



Elementos de los contratos

Un enfoque comparado

DIRECTORES:

SILVIA DÍAZ ALABART (España)

ENRICO GABRIELLI (Italia)

LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Argentina)

 **INCLUYE
VERSION DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 0024-1636
RNPI: En trámite
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

Este libro se publicó el 30 de diciembre de 2020 en la plataforma digital SIL Next, Thomson Reuters, Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Elementos de los contratos

Un enfoque comparado

SILVIA DÍAZ ALABART (España)

ENRICO GABRIELLI (Italia)

LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ (Argentina)

Directores

LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

Coordinador

Pascual E. ALFERILLO - Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ - María Teresa ÁLVAREZ MORENO - Maximiliano R. CALDERÓN - María del Carmen CERUTTI - Rubén COMPAGNUCCI DE CASO - Manuel CORNET - Giorgio DE NOVA - Fabrizio DI MARZIO - Silvia DÍAZ ALABART - Helena DÍEZ GARCÍA - Carlos M. DÍEZ SOTO - María Ángeles EGUSQUIZA BALMACEDA - Angelo FEDERICO - Enrico GABRIELLI - Ignacio GALLEGO DOMINGUEZ - Paolo GALLO - Fernando GASCÓN INCHAUSTI - Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA - Carlos M. IBÁÑEZ - Luis F.P. LEIVA FERNÁNDEZ - Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ - José Fernando MÁRQUEZ - Valeria MORENO - Noemí NICOLAU - Rodrigo PADILLA - Ramón Daniel PIZARRO - Rita ROLLI - Andrés SÁNCHEZ HERRERO - Gianluca SICCHIERO - Antonella TARTAGLIA POLCINI - Gian Maria UDA - Daniela VALENTINO - Celia WEINGARTEN

Autores

La cláusula del contrato

Gianluca Sicchiero (*)

Sumario: I. Premisa.— II. Las fuentes romanas.— III. La noción moderna de cláusula.— IV. La noción formal de cláusula de contrato.— V. La noción preceptiva (sustancial) de cláusula del contrato.— VI. La interpretación de la cláusula.— VII. La evaluación del contenido preceptivo de la cláusula.— VIII. La estructura de la cláusula.— IX. La distinción entre cláusula y parte del contrato.— X. Las premisas del contrato.— XI. La distinción entre cláusulas principales y secundarias.— XII. El acuerdo sobre la cláusula y la conclusión del contrato: la llamada puntuación completa de las cláusulas.— XIII. La cláusula autosuficiente (cláusula contrato).— XIV. El nexa de inescindibilidad entre las cláusulas.— XV. La cláusula de estilo.— XVI. La cláusula de reenvío a la ley.— XVII. La cláusula penal.— XVIII. La cláusula de irresponsabilidad.— XIX. Sujeción a jurisdicción determinada.— XX. Sujeción a sistema normativo.— XXI. Sujeción a arbitraje.

I. Premisa

Si bien el término “cláusula” es empleado de manera constante por los juristas prácticos, rara vez es motivo de estudio para los teóricos del derecho. Se habla de cláusula penal, de cláusulas vejatorias, de cláusulas de estilo, de cláusulas generales y cláusulas particulares (arts. 984 y 986 del Cód. Civil arg.) o de cláusulas abusivas (arts. 988 y 1117 del Cód. Civil arg.), haciendo así hincapié en la especificidad de la cláusula, cuyo sentido se da por supuesto, sin que, sin embargo, haya sido acordado previamente: falta así la llamada definición estipulativa.

A esto se suma el hecho de que las leyes a menudo emplean palabras como sinónimos de cláusula (1), por ejemplo, las “condiciones generales” del contrato (art. 1341 del Cód. Civil it.) (2), que son de distinta naturaleza y ge-

neran así una confusión de significantes (3). Otro ejemplo: el art. 997 del Cód. Civil arg. regula el “pacto de preferencia”: ¿es una cláusula o es otra cosa? (4) Y, nuevamente, ¿qué es la disposición del contrato si no una cláusula? (5).

Por otro lado, hay normas en las cuales la palabra “cláusula” no tiene nada que ver con la cláusula contractual. Es lo que sucede con la “cláusula de excepción” (arts. 2596 y 2653, Cód. Civil arg.), que se refiere a una excepción respecto a otras normas del derecho internacional privado.

No se trata, sin embargo, solo de las leyes de los países particulares. El derecho privado de la

(3) Se trata de una terminología impropia, en el sentido de que no es técnica; es algo que argumenta MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, en CICU — MESSINEO, *Trattato*, Milán, 1973, t. I, ps. 88 y 424, si bien es obvio que el Código se refiere siempre a la cláusula del contrato (cfr. GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 185).

(4) En realidad son la misma cosa: la secc. 7ª (Libro Tercero, tít. IV, cap. 1): “Algunas cláusulas que pueden ser agregadas al contrato de compraventa”, regula varios tipos de pactos (arts. 1163 y ss.).

(5) Art. 389, Cód. Civil arg.: “...la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas si son separables”.

(*) Catedrático de Derecho Privado de la Facultad de Economía de “Ca’ Foscari”, Venecia.

(1) Sobre cómo el Código Civil italiano habla de cláusula “en referencia exclusiva al contrato”, cfr. GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1960, t. VII, p. 184.

(2) El art. 984 del Cód. Civil arg. habla de “cláusulas generales”.

Unión Europea regula las cláusulas en los contratos con los consumidores, definiendo a los sujetos (el profesional y el consumidor), pero sin explicar qué es la cláusula (Directiva 93/13 CEE del Consejo), del mismo modo que el Código Civil argentino precisa cuándo una cláusula es abusiva (art. 988), pero no qué es la cláusula.

Aquí hablaremos de “cláusula” refiriéndonos exclusivamente al contrato, y no al texto de la ley. No nos ocuparemos de cómo fueron escritos los textos de las normas ni tampoco indagaremos sobre qué deberíamos entender, por ejemplo, por “cláusula general”, expresión que (no solo) en Italia se utiliza para las llamadas disposiciones normativas “a trama abierta”, porque son siempre reglas de la ley y no del contrato.

Podemos afirmar que el problema en cuestión —el de qué debemos entender por “cláusula del contrato”— no ha sido tratado por la literatura general.

En Francia, por ejemplo, no hay estudios sobre el tema y se habla de cláusula solo como “*disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date ou lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujeter à un régime spécial, parfois même dérogoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales)*” (6). Uno de los mayores juristas civiles franceses se limita a decir que “*la clause est une partie de contrat portant sur un point particulier. La clause est au contrat ce que l'article est à la loi*” (7).

Ni siquiera los artículos de la *common law* examinan la cuestión. Uno de los textos más importantes sobre el contrato, que dedica 150 páginas a los distintos tipos de cláusulas, no contiene ninguna definición de la cláusula en sí (8), mientras que otros textos se limitan a in-

(6) CORNU, Gerard (ed.), “Vocabulaire juridique”, 7ª ed., Ed. Presses Universitaires de France, s.f., *ad vocem*.

(7) CARBONNIER, Jean, “Les obligations”, en *Droit civil*, Ed. Presses Universitaires de France, 1991, p. 42.

(8) CHITTY, Joseph, “The Terms of the Contract”, en *Chitty on Contracts*, Londres, 1999, ps. 583-732.

dicar que es “*a distinct section or legal provision of a legal document or instrument*” (9).

En la literatura alemana se alude a otra cuestión, análoga pero distinta: la “parte del contrato” que, como veremos más adelante, es tratada con relación a la regla de la nulidad parcial contenida en el § 139 del BGB. La única alusión útil se encuentra en un fragmento de Andreas von Thur (10), quien, refiriéndose a los elementos constitutivos del contrato jurídico, indica: “*wenn die Willenserklärung mehrere logisch unterscheidbare Festsetzungen enthält (das Gesetz spricht von Punkten), kann man sie in einzelne Bestandteile zerlegen*” (11).

Algunos sostienen, sin embargo, que la definición de “cláusula” no solo no es un problema, sino que ni siquiera es posible encontrar una solución, porque sería “en vano tratar de reducir a una unidad” los distintos significados que puede asumir el término “cláusula del contrato” (12).

Nosotros creemos, por el contrario, que existen múltiples razones de interés práctico para profundizar en el tema: se trata de determinar si el término “cláusula” es solo descriptivo, es decir, si se refiere a una parte cualquiera del contrato; si todas las partes del contrato tienen el mismo valor (las premisas y las otras cláusulas); si se pueden identificar problemas que admiten soluciones distintas según se aplique una u otra definición de “cláusula”.

Una vez establecida la noción de cláusula, precisaremos qué disciplina corresponde aplicar, dado que los Códigos no poseen reglas específicas para la cláusula en sentido general.

(9) “Black’s Law Dictionary”, St. Paul, Minnesota, 1999, *ad vocem*.

(10) “Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts”, t. II, vol. I, Múnich — Leipzig, 1914, p. 194.

(11) La referencia es de Andreas Von Thur en la nota y § 154 y § 155 del BGB, que regulan el acuerdo parcial entre los contratantes.

(12) GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 184; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, en IUDICA — ZATTI, *Trattato*, 2ª ed., Milán, 2011, p. 432; GALLETTO, Tommaso, “Clausula rebus sic stantibus”, en *Digesto*, Sezione Civile, Turín, 1988, t. II, p. 384.

Los Códigos regulan algunos tipos de cláusula, pero en la práctica existen tipologías amplias. Los contratos de venta utilizan varias tipologías con relación al bien vendido. Una cosa es la transferencia de un bien inmueble, donde la preocupación atañe a los posibles daños del bien. Otra distinta es la transferencia de acciones societarias, en la que el interés de quien compra acciones societarias puede ciertamente dirigirse a los problemas del patrimonio de la sociedad (¿el balance es real?; ¿la sociedad tiene pleitos con el fisco o con sus empleados?), pero también a cuestiones diversas, por ejemplo, la posibilidad de lograr la venta de la participación propia, un problema que ha generado muchas variantes de cláusulas sobre la venta futura de acciones (*drag along*, *tag along*, *bring along*, etc.).

En el derecho societario existen, además, todas las cláusulas sobre la *governance* societaria, que a veces están contenidas en los estatutos, a veces en pactos externos (en Italia se llaman “pactos parasociales”).

Las cláusulas sobre las garantías debidas son, aun hoy, innumerables: garantías y sus variantes (*performance bond*, *bid bond*, *Garantievertrag*), cauciones, *lettres de patronage* (fuertes y débiles), etc. Por otro lado, muchas cláusulas versan sobre la ejecución continuada en el tiempo (la provisión de materias primas), en las cuales los precios pueden variar según el mercado o la situación política (*hardship clause*).

Existen también documentos en los cuales se encuentran muchas cláusulas de comercio internacional que incluyen una indicación específica sobre el significado que deben asumir cuando se refieren a esa versión específica: se trata de los *International Commercial Terms*, también conocidos como “Incoterms”, redactados por la Cámara de Comercio Internacional de Viena, última edición de 2010.

Es obviamente imposible analizar aquí todas las cláusulas que aparecen en los contratos, a las que sería posible dedicar un libro entero. Solo podemos mencionar algunas a modo de cierre, como las de jurisdicción o la cláusula penal, que se utilizan en todos los ámbitos contractuales.

II. Las fuentes romanas

Un breve repaso histórico nos ayudará a precisar el significado original del término “cláusula”. En las fuentes romanas, el término se refiere a la individuación de una parte, un capítulo de la ley o del edicto (13): “La expresión *clausula edictalis* significa un capo del edicto del pretor urbano o peregrino o de los edictos provinciales” (14), tal como aparece en un fragmento de Marcelo (15): “*caput edicti quod a Iuliano introductum est id est... nova clausula*” (16).

Esa noción fue trasladada del campo del derecho público al campo del derecho privado, donde se la “usaba para indicar una de las estipulaciones particulares que pueden agregarse a los varios contratos jurídicos” (17).

Es importante indicar que la cláusula asume así un carácter preceptivo (18), en el sentido de que no interesa si es una frase de la ley (nos referimos aquí a las cláusulas contractuales), sino si contiene una norma, como lo demuestra la historia. Este es un tema sobre el que volveremos varias veces.

(13) La literatura moderna también utiliza el término en este sentido: cfr. ASTUTI, “I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano”, Milán, 1952, p. 49. Para el autor, la fórmula *pacta conventa servabo* del edicto del pretor urbano que figura en el *Digesto* (D. 2.14.7.7) es una cláusula edictal. La misma terminología utilizan TALAMANCA, Mario, “La tipicità dei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone”, en *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo repubblicana*, Nápoles, 1988, ps. 54-56, 60-61, y BURDESE, Alberto, “Manuale di diritto privato romano”, Turín, 1975, ps. 481, 486, 641.

(14) BRUGI, Biagio, “Clausula edictalis”, en *Digesto*, VII, 2, Turín, 1897, p. 363. Las mismas palabras usan GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 184, y SACCHI, Ubaldo, “Clausola”, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, III, II, 2, Milán, 1913, p. 631.

(15) *Digesto* 37.8.3.

(16) BRUGI, Biagio, “Clausula edictalis”, ob. cit., p. 363, que indica otros casos en los que el término se usa en referencia a la partición del cápita, a la integración de los edictos más antiguos con nuevas partes agregadas por el pretor a las disposiciones o partes del edicto perpetuo.

(17) SACCHI, Ubaldo, “Clausola”, ob. cit., p. 631.

(18) FRAGALI, Michele, “Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio”, en *Giustizia Civile*, 1959-I-315.

III. La noción moderna de cláusula

La literatura italiana moderna considera —no sin algún disenso (19)— que es posible elaborar al menos dos tesis distintas sobre el significado del término “cláusula”. Luego de una breve definición preliminar, una de dichas teorías prefiere la noción formal (o descriptiva) de cláusula, que la entiende como cualquier proposición que integra el contrato. La otra, en cambio, prefiere la noción sustancial [o preceptiva (20)] y considera que la cláusula es una norma irreductible del contrato, entendida como una “determinación volitiva inescindible contenida en el contrato, es decir, no fraccionable en ulteriores determinaciones volitivas independientes” (21).

Se puede hablar, entonces, de cláusula en sentido formal, al referirse a cualquier parte del texto del contrato (que posea un sentido acabado), y de cláusula en sentido sustancial, al referirse a una norma que no puede ser dividida en normas ulteriores.

Una cláusula en sentido formal sería, por ejemplo, la siguiente previsión de un contrato: “La mercadería debe ser entregada en el puerto de Venecia antes de las 12 horas del primer lunes de cada mes en una cantidad no inferior al mínimo estipulado en el contrato”. Sin embargo, desde un punto de vista sustancial, esta frase contiene varias cláusulas: 1) la mercadería debe ser entregada en el puerto de Venecia; 2) la mer-

(19) “El único significado posible del término ‘cláusula’ con base en el apart. II del art. 1419, es el significado tradicional de determinación relativa a un punto cualquiera del contrato”; cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina, “Sul significato del termine ‘clausola’ con relación al apart. II del art. 1419, Cod. Civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960, ps. 688-689.

(20) Sobre la terminología, cfr. SACCO, Rodolfo, “La clausola: funzione del regolamento contrattuale”, en SACCO, Rodolfo — DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, 4ª ed., Turín, 2016, p. 78.

(21) GALGANO, Francesco, “Trattato di diritto civile”, 2ª ed., Padua, 1999, t. II, p. 162; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 432; GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 185; BETTI, Emilio, “Teoria generale del negozio giuridico”, Turín, 1960, ps. 150-153; CARRESI, Franco, “Il contratto”, en CICU — MESSINEO, *Trattato*, Milano, 1987, t. I, ps. 214-215; CASELLA, Mario, “Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole”, Milán, 1974, ps. 18 y ss.

cadería debe ser entregada antes de las 12 horas del primer lunes de cada mes; 3) la mercadería debe ser entregada en una cantidad no inferior al mínimo estipulado en el contrato.

Es a partir de esta primera distinción que se subraya que “la importancia del concepto está en el hecho de que, a determinados efectos, algunas cláusulas particulares pueden recibir una consideración normativa específica, distinta de la del contrato en su conjunto” (22). Por ejemplo: si una parte de la cláusula formal está sujeta a una prohibición, ¿cae toda la cláusula, o solo la parte afectada por la prohibición?

A continuación, ahondaremos en la distinción para determinar si, como intentaremos demostrar, sirve a objetivos concretos.

IV. La noción formal de cláusula de contrato

Como indicamos en el párrafo anterior, en la literatura existen al menos dos nociones de cláusula: la que destaca el aspecto formal de la proposición que integra la trama lingüística del acto de voluntad; y, por otro lado, la sustancial, según la cual es indispensable el análisis del contenido de la proposición singular (23).

De acuerdo con el primer sentido, se observa, en primer lugar, que por “cláusula” puede también entenderse “cada una de las proposiciones de las que consta o puede constar un contrato” (24), tomando como ejemplo el uso del término “cláusula” en el art. 1363, Cód. Civil it. (25), que es idéntico al art. 1064 del Cód.

(22) GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., t. II, p. 162.

(23) Algunos autores sostienen que las cláusulas sustanciales son las únicas que tienen relevancia, mientras que las otras solo sirven a fines interpretativos. Cfr. BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, Turín, 2000, ps. 315-316.

(24) En el lenguaje de los juristas italianos, la palabra *negozio* (tomada del término alemán *Rechtsgeschaeft*) es sinónimo de *contratto* (y *negoziale* es sinónimo de *contrattuale*), aun si los autores más contemporáneos no comparten y tienden a refutar esta noción (que no existe en los Códigos). De hecho, los juristas franceses y de la *common law* no la usan y muchos la ignoran.

(25) GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 184; CATAUDELLA, Antonino, “Sul contenuto del contratto”, Milán, 1974, p. 184; CASELLA, Mario, “Nullità

Civil arg., para el cual “las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto”. Se afirma que “en consecuencia, el término cláusula no puede indicar una autonomía del precepto contractual” (26).

La tesis tiene la indudable virtud de reenviar a la trama contractual las indicaciones de las partes que, aun sin poseer carácter preceptivo (27), pueden ayudar a determinar el orden de intereses de los contratantes. En efecto, si se quisiera eliminar las cláusulas no preceptivas del contenido del contrato en sentido estricto (28), igual habría que determinar si las palabras usadas por las partes son solamente cláusulas declarativas o si, en cambio, deben asumir un contenido preceptivo (29), resultado al que solo se puede llegar tras evaluar todas las cláusulas, una por medio de la otra, como lo pide el art. 1363, Cód. Civil it., o el art. 1064, Cód. Civil arg., con base en el llamado canon de la totalidad (30).

parziale...”, ob. cit., p. 18; CARRESI, Franco, “Il contratto”, ob. cit., p. 214; SCHLESINGER, Piero, “Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nro. 26, 1964, p. 1354.

(26) GRASSETTI, Cesare, “Clausula del negozio”, ob. cit., p. 185.

(27) BETTI, Emilio, “Teoria generale...”, ob. cit., p. 159, observa, sin embargo: “en cuanto concierne a las declaraciones en las que consta un contrato jurídico, es siempre posible distinguir un contenido preceptivo, sin importar cuál sea su tenor literal”.

(28) Cfr. MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit.; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 316; contra FRAGALI, Michele, “Clausole...”, ob. cit., p. 315; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 432.

(29) CATAUDELLA, Antonino, “Sul contenuto del contratto”, ob. cit., ps. 160 y ss., sobre todo ps. 170-171, donde los casos que configuran elementos de la presuposición figuran entre los de enunciación del contenido dispositivo; CARRESI, Franco, “Il contratto”, ob. cit., ps. 212, 215.

(30) BETTI, Emilio, “Interpretazione della legge e degli atti giuridici”, Milán, 1971, ps. 15 y ss., 78, 107; MOSCO, “Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici”, Nápoles, 1952, ps. 110 y ss.; IRTI, Natalino, “La sintassi delle clausole (nota intorno all’art. 1363, Cod. Civile)”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989, ps. 426-427; MIRABELLI, Cesare, “Dei contratti in generale”, en *Commentario*, Ed. UTET, Turín, 1980, p. 276;

Por lo tanto, en este primer análisis también serán consideradas como cláusulas formales — más no sea a fines hermenéuticos— las llamadas “premisas” enunciativas, que, según cierta técnica de redacción del contrato (31), preceden las declaraciones dispositivas del contrato (32), o bien las eventuales declaraciones de ciencia contenidas en él, o las declaraciones llamadas “superfluas”, que meramente repiten las normas de la ley: declaraciones que, aunque no tengan una naturaleza dispositiva, resultan de todos modos útiles para determinar la voluntad de las partes (33).

Podemos recordar que, según la interpretación de algunos autores (34), la jurisprudencia italiana considera que incluso las cláusulas inválidas sirven a “la investigación hermenéutica a causa de su importancia como mero hecho que indica un contenido contractual dado, y no ya a causa de su idoneidad para producir efectos jurídicos contractuales, que bien puede no existir”. De esto deriva la necesidad de que la cláusula inválida también sea utilizada, con base en el art. 1363, Cód. Civil it., “para la reconstrucción del contenido exacto de otras cláusulas no afectadas de nulidad” (35).

Hay, por último, un caso en el que las cláusulas del contrato pueden asumir una forma simbólica (expresada por medio de símbolos o

BIGLIAZZI GERI, Lina, “Interpretazione del contratto”, en SCHLESINGER, *Commentario*, Milán, 1991, p. 157.

(31) Sobre los modos de redacción de los contratos en Italia, v. SICCHIERO, Gianluca, “Fondamenti di tecnica contrattuale”, Padua, 2018.

(32) Sobre su relevancia en la interpretación del contrato, cfr. CARRESI, Franco, “Dell’interpretazione del contratto”, en SCIALOJA — BRANCA, *Commentario*, Bolonia — Roma, 1992, p. 73; MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 88; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 316. En contra, en cambio, FRAGALI, Michele, “Clausole...”, ob. cit., p. 315.

(33) BESSONE, Mario, “Adempimento e rischio contrattuale”, Milán, 1975, ps. 292, 296.

(34) Cfr. BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 432; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 432.

(35) Cass., 18/01/1978, n. 237; la abreviatura “Cass.” indica la Corte Suprema de Casación, órgano superior de la jurisdicción Civil y Penal italiana.

dibujos) y, así, una naturaleza distinta (36): descriptiva o prescriptiva, de acuerdo con el contexto en el que el símbolo es evaluado.

Piénsese por ejemplo en las etiquetas que encontramos al interior de las prendas de vestir, que por medio de símbolos indican la modalidad de lavado. Estos dibujos pueden ser ante todo de índole descriptiva, ya que indican en qué condiciones el lavado no deteriora la prenda. Sin embargo, también pueden ser de índole prescriptiva, ya que fijan las condiciones de validez de la garantía del vendedor contra los daños del bien vendido, en el sentido de que el vendedor será responsable por los daños causados por el lavado solo si se han respetado las condiciones indicadas en la etiqueta, mientras que quedará libre de responsabilidad en cualquier otro caso.

En conclusión, podemos decir que cualquier proposición lingüística contenida en el texto del contrato, cualquiera sea su contenido y siempre y cuando posea un sentido completo, aun si está representada con símbolos, es una cláusula del contrato en sentido formal.

V. La noción preceptiva (sustancial) de cláusula del contrato

Más arriba vimos que la distinción entre cláusula en sentido formal y cláusula en sentido sustancial solo nos interesa si se basa en razones prácticas y no solo teóricas. Profundizaremos ahora en las razones prácticas.

La segunda noción de cláusula, de uso corriente (37), se funda sobre la naturaleza preceptiva del acto de voluntad, cuya razón radica en el hecho de que solo las normas prescriptivas acordadas por las partes pueden ser objeto de prohibiciones u obligaciones por parte del legislador. En otras palabras: el legislador se ocupa de regular las declaraciones contractuales que producen efectos para determinar si son válidas o no, pero no se ocupa del resto, porque no tiene razón para hacerlo. Esto se comprende leyendo los arts. 389 y 964, Cód. Civil arg., así como los

(36) Sobre la interpretación de los símbolos en general, v. BETTI, Emilio, "Teoria generale dell'interpretazione", Milán, 1955, t. I, ps. 381 y ss.

(37) Cfr. CARRESI, Franco, "Il contratto", ob. cit., p. 214.

arts. 1339 y 1419, Cód. Civil it. (38), el § 139 del BGB (39) o los arts. 1171 y 1184 (40), Cód. Civil fr., que consideran puntualmente este caso.

Es justamente en referencia a esas normas que la noción de cláusula aparece claramente como elemento preceptivo del contrato, entendida también "como sinónimo de pacto", o bien de "imperativo contractual individual o, más generalmente, contractual, dotado de individualidad respecto al contenido total del contrato" (41) y dirigido hacia un objetivo sobre el cual rige el control del juez, ya que, si la cláusula solo tuviera un contenido descriptivo, no sería idónea a ningún efecto.

La noción se desarrolla luego en el sentido de individuar la cláusula en el elemento volitivo irreductible del contrato.

El presupuesto es que, mientras que la cláusula formal a menudo puede contener muchas normas, el precepto siempre es, por el contrario, irreductible, en el sentido de que "no se puede hablar de 'parte' del precepto, mientras que sí se puede hablar de 'parte' de la proposición". No

(38) Art. 1339, Cód. Civil it.: "Las cláusulas, los precios de bienes y servicios impuestos por la ley, figuran de derecho en el contrato, aun en sustitución de las cláusulas deformes añadidas por las partes"; art. 1419, Cód. Civil it.: "1. La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de las cláusulas individuales conlleva la nulidad del contrato entero si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin la parte anulada. 2. La nulidad de las cláusulas individuales no conlleva la nulidad del contrato cuando las cláusulas anuladas son sustituidas de derecho por normas imperativas".

(39) § 139, BGB: "Teilnichtigkeit. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

(40) Art. 1171, Cód. Civil fr.: "Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite"; art. 1184, Cód. Civil fr.: "Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien".

(41) GRASSETTI, Cesare, "Cláusula del negozio", ob. cit., p. 185; CARRESI, Franco, "Il contratto", ob. cit., ps. 213-214; ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", ob. cit., p. 434.

obstante, será necesario argumentar más extensamente esta noción, porque el carácter inescindible del precepto no puede ser “lógico sino jurídico” (42): no se trata de afirmar que cada frase debe tener un sentido comprensible (de esto no hay duda), sino de que cada precepto (jurídico) puede contener solo una norma (jurídica), y este es un juicio que siempre debe hacerse examinando el texto del contrato.

De todos modos, el consenso general es que la cláusula dispositiva (o preceptiva o sustancial) no se identifica con cada proposición individual que forma el contenido del contrato. En efecto, desde el punto de vista sintáctico, una cláusula puede estar conformada por “dos o más proposiciones”, lo cual no afecta su estructura unitaria “siempre y cuando [aquellas] no sean escindibles entre sí, de modo que una no podría subsistir lógicamente sin la otra u otras, en el sentido de que no formaría un sentido completo” (43).

Piénsese, por ejemplo, en la pluralidad de preceptos que contiene una sola proposición en la cláusula de un contrato de venta de un inmueble que establece que “el precio total y convenido es de 10 millones”. Si bien el significado sintáctico de la proposición es evidente, desde el punto de vista jurídico es posible descomponerlo en dos preceptos ulteriores: “el precio debe pagarse en euros” y “el precio es de 10 millones de dichos euros”, por lo cual los preceptos son dos, no uno (44). Sin embargo, no se puede ir más allá de esta distinción, porque si se dividiera ulteriormente la frase (p. ej.: “el precio”, “millones”, “10”, “debe pagarse”), las proposiciones individuales carecerían de todo sentido. Aquí vemos con claridad la función jurídica y no solo lógica del concepto en cuestión: el hecho de que el precepto sea expresado en más de una proposición no modifica su irreductibilidad, si la norma opera solo unitariamente (cláusula sustancial); por el contrario, si una proposición contiene distintos preceptos (cláusula formal), entonces

es escindible en varias cláusulas (45). Así lo expresa, de hecho, el art. 389, Cód. Civil arg.: “La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables”. Por lo tanto, a los efectos de las patologías de las cláusulas (art. 389, Cód. Civil arg.; arts. 1339 y 1419, Cód. Civil it.; art. 1184, Cód. Civil fr.), cada componente preceptivo del texto del contrato constituye una cláusula en sentido sustancial y, por lo tanto, debe ser evaluado independientemente de los demás, sin influencia recíproca, a menos que dicha influencia esté determinada por otros mecanismos, como, por ejemplo, el pacto de inescindibilidad.

Puede suceder que, una vez identificadas al interior de la cláusula formal las distintas normas que conforman las cláusulas sustanciales, una o algunas estén en contradicción con la ley y deban, por lo tanto, ser eliminadas, cuando no sustituidas, sin que eso implique la eliminación de toda la cláusula. Así, si postulamos que la política monetaria de un país impide los pagos en moneda extranjera, puede ser necesario examinar una cláusula formalmente unitaria para ver si contiene varias cláusulas sustanciales, de las cuales una podría ser inválida sin por eso invalidar el resto. Un caso podría ser el de una cláusula que indicara que “el precio de venta es de 10 millones de ‘áureos’, a pagar en dólares en tres cuotas mensuales a partir de la firma del contrato”. Desde un punto de vista formal, la cláusula es unitaria, mientras que desde un punto de vista sustancial presenta tres indicaciones prescriptivas: una relativa a la suma a pagar (válida); una, a la moneda en que debe ser hecho el pago (inválida); y una, a las cuotas del pago (válida). Si la cláusula es considerada unitariamente, puede resultar completamente inválida, haciendo caer así todo el contrato. Si, en cambio, los preceptos se distinguen en el modo en que acabamos de indicar, la cláusula formal sería dividida en tres cláusulas sustanciales y el contrato seguiría siendo válido, ya que solo sería necesario eliminar la cláusula sobre la moneda extranjera, mientras que la determinación del precio en “áureos” y la modalidad de pago seguirían indicando las obligaciones que pesan sobre quien debe pagar (sea en “áureos” o dólares).

(42) CASELLA, Mario, “Nullità parziale...”, ob. cit., p. 19; CATAUDELLA, Antonino, “Sul contenuto del contratto”, ob. cit., p. 182; COSTANZA, Maria, “Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede”, Milán, 1989, p. 4.

(43) MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 88; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 432.

(44) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 432.

(45) Cfr. nuevamente CASELLA, Mario, “Nullità parziale...”, ob. cit., p. 19.

Es a partir de la noción perceptiva de cláusula que la Corte de Casación italiana ha podido escindir las partes inválidas de la cláusula de las partes válidas, que siguen en efecto en el caso de poseer una funcionalidad autónoma. Esta orientación se ha consolidado en las decisiones de los juristas italianos (46).

Hasta aquí, la conclusión es que la distinción entre cláusula formal y cláusula sustancial posee un importante efecto práctico y no solo abstracto. Partiendo de esta base, examinaremos a continuación otras consecuencias prácticas de la distinción en sentido formal y en sentido sustancial.

VI. La interpretación de la cláusula

La teoría general de la interpretación sostiene que su objetivo consiste en el proceso de selección de los significados atribuibles a los signos lingüísticos (47). Ningún signo (palabra o símbolo) porta en sí mismo una verdad sobre el mundo sensible, porque “no nos plantearíamos el problema de la interpretación si fuese cierto que las palabras tienen un único significado, natural, objetivo, intrínseco” (48).

La interpretación jurídica tiene el mismo objetivo: ninguna norma posee un significado objetivo, sea una norma de ley o una norma puesta por las partes en el contrato.

La interpretación de la cláusula forma parte de la interpretación del acto que la contiene, y esta a su vez procede mediante la evaluación de todo el entramado de disposiciones que lo componen, que poco a poco asumen un sentido

(46) Cass., 30/03/2018, n. 7974; *id.*, 03/01/2017, n. 21; *id.*, 11/08/2009, n. 18223; *id.*, 26/06/1987, n. 5675, etc.

(47) Es imposible resumir aquí, siquiera mínimamente, un problema del que se ocupan (también) la filosofía, la filología, la psicología y el derecho. Nos limitamos a referir algunos autores que consideramos relevantes al respecto, p. ej., GADAMER, Hans, “Wahrheit und Methode”, Tübinga, 2010; edición italiana: “Verità e metodo”, trad. de Gianni Vattimo, Milán, 1992, ps. 441 y ss.

(48) FERRERI, Silvia, “Il giudice italiano e l’interpretazione del contratto internazionale”, Padua, 2000, p. 26.

determinado pero provisorio (49). Este significado provisorio es luego evaluado con relación a la congruencia o coherencia que guarda con la evaluación total del acto (el contexto), dando así lugar al “círculo de reciprocidad hermenéutica que corre entre la unidad del todo y los elementos individuales” (50).

En efecto, aunque es verdad que la lengua está sujeta a reglas (51), no deja de ser cierto que la interpretación de una cláusula tomada fuera de contexto —es decir, fuera del acto que la contiene— podría no producir ningún resultado (52). De hecho, una cláusula absolutamente oscura no puede producir ningún efecto, o bien puede sugerir varias hipótesis cuyo sentido sintáctico es perfectamente compatible y plausible, de modo que sea imposible hacer una elección razonable, dado el carácter necesariamente elíptico del lenguaje (53). Esta ambigüedad existe incluso en los números: no va de suyo que la palabra *thousand* indique el número 1000 (54).

(49) Cfr. BETTI, Emilio, “Interpretazione della legge...”, *ob. cit.*, p. 17.

(50) BETTI, Emilio, “Teoria generale dell’interpretazione”, *ob. cit.*, p. 309.

(51) Sobre la vaguedad de los términos de uso cotidiano, v. GUASTINI, Riccardo, “Teoria e dogmatica delle fonti”, en CICU — MESSINEO, *Trattato*, Milán, 1998, p. 6. Según CASELLA, Mario, “Il contratto e l’interpretazione”, Milán, 1961, ps. 47, 197, 219, se presumiría que los términos jurídicos, salvo “expresas exenciones”, poseen el mismo sentido que asumen en el lenguaje cotidiano.

(52) “Al contactar la barra con la palanca puse el freno. Sí, dado todo el resto del mecanismo. Solo como parte de este es ella la palanca del freno; separada de su soporte no es siquiera una palanca, sino que puede ser cualquier cosa o incluso nada”. WITTGENSTEIN, Ludwig, “Philosophical Investigations”, Oxford, 1953, 1958, ed. it.: “Ricerche filosofiche”, Turín, 1974, p. 12; HART, Herbert, “Contributi all’analisi del diritto”, Milán, 1964, ps. 39 y ss., 67, 79.

(53) BETTI, Emilio, “Teoria generale dell’interpretazione”, *ob. cit.*, ps. 217, 339, 805; *id.*, “Interpretazione della legge...”, *ob. cit.*, ps. 94, 134.

(54) El número 1.000 debe ahora leerse 1.200, tratándose del “antiguo *anglicus numerus* de los inventarios anglo-normandos”: es el caso de “Conigli Smith vs. Wilson”, *English Reports, King’s Bench Division*, vol. 110, p. 266, que refiere FERRERI, Silvia, “Il giudice italiano...”, *ob. cit.*, p. 312, donde se encuentran otros ejemplos en los cuales, no obstante la *parol evidence rule*, el juez inglés atribuye un significado particular a las cláusulas del contrato en virtud del *custom or trade usage*.

Por otra parte, hoy la literatura italiana no duda en indicar que las normas de interpretación “subjetiva” contenidas en los arts. 1362 y ss. del Cód. Civil it., que corresponden a los arts. 1061-1064, Cód. Civil arg., indican que siempre es necesario determinar el sentido de un determinado texto contractual con base en un procedimiento interpretativo doble. Ante todo, se debe evaluar el sentido literal de la declaración “según el código lingüístico compartido por la comunidad de hablantes a la que pertenezcan los contratantes” (55), sin duda, dando prioridad al punto de vista lógico que busca el sentido completo de un acto de voluntad. Pero al mismo tiempo es necesario tener en cuenta el comportamiento común de las partes (56), sin el cual no se podría aprehender el significado que estas han dado a las cláusulas en virtud de las cuales se han vinculado (57).

Esta segunda parte del procedimiento interpretativo demuestra así toda su importancia, sobre todo porque expresa una ineludible necesidad de coherencia e impide que cualquiera de los contratantes pueda hacer valer un significado que vaya *contra factum proprium* (58), contradiciendo así la conducta que había tenido hasta un cierto momento.

De hecho, se acepta la idea de la insuficiencia hermenéutica del brocardo, tal como se la entiende hoy (59), *in claris non fit interpretatio* (60), dado que la interpretación no

(55) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 445.

(56) La conducta debe ser común a todos, ya que no vale solo la de una parte para vincular a la otra: SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., p. 1349; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 431.

(57) SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., ps. 1348 y ss.; 1363 y ss.

(58) Es una tesis muy vieja: GIORGI, Giorgio, “Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, IV”, Florencia, 1904, p. 195: “Cuando las partes contratantes ajustan a una convención, el modo en que la implementan revela su voluntad”.

(59) Sobre el origen histórico del brocardo, que se remontaría al *Digesto* (Paolo 35.25.1): “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*”.

(60) V. p. ej., ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 440; GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., p. 450; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 42, etc.

busca encontrar un sentido abierto sino escondido en las palabras, una suerte de tesoro enterrado (61).

Hace tiempo que se abandonó la idea de que la interpretación busca dilucidar la voluntad meramente psicológica de las partes, que es interna e insondable. Se considera, más bien, que la interpretación del acto lingüístico se funda en la atribución de un sentido a una declaración que es coherente con la situación en la cual fue emitida. Por eso es necesario tener en máxima consideración tanto el contexto en el que la declaración es emitida (art. 1064, Cód. Civil arg.), así como la situación en la que opera el interpretante mismo, que podría confundir sus propias ideas sobre el sentido de las palabras (62), vista la falta de idoneidad de la simple forma sintáctica del texto para superar los problemas hermenéuticos que plantea (63).

Para superar el atolladero, la literatura hace una sugerencia ulterior: la de recurrir a la pragmática del lenguaje prescriptivo (64) y usarla también en la interpretación de los actos jurídicos.

En este sentido, hay un ejemplo que parece convincente: la declaración “ignoro el peso”, en el lenguaje de todos los días, es suficientemente clara: no sé cuánto pesa determinada cosa. Si, en cambio, la declaración forma parte de una póliza de carga de transporte, no indica simplemente que el transportista no conoce el peso de la mercadería que debe transportar, porque su función es impedir que dicho transportista pueda valerse “de la presunción de correspon-

(61) La metáfora es de TWINING, William — MIERS, David, “How to do Things with Rules”, Ed. Cambridge University Press; ed. it.: “Come far cose con regole”, Milán, 1990, p. 224.

(62) Es el problema de la “precomprensión”, sobre la cual, además de GADAMER, Hans, “Wahrheit und Methode”, ob. cit., v. ESSER, Josef, “Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung”, Ed. Athenäum, 1970; ed. it.: “Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto”, Nápoles, 2010.

(63) GUASTINI, Riccardo, “Dalle fonti alle norme”, Turín, 1990, p. 42; BETTI, Emilio, “Teoria generale dell’interpretazione”, ob. cit., ps. 113, 174.

(64) GUASTINI, Riccardo, “Dalle fonti alle norme”, ob. cit., ps. 46-47.

dencia —hasta que se pruebe lo contrario— de la cantidad de mercadería embarcada con las condiciones de la póliza que él mismo ha provisto (art. 462, u.c. Código de Navegación italiano)” (65).

Por lo tanto, dos simples palabras como “ignoro peso” sirven, en el derecho de transporte marítimo italiano, para regular la responsabilidad del transportista ante la disminución del peso de la mercadería transportada respecto a la cantidad declarada inicialmente por el expedidor. Esto significa que el lenguaje prescriptivo usual (pragmático) del transporte marítimo asigna un determinado significado a ciertas palabras que, en el lenguaje común, poseen un sentido completamente distinto.

Tal pragmática del lenguaje se determina a partir de la conducta de los autores de la declaración que, presuponiendo la conformidad de su actitud respecto del significado habitual de ese ambiente, a menudo constituye el mejor criterio para superar la oscuridad del significado literal de los términos. Sin esto, ¿qué sentido tendría que el transportista declarara que ignora el peso de la mercadería que transporta?

La conducta de las partes, que el Código italiano utiliza junto al significado de las palabras (art. 1362), es también el primer criterio interpretativo del Código Civil argentino (art. 1061), que desde este punto de vista adopta una solución más coherente. Los jueces italianos a menudo siguen un camino distinto: muchas sentencias de la Corte de Casación afirman la existencia del llamado “principio de gradualismo” (66), según el cual el significado literal de las cláusulas individuales debe ser el primero que se usa en la interpretación del contrato. Por lo tanto, el juez que interpreta el contrato podría proceder a una indagación ulterior solo si el resultado de esta primera evaluación es negativo. El único límite que se impone al juez es el de la ya mencionada unidad estructural de la cláusula: el juez debe discernir la voluntad de las partes con base en su significado literal, siempre y cuando no lo haga “utilizando y ais-

lando fragmentos literales de la cláusula a ser interpretada” (67).

Sin embargo, la jurisprudencia italiana más reciente sigue cada vez más de cerca las indicaciones de la literatura, sin limitarse al único (y aparente) significado claro de las palabras. Muchas decisiones requieren evaluar la conducta de las partes (68), o tener en cuenta la “causa concreta” del contrato, o bien su objetivo económico (69), o leer las cláusulas e interpretarlas en modo sistemático y unitario (70), según el ya aludido “canon de la totalidad”, previsto en el Código Civil italiano en el art. 1363 y en el argentino, en el art. 1064: “Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto”.

VII. La evaluación del contenido preceptivo de la cláusula

Para definir la naturaleza prescriptiva o descriptiva de la cláusula, la distinción que propone la literatura más autorizada se basa en el presupuesto de que la declaración es “un acto cuyo evento se concreta siempre en la mente ajena y que apela a veces solo a la conciencia y a veces también a la voluntad del destinatario, según tienda solo a informar, a dar a conocer un hecho, o tienda a indicar la dirección de una conducta” (71).

Sobre esta base se sostiene que “dependiendo de que el contenido esté destinado socialmente a informar o a aclarar (*docere*), o bien a dictar normas y a estatuir (*iubere*); destinado, por lo tanto, a enunciar algo existente en un caso o, en otro, a disponer un deber ser con vistas al futuro, la declaración deberá calificarse como enunciativa o puramente representativa, cuando *docet*, o respectivamente como dispositiva o preceptiva u ordinativa, cuando *iubet*” (72). La indicación de Emilio Betti parece lineal y acep-

(65) Cass., 03/11/1983, n. 6470.

(66) Cass., 05/03/2018, n. 5112; *id.*, 30/05/2007, n. 12721; *id.*, 11/05/2000, n. 6028, etc.

(67) Cass., 04/05/2011, n. 9755; *id.*, 29/03/2004, n. 6233.

(68) Cass., 12/02/2019, n. 4078.

(69) Cass., 06/07/2018, n. 17718.

(70) Cass., 30/01/2018, n. 2267.

(71) BETTI, Emilio, “Teoria generale...”, *ob. cit.*, p. 150.

(72) BETTI, Emilio, “Teoria generale...”, *ob. cit.*, p. 151.

table, pero es necesario no negar la importancia de un significado deformado respecto al significado compartido socialmente y al que las partes hayan querido atribuirle en tanto significado correspondiente a su intención común (73).

Por lo tanto, para nosotros la consideración social del sentido atribuible a la declaración puede valer como un índice interpretativo entre otros, pero no es decisivo por sí mismo: se debe examinar si existen o no otros hechos que lo contradicen.

La conducta de las partes asume, de hecho, una gran importancia, porque solo la conducta concreta puede indicar si la cláusula ambigua tiene valor descriptivo o preceptivo, debiéndose desestimar la interpretación propuesta por un contratante que esté *contra factum proprium*.

Por ejemplo: si la cláusula de un contrato de transporte de mercadería está escrita de modo ambiguo y no precisa si es el despachante o el vendedor quien debe pagar el cargamento de la mercadería en el camión, pero si durante años ha sido el despachante quien ha pagado el cargamento sin haber nunca protestado, entonces, el sentido que se debe atribuir a la cláusula ambigua será que el costo lo paga el despachante, no el vendedor (valor preceptivo de la cláusula). De hecho, es la conducta del despachante la que indica que, de entre los significados que puede poseer la cláusula, hay uno que es coherente. El despachante, entonces, no podrá luego pretender que el costo de la carga corresponde a su contraparte.

Con todo, hay casos en los que el sentido literal de la cláusula es ambiguo y no es posible evaluar la conducta de las partes luego del contrato, simplemente porque nunca la hubo (74). Piénsese, por ejemplo, en la discusión de la naturaleza preceptiva o no de algunas proposiciones de un contrato incumplido sin que existan, sin embargo, tratativas sobre dichas cláusulas

(73) La semiótica ha ya demostrado la imposibilidad de concebir un lenguaje socialmente unívoco: cfr. p. ej., ECO, Umberto, "Trattato di semiótica generale", Milán, 1994, ps. 105, 119-120, 178-179, 182, etc.

(74) SACCO, Rodolfo, "La clausola...", ob. cit., p. 1350.

que puedan facilitar la evaluación: aquí no existe ninguna conducta de las partes que pueda ser utilizada.

Basta recordar la cláusula "ignoro peso" citada en el párrafo anterior: si nunca fue usada antes por los contratantes, ¿qué significado tiene? ¿Descriptivo o preceptivo?

Es en este caso que encuentra su lugar el criterio objetivo de interpretación: *magis valeat quam pereat*, o bien el principio de conservación del contrato (art. 1367, Cód. Civil it.; art. 1066, Cód. Civil arg.), afirmado también por los jueces italianos (75), para quienes, además, "constituye un principio general inmanente al sistema legal que trasciende la materia contractual" (76) y que el Código argentino utiliza también en temas de arbitraje en el art. 1656.

El problema de qué valor atribuir a la cláusula contractual se deberá resolver, entonces, con base en esta disposición, según la cual la cláusula debe entenderse como preceptiva y no como descriptiva: el principio de conservación sirve, de hecho, para considerar que es una parte del texto contractual "válida y operativa, es decir, que expresa en su totalidad la indudable voluntad contractual" (77).

VIII. La estructura de la cláusula

La literatura ha elaborado tres hipótesis estructurales sobre la cláusula. En primer lugar, tenemos la cláusula simple, cuando "la proposición es completa en todos los extremos que integran el estatuto". La cláusula es compuesta, en cambio, "si tiene más proposiciones que se integran entre sí, de modo que la proposición resulta de la unión de ellas". Por último, tenemos la cláusula compleja, que está "formada de varias proposiciones que se compenetran, de modo que las modalidades expresadas en una requie-

(75) Cass., 23/07/2018, n. 19493; *id.*, 17/02/1998, n. 1669.

(76) Cass., 24/01/2014, n. 1511.

(77) GENOVESE, Anteo, "Le forme volontarie nella teoria di contratti", Padua, 1949, p. 84; PARTESOTTI, Giulio, "Interpretazione di clausola incompatibile con la natura del contratto e principio di conservazione", *Rivista di Diritto Civile*, 1963-II-128 y ss.

ren la validez de las disposiciones contenidas en otra" (78).

Se trata de un lenguaje complicado que no ofrece ninguna utilidad concreta. La "cláusula compuesta" es solo una cláusula escrita con muchas palabras y no más que eso (79). La cláusula compleja, en cambio, contiene más normas autónomas y es en realidad un conjunto de varias cláusulas reunidas, una precisión que se hace evidente sea en el problema de la nulidad parcial (que se transforma, en este caso, en la nulidad de las cláusulas individuales), sea en el de la sustitución de cláusulas conformadas por cláusulas impuestas por la ley (art. 1339, Cód. Civil it.; art. 964, Cód. Civil arg.): lo hemos visto más arriba en el ejemplo de los 10 millones de "áureos".

Es más importante la necesidad de determinar cuándo se está en presencia de una cláusula completa, es decir, de una cláusula de contenido preceptivo, autónomo y capaz de producir efectos. Hemos dicho que eso sucede cuando "la proposición es completa en todos los extremos que integran el estatuto" (80).

Es obvio, sin embargo, que así corremos el riesgo de quedar atrapados en una tautología. En efecto, el problema de la completitud depende de la determinación del significado que debemos atribuir al término "estatuto" (81). Podemos postular una noción estipulativa: llamamos "estatuto" a la norma que quiere producir un efecto jurídico (82), es decir, a una modificación de la situación jurídica preexistente como consecuencia de la norma misma.

(78) FRAGALI, Michele, "Clausole...", ob. cit., p. 317; MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", ob. cit., p. 176.

(79) La califica como una "contracción complicada" GENTILI, Aurelio, "La risoluzione parziale", Nápoles, 1990, p. 137.

(80) FRAGALI, Michele, "Clausole...", ob. cit., p. 317.

(81) Cfr. ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", ob. cit., p. 432: "La cláusula no es una proposición sino una disposición".

(82) Sobre el castísimo problema de la teoría general del efecto jurídico, cfr. FALZEA, Angelo, "Efficacia giuridica", en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milán, 1997, ps. 3 y ss.; BETTI, Emilio, "Teoria generale...", ob. cit., ps. 2 y ss.; 84 y ss.

En este sentido, entonces, podrá hablarse de cláusula cuando se compruebe la dirección de la voluntad de las partes de producir un cambio en el mundo jurídico, es decir, un efecto entendido como "fenómeno jurídico" (83). En otras palabras, si la cláusula impone una norma que puede aplicarse sin ser integrada con otras normas, es decir, si contiene una norma autosuficiente (84), podemos decir que produce un efecto, disponiendo por ejemplo una obligación, transfiriendo un derecho, atribuyendo un poder, lo cual sucede cuando las palabras con las que está formulada contemplan los elementos de la proposición hipotética ("si x, entonces y"), como en todas las normas jurídicas (85).

IX. La distinción entre cláusula y parte del contrato

Casi toda la literatura italiana está de acuerdo en negar validez conceptual a la noción de parte del contrato, que se utiliza para indicar algo distinto de la suma de varias cláusulas del contrato mismo (86). Es un problema que se plantea al leer el art. 389, Cód. Civil arg., que regula la nulidad parcial, es decir, la "que afecta a una o varias de sus disposiciones".

La opinión corriente es que las dos hipótesis solo se pueden diversificar cuantitativamente (87): así como la cláusula constituye una parte del contrato, la parte puede, a su vez, estar constituida de varias cláusulas (88).

(83) FALZEA, Angelo, "Efficacia giuridica", ob. cit., p. 12.

(84) Art. 985, Cód. Civil arg.: "Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes".

(85) Para el tratamiento analítico de la problemática desde el punto de vista de la teoría general, v. BOBBIO, "Teoria generale del diritto", Turín, 1993, ps. 45 y ss., 79 y ss.; GUASTINI, Riccardo, "Teoria e dogmatica delle fonti", ob. cit., ps. 15 y ss., 23 y ss.

(86) GALGANO, Francesco, "Trattato...", ob. cit., p. 381; ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", ob. cit., p. 811; CASELLA, Mario, "Nullità parziale...", ob. cit., ps. 16, 97; SARACINI, Eugenio, ob. cit., ps. 5, 8, 15 y ss.

(87) En sentido contrario, SARACINI, Eugenio, ob. cit., p. 16, pero "porque el problema consiste en tratar de distinguir no ya, entre cláusula y parte del contrato, sino entre nulidad parcial y nulidad de la cláusula individual", determinando a la postre la insubsistencia de la distinción.

(88) FRAGALI, Michele, "Clausole...", ob. cit., ps. 314-315; MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", ob.

Rige, además, la convicción de que, en el art. 1419 del Cód. Civil it., la parte del contrato es entendida como un hipotético conjunto de normas instituidas por los contratantes que no coinciden con el contrato entero (89). Pueden ser una o más, pero no todas.

Esto sirve para precisar que la nulidad de varias cláusulas no conduce necesariamente a la nulidad del contrato entero, lo cual se puede afirmar sin tener que hacer una distinción estructural entre parte del contrato y conjunto de cláusulas. Es la norma que el Código argentino ha incorporado en el art. 389: “la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables”.

Por el contrario, es minoritaria la tesis según la cual una cosa sería la nulidad parcial y otra cosa la nulidad de las cláusulas individuales (90), tesis que tendría consecuencias particularmente graves.

En efecto, en el segundo apartado del art. 1419, Cód. Civil it., se prevé que “la nulidad de las cláusulas individuales no conlleva la nulidad del contrato, si las cláusulas anuladas son reemplazadas de derecho por normas imperativas”: la disposición se refiere expresamente a las cláusulas individuales y no a la parte del contrato, y eso, para algunos, indicaría que la parte del contrato es algo distinto de las cláusulas.

Si así fuere, entonces, la prohibición de declarar nulo el contrato entero cuando los pactos nulos estén sustituidos por la ley se aplicaría solo a la nulidad de las cláusulas individuales (el Código solo se refiere a las cláusulas), y no a la nulidad “parcial”, entendida como nulidad de la extensión de una determinada prestación o pacto. En este caso, el juez podría declarar la nulidad del contrato entero, pero es evidente que debemos rechazar esta conclusión porque

cit., ps. 2, 176.

(89) Recordamos que el BGB tiene una norma opuesta a la norma italiana; así en § 139: “*Teilnichtigkeit. Ist ein Theil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde*”.

(90) SARACINI, Eugenio, ob. cit., ps. 4, 101; GENTILI, Aurelio, “La risoluzione parziale”, ob. cit., p. 165, n. 98.

es irrazonable e incoherente con la solución indicada por las cláusulas individuales.

En conclusión, no se puede afirmar que existan reglas pensadas para la “parte del contrato” como si esta fuera distinta del conjunto formado por una o más cláusulas para las cuales no existirían reglas. La solución que propone el art. 1419, Cód. Civil it., es siempre la misma y está prevista en línea general por el art. 1339, Cód. Civil it., por la sustitución de cláusulas contractuales que atañen al contenido del contrato y que resultan contrarias a las normas imperativas: las normas contractuales son reemplazadas por la norma legal.

En el art. 389, Cód. Civil arg., es el juez quien debe proveer: “En caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”, y, si no los hay, puede aplicar directamente las normas imperativas, como dicta el art. 12 y, más específicamente, el art. 964, según el cual “las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas”.

Entonces: no existe distinción entre “parte del contrato” y “cláusulas contractuales” que posea relevancia práctica alguna.

X. Las premisas del contrato

La práctica contractual italiana siempre emplea un mecanismo formal de predisposición del texto contractual que divide el cuerpo de las cláusulas en dos secciones: la premisa de apertura, que suele contener declaraciones sobre las intenciones y objetivos de las partes; luego las cláusulas perceptivas, a menudo junto con un reenvío a las premisas, entendidas estas como “parte integrante y sustancial del contrato” (o alguna fórmula semejante) (91).

Tal práctica —cuyo origen desconocemos, aunque hoy el derecho de la Unión Europea se expresa del mismo modo (92)— evidencia

(91) SICCHIERO, Gianluca, “Fondamenti di tecnica contrattuale”, ob. cit., ps. 30 y ss.

(92) Todas las directivas y reglamentos de la Unión Europea comienzan con un “considerando”, que son premisas que determinan los problemas que las normas

la preocupación de las partes de explicarse, de aclarar las razones que las inducen a un determinado acuerdo, y plantea así la cuestión de la relevancia de las premisas (93). La cuestión demuestra, además, su importancia cuando las premisas son calificadas como “parte integrante y esencial” del contrato, ya que esta precisión, que siempre está presente, parece atribuir a las premisas un valor distinto a la mera indicación de motivos o de otras cuestiones de hecho.

Con todo, hay un punto que parece estar fuera de discusión: que en la interpretación del texto contractual se debe considerar también el contenido de las premisas, dada la obligación de respetar el criterio de la totalidad del contenido en el art. 1363, Cód. Civil it. (y en el art. 1064, Cód. Civil arg.), como ya hemos tenido motivo de recordar.

Esta obligación de la Corte de Casación italiana es aplicada cuando el juez de mérito efectúa el “vínculo necesario” entre las indicaciones de las premisas y el contenido de las cláusulas sucesivas (94).

Si bien para nosotros las cláusulas declarativas no poseen valor a los efectos de la validez o invalidez del contrato, dado que no disponen nada, no creemos que el mero contenido declarativo de las premisas debería negarles todo valor. Justamente porque han sido establecidas por las partes del contrato, las premisas valen cuando menos como índice interpretativo de las otras cláusulas. No se pueden evaluar los efectos del contrato si uno solo se limita al aspecto dispositivo del acuerdo (95).

En este sentido, salta inmediatamente a la vista la función que pueden ejercer las premisas cuando se discute la evidencia o la relevancia de un error en que incurre uno de los contratantes

deben enfrentar. Es frecuente que haya varias decenas de “considerandos” y que sean muchos más que las normas que preceden.

(93) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 434.

(94) Corte de Apelación de Venecia, 03/04/2014, como se lee en *Foro Italiano*, 2014-I-1933; Cass., 04/06/1981, n. 3629.

(95) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 434.

tes (96), o bien cuando se debe evaluar la gravedad de un incumplimiento, y es necesario tener en cuenta los intereses que las partes han indicado en las premisas.

Las sentencias de los jueces italianos sobre el valor que hay que atribuir a las premisas son, sin embargo, pocas. Una vieja sentencia de la Corte de Casación italiana (97) sostiene que es posible atribuir valor a las premisas “que, por pacto expreso, eran parte integral de la convención, de modo tal que sin ellas las partes no habrían *addivenire* a este contrato”. El lenguaje es antiguo. Ahora bien, en el lenguaje actual se dice que las premisas son una parte integral y esencial del contrato, pero el valor que se les atribuye sirve para evidenciar el carácter preceptivo de las palabras que parecen no poseerlo.

Con todo, no es posible dar indicaciones seguras sobre el valor de las palabras que contienen las premisas, porque depende de lo que las partes hayan dicho concretamente. Solo podemos precisar que, en las premisas, los contratantes se refieren a hechos que pertenecen a su esfera de control, por lo cual sus declaraciones pueden indicar obligaciones que pesan sobre ellos o requisitos para el cumplimiento del contrato, sobre todo si una de las partes declaró un hecho que luego resulta ser falso. Por ejemplo: si en las premisas el vendedor dijo poseer una licencia, una autorización que atañe al bien vendido (p. ej., una autorización necesaria para ejercitar cierta actividad comercial en cierta propiedad inmueble) y esto resulta ser falso, la otra parte podrá invocar el dolo del vendedor a fin de obtener la anulación del contrato. Pero podrá también pedir la resolución del contrato si esa declaración se refiere a un evento que el declarante podría haber realizado pero que no ocurrió (p. ej., en el caso de que la autorización existiera pero que, antes de la venta, el vendedor no haya pagado la suma necesaria para su renovación).

Podemos concluir, entonces, que las premisas nunca constituyen una parte irrelevante del contrato: su función será, cuando menos, la de permitir una interpretación exacta de los vínculos

(96) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 460.

(97) Cass., 23/07/1948, n. 1228.

los establecidos por las partes, siempre y cuando no escondan verdaderas cláusulas en sentido preceptivo.

XI. La distinción entre cláusulas principales y secundarias

Para el Código Civil italiano, el contrato solo se considera celebrado cuando la oferta y la aceptación están en plena conformidad. Si, al comunicar la aceptación, una de las partes se apartara de la oferta, aunque fuera por un margen mínimo, el contrato no se celebraría y la aceptación debería ser entendida como una re-
futación de la oferta recibida y tomada a su vez como una nueva oferta (art. 1326). Es la misma norma que figura tanto en el Código argentino (art. 978) como en el art. 19 de la Convención de Viena del 11/04/1980 sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles.

Uno de los problemas que la literatura se plantea es el de si se debe considerar celebrado un contrato cuando hay acuerdo sobre algunas cláusulas que, en sí mismas, logran constituir un sentido mínimo y autosuficiente del acto, pero cuando falta el acuerdo sobre otros puntos.

Se plantea así la distinción entre los elementos principales y los secundarios del contenido del contrato (98). Las cláusulas principales constituyen el contenido mínimo del contrato (99), ¿pero es suficiente el acuerdo sobre este punto?

El aspecto problemático consiste en evaluar si el contrato puede considerarse celebrado basándose solamente en una consideración objetiva de su contenido.

Algunos autores han hecho hincapié en la fórmula contenida en el art. 1336, Cód. Civil it., que, a diferencia del art. 937, Cód. Civil arg. (100), sostiene que la oferta al público vale

(98) Cfr. GENTILI, Aurelio, "La risoluzione parziale", ob. cit., ps. 138-140; CATAUDELLA, Antonino, "Sul contenuto del contratto", ob. cit., ps. 202 y ss.

(99) ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", ob. cit., ps. 430-431.

(100) La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de

como propuesta contractual "cuando contiene elementos del contrato que se dirigen a su celebración" (101). Se puede sostener la tesis de que, si la oferta al público vale cuando se especifican dichos elementos (presuponiendo que no es necesario especificar todas las cláusulas), el consenso sobre los elementos esenciales del contrato también debería bastar para la contratación ordinaria y no sería necesario sobre los elementos de menor importancia.

La disciplina de la nulidad parcial admite la distinción entre cláusulas principales y secundarias, no tanto en la voluntad de las partes sino más bien desde un punto de vista objetivo. De hecho, se ha señalado que la determinación que los arts. 1419, Cód. Civil it., y 389, Cód. Civil arg., imponen al juez a fin de verificar si el contrato puede seguir siendo válido luego de eliminarse la parte nula, implica la autosuficiencia del acto reducido.

En efecto, solo una vez que se ha determinado si el contrato cuya parte nula ha sido eliminada puede seguir ejerciendo una función económica, puede, entonces, procederse con la segunda evaluación para determinar si los contratantes lo habrían celebrado aun sabiendo de su nulidad parcial (102). Esto significa que el contrato podría tener valor por más que solo fueran válidas las cláusulas principales.

Surgen así los dos aspectos relevantes sobre el problema que nos concierne, es decir, la posibilidad de distinguir cláusulas principales de cláusulas secundarias. Uno atañe al momento constitutivo del contrato, cuando se debe determinar si el acuerdo sobre los elementos esen-

su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos.

(101) Cfr. VITUCCI, Paolo, "I profili della conclusione del contratto", Milán, 1968, ps. 193 y ss., en particular, ps. 220 y ss.

(102) CASELLA, Mario, "Nullità parziale...", ob. cit., ps. 22 y ss.; SARACINI, Eugenio, ob. cit., ps. 13 ss., 30 y ss., 38 y ss.; CATAUDELLA, Antonino, "Sul contenuto del contratto", ob. cit., ps. 207-209. En la literatura alemana, v., p. ej., HEFERMEHL, Wolfgang, en SOERGEL — SEBERT, BGB, sub § 139, Stuttgart, 1959, p. 509; PALANDT, Otto, "Commentario breve al BGB", Múnich — Berlín, 1967, sub § 139, p. 102; LARENZ, Karl — WOLF, Manfred, "Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts", Múnich, 1997, ps. 850 y ss.

ciales es idóneo para crear el vínculo, aun si no hay acuerdo sobre las cláusulas secundarias. El otro atañe al momento patológico del contrato, cuando se determina si el contrato viciado sigue siendo válido a pasar de la parte invalidada.

Desde este punto de vista podemos decir, en primer lugar, que cláusula principal es aquella de la que no puede prescindir la vitalidad del contrato, y que cláusula secundaria es aquella de la que se puede afirmar lo contrario. En otras palabras: resultará secundaria toda cláusula cuya eliminación no impida que la parte restante del contrato sea capaz de obtener un resultado, porque dicha eliminación no provoca la invalidez del acto.

Otro problema distinto, que sigue a la solución del primero, es el de saber si los contratantes aceptarán la parte restante del acto que, si bien es estructuralmente suficiente, carece de la parte eliminada. Para obtener la respuesta no debemos evaluar la así llamada “voluntad hipotética” de las partes, ya que esta es solo una ficción psicológica (103). Nadie puede conocer una voluntad interna que no ha sido declarada; es más, la noción es contradictoria porque lo que se sabe es que las partes quisieron el contrato tal cual era en un principio y no sin una de sus partes (104).

Lo que debemos hacer es más bien una evaluación objetiva de la economía de la parte sana del acto: si el contrato todavía sirve a los objetivos que las partes querían lograr, entonces, seguirá siendo válido (105). En efecto, “el juez llamado a decidir sobre la conservación debe

(103) GENTILI, Aurelio, “La risoluzione parziale”, ob. cit., ps. 162-165. Es significativa la objeción de FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. II. Das Rechtsgeschäft”, Berlín — Heidelberg — Nueva York, 1965, p. 578, que se refiere a la pretensión de evaluar la voluntad hipotética en el momento de la celebración del contrato: “Wenn die Parteien aber die Nichtigkeit nicht in Erwägung gezogen haben, koennen sie auch fuer diesen Fall nichts gewollt haben”; se trataría, en definitiva, de una *contradictio in adiecto*.

(104) Recordamos las indicaciones de MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 81; PALANDT, Otto, “Commentario breve al BGB”, Múnich — Berlín, 1967, sub §139, p. 103.

(105) SANTINI, Gerardo, “I contratti ‘divisibili’”, *Riv. Dir. Civ.*, 1982-I-3 y ss., en particular, ps. 18 y ss.

más bien completar un acto de *integración* cuya fuente está en la normativa de corrección y en la buena fe” (106), mediante la comprobación de la concordancia de los efectos residuales con los intereses objetivados de las partes (107), evaluados con base en la buena fe (108). Se trata de una solución establecida por el Código Civil argentino, cuyo art. 389 justamente prevé que “en la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”: es decir, no a partir de una voluntad hipotética, porque lo que cuenta es una evaluación objetiva de los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

Sin embargo, la decisión de no buscar una “voluntad hipotética” de las partes, que no ha sido declarada, no significa quitar a los contratantes la posibilidad de demostrar que el pacto residual no es útil a los efectos de satisfacer sus intereses, tal como se podría realizar con el contrato que resta luego de la eliminación de una parte.

La parte interesada debe hacer valer una contestación fundada en la evaluación objetiva de los intereses que el acuerdo tenía por objetivo satisfacer para ella (“razonablemente”), respecto a cuanto debería recibir ahora de la parte residual del contrato. No puede hacer valer una “voluntad hipotética” sobre su estado de ánimo particular porque sería indemostrable (109).

(106) GENTILI, Aurelio, “La risoluzione parziale”, ob. cit., ps. 153, 168; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., ps. 812-813. Por su parte, sugiere una integración entre el criterio de voluntad hipotética y el de buena fe, SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., ps. 1511-1512.

(107) FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., ps. 578 y ss.

(108) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., ps. 812-813; FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 579.

(109) Con relación a la norma del § 139 del BGB, que presume la nulidad total si se concluye que las partes no habrían celebrado el contrato sin la cláusula anulada, la literatura alemana admite la validez de la cláusula que prevé anticipadamente la supervivencia del contrato afectado de una nulidad parcial —la llamada *salvatorische Klauseln*— (v. p. ej., LARENZ, Karl — WOLF, Manfred, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 852; MAYER-MALY, Theo, “Muenchener Kommentar zum BGB”, SAECKER [ed.], Múnich, 1993, sub § 139, p. 1184), ya que el § 139 del

La Corte de Casación italiana también valora la reconstrucción objetiva de la utilidad del contrato que perdura aun luego de la eliminación de la cláusula nula (110) y esto “en función del interés concreto que persiguen las partes” (111), aun si permite que la parte interesada demuestre que no habría concluido el contrato sin la parte invalidada (112).

Para evitar equívocos, esta investigación no podría ser realizada si los contratantes hubieran aclarado inicialmente, en el contrato, que la anulación de una de sus partes haría caer el contrato entero (cláusula de inescindibilidad), pero veremos esto más adelante.

En cuanto a la posibilidad de considerar celebrado el contrato cuando hay acuerdo sobre las cláusulas principales, dirigimos al lector al siguiente párrafo.

XII. El acuerdo sobre la cláusula y la conclusión del contrato: la llamada puntuación completa de las cláusulas

Continuando el análisis iniciado en el párrafo anterior, debemos considerar ahora los siguientes problemas: 1) si una vez conseguido un acuerdo sobre todas sus cláusulas (el documento se llama “minuta” o “borrador” contractual), se puede considerar celebrado también el contrato; 2) si, habiendo acuerdo sobre las cláusulas principales pero sobre las secundarias, se puede considerar celebrado o no el contrato, como se podría argumentar con base en el art.

BGB no tendría naturaleza imperativa (LARENZ — WOLF, *ibidem*; MAYER-MALY, Theo, *ibidem*). En cambio, LARENZ, Karl — WOLF, Manfred, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 1190; PALANDT, Otto, “Commentario breve al BGB”, ob. cit., p. 103; HEFERMEHL, Wolfgang, en SOERGEL — SEBERT, BGB, ob. cit., p. 511, refiriéndose a la importancia objetiva de la parte residual del contrato, hablan de voluntad hipotética con relación a los intereses perseguidos por los contratantes. A nosotros esta nos parece una “cabriola jurídica”.

(110) Cass., 16/12/2005, n. 27732; *id.*, 21/05/2007, n. 11673; *id.*, 11/08/1998, n. 7871.

(111) Cass., 10/11/2014, n. 23950.

(112) Cass., 05/02/2016, n. 2314.

14, nro. 1, de la Convención de Viena sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles (113).

El Código argentino contempla una solución específica: en el art. 982 prevé que “los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del cap. 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido...” Se trata, por lo tanto, de entender hasta qué punto es posible decir que la partes hayan manifestado “su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares”, dado que, “en la duda, el contrato se tiene por no concluido...” (114).

Resulta oportuno comenzar por el primer aspecto, ya que podría contener también la solución del segundo.

Un autor ha dicho que “a veces las partes, que ponen sumo cuidado en la definición del texto contractual, no son tan cuidadosas, a la hora de declarar si pretenden adherir al texto contractual predispuesto”, y agrega que la experiencia “no ha podido o sabido elaborar un conjunto de reglas que sirvan para aclarar si la parte ha adherido al texto contractual” (115).

Sin embargo, al margen de raras excepciones, prevalece la indicación según la cual la minuta contractual —sea en su forma completa o, con mayor razón, en su forma reducida; o bien en la forma que, en el caso de la formación progresiva de los contratos, establece los acuerdos provisorios sobre los puntos individuales— cumple solo la función de documentar el estado de las

(113) Lo destaca SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., p. 1173.

(114) Recordamos que para el art. 960, Cód. Civil arg., “los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos”. ¿Qué sucede si no hay acuerdo sobre los elementos restantes?

(115) SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., p. 1175; pero sobre el hecho de que la voluntad común de las partes se manifiesta con la firma del documento redactado por ellas, cfr. *id.*, p. 725 BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 286; CARRESI, Franco, “Il contratto”, ob. cit., p. 706.

tratativas (116). Esto es porque se evidencia la “naturaleza de reconocimiento” de la minuta, que está limitada a la determinación de los resultados a los que han llegado las partes en tratativas.

De aquí podemos deducir que la minuta tiene relevancia, pero solo en cuanto a la responsabilidad precontractual, en el sentido de que poner en discusión los puntos fijados en la minuta no estaría en acuerdo con el principio de corrección, ya que tal comportamiento sería contrario al principio de buena fe (117). Esta es, en definitiva, la solución que toma el Código argentino en el último apartado del art. 982: “No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos”. Por lo tanto, el contrato no puede considerarse concluido sin la manifestación ulterior de una voluntad, que suele confirmarse con la firma específica del contrato (el así llamado *closing*).

La jurisprudencia de las Cortes italianas comparte dichas indicaciones y distingue entre el consenso expreso de las partes sobre el pacto particular (que no vale como criterio para la celebración del contrato) y la voluntad de vincularse a partir del acuerdo entero. Según la Corte de Casación italiana, el acuerdo sobre todas las cláusulas del contrato puede dar vida a un contrato vinculante, si así lo desearan las partes (118). El acuerdo sobre las cláusulas no da vida a un contrato eficaz (119), aun si a veces se habla de la existencia de una “presunción” de la voluntad de celebrar un contrato eficaz (120).

(116) En el sentido de que la minuta no vincula a menos que se exprese una voluntad en sentido contrario, GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., p. 183; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 133; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., ps. 229-230.

(117) GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., ps. 183-184, ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 134.

(118) Cass., 04/02/2009, n. 2720; *id.*, 07/04/2004, n. 6871. Se acepta, en cambio, que la minuta incompleta no es idónea para vincular a las partes: Cass., 07/01/1993, n. 77; *id.*, 17/10/1992, n. 11429.

(119) Cass., 02/04/2009, n. 8038; *id.*, 02/02/2009, n. 2561.

(120) P. ej., Cass., 16/07/2002, n. 10276.

Esta solución vale, entonces, para el otro problema: si todavía no se han discutido las cláusulas secundarias, el acuerdo sobre las cláusulas principales no basta para considerar la celebración del contrato (121), ya que las partes no pueden ser sustituidas por un juez que tomaría su lugar para completar el contrato.

XIII. La cláusula autosuficiente (cláusula contrato)

Como señalamos más arriba, del art. 1419, Cód. Civil it., que indica que la nulidad que afecta una parte del contrato produce la nulidad del contrato entero, se deduce que los contratantes no habrían deseado el contrato sin esa parte. En el párrafo precedente precisamos que, por este motivo, el juez debe buscar una “voluntad hipotética” de las partes, que permanece oculta a menos que pueda ser deducida de una cláusula específica (la cláusula de inescindibilidad, de la que hablaremos más adelante), pero tiene que evaluar si el contrato satisface igualmente los intereses económicos de las partes, como indica el art. 389, Cód. Civil arg. Es una solución que comparte la literatura alemana en el § 139 del BGB, que, aun valiéndose de la fórmula opuesta (122), propone una solución análoga (123).

No obstante, algunos autores hipotetizan que, aun en el caso de la nulidad integral del contrato, existe la posibilidad de la validez de “alguna

(121) Lo dice también Cass., 18/01/2005, n. 910.

(122) “*Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein wuerde*”.

(123) Para la importancia de la voluntad hipotética de los contratantes, que la mayoría de las veces se resuelve, sin embargo, con el examen psicológico de la intención (como se hacía antiguamente, p. ej., en VON THUR, Andreas, “Der allgemeine Teil...”, ob. cit., II, 1, p. 190), que se considera insondable (así: FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., ps. 578 y ss., 587), v. *ex multis* LARENZ, Karl — WOLF, Manfred, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., ps. 848-853; MAYER-MALY, Theo, “Muenchener Kommentar...”, ob. cit., 1993, p. 1183 (HEFERMEHL, Wolfgang, en SOERGEL — SEBERT, BGB, ob. cit., sub § 139, p. 507) y que, de todos modos, la determinación de lo que las partes habrían querido debe efectuarse con base en el principio de buena fe contenido en el § 242 del BGB (FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 579).

regla contractual accesoria, puramente instrumental” (124): es una tesis sugerente que indudablemente podemos aceptar (*utile per inutile vitiatur*) a condición de que se determine la función de la cláusula restante luego de la nulidad del contrato.

Se ha propuesto una distinción entre “cláusula parte” del contrato y “cláusula contrato”, cuando “la primera se enmarca en la unidad contractual de una sola causa y la segunda posee una función propia, representando contratos específicos y autónomos, como el caso de la cláusula compromisoria, a la cual se le reconoce la naturaleza de convención constitutiva de un contrato que es independiente de aquel del que parece ser una simple convención accesoria” (125).

Se trata, entonces, de evaluar la posibilidad de admitir la cláusula-contrato, llamada también cláusula-contrato o, como preferimos nosotros, cláusula autosuficiente.

En Italia este es un viejo problema, ya que concierne a la cláusula arbitral (también llamada cláusula compromisoria), porque se considera que puede sobrevivir al contrato nulo que la contiene dada su naturaleza de “cláusula-contrato” o de “contrato de segundo grado” (126). Hay una orientación consolidada según la cual, “con respecto a la cláusula compromisoria, los requisitos de validez y eficacia son autónomos de los requisitos del contrato” (127); por lo tanto, “la eventual invalidez de un contrato jurídico no se extiende a la cláusula compromisoria que lo integra, pudiendo reentrar en la competencia arbitral el mismo motivo de las causas de nulidad o anulabilidad del contrato” (128).

(124) SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., p. 1514.

(125) CRISCUOLI, Giovanni, “La nullità parziale del negozio giuridico”, Milán, 1959, p. 185; FRAGALI, Michele, “Clausole...”, ob. cit., ps. 313-314.

(126) La definición es de Cass., 02/07/1981, n. 4279; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 816.

(127) Cass., 03/01/1986, n. 22.

(128) Cass., 01/09/2015, n. 17393; *id.*, 06/08/2014, n. 17711; *id.*, 26/07/2013, n. 18134, etc.

En Argentina, esta solución forma parte del Código Civil en el art. 1653 (129).

Si ahora examinamos el conjunto de las cláusulas del contrato, de las cuales una o más pueden sobrevivir a la nulidad, surge un dato estructural: se trata de una serie de pactos, dirigidos a regular una relación determinada, que habrían podido permanecer separados pero que, por razones económicas o prácticas o por motivos desconocidos, se ha querido reunir. En definitiva, solo en el sentido formal podríamos decir que este es un único contrato, ya que en realidad contiene varios pactos y algunos de ellos asumen una naturaleza contractual incluso fuera de su relación con las otras disposiciones del contrato. Se trata más bien de una pluralidad de contratos —al menos dos— que han sido unidos. Uno de ellos es sustituido por la suma de las cláusulas no autosuficientes (todas las cuales serán nulas en el caso de que una de ellas sea nula), mientras que el otro es constituido por la cláusula autosuficiente (que sobrevive a la nulidad de las otras cláusulas). Hay aquí, entonces, una hipótesis sobre un “vínculo” entre contratos distintos que forman parte de un mismo acuerdo y que les da una apariencia unitaria, cuando en realidad podrían haber estado separados. Mientras que en Italia no existe una disciplina vincular (salvo normas ocasionales externas al Código), el Código argentino regula detalladamente los vínculos entre contratos con reglas similares (arts. 1073 y ss.).

Al tratar el problema de la nulidad parcial, la literatura alemana indica que la institución jurídica solo actúa en presencia de un contrato unitario y no de contratos vinculados (130), debiéndose optar, en la duda, por la primera confi-

(129) Art. 1653: “El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de este no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquel, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”.

(130) PALANDT, Otto, “Commentario breve al BGB”, ob. cit., p. 103; MAYER-MALY, Theo, “Muenchener Kommentar...”, ob. cit., p. 1186; FLUME, Werner, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 573; en un sentido algo distinto, ver LARENZ, Karl — WOLF, Manfred, “Allgemeiner Teil...”, ob. cit., p. 847.

guración (131). La tesis señala que para discutir la nulidad parcial es necesario que los componentes conformen una unidad, la cual no existe cuando se trata de contratos autónomos vinculados.

En Italia, donde el Código no contiene normas específicas, nadie manifiesta dudas sobre la posibilidad de crear un vínculo contractual (132), incluso con las varias formas que lo caracterizan. No parecen existir dificultades conceptuales para reconducir la cláusula autosuficiente a los casos de vinculación entre varios contratos contenidos en un mismo documento.

El fenómeno de la vinculación entre cláusulas independientes es similar al de la vinculación contractual, en el cual se asiste a “una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales conserva una causa independiente, aun si en su conjunto tienen el objetivo de producir una operación económica compleja y unitaria” (133). Se llega a afirmar que “la cadena de contratos vinculados es, desde el punto de vista lógico, un único contrato” (134).

Sobre esta base configura la cláusula autosuficiente (o cláusula contrato o cláusula *negozio*), a la cual se aplicarán los mismos principios que valen para el vínculo contractual (135) y, dado

(131) HEFERMEHL, Wolfgang, en SOERGEL — SEBERT, *BGB*, ob. cit., p. 508.

(132) Este mecanismo figura también en la *common law* mediante la técnica de los *collateral contracts*.

(133) GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., ps. 218 ss.; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., ps. 481 ss.; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., ps. 368 y ss.; MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., ps. 720, 722 y ss.

(134) SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, ob. cit., p. 81.

(135) Los jueces italianos se expresan del siguiente modo: “En caso de que haya varios contratos instrumentalmente distintos pero vinculados funcionalmente, se está en presencia de un contrato o, más genéricamente, de una relación única, en la medida en que los mismos contratantes originales hayan seleccionado varios instrumentos contractuales para disciplinar sus intereses, mientras que, en el caso intervienen otros sujetos, como parte de contratos ulteriores, dirigidos por una causa independiente, se está en presencia de contratos objetiva y subjetivamente diferentes, respecto de los cuales puede configurarse, como mucho, un vínculo genético

que en definitiva el único problema es que la cláusula sobreviva la nulidad del contrato que la contiene, será necesario evaluar concretamente si las partes han querido crear un contrato cuyo contenido sea inescindible (136), incluso desde el punto de vista objetivo (137), aplicando la norma *simul stabunt simul cadent*, que el Código argentino contiene en parte en el art. 1075 (138).

El carácter inescindible, que analizaremos a continuación, conferiría una naturaleza funcional y no ocasional al vínculo entre cláusulas, por lo cual también se aplicaría a la cláusula autosuficiente la regla según la cual la nulidad hace caer el contrato entero, o bien la cláusula autosuficiente misma, si los contratantes deseaban solo la versión completa del contrato.

Se vuelve, entonces, necesario evaluar si entre las cláusulas hay un vínculo “ocasional” o “funcional”. Cuando el vínculo es ocasional, por ejemplo, porque un único documento contiene pactos separados, entonces “las convenciones individuales, vinculadas ocasionalmente, mantienen su propia individualidad, de modo que su unión no influye normativamente la disciplina de sus relaciones individuales” (139). Opera aquí el principio según el cual, “cuando varias partes hayan estipulado contextualmente varios contratos cuya vinculación sea irrelevante u ocasional, o determinada por una función económica común, cada uno de ellos conserva su

o funcional” (Cass., 12/01/2018, n. 688; 12/09/2018, n. 22216; *id.*, 06/07/2015, n. 13888, etc.).

(136) Cfr. GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., ps. 218 ss.; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., ps. 481 ss.; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., ps. 368 y ss.

(137) Según Cass., 23/05/1998, n. 3155, cuando los distintos pactos contenidos en un mismo documento resulten “queridos por las partes para un resultado integral”, la nulidad de algunas de estas también produce la nulidad de las demás.

(138) Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla [un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato] se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

(139) Cass., 27/03/2007, n. 7524; *id.*, 11/06/2001, n. 7852.

propia autonomía y disciplina jurídica” (140) y a cada uno se aplican las normas del tipo contractual dentro del cual se enmarca (141). Esto puede suceder cuando un contrato contiene cláusulas que sirven a relaciones distintas de la relación específica; por ejemplo, si se indica dónde entregar la mercadería vendida, pero dicha indicación está ausente en otros contratos de venta.

Por el contrario, si se acepta una relación inescindible entre las cláusulas del contrato mediante una evaluación integral de los pactos —lo cual sucede casi siempre—, no será posible salvar ninguna cláusula porque las partes solo tenían la intención de mantener el contrato en su integralidad. Cuando no se trata de una vinculación legal, para el Código argentino es una cuestión de prueba: “cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que *uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido*” (art. 1073).

XIV. El nexo de inescindibilidad entre las cláusulas

Para evitar que la configuración contractual original sea modificada por la invalidez de alguna de las cláusulas, a veces los contratantes insertan el llamado pacto (o cláusula) de inescindibilidad (142), que prevé que la nulidad de una parte del contrato implica la caída del contrato entero: *simul stabunt simul cadent*. Dicho pacto es admisible siempre y cuando no tenga el objetivo de soslayar normas imperativas de la ley. En efecto, el art. 1339, Cód. Civil it., prevé que las cláusulas impuestas por la ley sustituyen las cláusulas propuestas por los contratantes y, por lo tanto, si los contratantes quisieran utilizar el pacto de inescindibilidad para evitar tal efecto, la nulidad no haría caer todo el contrato, sino solo el pacto de inescindibilidad. En tal

caso, el pacto sería contrario a las normas imperativas de ley, como en el art. 1339, y sería nulo (art. 1418, Cód. Civil it.). Esto sucede cuando los resultados que persigue el pacto están prohibidos por la ley, por ejemplo: “sustrayendo las instituciones (o cláusulas) contractuales individuales al control de la legalidad respecto a las normas imperativas del sistema legal” (143).

Un ejemplo práctico ayudará a entender el problema: el contratante más fuerte puede forzar la inclusión de una duración inferior a la que impone la ley (p. ej., la duración mínima de la locación, art. 1198, Cód. Civil arg.), incluyendo también la cláusula de inescindibilidad para impedir que la otra parte recurra al juez para declarar nula la cláusula de la duración. En este caso específico, si el pacto de inescindibilidad fuese válido, haría caer todo el contrato, y esto sería un obstáculo para la norma imperativa, o sea que aquí la regla a aplicar es la que dicta la nulidad del pacto de inescindibilidad.

Lo mismo puede decirse sobre la cláusula penal: si es nula, el contrato sigue siendo válido (art. 801, Cód. Civil arg.) y no se puede tratar de hacer caer todo el contrato mediante el pacto de inescindibilidad para impedir que la parte que debe pagar no recurra al juez. En un caso así, el pacto de inescindibilidad será nulo y las cláusulas anuladas serán reemplazadas por las que impone la ley.

La jurisprudencia italiana impone al juez la obligación de constatar si el nexo de inescindibilidad subsiste aun si no existe un pacto expreso en ese sentido, lo cual lo lleva a realizar una evaluación paralela a la que debe efectuar para determinar la presencia de una vinculación entre contratos (144). Ese vínculo, aunque no expresado por las partes, puede resultar del examen del texto contractual en su integralidad, revelando si la cláusula inválida “se encuentra en correlación inescindible con el resto del reglamento de los intereses, porque constituye un presupuesto esencial” (145). Aquí, entonces, *simul stabunt simul cadent*.

(140) Cass., 05/04/1984, n. 2217.

(141) Así, en el caso de un contrato de locación vinculado ocasionalmente a un contrato laboral subordinado, el primero será objeto de la disciplina propia de la locación: Cass., 07/08/1997, n. 7315.

(142) MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 89; CRISCUOLI, Giovanni, “La nullità parziale del negozio giuridico”, ob. cit., p. 207.

(143) Cass., 16/11/1996, n. 10050.

(144) Cass., 25/07/1984, n. 4350.

(145) Cass., 01/03/1995, n. 2340; se habla también de cláusulas como *condicio causam dans* o *sine qua non*:

En la Argentina es posible llegar a la misma conclusión.

Las cláusulas de inescindibilidad que sirven para garantizar un resultado prohibido “contravienen la norma pública, la moral o las buenas costumbres” y son nulas por fraude a la ley: arts. 12 y 386. En este caso, además de resultar nula la cláusula de inescindibilidad, también es nula la cláusula que quería mantenerse válida, de hecho, junto al pacto de inescindibilidad. No cae, sin embargo, el resto del contrato, porque así lo prevé el art. 389. Aquí se aplicará la ley, como prevé el art. 12: en ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

XV. La cláusula de estilo

Los contratos suelen contener cláusulas que son incluidas de modo automático. Los actos de venta de los notarios italianos repiten siempre que el adquirente de un inmueble lo compra con todas las servidumbres activas y pasivas, pesos y obligaciones, etc. Otra cláusula muy frecuente es la que dice que la violación de cualquier pacto entraña la resolución por incumplimiento, o bien la que indica el término “hasta y no después de”, en el cual la prestación debe ser realizada. Se las llama “cláusulas de estilo” para indicar que no son el resultado de tratativas, sino que integran el texto contractual por inercia, son incluidas automáticamente por quien lo dispone y, por lo tanto, no expresan la voluntad de las partes (146).

En Italia se las considera de modo muy desfavorable, aunque es fácil decir que, sin embargo, siempre se está en presencia de un elemento del acto cuya estructura es completa y cuyo significado literal es claro.

El examen de las sentencias de la Corte de Casación italiana revela, sin embargo, una respuesta distinta. Según los jueces, la reproducción mecánica de indicaciones que abundan corrientemente en los contratos del mismo tipo demuestra que, en realidad, los contratantes no las han deseado. Los jueces italianos dicen que “las cláusulas de estilo son solo aquellas expresiones genéricas, frecuentemente contenidas en los contratos o en los actos notariales, que debido a su amplitud e indeterminación excesiva solo sirven de complemento formal, mientras que no puede considerarse del mismo modo la cláusula que tiene un contenido volitivo concreto y bien determinado, referible al contrato creado por las partes” (147), en la medida en que manifiestan su “función de simple compleción formal y la falta de un contenido volitivo concreto referible al contrato celebrado por las partes” (148).

Según los jueces, para comprobar si una cláusula es o no de estilo, basta con aplicar un criterio de “interpretación literal que permita evaluar si el pacto posee el carácter genérico y repetitivo propio de tales cláusulas” (149).

Aun así, no faltan opiniones contrarias que afirman que la cláusula de estilo es una expresión de la voluntad de las partes (150) y requieren así una evaluación no solo de las palabras con que está escrita, sino también de su conformidad con los intereses concretos de las partes. En este sentido, el pacto que obliga al vendedor a liberar el inmueble de la hipoteca no sería una cláusula de estilo, “porque corresponde a un interés concreto del comprador potencial” (151).

Una sentencia ha ido un paso más allá, reconociendo validez a la cláusula según la cual el vendedor garantiza que el bien vendido está libre de cargas, hipotecas y transcripciones perjudiciales, sin precisiones ulteriores, “sea por el principio de conservación de las cláusulas contractuales, sea porque responde al interés del adquirente de un inmueble de no verse limitado en su capacidad de disponer y disfrutar de él” (152).

—————

(147) Cass., 29/09/2011, n. 19876.

(148) Cass., 11/07/2001, n. 9407.

(149) Corte de Apelaciones de Cagliari-Sassari, 13/01/1995, que puede leerse en *Rivista Giuridica Sarda*, 1996, p. 1.

(150) Cass., 31/05/2013, n. 13839; *id.*, 27/01/2009, n. 1950.

(151) Cass., 12/06/1997, n. 5266.

(152) Cass., 01/12/2000, n. 15380.

Cass., 08/04/1983, n. 2499; *id.*, 15/12/1982, n. 6917.

(146) SACCO, Rodolfo, “La clausola...”, *ob. cit.*, p. 625.

Si bien muchos autores reconocen que falta una definición unívoca de cláusula de estilo (153), no dejan por eso de compartir la opinión de que dichas cláusulas no tienen valor preceptivo, porque no encuentran ningún sustento en la voluntad de las partes (154), dado que en la mayoría de los casos provienen de terceros; por ejemplo: el notario que redacta el acto público.

Otros argumentan, con mayor rigor, que no es que la cláusula carezca de valor a causa de su forma (155), sino más bien porque “cada uno de los contratantes puede probar que una determinada cláusula del formulario que él mismo ha firmado o del acta notarial formada en su presencia, no fue querida por las partes aun si figura en el documento contractual” (156). Esta tesis es preferible, porque no niega importancia a la cláusula en razón de su forma, sino que, por el contrario, admite una evaluación para determinar si la cláusula integra el contenido del contrato en acuerdo con la voluntad común de los contratantes.

De hecho, con la celebración del contrato las partes hacen suyo el contenido entero, sin distinción (157); por lo tanto, la pretensión de que las cláusulas de estilo no son queridas por las partes es una petición de principio, ya que se asume que es cierto precisamente eso mismo que quiere demostrar.

Otro problema es, obviamente, si la cláusula es instrumentalmente idónea para producir el efecto deseado. Si su formulación es demasiado genérica, bien podría resultar inútil, como sucede con las declaraciones que

(153) Cfr. MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., ps. 94 y ss.

(154) MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 93.

(155) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 433, pero con la especificación de que hacen falta “cautela y un riguroso examen a hacer en concreto”; BIANCA, Cesare M., “Il contratto”, ob. cit., p. 316.

(156) GALGANO, Francesco, “Trattato...”, ob. cit., p. 181; MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 96.

(157) MESSINEO, Francesco, “Il contratto in genere”, ob. cit., p. 95.

indican que un inmueble es vendido con toda la servidumbre activa y pasiva existente: por sí sola no puede imponer al adquiriente una servidumbre que no esté contenida en los registros inmobiliarios (158).

XVI. La cláusula de reenvío a la ley

Los contratos a menudo incluyen una cláusula de clausura en la que las partes indican que reenvían a la ley todo aquello no regulado por el contrato. Son cláusulas completamente inútiles: la ley no tiene necesidad del consenso de las partes para operar y se aplica de hecho, independientemente de que las partes incluyan dicha cláusula.

Así lo indica el art. 962, Cód. Civil arg.: “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes”, junto con el art. 964 (igual al art. 1374, Cód. Civil it.): “el contenido del contrato se integra con: [...] b) las normas supletorias...”.

Sin embargo, el reenvío a las disposiciones específicas de la ley plantea problemas importantes cuando la ley cambia. Por ejemplo, si una norma impide vender un bien antes de un determinado período de tiempo y el contrato reenvía a esa norma, ¿qué sucede cuando la norma es modificada?

Ha habido casos así en Italia (y creemos que también en otros países), y plantean la siguiente cuestión: ¿el reenvío a una norma de ley por parte de la cláusula contractual debe entenderse como un “reenvío fijo”, es decir, que las partes quieren aplicar la ley que estaba vigente en el momento de la celebración del contrato, por más que esta cambie, o bien debe entenderse como un “reenvío móvil”, es decir, que las partes quieren aplicar la ley que esté en vigor en el momento en que se debe regular un determinado problema?

Tomemos un ejemplo de la ley italiana: la sociedad de farmacéuticos que obtiene la concesión de una farmacia comunal (en Italia no se puede abrir una farmacia libremente) debe conservar a los mismos socios por cierto período de

(158) V. Cass., 25/10/2012, n. 18349; *id.*, 18/04/2001, n. 5699.

tiempo. En el pasado, el período mínimo era de diez años; hoy es de tres años. Si un acuerdo entre socios, celebrado cuando la ley preveía una duración de diez años, prevé que un socio puede vender su parte a los demás “una vez transcurrido el plazo de la ley”, ¿ese plazo es el plazo original de diez años o el nuevo de solo tres?

O bien, si el contrato de una ejecución prolongada (p. ej., la provisión de bienes distribuida en el tiempo) estipula que los gastos reembolsables incluyen “las tasas vigentes” para ese negocio, pero luego, durante la ejecución del contrato, la medida de dichas tasas cambia, ¿las tasas deben ser reembolsadas de acuerdo con la medida original o las provisiones sucesivas deberán adecuar el reembolso a las nuevas tasas?

Es obvio que este problema se plantea solo si las partes no han precisado debidamente su voluntad en el contrato. La cuestión interesa solo en este caso.

Los jueces italianos han dado distintas soluciones. En el caso de las tasas o costos a reembolsar, han dicho que si el contrato se refiere genéricamente a las “fuentes” —p. ej.: se refiere a “la ley en materia de tasas aduaneras”—, entonces el reenvío es “móvil” y, por lo tanto, el pago se debe adecuar a la norma vigente, aun si esta es distinta de la que regía durante la celebración del contrato. Si, en cambio, las partes reenvían a una norma específica —p. ej.: “el art. 1º de la ley...”—, entonces, el reenvío es “fijo”, porque “da lugar a un mecanismo de incorporación de la disposición que es objeto del reenvío en la disposición reenviante, con la consecuencia de que el reenvío es calificado como fijo justamente para evidenciar que la circunstancia de la disposición que ha sido objeto de reenvío no se refleja en el reenvío mismo” (159).

En otra sentencia se ha argumentado que “el reenvío móvil presupone una voluntad no definitiva de las partes, las cuales desearían asumir el riesgo de un texto fluido y variable. El reenvío móvil exige, entonces, una referencia a las sucesivas variaciones de la fuente externa, por lo cual no puede considerarse incluido en un simple reenvío a dicha fuente”.

(159) Cass., 11/08/2016, n. 17038.

Por lo cual, si surge una duda y no hay modo de aclararla, debería asumirse que el reenvío será siempre fijo y nunca móvil, de modo de evitar que las partes corran un riesgo que no parecerían haber deseado (160).

De entre estas dos orientaciones, preferimos la segunda: si el contrato no contiene ningún tipo de referencia que ayude a entender lo que las partes quisieron decir, entonces es preferible el criterio que implica un “riesgo menor”.

XVII. La cláusula penal

La cláusula penal (art. 1382, Cód. Civil it.; art. 790, Cód. Civil arg.) sirve para determinar, con el contrato, el daño que debe ser resarcido en caso de incumplimiento. Sirve para evitar que deba hacerlo el juez, lo cual podría tener resultados inesperados, costos muy elevados y tiempos muy largos.

Quien considera que el contrato ha sido violado puede reclamar, entonces, el pago de la penalidad sin demostrar el daño efectivo, porque la penalidad ya está indicada en el contrato. En todo caso, el litigio podrá concernir la existencia o no del incumplimiento, su imputabilidad a la parte incumplidora (art. 792, Cód. Civil it.; art. 1218, Cód. Civil arg.), pero no el daño.

Existen al menos dos tipos de penalidades: la que concierne el retraso, cuando el cumplimiento todavía es posible pero luego del plazo estipulado, y la que concierne el incumplimiento definitivo. Se podría pensar también en cláusulas penales para incumplimientos marginales, por ejemplo, por defectos de poca importancia en los bienes que no comprometen la resolución del contrato.

Los problemas ligados a la cláusula penal surgen sobre todo a partir de penalidades demasiado altas o demasiado bajas.

Algunos sistemas legales, como el italiano, sostienen que el resarcimiento del daño no puede ser fuente de enriquecimiento para el damnificado: este tiene el derecho al resarcimiento de la pérdida, y de la ganancia perdida prevista por el contrato, pero no a sumas ul-

(160) Cass., 04/02/2004, n. 2111.

teriores. Otros sistemas, como el británico, no se plantean este problema, porque, a lo sumo, evalúan si la cláusula permite ejercer una presión indebida sobre el deudor, pero este es otro asunto (161).

Ahora bien, aunque estos valores no se pueden determinar en abstracto, en Italia se prohíbe una cláusula penal “manifiestamente excesiva”: el juez puede reducirla de oficio y reconducirla a un monto justo (arts. 1382-1384, Cód. Civil it.), y lo mismo dice el art. 794, Cód. Civil arg.

Todo esto genera incertidumbres: nadie puede saber por anticipado cuándo la penalidad será “manifiestamente excesiva” o un “monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan”, por lo cual no hay modo de cuantificarla sin correr riesgos. Por otro lado, nadie puede saber por anticipado cuál será la reducción que impondrá el juez, en caso de que intervenga.

Si, en cambio, el sistema legal no se preocupa de la medida de la penalidad, todo se fija según la decisión de los contratantes.

Por su parte, el problema de la penalidad demasiado baja es que permite que una parte decida libremente si cumplirá o no el contrato, dado que el riesgo es mínimo o inexistente.

Debemos señalar que esta no es una cláusula de rescisión del contrato: la rescisión permite liberarse del contrato antes de que sea cumplido; si ha sido cumplido por una parte, pero no por la otra, esta última debe restituir lo recibido.

La penalidad demasiado baja permite que una parte reciba la prestación de la otra, o realizar la propia. Por eso es que en Italia se la considera una cláusula nula: pagar un resarcimiento demasiado bajo viola la prohibición de cláusulas que exoneran al deudor de su responsabilidad, sea en dolo o culpa grave (art. 1229, Cód. Civil it.). Podemos decir que en la Argentina es

(161) Recientemente, se ha propuesto abolir este límite, en el caso “Cavendish vs. El Makdessi - Parking Eye vs. Beavis” [2015] 3 WLR 1373. En los contratos con los consumidores rige, en cambio, la norma de la invalidez de la penalidad excesiva, aunque en aplicación de la Directiva 93/13 CEE del Consejo.

contraria a la norma pública (art. 386), porque quien es exonerado de responsabilidad es libre de cumplir o no y realiza contratos con falta de causa: art. 1013.

XVIII. La cláusula de irresponsabilidad

En el conflicto de intereses entre las partes, quien tiene mayor fuerza contractual buscará librarse de la responsabilidad de su propio cumplimiento. En tal caso, esto es *in re ipsa*: quien vende un bien usado no presta las mismas garantías que quien vende un bien nuevo. No se puede pretender que un auto que ha recorrido 100.000 kilómetros esté en perfecto estado, a menos que haya una garantía que así lo indique.

En otros casos, la cláusula que exonera de las garantías puede ser lícita: la venta “a riesgo y peligro” es aquella que no promete nada, pero quien compra el bien paga poco porque sabe que alguien podría reclamar derechos sobre él o que puede presentar graves defectos.

Sin embargo, hay contratos en que la garantía reviste interés público o general y va más allá de los intereses de las partes. Es el caso de, por ejemplo, la construcción de un inmueble: si el constructor queda exonerado de las garantías del bien, se desentiende del material que utiliza y de la estabilidad del inmueble, que podría así causar daños a terceros.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por lo tanto, no pueden ser contrarias al interés público.

En Italia están prohibidas cuando la parte exonerada ha incurrido en dolo o culpa grave (art. 1229, Cód. Civil it.): la prohibición prescinde de cualquier evaluación de los intereses de terceros, porque no admite que el deudor, consciente del vicio o en culpa grave, pueda sacar provecho de su estado de ánimo.

Lo mismo puede decirse de la Argentina, como ya hemos indicado en el párrafo anterior: una cláusula semejante es contraria a la norma pública (art. 386, Cód. Civil), porque quien es exonerado de responsabilidad es libre de cumplir o no y realiza contratos con falta de causa: art. 1013.

XIX. Sujeción a jurisdicción determinada

Los distintos sistemas legales pueden otorgar diversos grados de libertad a los ciudadanos en la resolución de sus pleitos. Donde existe libertad, es normal que los pleitos puedan resolverse de modo alternativo al que garantiza la organización estatal, aunque haya ámbitos en los que el monopolio de la justicia por parte del Estado es más claro (p. ej.: en el ámbito penal y el ámbito fiscal).

El Código argentino admite la posibilidad de aplicar el derecho extranjero a condición de que se trate de derechos disponibles, es decir, de derechos que pueden ser objeto de acuerdo o transacción entre las partes: art. 2601. Lo indica claramente el art. 2651: “los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones”.

Algunos límites más frecuentes en el derecho privado atañen, por ejemplo, a problemas de norma pública o de buenas costumbres (162): los procesos matrimoniales o familiares (arts. 705 y ss., Cód. Civil arg.), por ejemplo, no entran dentro de los derechos disponibles; los arts. 2613 y ss. del Código argentino indican la competencia del juez del último domicilio del menor, del discapacitado, de los cónyuges, etc., y, por lo tanto, en estos casos no es posible someter las cuestiones a un derecho distinto de aquel que se aplica en el caso a estas normas. Lo mismo vale para la adopción (art. 2635, Cód. Civil arg.) o para los contratos de consumo (arts. 2654-2655 del Cód. Civil arg.).

De esto se deduce que, cuando la cláusula de reenvío a una jurisdicción extranjera tiene el único objetivo de eludir las normas de conflicto, es en fraude a la ley y, por lo tanto, nula: art. 2598 del Cód. Civil arg.

Una primera solución, que se practica en Italia (aunque no está muy difundida), es el re-

(162) Art. 2599: “Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto, o por las partes”.

curso a jueces extranjeros: se cree que un juez extranjero será más eficiente que el juez italiano, no por su competencia, sino por su celeridad (163).

Los contratos italianos conocen, por ejemplo, la cláusula que devuelve los pleitos de derecho privado a un juez suizo, a quien se solicita, sin embargo, la aplicación del derecho italiano, creando así dificultades si ese juez no conoce el derecho italiano. Esta cláusula no plantea, en principio, ningún problema para el ciudadano italiano, porque la ley no impide el pacto, que más bien es admitido cuando atañe a derechos disponibles (164). Una cláusula de este tipo impide, entonces, que el juez interno resuelva el pleito si una de las partes se niega a respetar ese vínculo, tal como el art. 2602 del Cód. Civil arg. (165). En todo caso, el problema será el de examinar qué acuerdos existen con el país extranjero para hacer efectiva en Italia la sentencia que ha dictado el juez.

Lo mismo vale, obviamente, en la Argentina (166). De hecho, la sentencia dictada en un país extranjero no deja de ser un documento de una autoridad extranjera, que, por más que concierna a ciudadanos del propio país, solo es efectivo si el sistema legal interno lo admite, ya que los ciudadanos siempre podrán acudir a un juez de su propio país si así lo desearan.

(163) Cass., 07/06/2012, n. 9189, ha dicho que “es válida aquella cláusula contractual de la jurisdicción italiana que derogue la jurisdicción italiana cuando individúe la disciplina de referencia por el proceso judicial relativo mediante el reenvío a disposiciones normativas de la organización extranjera, a la cual pertenece el juez a quien se difiere la controversia”.

(164) Art. 4º, apart. 2º, ley de 31/05/1995, n. 218: “La jurisdicción italiana puede ser convencionalmente derogada a favor de un juez extranjero o de un arbitraje extranjero si la derogación es probada por escrito y si la causa refiere a derechos disponibles”.

(165) El juez elegido por las partes tiene competencia exclusiva, excepto que ellas decidan expresamente lo contrario.

(166) El art. 2604 del Cód. Civil arg. prevé: “cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento”.

En caso negativo, la decisión puede resultar completamente inútil si se prosigue dentro de un sistema que no la reconoce o que la reconoce solo bajo ciertas condiciones (167), por ejemplo, la forma escrita del acuerdo que deroga la jurisdicción doméstica (168).

Un aspecto distinto del problema es que cada sistema puede permitir o vetar que el propio juez resuelva causas que atañen a ciudadanos extranjeros por hechos sucedidos en el extranjero. En este caso, compete a las partes que disponen la cláusula que prevé la jurisdicción de un juez extranjero averiguar antes si ese juez puede desempeñar sus funciones; de lo contrario, la cláusula es nula.

El sistema italiano prevé que “cuando no haya jurisdicción con base en el art. 3º” de la Ley de Derecho Internacional Privado, es decir, cuando la jurisdicción sea insuficiente, “esta subsistirá en caso de que haya sido aceptada convencionalmente por las partes y de que tal aceptación sea probada por escrito o que el demandado figure en el proceso sin exceptuar la falta de jurisdicción en el primer acto de defensa”. Por lo tanto, el juez italiano no puede refutar la decisión, aunque las partes del pleito sean extranjeras y el asunto no tenga consecuencias en suelo italiano, siempre y cuando nadie plantee objeciones. Obviamente, cada país tiene sus propias reglas sobre la cuestión.

Para el Código argentino, en cambio, el art. 2610 atribuye a los extranjeros los mismos derechos de los que gozan los ciudadanos argentinos en condiciones idénticas, por lo cual puede

(167) Se puede encontrar un ejemplo en Cass., 07/06/2012, n. 9189: “Es válida la cláusula contractual que deroga la jurisdicción italiana a condición de que la legislación del Estado extranjero contemple la posibilidad de designar a un juez y asegure el respeto de los principios de validez constitucional e internacional bajo tutela del derecho a un juicio justo e imparcial”.

(168) P. ej., la Corte de Casación italiana ha dicho que “no puede ser reconocida en Italia la sentencia del Tribunal Supremo de New South Wales que haya fundado su jurisdicción sobre la aceptación tácita de parte del demandado, en cuanto al sentido de los arts. 3º y 4º de la ley del 31/05/1995, n. 218, la posibilidad de derogar la jurisdicción italiana es excluida en todos aquellos casos en que dicha derogación no sea probada por escrito”: Cass., 23/09/2013, n. 21672.

afirmarse que el juez argentino, como el italiano, debe resolver un pleito entre ciudadanos extranjeros que acuden a él. Además, el Código argentino (art. 2602) permite al juez —aunque de modo excepcional— pronunciarse “con la finalidad de evitar la denegación de justicia”. En este caso, sin embargo, no vale el principio *iura novit curia*, según el cual se asume que el juez conoce el derecho: la regla concierne el derecho interno, no el derecho extranjero que el juez debe aplicar (169).

XX. Sujeción a sistema normativo

Es común que las partes del contrato decidan regular su relación, no sobre la base de la derecho que se debería aplicar correctamente (p. ej.: el del lugar en el cual el contrato ha sido celebrado), sino recurriendo a otra normativa: puede ser el derecho de otro país, incluso un país extraño a ambas partes, o bien a sistemas normativos que no pertenecen a ningún sistema legal, como por ejemplo los principios de *Unidroit* (170), que el Código argentino admite como fuente de derecho (171). Esto también es posible en el derecho argentino, dado que el art. 2605 lo admite “en materia patrimonial e internacional” (172).

(169) La Corte de Casación italiana dice que, en estos casos, “el juez italiano puede recurrir a cualquier medio idóneo al objetivo, incluso investigando personalmente o utilizando los instrumentos indicados en las convenciones internacionales, así como también, la información obtenida a través del Ministerio de Justicia o de expertos, o instituciones especializadas, pudiendo así recurrir, a fin de garantizar la efectividad del derecho extranjero aplicable, a cualquier medio, incluso informal, valorizando el rol activo de las partes como instrumento útil para dicha adquisición”: Cass., 03/08/2017.

(170) *Unidroit* (del francés Institut International pour l’Unification du Droit Privé) es una organización internacional cuyo objetivo es la armonización del derecho privado y tiene sede en Roma. En 2015 contaba con 63 Estados miembro, entre ellos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

(171) Art. 2651, letra d): “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”.

(172) A menos que “los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley”; cfr. también el art. 2609.

Estas situaciones no admiten casos en los que existan convenciones entre países distintos sobre la solución de litigios entre sus ciudadanos: aquí vale la convención, y no la elección hecha por las partes.

Por otra parte, la elección del derecho depende de la fuerza contractual de una de las partes: por ejemplo: una multinacional siempre trata de que se aplique el derecho de su propio país, porque lo conoce mejor, aun si a veces podría no ser conveniente (173). De hecho, es más fácil mantener fijo un texto contractual y correr el riesgo de que la ley de un país sea distinta en ciertos aspectos, que adaptar cada vez el contrato a las reglas de un único país.

Todo esto siempre depende, sin embargo, de la reacción del sistema jurídico en el cual el contrato es evaluado: los aspectos fiscales, por ejemplo, son muy delicados, así como las normas sobre la tutela de los empleados y las normas previsionales y, en este caso, el país donde se genera el conflicto no acepta que este sea regulado por normas distintas a las suyas. Además, cuando hay una normativa estricta sobre ciertos aspectos, es difícil que en un contrato se intente imponer cierto contenido, sobre todo si las sanciones que prevén las leyes son graves.

En otros casos, una parte puede no confiar en el derecho de la otra, y ningún contratante está dispuesto a ceder y aceptar la aplicación del derecho del otro. En ese caso, se recurre al derecho de un tercer país o bien se resuelve aplicar reglas sin territorio, tales como las de los Principios Unidroit (174), que varios autores importantes han señalado como una nueva *lex mercatoria* (175).

(173) Recordamos que según el art. 1161, Cód. Civil arg., en la venta, “las cláusulas que tengan difusión en los usos internacionales se presumen utilizadas con el significado que les adjudiquen tales usos, aunque la venta no sea internacional, siempre que de las circunstancias no resulte lo contrario”.

(174) En 2016, Unidroit publicó la nueva edición de “Principles of International Commercial Contract”, que las partes pueden adoptar como normas contractuales.

(175) GALGANO, Francesco — MARRELLA, Fabrizio, “Diritto del commercio internazionale”, Padua, 2011, ps. 266 y ss.

La elección del sistema normativo que debe regular la controversia no crea problemas siempre y cuando la decisión debe ser arbitrada. Aquí, en todo caso, se trata de determinar si la decisión puede ser cumplida coactivamente cuando la parte que pierde no cumple espontáneamente. De hecho, todo sistema es libre de decidir si una cuestión puede ser resuelta aplicando principios distintos a los principios internos y, por lo tanto, puede negar la asistencia a una decisión arbitral de este tipo. Si, en cambio, existe una garantía dada por terceros —p. ej.: un banco dispuesto a pagar una suma, de manera inmediata y sin excepciones, a favor de quien indique la decisión de los árbitros—, entonces la cuestión se simplifica. No obstante, es obvio que no todos los litigios tienen por objeto sumas de dinero.

XXI. Sujeción a arbitraje

La cláusula arbitral sirve para que un litigio sea resuelto por un juez privado. La razón puede ser una mayor competencia en determinada materia, o bien el deseo de mantener ciertas cuestiones en reserva, o incluso el deseo de una mayor celeridad en la decisión. El Código Civil argentino regula la materia en los arts. 1649-1665, que prevén un árbitro en sentido estricto o una decisión con componedores amigables, tanto en derecho como en equidad (art. 1652).

Así como en los casos recién examinados, aquí también cada país admite con mayor o menor lenidad la posibilidad de recurrir a árbitros. Destaca aquí el concepto de “derechos disponibles”, porque no se puede recurrir a un árbitro en todas las cuestiones; eso depende de la sensibilidad de los distintos sistemas. Por ejemplo, el art. 1651, Cód. Civil arg., impide los arbitrajes en el derecho del trabajo, mientras que Italia los admite bajo condiciones particulares. Además, prohíbe el arbitraje en cuestiones de derecho de familia, que Italia también admite cuando no conciernen las cuestiones de estado civil (separación, divorcio, filiación) (176).

Hay un aspecto que caracteriza la cláusula arbitral o bien el valor que se atribuye a la decisión

(176) Cfr. SICCHIERO, Gianluca, “La crisi della convivenza: autonomia privata e clausola arbitrale”, *Rivista di Diritto Privato*, 2018, ps. 487-514.

de los árbitros. Si el sistema legal lo reconoce, el mayor valor que se puede atribuir es equivalente al de una sentencia, en el sentido de que los efectos producidos por la decisión arbitral son iguales a los de una sentencia judicial. El valor menor es, en cambio, el de hacerla equivalente a un acuerdo contractual, a una transacción entre privados. ¿Qué valor tiene, por ejemplo, la decisión de los árbitros que son “amigables componedores” (art. 1652, Cód. Civil it.)? Si sirve para decir que pueden tratar de que las partes se pongan de acuerdo, entonces es una previsión inútil, el Código no sirve. Si, en cambio, tiene una función distinta, es algo que no está determinado claramente y es un típico problema italiano (177).

La diferencia entre ambos casos es notable: si la decisión de los árbitros es equiparada a la de una sentencia, entonces es una decisión ejecutiva y se la puede impugnar dentro de los mismos límites que el sistema fija para la impugnación de las sentencias. En el segundo caso, la decisión de los árbitros es impugnabile como se impugnan los contratos.

Esta distinción, inexistente en muchos países, existe en Italia hace más o menos un siglo y durante décadas ha sido motivo de gran incertidumbre. De hecho, se trata de una distinción que no está escrita en la ley, sino que nace de la jurisprudencia, que afirmaba que era necesario suponer que los contratantes no pretenden sustraerse de la decisión al juez y, ante la duda, que desean una decisión de tipo contractual.

De este modo, la conflictividad no disminuye, sino que aumenta, ya que la parte que pierde puede impugnar la decisión de los árbitros como en cualquier contrato. De hecho, un legislador italiano intervino previendo que, ante la duda, se entiende que las partes quieren una

(177) Cfr. la Corte de Apelaciones de Florencia, 05/06/2009, en *Foro Padano*, 2009-I-584: “La formulación de la cláusula compromisoria, caracterizada por la cualificación del árbitro como componedor amigable y por la previsión de su poder de decisión sin necesidad de formalidad alguna, propende claramente por la indicación de un juez no ritual”. Así también el Tribunal de Cagliari, 06/05/2005, en *Diritto Fallimentare*, 2006-II-741; o Cass., 01/02/2007, n. 2213.

decisión que tenga valor de sentencia. El Código argentino (art. 1652) dice que, en la duda, “se debe entender que [la controversia] es de derecho”, y esto es igual en Italia, aunque la norma no se refiere a árbitros que sean “amigables componedores”, sino al contenido de la decisión.

Así, la voluntad de las partes que predisponen la cláusula arbitral está siempre tutelada (pueden especificar el tipo de decisión que desean), pero, en caso de que sea formulada en modo incierto, se la entenderá en el sentido que reduzca —no que aumente— las instancias judiciales que se deben recorrer para resolver el pleito.

El arbitraje es un sistema veloz para la solución de controversias incluso entre sujetos de países extranjeros. Sobre la materia, existe la Convención de Nueva York del 10/06/1958 para el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, cuya función es la de validar la decisión de los árbitros en los países adherentes y evitar que dicha decisión sea ineficaz si el país no le atribuye validez alguna (178).

La Convención, por otra parte, no quita validez a los arbitrajes que no se hayan ajustado a su normativa. En ese caso, la decisión de los árbitros tendrá la fuerza que depende de la voluntad de los contratantes de respetarla; o bien de la existencia de garantías que pagarán a quien gane el arbitraje, por ejemplo, si las partes han designado a un banco para que pague a quien indiquen los árbitros.

No hay problemas particulares en la predisposición de la cláusula arbitral: las partes podrán reenviar a las reglas de la Convención, a las de las varias Cámaras Arbitrales Internacionales, o podrán dictar ellas mismas las normas a las que los árbitros deberán atenerse y los términos de la decisión (179).

(178) Han adherido también la Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Rep. Dominicana, Uruguay y Venezuela.

(179) Cfr. también el art. 1658, Cód. Civil arg.

Los únicos principios que deben ser respetados son: el de la "terceridad" del juez, en el sentido de que el árbitro debe ser un sujeto independiente de las partes, y el del contradictor, según el cual siempre se debe conceder un término adecuado para que las partes puedan for-

mular su defensa, responder a la del adversario y ser escuchadas por los árbitros.

Se trata, sin embargo, de reglas universales de todo proceso que debe ser definido por una decisión de valor judicial. Así lo indican también los arts. 1661 y 1662 del Cód. Civil argentino.