: un *corpus alienum* sin ninguna conexión intelectual con su contexto", así R. ZIMMERMANN, ult. op. cit., 199). En particular sobre la *Unklarheitenregel*, se ha señalado cómo injustificadamente se reunieron en el mismo artículo esta regla de interpretación y la regla relativa a las cláusulas sorpresivas (*Überraschende Klauseln*) la cual, más que ser una regla de interpretación, afecta directamente la inclusión (*Einbeziehung*) de ciertas cláusulas en las condiciones generales. Sobre una discusión acerca del impacto de la inclusión de esta disciplina en el esquema del BGB ver infra VII y nt. 141.

de control del contenido del contrato previstos en la misma ley, con el fin de evitar interferencias negativas entre unos y otros que imposibiliten el logro de los objetivos buscados a través de dicha compleja disciplina (normalmente de protección del adherente o del consumidor), tema al que ahora dedicaremos brevemente nuestra atención.

Como ya se mencionó, actualmente la disciplina de las AGB, que luego fue extendida a la disciplina de los contratos con el consumidor, contempla mecanismos incisivos sobre el contenido del contrato, entre ellos, listas “negras” y “grises” de cláusulas, la cláusula general de buena fe y el más reciente principio de transparencia. Adicionalmente, entre las novedades ya introducidas en la AGBG de 1976 vale la pena mencionar la inclusión de un procedimiento general de cesación (*Verbandprozeß*) que legitima a ciertas asociaciones para iniciar acciones contra las partes que usan o recomiendan usar cláusulas abusivas con el fin de evitar dicho comportamiento, procedimiento diferente al proceso individual tradicional (*Individualprozeß*) entre un adherente y un predisponente en el cual se discute si las condiciones generales de contratación se ajustan o no a la disciplina legislativa vigente en el caso concreto⁶³. Esta diferencia resulta significativa en materia de interpretación de los contratos cobijados por dicha disciplina, ya que dio vida a una discusión sobre la oportunidad o procedencia de la aplicación de la *Unklarheitenregel* en ambos tipos de procesos. En efecto, parte de la doctrina rechazó el recurso a esta regla de interpretación en el proceso de cesación (*Verbandprozeß*), pues por no existir en este caso una contraparte determinada por tratarse de un proceso abstracto, este no beneficiaría a ningún adherente en particular y, por lo tanto, no resultaría justificada su aplicación. En cambio, ello sí podría conducir a que una cláusula abusiva a través de su interpretación más benigna pasara incólume el procedimiento de cesación. Por tal motivo en el proceso de cesación (*Verbandprozeß*) se ha optado por no aplicar la *Unklarheitenregel* y, en su lugar, recurrir a la interpretación más perjudicial para el adherente y así dotar con la máxima efectividad el proceso de cesación⁶⁴.

Este aspecto, sin embargo, no agotó las discusiones acerca de la pertinencia de la aplicación de la *Unklarheitenregel*, pues también se evidenció cómo una

63 Con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones el procedimiento de cesación se incluyó en una ley expedida a tal fin, la *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen*, cfr. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina delle condizioni generali di contratto*, en G. CIAN (ed.) *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, *Quaderni della rivista di diritto civile*, 5, Padova, 2004, 321.

64 Ya R. KNÜTEL, *Zur duplex interpretatio von Allgemeinen Geschäftsbedingungen* en *Jur. Rundschau*, 1981, 224 y ss. En general ver PALANDT, *Kommentar BGB*, 64.º ed., § 305c (2), 419, n.º 4.

distinta aplicación de la regla en ambos tipos de procesos (el de cesación y el individual) podía conducir a resultados disconformes y contradictorios⁶⁵. Ante esta situación la jurisprudencia, tomando a su vez las reflexiones elaboradas por la doctrina, planteó también dentro del proceso individual tradicional el problema de la armonización de la aplicación de la regla de interpretación con los mecanismos de control directo sobre el contenido del contrato ya mencionados⁶⁶. En efecto, se ha señalado que si se optase por dar plena aplicación a la regla de interpretación en su planteamiento tradicional, esto es, si en caso de ambigüedad⁶⁷ se optase siempre e incondicionalmente por el significado más perjudicial para el predisponente (es decir, el más favorable al adherente), ello podría conducir en determinados casos a que una cláusula que objetivamente es abusiva, al asignársele el significado más benigno, pase la prueba de los controles de contenido, lo que no ha sido visto con buenos ojos pues ello, además de llevar a un resultado diferente al que se obtendría en el proceso de cesación (*Verbandprozeß*), podría conducir a un debilitamiento

65 M. WOLF y C. UNGEHEUER, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen-Teil 1*, en JZ, 2, 1994, 83 y s.

66 Si bien la interferencia se puede llegar a presentar, en general, con todos los mecanismos de control del contenido del contrato, la mayor discusión se ha presentado en relación con el principio de transparencia (*Transparenzgebot*). En líneas generales, según este principio la parte que hace uso de las condiciones generales debe redactarlas de forma clara y comprensible, pues la violación de esta carga puede conducir a la ineficacia de la cláusula si ello acarrea una *desventaja desproporcionada* a cargo del adherente. El *Transparenzgebot* no se encontraba en la AGBG de 1976, sino que fue fruto de un ulterior desarrollo jurisprudencial de la cláusula general de buena fe contenida en la ley, a partir de finales de los años 80. Con la inclusión de la disciplina de las AGB en el BGB, se introdujo también expresamente el *Transparenzgebot* en el § 307 según el cual “una desventaja desproporcionada puede también derivar de la falta de claridad y comprensibilidad de la cláusula” [“...Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.”]. Si se observan detenidamente los presupuestos del principio de transparencia, se entiende por qué entra en conflicto con la *Unklarheitenregel*, pues ambas figuras presuponen una “falta de claridad” pero sus efectos son completamente diversos y en planos diferentes: la violación del primero podría conducir a la ineficacia de la cláusula; la regla de interpretación solo influye en la determinación de su significado cuando es ambigua. Sobre la evolución del principio en la jurisprudencia alemana antes de su incorporación en el BGB ver C. WITZ, *Le principe de transparence en droit allemand*, cit., 899 y ss.; sobre la introducción del *Transparenzgebot* en el BGB y los problemas que ha generado ver G. DE CRISTOFARO, *La disciplina delle condizioni generali di contratto*, cit., en particular, 328 y ss.

67 Ambigüedad que en los contratos de adhesión, de acuerdo con una visión consolidada en la doctrina, se determina si el significado del contrato no resulta cristalino a la luz de valoraciones eminentemente típicas. En general, ver PALANDT, *Kommentar BGB*, cit., § 305C (2), 419, n.º 1. Esta solución es criticada por V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino-Napoli, 1983, 262, quien considera que si no se tienen en cuenta las circunstancias del caso concreto, permitiendo así tener en cuenta la posición del “adherente”, se corre el riesgo de “dar relevancia sólo a la posición del predisponente”.

de los instrumentos legales de protección más incisivos, lo que a la postre llevaría a una inoperatividad del "núcleo fuerte" de la disciplina misma. En estas circunstancias, ha parecido preferible optar por dar plena aplicación a los mecanismos de control del contenido del contrato, de modo que la tendencia actual, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es reconocer dos "fases" de aplicación de esta regla de interpretación: a) ante la ambigüedad de una cláusula se debe optar por el significado más desfavorable al adherente, significado que debe ser puesto a prueba con los mecanismos de control del contenido; b) si aún así, la cláusula "sobrevive", es decir, si aún atribuyéndole a la cláusula el significado más negativo para el adherente, esta no recae en ninguna de las hipótesis de cláusula abusiva, solo entonces se tomará el significado más benévolo para el adherente⁶⁸. Este replanteamiento de la *Unklarheitenregel* se ha justificado en la medida en que si una cláusula ambigua a la que se le asigna el significado más perjudicial para el adherente resulta ser ineficaz a la luz de los mecanismos de control previstos por la disciplina, "este resultado brinda al adherente la mejor posición jurídica frente al predisponente y así, se satisface la finalidad de la norma" que consagra la *Unklarheitenregel*⁶⁹.

Esta reformulación de la regla revela la preocupación de la ciencia jurídica alemana en materia de las condiciones generales de contratación y, más recientemente, en materia de contratos con el consumidor, por la protección del contratante que se encuentra en una situación de debilidad. A propósito cabe desde ya resaltar sin embargo cómo, al menos en principio, la ley de condiciones generales de 1976 no fue concebida para proteger a una clase de sujetos en particular, pues ella cobijaba a cualquier sujeto, individual o colectivo, consumidor o profesional que se hubiera visto involucrado en un contrato celebrado a través de condiciones generales⁷⁰. A pesar de ello, la

68 Esta es la posición fijada en la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 11.02.1992, en *NJW*, 45, 1992, 1099. El fallo encuentra amplio apoyo en la doctrina: ver, p. ej., M. WOLF y C. UNGEHEUER, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen-Teil 1*, cit., 84; M. ARTZ, *Schuldrechtsmodernisierung, 2001/2002- Integration der Nebengesetze in das BGB*, en *JuS*, 2002, 528; G. WEICK, *Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik*, en *JZ*, 9, 2002, 443. Otra hipótesis que ha sido contemplada en la doctrina y que confirma la tendencia mencionada, corresponde al caso en el cual si se adopta la interpretación de la cláusula más desfavorable para el adherente y esta debe ser considerada como abusiva (y por ende ineficaz), debiendo el derecho dispositivo que regula la materia entrar a llenar el vacío y resultando esto aún más desfavorable al adherente en el caso específico, en tal caso, ha sugerido la doctrina, la verdadera interpretación más favorable al adherente sería aquella que mantuviera la cláusula dándole el significado más benigno, esto es, el significado más favorable al adherente. Por todos ver M. WOLF y C. UNGEHEUER, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen-Teil 1*, cit., 83 y s.

69 Así la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 11.02.1992, citada.

70 Al respecto ver G. DE CRISTOFARO, *La disciplina delle condizioni generali di contratto*, cit., 311 y s.; R. BIRK, *Il ricevimento della direttiva e il diritto tedesco*, en M. BIANCA y G. ALPA (eds.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Milano, 1996, 27 y ss.; G. HOHLOCH, *Quale destino per l'AGBG*, en

disciplina ha sufrido con el tiempo un proceso de *consumerización*⁷¹, en gran parte debido a la tendencia marcada por las directivas de la comunidad europea que, a diferencia del régimen consagrado en la AGBG alemana originalmente, concentra su atención en la protección del consumidor como parte débil limitándose a regular las relaciones entre este y el profesional, y no en las relaciones entre todos los operadores económicos involucrados en la contratación a través de condiciones generales.

En este nuevo escenario se puede observar cómo la regla *interpretatio contra proferentem* (*Unklarheitenregel*) se pone al servicio de un esquema complejo de protección de la parte estructuralmente débil, cambiando completamente su fachada y su contenido en aras de una maximización del efecto de protección buscado a través de dicha disciplina.

B. El caso italiano

En Italia la situación evolucionó de forma diferente al escenario alemán, pues ya en el *Codice Civile* de 1942 el legislador se ocupó parcialmente del tema de las condiciones generales de contratación mediante la inclusión de tres normas específicas⁷² que revelaban la nueva perspectiva asumida en dicho código al considerar el contrato como “el centro de la vida de los negocios”, el instrumento llamado a “atar la producción al mercado” dentro del nuevo escenario de una sociedad industrializada⁷³.

Una de esas normas, el art. 1370, introdujo la regla de la *interpretatio contra proferentem* limitada al ámbito de las condiciones generales de contratación de modo que “las cláusulas insertadas en las condiciones generales del contrato o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se interpretan, en caso de duda, a favor del otro”⁷⁴. Por lo tanto, en el ordenamiento italiano, al igual que en la AGBG alemana, se seguía exigiendo como presupuesto de aplicación de esta regla de interpretación la existencia de una ambigüedad,

ivi, 36 y ss. Sin embargo, es bien sabido que la discusión para el momento en el que se expidió la AGBG estaba centrada en la protección del consumidor, así R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, cit., 175.

71 Ver supra nt. 4.

72 Las normas a las que se hace alusión son los arts. 1341, 1342 y 1370. Para el tema en estudio resulta relevante el art. 1370 que consagra la regla *interpretatio contra proferentem*. Las otras dos normas hacen referencia a las condiciones generales del contrato y su eficacia (art. 1341) y a los contratos concluidos por medio de modelos o formularios (art. 1342).

73 Así G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2.^a ed., Padova, 2004, 352.

74 Esta norma reemplazó aquella consagrada en el código de 1865 (art. 1137) cuyo contenido era idéntico a la del *Code Civil* francés con la redacción propuesta por Pothier. Para una crítica del planteamiento de la regla ver POLIGNANI, *Di una antica regola del diritto* (*interpretatio contra stipulatorem*), en *Il Filangieri*, 1881, 12 y cfr. supra nt.45 y texto correspondiente.

aunque a diferencia de la perspectiva alemana, en Italia dicha ambigüedad no se determinaba a la luz de criterios eminentemente típicos, sino que se consideraba necesario valorar la persistencia de la duda o ambigüedad teniendo en cuenta la situación del reglamento contractual en su complejo, esto es, teniendo en cuenta la situación del caso concreto⁷⁵.

La restricción del ámbito de aplicación de la regla según el tenor del artículo citado, es decir, su limitación a los casos de contratación a través de condiciones generales, produjo un debate en la doctrina italiana acerca de su fundamento debido a que algunos autores consideraban que no existía ningún obstáculo para extender la aplicación de la norma a todas las relaciones contractuales⁷⁶. Así, para quienes veían en la norma una expresión de la buena fe interpretativa en cuanto carga de claridad (*clare loqui*) de quien proponía la cláusula, no existía razón para negar que dicha carga se debía respetar también fuera de los contratos con condiciones generales⁷⁷. Por el contrario, para quien la norma era expresión de la tutela de la parte (económicamente) débil, debilidad que derivaba de la particular estructura de la contratación mediante condiciones generales, no podía justificarse su extensión fuera de esta hipótesis⁷⁸. En fin, otra parte de la doctrina con tono conciliador señaló cómo en todo caso la consideración del *clare loqui* tiene implícita una necesidad de protección de la contraparte, que sin embargo se diferencia del planteamiento de quien toma como fundamento exclusivo dicha necesidad de protección. En efecto, este último planteamiento sería equivocado pues en los casos en los cuales el predisponente no fuera la parte "fuerte" sino la parte "débil" (lo cual no es usual pero tampoco imposible)⁷⁹ la regla debería en todo caso ser aplicada en contra de aquel, desvaneciéndose así la finalidad de tutela de la parte débil⁸⁰. En esta medida, se afirmó la compatibilidad de ambos fundamentos reconociéndole a la regla ambas funciones, esto es, el deber de claridad del predisponente y

75 V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino-Napoli, 1983, en particular, 263 y s., 309 y s.; M. BIANCA, *Diritto civile Il contratto*, III, 2.ª ed., Milano, 2000, 347.

76 Para una exposición de las distintas posiciones y matices al respecto ver V. Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., 326 y ss.

77 Así, entre otros, C. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici "inter vivos" (diritto civile)*, en NNDI, 1957, 907 (quien ve el origen en la buena fe); R. SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato*, trad. esp., F. HINESTROSA, Bogotá, 1961, 247; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 421, para quien allí se consagraba un principio que debe ser aplicado extensivamente a todas las hipótesis de cláusulas introducidas en el interés de una de las partes.

78 Así ya G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, ahora en Id., *Scritti Giuridici. Obbligazioni e contratti*, II, 120 y s.; M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali del contratto*, en M. BIANCA (ed.), *Le condizioni generali di contratto*, cit., 126 y s.

79 Por ejemplo, se puede pensar al caso de una pequeña empresa inmobiliaria que haciendo uso de sus cláusulas predisuestas en formularios arrienda un local comercial a una gran multinacional.

80 V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., 358 y ss.

consecuente tutela de la parte débil, debiendo eventualmente contemperarse su efecto con el principio de la buena fe interpretativa para evitar soluciones injustas⁸¹, pues sería precisamente a través de esta coordinación con los otros criterios de interpretación que la regla *contra proferentem* encontraría su correcta aplicación⁸². Sin embargo, la jurisprudencia consideró que la finalidad del art. 1370 era la de reforzar en sede de interpretación la protección a favor del adherente brindada por los arts. 1341 y 1342, de modo que solo sería aplicable en los casos de predisposición de cláusulas generales, formularios o modelos de contrato⁸³.

Posteriormente, el escenario tradicional del art. 1370 –y de la interpretación del contrato en general– se vería profundamente trastornado con la implementación de la Directiva Comunitaria 93/13/CE de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos estipulados con los consumidores, a la cual ya se hizo mención. En efecto, con la implementación de la directiva, al lado de una serie de mecanismos de control del contenido similares a aquellos ya mencionados para la experiencia alemana, se incluyó en el ordenamiento italiano la regla de interpretación a favor del consumidor en caso de duda. De esta manera al art. 1370 se sumó el art. 1469 *quater*⁸⁴ el cual, a pesar de voces encontradas⁸⁵, fue considerado como expresión de una hipótesis diferente, pues si bien estadísticamente la mayor parte de los contratos con el consumidor se realizan por medio de condiciones generales, los presupuestos de una y otra norma siguen siendo diferentes. En otras palabras, mientras que de conformidad

81 *Id.*, 358.; BIGLIAZZI-GERI G., *L'interpretazione del contratto. Artt.1362-1371*, en P. SCHLESINGER (ed.) *Il codice civile, commentario*, Milano, 1991, 344 y s.

82 Precisamente en relación con los demás criterios de interpretación, se ha aceptado en la doctrina que ante una ambigüedad la regla *contra proferentem* tiene prelación sobre el criterio de los usos de la sede de la empresa (art. 1368 C.C.it.), puesto que la solución de la ambigüedad recurriendo a este último criterio beneficiaría evidentemente a la empresa quien a su vez normalmente es la proponente de las condiciones generales de contratación. Así, M. BIANCA, *Diritto civile cit.*, 442.

83 G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA, *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, 2ª ed., Milano, 2001, 180. En este mismo sentido había afirmado F. ZICCARDI, *Interpretazione del contratto*, en *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, 1989, 7, que esta regla de interpretación podría ser un instrumento de tutela del consumidor más útil que los consagrados en los art. 1341 y 1342, los cuales podían ser eludidos fácilmente a través de una simple “firma para la aprobación”. Sin embargo al parecer la regla en la jurisprudencia no ha sido muy utilizada, al menos de forma expresa; cfr. M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali del contratto*, cit., 128.

84 Con la reciente expedición de un “código del consumidor” en el 2006 la norma mencionada quedó incorporada en el art. 36.

85 En efecto, ante la necesidad de implementar la directiva comunitaria surgió el debate sobre si el art. 1370 era suficiente para considerar implementado el art. 5 del documento comunitario que preveía la regla de interpretación a favor del consumidor. Para una exposición de los argumentos en pro y en contra de la inclusión de un nuevo artículo dedicado exclusivamente a la interpretación a favor del consumidor ver V. RIZZO, *clausola “dubbia” e interpretazione “più favorevole” al consumatore*, en *Studi in onore a P. Rescigno*, III, *diritto privato*, 2., Ob. e contratti, 1998, 674 y s.

con el art. 1370 el elemento característico es la contratación recurriendo a condiciones generales, modelos o formularios sin importar la calidad de la parte que a ellos adhiere, en el art. 1469 *quater* de fundamental importancia es la condición de consumidor de una de las partes.

Es aquí donde quizás se percibe más claramente la necesidad de contextualizar la regla *interpretatio contra proferentem* —al menos en el plano teórico— para poder establecer su verdadero alcance y su “relatividad” dependiendo del “ambiente” en el cual debe ser aplicado y, por ende, de la finalidad que con ella se busca. En efecto, como ha sido claramente señalado, se trata aquí de establecer “la relación entre los principios generales del derecho contractual y la disciplina especial de los contratos con el consumidor”⁸⁶ y verificar así la “compatibilidad y ‘resistencia’ de los modelos y de las categorías tradicionales respecto a las nuevas leyes en materia de contrato”⁸⁷.

El ejemplo italiano nos permite realizar dicha verificación a partir de la regla *interpretatio contra proferentem* en varios frentes. En primer lugar, desde el punto de vista de su relación con los demás criterios interpretativos y la cadena jerárquica de la interpretación, en segundo lugar desde el punto de vista de su fundamento y, en tercer lugar, desde la perspectiva de la operatividad de la regla misma.

Desde el punto de vista de la relación de la regla *contra proferentem* con los otros criterios tradicionales de interpretación dentro de la rígida jerarquía generalmente aceptada en la doctrina y jurisprudencia italianas que distingue entre criterios subjetivos y objetivos, el art. 1370 conserva su lugar subsidiario en dicha jerarquía⁸⁸. Por el contrario, frente a la nueva versión de la interpretación a favor del consumidor parece que la regla ha subido de rango. En efecto, si bien se concuerda en que los criterios subjetivos de interpretación siguen siendo aplicables en materia de contratos del consumidor (puesto que para recurrir a la regla *contra proferentem* se mantuvo como presupuesto indispensable la persistencia de “duda”)⁸⁹, se afirma que la introducción de la regla en la

86 C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, en *Riv.dir.comm.*, 1997, 950.

87 V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, en E. CESARÒ (ed.), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, 84.

88 Ver la afirmación de G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA, *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, cit., 180.

89 En ello concuerda la mayor parte de la doctrina, si bien durante la etapa de implementación de la directiva comunitaria no faltaron voces que proponían aprovechar la oportunidad para “replantear completamente la categoría de las normas de interpretación objetiva” por medio de la “eliminación de la mención de la ‘duda’” como presupuesto para la aplicación de la regla y así aprovechar la ocasión para “replantear todo el sistema de interpretación del contrato”. En

legislación especial hace irrelevante el recurso a los demás criterios objetivos tradicionales que también presuponen la duda o multiplicidad de significados (los usos, el criterio de conservación del contrato, criterio final de la atemperación de los intereses)⁹⁰ o que, por lo menos, antepone la regla a estos últimos⁹¹.

Desde la óptica del fundamento, ya mencionamos la discusión alrededor del art. 1370 y la aplicación restrictiva acogida por una parte de la doctrina y por la jurisprudencia italianas al considerar la regla allí contenida como un elemento que refuerza la disciplina de las condiciones generales del contrato en el código; en este caso los términos del discurso no cambian frente a la disciplina de protección del consumidor puesto que, atendiendo a la misma idea de consumidor como parte débil y, por ende, digno de tutela, el mismo fundamento se ve reflejado en la (ahora) interpretación a favor del consumidor. Sin embargo, el hecho de que ahora la regla de interpretación *a favor del consumidor*, a diferencia de la regla tradicional del art. 1370, se encuentre dentro de un mecanismo complejo de instrumentos de control del contenido influye notoriamente en la determinación de la operatividad de la regla como se expondrá a continuación.

En efecto, desde el punto de vista de su operatividad, se presenta un cambio cualitativo. Mientras que a la luz del art. 1370 ante la duda, y teniendo en cuenta la cadena jerárquica de criterios, la interpretación debe realizarse incondicionalmente a favor del adherente, frente a la regla de interpretación *a favor del consumidor* del art. 1469 *quater* surgen las mismas dudas que ya tiempo atrás habían sido planteadas en la experiencia alemana y que en su momento expusimos sumariamente. En otras palabras, también en Italia se ha planteado la necesidad de armonizar la operatividad de la regla de interpretación *a favor del consumidor* con la aplicación de los mecanismos de control del contenido del contrato, tomando como fundamento las soluciones propuestas en el área alemana⁹². De este modo, se ha sugerido adoptar el significado más perjudicial para el consumidor cuando ello conduzca a calificar la cláusula como abusiva para lograr así privarla de efectos y evitar que la interpretación *a favor del*

este sentido V. FRANCESCHELLI, *I contratti per adesione e l'interpretazione contra l'autore della clausola* en M. BIANCA y G. ALPA (eds.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con il consumatore*, CEDAM, Padova, 1996, 469. Una presentación de ambas posiciones se encuentra en B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, en *Rassegna di diritto civile*, 3, 2006, 725 y ss.

90 Así C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., 960 y s.; B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, cit., 752.

91 V. RIZZO, *clausola "dubbia" e interpretazione "più favorevole" al consumatore*, cit., 680.

92 V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, cit., 106.

consumidor conlleve la elusión del control sobre el contenido⁹³. Por el contrario, si la cláusula, aún tomando el significado más perjudicial para el consumidor, no recae en las hipótesis de vejatoriedad, solo en dicho momento se debería interpretar de la forma más benévola para el consumidor. En estos términos, y como ya había sido señalado en la experiencia alemana, la aplicación diferenciada de la regla *contra proferentem* permitiría que siempre se adoptara aquel significado que, en realidad, es el más favorable para el consumidor, una reconstrucción que si bien “no parece ajustarse perfectamente con la letra de la ley, sí lo estaría con su espíritu” valiéndose de una “lectura actualizada de esta regla tradicional”⁹⁴.

Así, los resultados primero de la experiencia alemana, extendidos luego a través de la Directiva comunitaria al ordenamiento italiano, muestran el distinto rumbo que ha tomado la regla de interpretación y cómo su remodelación se encuentra en el centro del debate de la “compatibilidad y resistencia” de modelos tradicionales en la teoría del contrato. Pero sobre esto volveremos brevemente más adelante al cierre de la exposición.

Ciertamente la evolución trazada hasta el momento no encuentra exacta correspondencia con los modelos y soluciones adoptadas en la experiencia latinoamericana. En efecto, aún cuando la influencia de los modelos europeos es indiscutible —lo que es especialmente evidente en algunos ordenamientos— la regla *contra proferentem* se ha desarrollado en un contexto diferente. Precisamente nos ocuparemos a continuación de delinear las particularidades fundamentales para el caso colombiano.

V. LA REGLA EN EL DERECHO COLOMBIANO CON PARTICULAR ATENCIÓN A LA JURISPRUDENCIA

En la tradición jurídica latinoamericana la regla ha corrido una suerte particular y multiforme, habiendo sido reconocida, con mayor o menor claridad, en casi todos los ordenamientos jurídicos⁹⁵. Una verificación de las especificidades

93 V. RIZZO, *clausola “dubbia” e interpretazione “più favorevole” al consumatore*, cit., 681.

94 Id., 683; Sin embargo, en contra de esta interpretación ver C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell’interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., 963 y s., quien advierte con debida cautela que “no parece posible que la paradoja indicada —de una interpretación a favor del consumidor que se resuelve en un perjuicio para sus intereses— pueda llevar a un rechazo radical de la pertinencia del instrumento hermenéutico, [...], esto, naturalmente, si no se quiere cargar dicho instrumento de tareas que son completamente extrañas a su función, que se traduce en la individualización de uno de los significados posibles del contrato o de una de sus cláusulas”.

95 Los códigos civiles de Ecuador (art.1609), El Salvador (art. 1437), Colombia (art. 1624) y Uruguay (art. 1304) siguiendo el modelo construido por ANDRÉS BELLO consagran de forma general el principio de la interpretación a favor del deudor. En otros códigos, como en los

de Puerto Rico, Honduras, Nicaragua y Panamá, se agrega otro artículo según el cual “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, que tiene como fundamento el deber de claridad que tienen las partes al verter sus intereses en el contrato. En los códigos civiles de Perú, (art. 1401), Paraguay (art. 713), y Bolivia (art. 518) se incluye el principio haciendo referencia a cláusulas dispuestas por un contratante o en formularios.

En Argentina, si bien la regla no se introdujo en su Código Civil de 1869, en el Código de Comercio de 1889 se incorporó una norma general en dirección a que “en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación” (art. 218, inc. 7). Se ha afirmado que la referencia al “deudor” debe entenderse en cuanto parte débil, pues de otro modo no se justificaría su protección. [Así, G. BORDA, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, 1999, § 908; J. C. REZZONICO, *Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones negociales generales*, Buenos Aires, 1987, 609]. Sin embargo, no existía en Argentina una disposición que contemplara expresamente el principio de interpretación en contra del predisponente, de allí que su contenido haya sido deducido a veces de la buena fe como consecuencia del deber de hablar claro, o a veces de la equidad [Así, J. C. REZZONICO, *Contratos con cláusulas predisuestas* cit., 603 y ss; como acertadamente lo anota S. CIFUENTES, *Negocio jurídico*, 2.^a ed., Buenos Aires, 2004, 347, “renace no obstante la regla cuando el contrato bilateral es al tiempo de adhesión, pues se considera favorecida la parte débil, la que adhiere, como si fuera el deudor, y se admite el *favor debitoris*”]. La regla ha sido en todo caso utilizada por la jurisprudencia bien sea como resultado de la aplicación del art. 218 inc. 7 o del art. 1198 que consagra el principio de la buena fe. [Algunas reseñas jurisprudenciales sobre la aplicación de la regla se encuentran en C. A. VALLESPINOS, *El contrato de adhesión a condiciones generales*, Buenos Aires, 1984, 470 y ss.] La ausencia de normas en este sentido fue en parte colmada para la materia de contratos con el consumidor con la expedición de la Ley 24240 de defensa del consumidor que en su art. 3, si bien sobre interpretación de la ley misma, establece que “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”. La carencia también ha sido tenida en cuenta ampliamente en el proyecto de reforma del Código Civil de 1998, en el cual se incluyen dos normas al respecto: “art. 1032.- Cláusulas vagas o ambiguas. Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser interpretadas: a) En sentido contrario a quien las redactó, aunque se trate de un contrato discrecional. b) En sentido favorable a la liberación de la parte que tuvo menor poder de negociación, o que contrató con una persona que actuaba profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad”. “Art. 1033.- Contratos y cláusulas predisuestas. Los contratos predisuestos, y las cláusulas predisuestas, son interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente. Si ésta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato, cuando es dudosa la existencia de una obligación a su cargo, se presume su liberación, y cuando son dudosos los alcances de su obligación, se está a la que es menos gravosa”.

En Brasil se debe recordar que en el antiguo código comercial, se consagraba la regla según la cual “nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”. Esta regla fue derogada con la expedición del nuevo Código Civil, que en su art. 423, trae una disposición en materia de interpretación en favor del adherente limitada a las hipótesis de contratos de adhesión: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambiguas ou contraditórias, deve-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, frente a lo cual se ha señalado por algún doctrinante el alcance más restringido de esta nueva disposición que dejaría por fuera un principio útil para el funcionamiento del derecho comercial como era el *favor debitoris* como “pauta de corrección” del comercio [Así P. FORGIONI, *A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro, em Roma e America. Direito Romano comune*, 17, Modena, 2004, 144.]. Esta preocupación parece sin embargo sin fundamento porque, por una parte, se ha afirmado en la doctrina que las reglas del Código

que se encuentran en el sistema latinoamericano puede obtenerse del análisis del Código Civil chileno de 1855 obra de don ANDRÉS BELLO, un romanista consciente de las raíces de su tradición jurídica, quien incorporó de manera particular la regla *interpretatio contra proferentem* alejándose significativamente del modelo francés que tomó como base⁹⁶ y consagrándola de una forma que puede considerarse original para la época en que fue introducida⁹⁷. En efecto, el art. 1566 del Código Civil chileno consagra que

no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas *a favor del deudor*. Pero las cláusulas ambiguas *que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella* (cursivas fuera de texto)⁹⁸.

Si se compara el planteamiento de BELLO con la norma finalmente incorporada en el *Code Civil* francés ya expuesta, la particularidad salta a la vista. Por una parte, en el planteamiento de BELLO la regla *interpretatio contra proferentem* a pesar de ubicarse en un mismo artículo, toma distancia del principio del *favor debitoris*, irguiéndose como una excepción al mismo. Por otra, si bien al igual que en el Código Civil francés se mantiene la subsidiariedad de la disposición, la cual solo se aplica cuando la determinación del significado del contrato a través de los otros criterios interpretativos haya fracasado, BELLO hizo hincapié en el deber de “dar una explicación” de la parte que haya “extendido o dictado” la cláusula ambigua, elemento este último que no había sido tenido en cuenta en ninguna experiencia jurídica contemporánea. El conjunto de dichos elementos, además de dar claridad sobre el ámbito de aplicación de la regla, revelan

de Comercio habrían sido recogidas en el principio de buena fe en función interpretativa, con lo que esa “pauta de corrección” continuaría siendo consagrada [Á. VILLAÇA AZEVEDO, *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. Curso de Direito Civil*, 2.^a ed., São Paulo, 2004, 60]. Por otra parte, se debe tener en cuenta que la manifestación moderna más importante de la regla se encuentra recogida en el Código de Defensa del Consumidor, al consagrar la interpretación en favor este último (art. 47), sobre la que brevemente se volverá más adelante, ver infra VI y nt. 117.

96 Así A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, T. I, Santiago, 1982, en particular, 272, 335, 421 y ss. El autor señala que si bien A. BELLO se sirvió de los modelos jurídicos existentes para la época de la codificación, el uso del Código Civil francés “no fue servil”.

97 Así J. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de interpretación de los contratos* cit., en particular, 160.

98 Por lo demás, la estructura de la norma ya había sido concebida por BELLO en el proyecto de 1853, en donde la había consagrado de la siguiente manera: “art. 1747. En los contratos bilaterales que tienen por objeto la enajenación, uso o goce de una especie, la convención se interpreta en contra de aquel que deba entregarla”. Completando la propuesta en el artículo siguiente: “art. 1748. Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas por una parte, se interpretarán contra ella”. [Tomado de A. BELLO, *Obras completas*, 4, Santiago de Chile, 1932.]

su fundamento pues en los casos en los cuales la cláusula sea impuesta por una parte ya no importa si ella es acreedora o deudora, siendo determinante ahora la carga de claridad que tiene quien la redactó, rescatándose claramente el fundamento romano de la regla (*in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*, ver *supra* D. 2, 14, 39).

Queda así evidenciado cómo este modelo se aparta radicalmente del *Code Civil*, no solo en la forma de redacción, sino también en la sustancia. En su redacción, el *Code Civil* reproduce fielmente el pensamiento de POTHIER, y con él su asimilación del estipulante al acreedor. En el modelo de BELLO más allá de solo colocarse la regla en el mismo artículo junto con el principio general del *favor debitoris*, se retoma la *ratio* inicial de la regla romana tal y como ya se expuso.

Al analizar la regla, ha sido señalado desde hace tiempo que ella tal y como fue concebida por BELLO, expresa la idea de que ninguna obligación se presume, y frente a una ambigüedad insuperable a la luz de las demás reglas interpretativas, la actitud del derecho ante un deudor en estado de sujeción es a favor de aliviar esa circunstancia⁹⁹. En realidad, el espíritu de la regla no debe ser buscado en justificaciones de tipo procesal, como resultado de una insuficiencia de prueba de la existencia del crédito¹⁰⁰, porque se trata de una consideración objetiva que prescinde de la posición de demandante o demandado que se asuma en un eventual proceso¹⁰¹.

También resulta claro que, so pretexto de la aplicación de esta regla, no puede eludirse la aplicación de los demás criterios y, sobre todo, dejar de lado el principio de la intención clara de las partes que ilumina la interpretación. El recurso a la *interpretatio contra proferentem* es una medida extrema y como tal se encuentra condicionada a la imposibilidad de determinación precisa de la común intención.

Esta disposición, junto con todo el sistema de interpretación del Código Civil chileno, fue adoptada inmutada en el Código Civil colombiano (art. 1624). Adicionalmente, se constata cómo si bien el Código de Comercio de 1971 se sirvió ampliamente del Código Civil italiano de 1942 en la materia de los contratos, aquel no incorporó las normas en materia de contratos de adhesión que contiene la codificación italiana y que fueron expuestas en su

99 L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil comparado. De las obligaciones*. t. XII, Santiago, 1979, 29; en Colombia F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VI, París, 254.

100 Así en cambio lo entienden por ejemplo C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Santiago, 1989, 218; L. BUSTAMANTE SALAZAR, *Extensión y límites de la creación de reglas singulares, derivadas y fundadas en la aplicación de la ley y del contrato en el código civil chileno*, en *Revista de Derecho Comparado*, 3, Buenos Aires, 2001, 118.

101 L. CLARO SOLAR, ult. ob. cit., 30.

momento, entre las que se encontraba una versión particular de la regla *interpretatio contra proferentem* (ver *supra* IV - b.).

Para completar el cuadro, encontramos que no existe actualmente una disciplina específica que regule el control judicial del contenido de los contratos de adhesión o de los del consumidor¹⁰² como sí existe por ejemplo en Europa, por lo que ha sido la jurisprudencia la llamada a ofrecer soluciones, fundamentalmente a partir de la figura del abuso del derecho consagrado en el art. 830 del Código de Comercio¹⁰³, con el fin de afrontar la realidad de la contratación en masa, como ha sido claramente expuesto por un doctrinante colombiano¹⁰⁴.

Paralelamente, se encuentra que la jurisprudencia ha aplicado la regla *contra proferentem* del art. 1624 en hipótesis de contratos de adhesión con debida cautela, haciendo énfasis, por una parte, en la inaplicabilidad de la misma en los casos de cláusulas "negociadas de común acuerdo"¹⁰⁵ y, por otra, en la necesidad de observar el requisito de la ambigüedad advirtiendo que si bien

los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de sus contratantes¹⁰⁶.

102 En Colombia desde 1982 existe el Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982) al que se han sumado una serie de normas que lo reglamentan y complementan. Sin embargo, hasta donde se ha podido confirmar, no existen en el derecho positivo normas que introduzcan mecanismos judiciales directos de control del contenido de los contratos celebrados con dichos sujetos ni tampoco de criterios especiales para su interpretación.

103 Art. 830. "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

104 Nos referimos a la obra de E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, 2.^a ed., 2004, en particular, 303 y ss.

105 Así la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de septiembre de 1998, M. P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS: "...en realidad de verdad no se encuentra en discusión la inteligencia que ha de dársele a una condición general de la póliza automática en estudio, [...] se trata [...] de una cláusula particular o específica, negociada en sus términos de común acuerdo por los contratantes para contraerse en su aplicación a la relación concreta que los vincula, [...] tiene por necesidad que descartarse entonces la posibilidad de hacer recaer sobre las demandadas únicamente todo el riesgo comercial interpretativo como lo pide el recurrente en casación, aduciendo en apoyo de su tesis el principio de la '*interpretatio contra stipulatorem*' que consagra el art. 1624 del Código Civil".

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1980, M. P. HUMBERTO MURCIA BALLÉN, citada en E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 310 y s.: "[...] Es igualmente cierto, que inspiradas en la equidad, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que

No obstante, puede observarse cómo la Corte Suprema de Justicia ha “dilatado” el requisito de la ambigüedad con el fin de proteger a una de las partes en el contrato. Así al menos lo hace apoyada en la previsión del art. 1624¹⁰⁷, al dictar una sentencia que resuelve la impugnación contra una acción de tutela concedida con relación a un contrato de prestación de servicios de salud, en el cual se consideró ambigua una cláusula, y acoge la decisión del Tribunal en el sentido de que “es posible [...] interpretar las cláusulas contractuales en favor del usuario afectado [...] puesto que *además de ser éste la parte débil del contrato*, está en peligro su derecho citado y [se encuentra] en *una situación de indefensión*” (cursiva fuera de texto) apoyándose en la previsión del art. 1624. Veamos brevemente los hechos del caso para entender por qué hablamos de “dilatación”. En el contrato mencionado se había incluido una cláusula que excluía de la cobertura contractual “prótesis de cualquier clase”. El usuario del servicio de salud, quien se encuentra en peligro de vida y requiere urgentemente un marcapasos, considera que este aparato no es una prótesis “por no haber un reemplazo sino una ayuda al corazón” y por lo tanto no estaría excluido de la cobertura contractual. Por el contrario, la entidad prestadora del servicio de salud demandada afirma que el marcapasos es una prótesis por tratarse de “un aparato o pieza que reemplaza total o parcialmente el órgano enfermo” y como tal se encontraría excluido de la cobertura. Finalmente la cláusula fue considerada “ambigua” tanto por el Tribunal como por la Corte, toda vez que, se afirma, en el contrato no se dio “ninguna explicación sobre el alcance de tal concepto [del concepto de prótesis]” y, siendo ambigua la cláusula, esta fue interpretada a favor del usuario, es decir, se consideró que el marcapasos no estaba excluido de la cobertura. En estas circunstancias, y a menos que se acepte que existe una ambigüedad siempre que las partes en

ha dado su consentimiento por adhesión. Mas, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto...”. Ver también Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de agosto de 1980, M. P. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, *ivi citada*, 310: “También se justifica que la ley establezca normas particulares para la interpretación de los contratos de adhesión, en forma tal que sus cláusulas dudosas sean interpretadas a favor del adherente...”

107 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 14 de junio de 1996, M. P. RAFAEL ROMERO SIERRA: “Esta interpretación, aunque sea provisional, resulta acompañada con la regla de hermenéutica contractual prevista para estipulaciones ambiguas que, en principio deben ser entendidas a favor del deudor, pero cuando las mismas ‘hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.’ (art. 1624 C.C.), preceptiva que es aplicable al contrato en estudio en virtud del puente tendido por el precepto 822 del Estatuto Mercantil, y por cuanto fue redactado en su integridad por la demandada, negocio jurídico que bien puede considerarse de adhesión, y que entre las varias exclusiones habla de ‘prótesis de cualquier clase’, sin que haya una explicación sobre el alcance de tal concepto”.

litigio no concuerden (es decir, siempre), se entiende por qué la aducida “ambigüedad” aparece algo forzada.

No corresponde en esta sede analizar la corrección o no de la decisión ni entrar en detalle sobre su argumentación, la cual encuentra seguramente su fundamento más en deberes de solidaridad y en la prevalencia del derecho a la vida que en las reglas de hermenéutica contractual. Nos interesa, por el contrario, verificar la conexión que hace la Corte entre el recurso a la regla *contra proferentem* y la asimilación del usuario como “la parte débil del contrato” y su “situación de indefensión”. El énfasis señalado parece estar en línea con recientes desarrollos de la regla que, como se ha venido señalando y se mencionará en la conclusión de este escrito, ponen el acento en la debilidad de una de las partes dentro del contrato para la aplicación de la regla *contra proferentem*, y no solo de ella¹⁰⁸.

La situación hasta ahora descrita en el derecho colombiano revela una tendencia a promover, en materia de interpretación, un concepto de favorecimiento del deudor que, con el pasar del tiempo, ha sido entendido en la práctica como protección de la parte débil. Sin embargo, resulta necesario tener siempre presente cuál es la función de la regla *contra proferentem* como parte del procedimiento hermenéutico, función que se tratará de delinear a continuación.

VI. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA INTERPRETATIO CONTRA PROFERENTEM

¿Qué podemos rescatar de la exposición hecha hasta el momento? Hemos esbozado algunas etapas y razones de ser de la regla desde sus inicios en el derecho privado hasta nuestros días. La exposición nos ha permitido verificar los distintos fundamentos que han sido atados a la regla: se oscila básicamente entre un deber de claridad derivado de la autorresponsabilidad y la protección de la parte débil de la relación contractual. A partir de estas discusiones la doctrina ha individualizado varias funciones con el fin de precisar su conte-

108 En la doctrina colombiana recientemente se ha subrayado el surgimiento, en la teoría general del contrato, del así denominado “neoformalismo” que impone “a las partes contratantes [...] unos modos de hacer y [...] unos contenidos mínimos que no se pueden desconocer so riesgo de poner en peligro el acuerdo contractual [...] con un claro propósito de certeza y transparencia y de garantía de la parte débil (de una clase débil) para que concurra a la celebración del contrato con unos elementos mínimos que tratarán de evitar la preponderancia (rec. el abuso) de la parte más fuerte, que es justamente a la que, por regla general, se le impone el cumplimiento de la formalidad”, así M. KOTEICH, M.L. NEME, E. CORTÉS, “Formalismo negocial romano y neoformalismo ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 9, 2005, en particular, 132, 157 y ss.

nido, reconociendo que al lado de una función de compensación de la falta de claridad, se encuentran las funciones de protección y prevención¹⁰⁹. Por otra parte, el análisis de las experiencias alemana e italiana nos ha mostrado la relatividad actual de la regla *interpretatio contra proferentem*, la cual no siempre —y no siempre incondicionalmente— se puede aplicar sin tener en cuenta el complejo de mecanismos de protección que la ciencia jurídica ha ideado para hacer frente a una realidad global como la contratación por adhesión. En fin, se ha podido entender el porqué del planteamiento especial propuesto por ANDRÉS BELLO en la codificación chilena (adoptado en el ordenamiento colombiano) y su énfasis en el deber de claridad de una de las partes, al mismo tiempo que se han lanzado algunas hipótesis sobre la posición de la jurisprudencia colombiana frente a la regla. Ahora, ¿cuál es el significado y alcance de la regla *interpretatio contra proferentem* en la actualidad?

Ante todo, consideramos de vital importancia tener claro que esta sigue siendo en esencia una regla hermenéutica que no puede prescindir del presupuesto de la ambigüedad, a menos que se quiera renunciar a la búsqueda de la intención de las partes, o que se considere que la libertad contractual ha dejado de ser un valor digno de defensa¹¹⁰. Entendámonos; no se hace referencia a la búsqueda de la intención de las partes en el sentido psicológico, indeterminado e indeterminable que ha sido achacado especialmente a las doctrinas del siglo XIX, sino a la *irrenunciabilidad* a determinar los “intereses debidamente objetivados por las partes”¹¹¹, en otras palabras, se hace referencia a “un voluntarismo

109 Así lo presenta claramente R. KNÜTEL, *Zur duplex interpretatio von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, cit., 224 y s.: a) *Compensación*, pues “quien ha ejercido el poder de establecer el contenido del contrato unilateralmente en su favor, debe también soportar las desventajas de la falta de claridad causadas por él mismo”; b) “la *Unklarheitenregel* se justifica también, porque funge de instrumento de *protección* del inexperto y económicamente débil contra el fuerte predisponente”; c) la función de *Prevención* (o de *punición*) “reposa abiertamente también en la exposición de motivos del BGB, en donde se afirma que la *Unklarheitenregel* tiene función punitiva (*Strafffunktion*)” pues “el miedo de la sanción [...] induciría al proponente a una formulación clara”.

110 R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, cit., 205: “El derecho contractual es y seguirá estando basado en la libertad contractual. Pero hace mucho tiempo que se reconoció que la libertad contractual no es un fin en sí misma, sino que debe ser considerada como un medio para promover la autodeterminación de aquellos que quieren concluir un contrato”.

111 La expresión es de C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pássim. El mismo autor en *Contratti d'impresa e volontà delle parti contraenti*, en *Studi in onore di C.M. Bianca*, t. III, Milano, 2006, en particular, 859 y ss., señala cómo, a diferencia de lo afirmado por parte de la doctrina, en los contratos denominados “unilateralmente comerciales” sigue existiendo “el presupuesto mínimo esencial, pero también suficiente, para configurar el acuerdo” subrayando que la diferencia que se hace “entre contratación individual y aquella *standard* parece más el fruto de una mitificación del significado del acuerdo... y no como punto de emersión de una efectiva diferencia entre una y otra técnica del contratación”.

debidamente atemperado"¹¹². Es evidente que la regla hermenéutica ha sido cargada de razones de política del derecho¹¹³, acentuando su fundamento y por ende su función de protección¹¹⁴, lo que no quiere decir que esa sea su finalidad exclusiva o, mejor, no significa que ella pueda ser dilatada hasta llegar a atribuirle todo o gran parte del control del contenido de los contratos celebrados en circunstancias particulares como en el caso de las condiciones generales de contratación o en contratos con el consumidor. En caso contrario, esta dilatación indebida de la regla puede obstaculizar el reconocimiento y desarrollo en el ordenamiento jurídico de mecanismos reales de protección como aquellos que han venido siendo aplicados paulatinamente por la jurisprudencia colombiana o los contemplados en Europa. En fin, una extensión indebida de la regla no solo desnaturaliza el procedimiento interpretativo, no solo obstaculiza la sentida introducción de mecanismos de control del contenido, sino que además dificulta la determinación de presupuestos claros, "de una parte, para el empresario quien nunca sabrá exactamente que tan lejos podrá buscar su ventaja en la determinación de las condiciones generales de contratación. Para el adherente, quien desconocerá a través de qué camino puede demandar el contenido injusto del contrato y qué tanto éxito puede tener en ello. En fin, para el mismo juez, quien se encontrará siempre frente a contratos cuyo contenido injusto amerita una corrección, sin que se hayan dado los presupuestos claros" para dicha corrección¹¹⁵.

Estas reflexiones se hacen teniendo en mente algunos ejemplos en el contexto latinoamericano en materia de protección al consumidor que parecen prescindir de la ambigüedad como requisito para recurrir a una interpretación a su favor¹¹⁶. En particular hacemos referencia al art. 47 del Código de Defensa

112 C. SCOGNAMIGLIO, ult. ob. cit., 866: "[un voluntarismo] debidamente atemperado por la buena fe y por su capacidad de hacer surgir lo racional que hay, y debe haber, en lo que realmente han querido las partes".

113 F. ZICCARDI, *Interpretazione del contratto*, cit., 2: "Cada ordenamiento, con base en valoraciones que normalmente son sobre todo técnico-jurídicas y culturales, pero también de política legislativa, efectúa una selección entre tales criterios [de interpretación], asumiendo algunos como obligatorios, rechazando implícitamente aquellos contrarios".

114 Así S. SCHIPANI, "Armonización e unificación del derecho: derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina", en *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* cit., 687. Cfr. también J. C. MOREIRA ÁLVEZ, *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris* cit., p. 118, quien se refiere a manifestaciones "que visam a impedir ou a diminuir o desequilíbrio que circunstancialmente (pelas condições econômico-sociais de uma época ou de um momento) torna o devedor a parte mais débil na relação obrigacional, quer naquelas que se inspiram no princípio, que já deflui de vários textos romanos, de que, 'quem se obriga, se obriga sempre pelo menos',...".

115 E. AUER, *Die richterliche Korrektur von Standardverträgen*, cit., 66.

116 En Colombia esta ha sido la posición sostenida por E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 213, para quien "a raíz de las condiciones generales, esta regla de

del Consumidor de 1990 en Brasil, según el cual “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”¹¹⁷ y, en Venezuela, al art. 86 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (Ley n.º 37904 del 2004): “Las cláusulas de los contratos serán interpretadas y apegadas a la legalidad y la justicia del modo más favorable al consumidor y usuario”¹¹⁸. Estas legislaciones indudablemente se enmarcan dentro de una política nacional en materia de relaciones de consumo, siguiendo un criterio general de protección de la parte débil de dicha relación¹¹⁹. Sin embargo, ello no es incompatible con la asignación de una dimensión correcta a la regla de interpretación *contra proferentem* o a la nueva denominada “*interpretatio pro consumatore*” que, en cambio, sí lleva a garantizar que ella cumpla su finalidad, tal y como se considera demostrado, por ejemplo, en las reelaboraciones de la regla en la experiencia alemana y, más recientemente, en aquella italiana.

Estas afirmaciones se hacen, claro está, con la esperanza de que ordenamientos como el colombiano no se limiten a la consagración de mecanismos que tiendan a impedir situaciones que afecten el orden del mercado, esto es, mecanismos dirigidos básicamente a prevenir las así denominadas “asimetrías de información” y a impedir actos de competencia desleal. Más allá de estas soluciones se considera que, paralelamente, si se ha de reconocer a los jueces la posibilidad de controlar el contenido del contrato de adhesión o de los contratos con el consumidor, como es deseable, es necesario que dichos mecanismos sean claros y no se encubran en (o se limiten a) la interpretación contractual recostada en la regla *interpretatio contra proferentem*, pues si bien no se puede negar que actualmente la interpretación contractual se convierte en

interpretación [del art. 1624 C. C. colombiano] ha devenido más exigente por cuanto ella no sólo operaría en contra de quien redactó la cláusula, cuando ésta es oscura, dudosa u ambigua, [...] independientemente de que la cláusula general sea ambigua u oscura, ella se debe siempre interpretar, tratándose de condiciones generales, a favor del adherente (*interpretatio pro consumatore*)”. En contra de esta posición se encuentra A. ORDOÑEZ, *Cuestiones generales y caracteres del contrato. Lecciones de derecho de seguros*, Bogotá, 108, citado por E. RENGIFO, *ivi*, 213, nt. 30. Como resulta claro de nuestra exposición, nosotros tampoco podemos compartir la posición que propende por una eliminación del requisito de la ambigüedad.

117 No se puede dejar de ver una incoherencia en el ordenamiento brasileño si se tiene en cuenta que con la expedición del nuevo código civil del 2002 se introdujo en el artículo 423 la regla de interpretación en contra del predisponente en los contratos de adhesión manteniendo el presupuesto de la duda. Al respecto ver nt. 95.

118 De conformidad con lo señalado por E. RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de Posición dominante*, cit., 311, la misma posición se adopta en el proyecto de reforma al Estatuto del Consumidor que cursa en el Congreso colombiano.

119 Así, al menos para el caso brasileño, S. LANNI, *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problema e tecniche di unificazione del diritto*, Milano, 2005, en particular, 62 y 67 nt. 75.

parámetro de valoración de eficacia de las cláusulas que integran el contrato¹²⁰ –afirmación especialmente válida en un contexto árido de soluciones legislativas como el colombiano¹²¹– la interpretación “por sí sola no puede cumplir la exigencia de protección del consumidor” o, en general, de la parte débil¹²².

En pocas palabras, no se trata de restar valor a la función de protección (o redistributiva, si se prefiere¹²³) de la regla, como por cierto parece ser la posición asumida por el análisis económico del derecho¹²⁴, sino de devolver a la interpretación “su dignidad de instrumento tendiente a restituir la fisonomía de la regla negocial privada, en su compleja articulación y en la multiplicidad de los intereses que constituyen su irrepetible individualidad”¹²⁵, a la vez que

120 B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, cit., 753. “Tanto la interpretación de la cláusula como la verificación de su vejetoriedad constituyen dos actividades que se desarrollan contemporáneamente, en paralelo” (735).

121 Concordamos con la afirmación de E. RENGIFO ult. op. cit, 211, en el sentido de que los criterios de interpretación “también constituyen formas de control sobre el contenido del contrato”, siempre y cuando se tengan en cuenta los límites y peligros señalados a lo largo del escrito.

122 C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., 971.

123 Sobre los motivos (y efectos) redistributivos relacionados con los *compulsory terms*, de los cuales la regla *contra proferentem* sería un ejemplo ver D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist motives in Contract and Tort Law, with special reference to compulsory terms and unequal Bargaining Power*, en *Maryland Law Review*, vol. 41, 4, 1982, en particular, 609 y ss.

124 D. CHARNY, *Hipotetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation*, en *Michigan Law Review*, vol. 89, n.º 7, 1991, 1854 y ss. De acuerdo con el análisis del autor, la regla sería “altamente ineficiente porque obliga a las partes a revisar constantemente las cláusulas para superar las determinaciones judiciales que protegen demasiado a las partes que no predisponen el contenido del contrato”. Se afirma que otra consecuencia negativa de la regla sería que ella “haría más difícil para las partes la adopción de cláusulas contractuales innovadoras, pues ante ellas no habría certeza sobre las ‘ambigüedades’ que podrían encontrar las cortes y que se deberían resolver en contra del redactor”. Además, se niega el efecto redistributivo de la regla pues “el predisponente que sea consciente de que la regla *contra proferentem* se aplicará en los casos eventuales que no hayan sido claramente cobijados por el lenguaje del contrato, simplemente ‘pondrá un precio’ a la probabilidad de tales eventualidades o el redactor introducirá otras cláusulas más onerosas con el fin de compensar la posible pérdida de su ventaja frente a la cláusula potencialmente ambigua”. Por lo tanto y entendida la regla desde esta perspectiva como “el deber de una parte de explicar a la otra lo que la cláusula significa en el caso que su aplicación sea ambigua” (es decir un tipo del *duty to disclose*), ella sería procedente solo “cuando sea menos costoso brindar la explicación de lo que sería para la otra parte detectar y aclarar la ambigüedad por sí misma”. Concluye el análisis señalando que “no tiene sentido obligar a las partes a redactar los contratos mucho más cuidadosamente en beneficio de partes que, en todo caso, no van a leerlo”. Cfr. R. A. POSNER, “*The law and economics of contract interpretation*”, en U. Chicago, *Law and Economics, online Working Paper n.º 229, 2004*, 35 y 36 (disponible en [<http://ssrn.com/abstract=610983>]), para quien no necesariamente la parte que redacta el contrato está en mejor posición para evitar las ambigüedades, pues la contraparte podría llegar a tener más información concerniente a la eventualidad que da lugar al litigio.

125 Así una vez más C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., 971.

se implementan verdaderos mecanismos eficaces para la protección de los consumidores o, mejor aún, para la protección de todos aquellos sujetos que puedan encontrarse en una situación de subordinación, debilidad, dependencia económica o intelectual, en una relación contractual.

Precisamente, quedaría por analizar el problema al que se acaba de hacer referencia, sobre el ámbito de aplicación de la regla *contra proferentem* que en la actualidad parece inclinada a concentrarse en la materia de los contratos con el consumidor, surgiendo la pregunta de si la aplicación de esta regla deba limitarse a dicha hipótesis o a las hipótesis de contratos de adhesión. A continuación nos serviremos del modelo de *interpretatio contra proferentem* ofrecido por el proyecto de reforma del derecho de obligaciones en Francia, proyecto *Catala*, para responder a este interrogante y para dejar planteadas algunas cuestiones sobre el futuro de la regla estudiada y, en la medida de lo posible, respecta a ciertas tendencias del derecho contractual.

VII. REFLEXIÓN CONCLUSIVA: LA INTERPRETATIO CONTRA PROFERENTEM Y EL DERECHO CONTRACTUAL CONTEMPORÁNEO

Hasta el momento, y deliberadamente, se había evitado hacer referencia a la propuesta de reforma de las obligaciones en Francia, conocida como proyecto *Catala*, que replantea la regla *interpretatio contra proferentem* en los siguientes términos: “Art. 1140-1. Sin embargo, cuando la ley del contrato haya sido determinada bajo la influencia dominante de una parte, se deberá interpretar a favor de la otra”¹²⁶.

A diferencia de lo que podría pensarse, el proyecto no elimina el presupuesto de la ambigüedad, pues este artículo está estrechamente ligado al que lo precede y que reproduce la norma tradicional ya contenida en el actual Código Civil francés: “Art. 1140. En caso de duda, el acuerdo se interpretará en contra de quien hubiera estipulado y en favor de quien hubiera contraído la obligación”. De allí que se pueda afirmar que el presupuesto de la duda se extiende también a la proposición del art. 1140-1, que ahora nos proponemos analizar.

Como se subraya en la misma exposición de motivos del proyecto¹²⁷, esta nueva regla se enmarca en la idea según la cual “la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben tener en cuenta las aspiraciones de la

126 “Toutefois, lorsque la loi contractuelle a été établie sous l’influence dominante d’une partie, on doit l’interpréter en faveur de l’autre”.

127 G. CORNU, *Introduction au projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, *Ministre de la Justice*, 2005, 9., disponible en [<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>]

justicia contractual" y, en esta medida, dicha regla encontraría su fundamento en la "preocupación por el equilibrio" dentro del contrato mismo. En efecto, se ha reconocido que el artículo propuesto es una expresión de la misma equidad, principio también consagrado como canon de interpretación en el proyecto¹²⁸, de modo que "tiende a introducir una mayor justicia en el contrato al superar la igualdad formal y al dar al juez los medios para remediar la desigualdad real"¹²⁹. Sobre la precaución que se debe tener con este tipo de planteamientos ya nos ocupamos y por ello reenviamos a dichas reflexiones (ver *supra* VI). Interesa aquí sobre todo señalar cómo este planteamiento amplía el ámbito de aplicación de la tradicional *interpretatio contra proferentem* y de la más reciente interpretación a favor del consumidor, al modificar sustancialmente tanto la estructura de la regla como su fundamento: una vez se prescinde de la existencia de un contrato de adhesión o de la especial condición de "consumidor", la regla adquiere la vocación para filtrarse en todo tipo de relación contractual con la única condición de la verificación de un estado de "influencia dominante". En otras palabras, esta nueva regla sería perfectamente aplicable a relaciones entre profesionales y entre particulares, puesto que "la dominación económica, jurídica o técnica no se traduce necesariamente de modo formal por la conclusión de un contrato de adhesión"¹³⁰.

Ciertamente, queda así abierto el problema de cómo determinar en la práctica la presencia de una influencia dominante, lo que puede conllevar un problema de certeza del derecho, aún cuando consideramos que precisamente por medio de la interpretación como "instrumento tendiente a restituir la fisonomía de la regla negocial privada" y a fijar su "irrepetible individualidad" sería posible determinar dicha situación¹³¹. En realidad, el problema se desplaza hacia cómo establecer en el plano teórico el concepto

128 "Art. 1139. *Le contrat s'interprète en raison et en équité*".

129 D. FENOUILLET, "Les effets du contrats entre les parties: ni revolution, ni conservation, mais un "entre deux" perfectible", en *Revue des contrats*, 1, 2006, 85.

130 Id., 85: "el contratante que tenga las competencias técnicas puede estar tentado a aprovecharse de dicha superioridad en la determinación 'de común acuerdo' del contenido contractual".

131 C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., 971; Id., *Contratti d'impresa e volontà delle parti contraenti*, cit., 861 y s.; también recientemente desde el punto del análisis económico del derecho M. CENINI, *la 'trattativa individuale' nei contratti con il consumatore* en *Riv.dir.civ.* 3, 2006, 358: "... con el fin de lograr una tutela sustancial del consumidor, la presencia de tratativa deberá confirmarse caso por caso, teniendo en cuenta la particularidad de la situación concreta y atendiendo a la circunstancia que el consumidor haya sido puesto efectivamente y concretamente en la disponibilidad de influir en el contrato y de comprender plenamente los contenidos tanto a nivel normativo como económico. Sólo en este caso, en efecto, vale también para el consumidor el principio propio del derecho del mercado, de autorresponsabilidad, es decir el principio según el cual quien decide, asume el riesgo de su propia preferencia".

de "influencia dominante" o, en otras palabras, cómo establecer quien (y en qué circunstancias) es una parte "débil": ¿Presencia de un desequilibrio normativo o económico?¹³² ¿Desequilibrio informativo o socioeconómico?¹³³ ¿Todos ellos?

Creemos así haber llegado al que consideramos el punto relevante de un nuevo desarrollo dentro del cual la regla de interpretación que hemos analizado no es más que uno de los eslabones en una cadena de cuestionamientos que invaden la teoría general del contrato, una discusión actual sobre el posible surgimiento de un nuevo paradigma del contrato¹³⁴, sobre su unidad o, viceversa, sobre el nuevo desprendimiento de una parte del derecho contractual que habría adquirido una vida autónoma con sus propios principios y que debería ser distinguida del modelo clásico de contrato ante el cual se presentaría como una alternativa¹³⁵.

En otras palabras, la extensión del concepto de "debilidad" a todo tipo de contratos sería vista como testimonio del surgimiento de un nuevo paradigma del contrato, que precisamente tendría como elemento característico la asimetría de poder contractual¹³⁶, la cual para algunos se reduciría a un problema de (asimetría de la) información¹³⁷.

Ahora bien, el problema también puede plantearse de manera diversa. En realidad, la cuestión fundamental no sería propiamente el surgimiento de un nuevo paradigma construido sobre el concepto de consumidor que constituiría una "revolución copernicana"¹³⁸, concepto que por lo demás se ha reconocido

132 V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2.^a ed., Torino, 2005, 38 y ss.

133 Esta distinción la traza E. GABRIELLI, "Sulla nozione del consumatore", en *Studi in onore di C. M. Bianca*, cit., 227 y ss., en su intento de reconstruir la noción de consumidor.

134 V. ROPPO, *ult. ob. cit.*, 51.

135 Así para P. G. MONATERI, "Ripensare il contratto: verso una visione antagonistica del contratto", en *Riv. dir. civ.*, I, 2003, 409 y ss.; recientemente en el mismo sentido desde una perspectiva crítica del derecho europeo Id., *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, en A. D'ANGELO, P. G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 57 y ss.

136 V. ROPPO, *ult. ob. cit.*, 53; en sentido similar ya L. Bigliazzi-Geri, *Contratti stipulati con i consumatori* en M. BIANCA y G. ALPA (eds.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, cit., 322: "¿Pero no es quizás que el consumidor es considerado por definición un sujeto débil? Y entonces ¿no es quizás la debilidad el criterio inspirador de la nueva disciplina y quizás ello no constituye la mejor muestra, en un plano más general, de la centralidad del criterio de la debilidad?".

137 Así, p.ej., E. GABRIELLI, *Sulla nozione del consumatore*, cit., 251; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, en *Riv. dir. civ.*, 52,4, 2006, 418; en Venezuela esta posición ha sido sostenida recientemente por S. PINTO O., "La información como instrumento de protección al consumidor en el contrato", en *Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas*, UCV, 2006, 115.

138 G. DE CRISTOFARO, *La disciplina delle condizioni generali di contratto*, cit., 319 y s.

como insuficiente para superar las situaciones de debilidad cada vez más crecientes y variadas¹³⁹, sino que el derecho contractual tradicional y el derecho del consumidor servirían a la misma finalidad: no sería correcto distinguir entre un derecho contractual tradicional impregnado de libertad formal y un derecho del consumidor impregnado de intereses sociales pues tanto uno como otro "deben reflejar efectivamente el derecho a la autodeterminación de ambas partes dentro del contrato" y esta consideración "debe empapar el derecho contractual en su totalidad"¹⁴⁰. El problema, en otras palabras, no sería que *ahora* el derecho contractual sí se preocupa de la parte débil, sino más bien que antes lo hacía con diversas herramientas correspondientes al contexto de cada época¹⁴¹.

En fin, dejando planteadas estas cuestiones tanto interesantes como complejas que no pueden ser resueltas en esta sede, y volviendo a nuestra regla de interpretación, independientemente del planteamiento que se acoja, consideramos fundamental que decisiones como aquella que expusimos en la que se opta por la eliminación del requisito de la ambigüedad elevando así a canon hermenéutico por excelencia la interpretación a favor del consumidor (o en contra del predisponente, del profesional o del empresario) no resultan útiles ni apropiadas, pues si bien es cierto que no se debe renunciar a buscar el correcto equilibrio entre las partes dentro de la relación contractual, ello no justifica la adopción de soluciones que lleguen al extremo de tratar una cierta

139 Ver supra referencia en nt. 4. En un sentido similar M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, cit., 620: "se presume que quien contrata para su uso privado es menos competente que su contraparte, o que se encuentra en un estado de inferioridad económica. Semejante situación sin duda es frecuente, pero está lejos de ser general".

140 R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, cit., 224 y s. "Sería fatal para la integridad del sistema jurídico si el derecho contractual tradicional fuera visto como el ámbito de una concepción formal de la libertad contractual mientras que el derecho del consumidor fuera considerado como modelado sobre preocupaciones sociales no muy bien definidas. La noción de la libertad contractual debe ser la guía para todo el derecho contractual, pero al mismo tiempo un contrato solo se puede ser aceptado por la comunidad jurídica si se puede considerar que refleja el derecho a la autodeterminación de ambas partes".

141 Estas preocupaciones se enmarcan dentro de la discusión que despertó la inclusión de la disciplina de las condiciones generales de contratación (AGB) y de la disciplina de protección del consumidor en el BGB con la Ley sobre la modernización del derecho alemán de las obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) que entró en vigencia en el 2002. Al respecto R. ZIMMERMANN, *Ult. ob. cit.*, 164. El autor muestra cómo, al contrario de la creencia general, "los padres del BGB vieron en la protección de la parte económicamente débil un objetivo importante y enfatizaron la necesidad de sensibilidad social" a través de la inclusión de cláusulas generales como los §§ 138, 242 y 826 "que se demostraron altamente flexibles para la infusión de más que sólo unas pocas gotas de aceite social en la fábrica del BGB".

"categoría" de sujetos como los consumidores¹⁴² prácticamente como incapaces¹⁴³. Plena autodeterminación en cualquier relación contractual para lo cual se deben implementar mecanismos *adecuados* es la tarea a la que decididamente debe servir el derecho contractual. Por el contrario, partir de la presunción de incapacidad de un sujeto siempre e incondicionalmente no solo podría llegar a ser discriminatorio sino también contraproducente¹⁴⁴.

142 Al respecto se reenvían a las anotaciones en supra nt. 4 y 139 e infra nt. 143. En este sentido también vale la pena mencionar la crítica de R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, en *Studi in Onore di C. M. Bianca*, cit., 71 y ss., a la sentencia de la Corte Constitucional italiana que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad elevada en contra del art. 1469-bis del Código Civil acusada de ser discriminatoria por restringir los mecanismos de protección allí contenidos a los consumidores. (Sentencia de la Corte Constitucional italiana, 22 de noviembre de 2002, n.º 469). La Corte habría confirmado la legitimidad constitucional del artículo al considerarla "fruto de una decisión de política del derecho que no puede ser censurada". El autor denuncia cómo la decisión muestra "la tendencia a ver en el consumidor no profesional el estigma del contratante necesitado de una especial protección sobre la base de la afirmación de una ignorancia e incapacidad de velar por sus propios intereses" al mismo tiempo que "la clase de los pequeños empresarios se eleva prodigiosamente a clase acomodada, aún cuando ellos no cuenten con la posibilidad de tratativa con la contraparte económicamente fuerte", considerándose que ellos "precisamente por la actividad que desenvuelven habitualmente tienen conocimientos idóneos para contratar en un plano de igualdad".

143 R. ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, cit., 223. El autor al hacer referencia a cómo una aproximación que trate de conceptualizar el término "consumidor" como una especie de estatus legal "tendría más que un ligero sabor discriminatorio, debido a que ello parecería insinuar que los consumidores, desprotegidos y desorientados, carecen de la habilidad para participar en el tráfico jurídico. Esto pondría a los consumidores en una situación muy cercana a aquellas personas con discapacidades mentales que necesitan atención". Si bien la situación descrita por el autor hace referencia al regreso a un derecho privado por estatus, consideramos que establecer una presunción general, directa e incondicional de interpretación a favor del consumidor bien puede recaer en la insinuación señalada por el autor.

144 Sobre el efecto negativo por el uso indebido de la regla de hermenéutica contractual ver las reflexiones en supra VI.

