

## LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS Y EL *FAVOR CONTRACTUS*

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA\*

Interpretazione non è un affare esclusivo e personale dell'interprete, ma un affare del legislatore.

Natalio IRTI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Objetivos de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos*. IV. *Funciones de los Principios Europeos*. V. *Algunos principios sobre los que se sustentan los PECL*. VI. *Las fuentes de los PECL*. VII. *Los Principios Unidroit y los Principios Europeos*. VIII. *Disposiciones correspondientes entre los PU y los PECL*. IX. *Disposiciones divergentes entre los PU y los PECL*. X. *Los Restatements y los PECL*. XI. *Estructura de los PECL*. XII. *La interpretación de los contratos*. XIII. *El principio de conservación del contrato (favor contractus)*.

### I. INTRODUCCIÓN

Señoras y señores, colegas, estudiantes y amigos todos, interesados en la transformación del derecho mercantil, he querido aprovechar esta estupenda oportunidad que me brinda el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM para insertar mi estudio en uno de los grandes temas que enmarca este Congreso Internacional, precisamente el de los principios europeos del derecho de los contratos, porque el tema específico que nos ocupará los siguientes minutos está incluido en dichos postulados, mejor dicho, es uno

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de Derecho mercantil en la Facultad de derecho de la UNAM.

de los principios que sustentan, cual sólidos pilares, el edificio del nuevo derecho europeo de los contratos y obligaciones. Me refiero al principio de conservación del contrato (*favor contractus o favor negotii*).

Es evidente y, por ende, indudable que la Unión Europea (UE) exhibe el espacio físico de integración más avanzado del que hoy en día tenemos noticia. De ahí que el tema de la unificación y uniformidad del derecho sea tratado en Europa con gran vehemencia. Vientos aquellos de renovación que nos conviene darles un seguimiento muy de cerca, ya que la opinión europea, casi unánime, ve en el derecho uniforme un ideal, en tanto se erige como la respuesta más apropiada a los retos de la integración.

Ciertamente, los europeos han reconocido que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la *integración europea*, a fin de

salvaguardar y armonizar la *tradición*, representada por un acervo jurídico común, con la *sensatez* que haga posible intentar un cambio, que permita alcanzar con ello la continuidad de la tradición misma. Como expresó en alguna ocasión E. Riezler: el derecho en clave normativa, representa un *saber para el futuro* (*Zukunftswissenschaft*).<sup>1</sup>

## II. ANTECEDENTES

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PECL, del inglés *Principles of European Contract Law*) han aparecido en un momento en que la cuestión de la codificación ha ido ocupando una atención creciente;<sup>2</sup> muestra de ello han sido el nuevo Código Civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*), en vigor desde el 1o. de enero de 1992; el reciente Código Civil de Québec, vigente a partir de principios de 1994; en 1996, el proyecto inglés de una codificación del derecho contractual, redactado por McGregor, conjuntamente publicado por la famosa editorial italiana Giuffrè y su homóloga inglesa Sweet and Maxwell;<sup>3</sup> la renovación de li-

<sup>1</sup> Mozos, J. L. de los, "El anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavia", *La Ley*, núm. 5629, octubre de 2002, p. 1769; Riezler, *cit.* por Mozos, *id.*

<sup>2</sup> En este sentido, véase Sacco, R., "Codificare: modo superato di legiferare?", *Riv. Dtto. Civ.*, 1983, pp. 117 y ss.; Zimmerman, R., "Codification: History and Present Significance o an Idea", *ERPL*, 1995, pp. 95 y ss.

<sup>3</sup> McGregor, Harvey, *Contract Code—Drawn up on behalf of the English Law Comisión*, 1993. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa. Traducción y nota preliminar por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Batiré Fuenzalida, Barcelona,

bros enteros de códigos vigentes (como el libro II del BGB); la redacción de códigos regionales (como el Código Civil escocés o el Código Civil catalán) y, en fin, los diversos esfuerzos que varios países de Europa central y oriental han venido realizando para sustituir los códigos de derecho privado socialistas por códigos modernos.<sup>4</sup>

Está claro, pues, que los PECL adquieren una posición nodal, trascendental, quizá estratégica, en este complejo maderamen de medidas de reforma del derecho privado planeadas o ya realizadas (como el Código Civil holandés o el derecho unificado sobre compraventa internacional), pudiendo influir de manera eficaz, precisamente, sobre las iniciativas venideras de unificación del derecho de las obligaciones o de los contratos en la propia U E o en los proyectos de codificación en Europa central y oriental.<sup>5</sup>

### III. OBJETIVOS DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

Los PECL son fruto de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos (Commission on European Contract Law), entidad constituida entre 1980 y 1982, a solicitud de la entonces Comunidad Europea (hoy UE), por iniciativa y bajo la presidencia de Ole Lando, de la Escuela de Negocios de Copenhague, con la colaboración de Winfried Hauschild, jefe de la división en la Dirección General para el Mercado Interno de la Comisión de la ahora Unión Europea y conformada por juristas provenientes de los distintos países pertenecientes a dicha organización.<sup>6</sup>

1997. Este proyecto fue primeramente elaborado en los años sesenta por la English Law Commission del Parlamento británico; *Cfr.* Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, nota 1, p. 1782. El profesor Gandolfi, en el preámbulo, compara el significado de dicho proyecto de codificación con el arribo del hombre a la luna y a la caída de la cortina de hierro: “la *stesura* del proyecto del código de los contratos... ciertamente está en el campo de los fenómenos jurídicos, uno de los aspectos de la nueva y veloz carrera del mundo en la que hoy vivimos. Es en cierto sentido comparable a la llegada del Apolo 11 a la luna... o la caída del muro de Berlín, como indicativo del fin de una contraposición de bloques nacionales”.

<sup>4</sup> Zimmerman, R., *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 117-119.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>6</sup> Castronovo, I., “Principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di codice”, *Riv. Dtto. Comm.*, 1995, p. 21.

En la introducción al texto de los PECL el propio Lando expresa que, durante los largos años de estudio e investigación, de cotejo y de síntesis, la Comisión estuvo animada por el intento de formular principios jurídicos idóneos que constituyeran el basamento conceptual necesario para la realización de un derecho contractual europeo. La elección de la materia contractual y en particular de los institutos de cumplimiento, incumplimiento y de sus remedios como primer espacio de operatividad de los PECL, se justifica si se considera la importancia de este sector del derecho privado a nivel comunitario. Siempre más numerosas e incisivas son, ciertamente, las intervenciones del legislador comunitario sobre determinados tipos de contrato: dichas intervenciones imponen la individuación de una infraestructura unitaria que represente el común denominador de las normativas especiales relativas a cada uno de los tipos contractuales. Bajo esta perspectiva, los PECL que la Comisión ha redactado y difundido representan la etapa inicial de un recorrido todavía largo y se ubican en una relación de instrumentalización respecto a la concretización de una meta final del más amplio alcance: la construcción de un verdadero y propio código europeo de los contratos.<sup>7</sup>

Ciertamente, de estas declaraciones de intención de Lando colocadas en la parte que precede la exposición de los PECL, emerge la clave de todo el trabajo hasta ahora realizado por la Comisión Europea; surge, de ahí, una fuerte *aspiración a codificar*, a crear un sistema normativo que desborde los confines nacionales, que funcione como código de Europa.

Aún más, de acuerdo con la Comisión, dichos principios tienen por *objeto principal* servir de base para la redacción de un Código Civil europeo. En este sentido, ningún sistema legal en particular ha servido de punto de partida para su manufactura, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran más adecuados en relación con las condiciones económicas y sociales de Europa.

Los PECL, al igual que los *Restatements* estadounidenses, no están propuestos para convertirse en derecho vigente inmediatamente, sino que más bien, de acuerdo al parecer de sus progenitores, han de:

<sup>7</sup> Cfr. Comisión sobre Derecho Europeo de los Contratos, *Introduction to the Principles of European Contract Law*, La Haya, Kluwer Law International, noviembre de 1999; Lando, Ole y Beale, Hugh (ed.), *Principles of European Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht-Boston-Londres, Comisión on European Contract Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, V-XXXV, p. 268.

1. Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
2. Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la UE (los autores hablan de una “infraestructura” para las directivas de la UE).
3. Llevar a cabo una función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos continentales del *civil law*.
4. Concretar la moderna *lex mercatoria* europea.
5. Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual propio.
6. Finalmente, significar un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo.<sup>8</sup>

Los PECL representan, pues, según los propósitos de la Comisión, un importante intento de superar la contraposición entre *civil law* y *common law*: ellos buscan construir un puente entre los distintos modos de ser del derecho, proporcionando reglas cuyo objetivo es atenuar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma área político-económica, favoreciendo por esto mismo el funcionamiento eficiente del mercado único europeo. En otras palabras, los PECL persiguen facilitar la convergencia de los derechos nacionales hacia reglas comunes, a fin de evitar que la diversidad de regímenes jurídicos continúe representando un obstáculo al comercio transfronterizo.<sup>9</sup>

#### IV. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS EUROPEOS

En ese orden de ideas, algunas de las *funciones* que se han asignado a los PECL son: a) ayudar a la interpretación e integración del derecho privado comunitario vigente; b) servir como legislación modelo; c) ser incorporados por las partes en sus contratos, ya sea directamente o como derecho aplicable en caso de disputa; d) contribuir al nacimiento de un nuevo *ius*

<sup>8</sup> Cfr. Zimmermann, *Estudios...*, *op. cit.*, nota 4, pp. 115 y ss.

<sup>9</sup> En tal sentido, Bellantuono, G., “Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities”, *Lic Papers*, núm. 133, octubre de 2003, p. 28.

*commune europae* especialmente a través de su estudio en las escuelas de derecho. Se trata, pues, de un documento multifuncional.

Por otra parte, hay que advertir que los Principios de Derecho Contractual Europeo no tienen la eficacia vinculante de las normas contenidas en las disposiciones emanadas de los órganos comunitarios. Son ellos, resultantes de un trabajo de estudio, comparación y reelaboración, construido por un grupo de juristas europeos que se han inspirado en las instancias más profundas de unificación y superación de los particularismos nacionales. En efecto, los PECL no son el resultado de una simple sistematización, sino más bien, de una verdadera y propia creación, en cuanto que nacieron del análisis de un complejo normativo como el europeo en el que conviven diferentes sistemas legales.

#### V. ALGUNOS PRINCIPIOS SOBRE LOS QUE SUSTENTAN LOS PECL

Se ha previsto que las partes, tanto en la fase de formación como en la conclusión, interpretación y ejecución del contrato, observen los principios de buena fe y justicia; de sensatez, transparencia y simetría en la información; de tutela del interés crediticio, conservación del contrato y adecuación en la relación entre las prestaciones. En ese orden de ideas, los legisladores de la UE y la actividad de jueces y árbitros ya han promovido la aplicación de estos principios, obviamente teniendo en cuenta cada una de las tradiciones jurídicas, las reglas vigentes, la praxis actual y, por consecuencia, adaptándolas al contexto normativo y cultural en que tales principios deben operar: esto significa que, sin perjudicar excesivamente la autonomía contractual o negocial, las partes contratantes están llamadas —con base en reglas de carácter general o especial destinadas a disciplinar relaciones individuales— a seguir los caminos trazados por tales principios.<sup>10</sup>

De ello emerge una concepción del contrato, innovadora para algunos ordenamientos, ratificadora para otros, en la que el pacto privado ya no tiene una aureola sagrada, intangible para quien le es ajeno o extraño, sino entendido como una relación de reglas que pueden conducir a la interpreta-

<sup>10</sup> Alpa, G., “I Principi Unidroit 2004 e I Principi di diritto europeo dei contratti”, <http://www.covallori.net> (21 de febrero de 2006), apartado 2. “Alcuni principi atti a costituire una ‘base comune’ delle iniziative in corso in materia di diritto contrattuale”; Lando, “Eight Principles of European Contract Law”, en Cranston, R. (ed.), *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Clarendon Press Oxford, 1997, pp. 103 y ss.

ción objetiva del acto, a la valoración del comportamiento anterior y posterior, a su aprobación, a la integración de eventuales lagunas, a la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas cláusulas, a la introducción de nuevos remedios en caso de incumplimiento, a la conservación del acto y a su modificación —en casos excepcionales y justificados— por parte del juez o árbitro a fin de reequilibrar el programa económico de las partes cuando ello sea trastornado por circunstancias externas que repercutan en el pacto original.<sup>11</sup>

## VI. LAS FUENTES DE LOS PECL

Como han dicho los autores de los PECL, resultó imposible tomar en cuenta el régimen jurídico de todos y cada uno de los países del mundo; desde luego, la influencia que ejerció cada uno de los sistemas legales consultados fue desigual. Sin embargo, es factible señalar que, de entre las compilaciones o codificaciones jurídicas nacionales, las mayormente consultadas fueron las más recientes como el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y los *Restatement (Second)* del Derecho de los Contratos, el Código Civil de Argelia de 1975, la Ley del Contrato Económico Extranjero de China, las reformas al nuevo Código Civil holandés y el nuevo Código Civil de Québec, los cuales están vigentes a partir de 1992 y 1994, respectivamente. También se consideraron los instrumentos internacionales como la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercancías y otros documentos de igual rango preparados por Uncitral o CNUDMI.<sup>12</sup> Además, se dedicó especial atención a los instrumentos no legislativos elaborados por cuerpos profesionales o asociaciones de comercio ampliamente utilizados en el comercio internacional.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *V. gr.* Los Incoterms; las Condiciones Generales para el Suministro y Erección de Plantas y Maquinaria para la Importación y Exportación de la Comisión Económica de la ONU para Europa, etcétera.

<sup>13</sup> Bonell, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Revue de Droit Uniforme*, 1996/2, p. 231.

## VII. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS PRINCIPIOS EUROPEOS

Al igual que los Principios Unidroit de los contratos comerciales internacionales (en adelante PU), los PECL tienden a unificar el derecho con herramientas distintas a las legislativas.

Tanto los PU como los PECL pueden ser considerados *el experimento de codificación* más prestigiado y exitoso de un emergente régimen jurídico supranacional y comunitario de las transacciones internacionales.<sup>14</sup>

Es oportuno advertir que hay una influencia recíproca entre los PU y los PECL, pues se aseguró una positiva coordinación entre los dos grupos de trabajo mediante la duplicidad de algunos de sus miembros, por ejemplo, Lando, como presidente de la Comisión de Derecho Contractual Europeo; Bonell, presidente del grupo Unidroit; Ulrich Drobnig (por Alemania) y Denis Tallon (por Francia).<sup>15</sup>

En efecto, los PECL tienen similitud con los PU en el estilo de diseño y en la presentación formal. Puede afirmarse que las normas de unos y otros han resultado *esencialmente* semejantes. La única diferencia significativa con los PU radica —según Bonell— en que los PECL contienen *notas* a los preceptos o reglas identificando las fuentes comunitarias y extracomunitarias principales que se han utilizado, describiendo brevemente la forma en que el asunto se trata en los distintos sistemas legales de los Estados miembros de la UE, de modo que cada quien pueda verificar la identidad, la cercanía o diferencia según los casos (fuentes comparativas). En la parte de *comentarios* se provee la explicación (*ratio*) de las reglas adoptadas en cada artículo con una especie de interpretación auténtica, frecuentemente enriquecida por ejem-

<sup>14</sup> Lisi, A., “La crisi d’identità del documento informatico: riflessioni sulla forma scritta, ‘firmata’ non sottoscritta nel commercio elettronico internazionale”, *La Pratica Forense*, Roma, marzo de 2004, p. 1. Ciertamente los PECL no tienden a ser aplicados sólo a los contratos internacionales. Los artículos que los componen son principios generales del derecho de los contratos, *cfr.* Lando, O., “Principles of European Contract Law. A First Step towards a European Civil Law”, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1997, p. 196.

<sup>15</sup> Zimmermann, *Estudios...*, *op. cit.*, nota 4, p. 120; en el mismo sentido, Lando, “Principles of European Contract Law y Unidroit Principles: Similarities, Differences and perspectives”, *Saggi, Conferenze e Seminari*, Roma, 49, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, abril de 2002, p. 1.



plos aplicables (casos prácticos que ilustran la operatividad de las normas: propósito, contenido, alcance y vínculos con otras reglas).<sup>16</sup>

En este sentido, también se ha expresado que la discrepancia relevante entre ambos cuerpos normativos —genéricamente considerados— es que mientras los PU buscan crear un cuadro común en la praxis comercial internacional (pues son muy utilizados en la contratación internacional, y por ende, bien conocidos en los tribunales arbitrales internacionales), los PECL, por el contrario, son poco conocidos y se refieren más genéricamente a los contratos incluidos los realizados entre proveedores y consumidores.<sup>17</sup>

En efecto, según sus autores, los PECL podrán aplicarse cuando las partes que celebran un contrato hayan expresamente acordado que éste se regirá por aquéllos; aun a través de un simple reenvío por parte de los contratantes a los *principios generales del contrato* o a la *lex mercatoria*, o bien, en los casos en que no se indique —o no sea fácilmente identificable— la ley reguladora del contrato en los contratos internacionales [a. 1:101, (3) (a) y (b)] con la consecuente desvalorización de las normas de conflicto.<sup>18</sup> En el comentario *D* a dicho artículo se lee, entre otros asuntos, que: *el párrafo 3 invita a los jueces y colegios arbitrales a aplicar los Principios [PECL] aun cuando las partes no los hayan elegido.*

Constituyen, así, una *fuentes integradora* de la *lex mercatoria* y un punto de referencia con relación a los usos del comercio internacional, así como la base conceptual para una codificación uniforme del derecho de los negocios.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Bonell, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, 2a. ed., Nueva York, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers, 1997, cap. 5: “The Unidroit Principles and the Principles of European Contract Law”, p. 88; Castronovo, “I principi...”, *op. cit.*, nota 6, P. I y P. II, p. 2; *id.*, “A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or a Practical Need?”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1988, p. 873.

<sup>17</sup> Lisi, *op. cit.*, nota 14, p. 2. *Cfr. Principles of European Contract Law*, parte I, ed. Provv., marzo de 1994, Introduction, p. 4.

<sup>18</sup> Esto último vale sobre todo para los Principios Unidroit. De acuerdo: Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 53.

<sup>19</sup> Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, *op. cit.*, nota 18, p. 53; *id.*, “Reflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti”, *R.D.C.*, XCIC, núm. 9-12, septiembre-diciembre de 2001, p. 490.

### VIII. DISPOSICIONES CORRESPONDIENTES ENTRE LOS PU Y LOS PECL

Desde luego, que entrambos Principios existen disposiciones correspondientes y divergentes. En este sentido, hay que señalar que existen aproximadamente 70 artículos de los PU que son muy semejantes, o dicho de otra manera, que tienen disposiciones convergentes con los PECL.

Para muestra sólo un botón: Los párrafos 1 y 2 del Preámbulo de los PU con el artículo 1:101 (2) (3) (a) (b) de los PECL. Efectivamente, los pertenecientes a los PU expresan:

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Mientras que los correspondientes de los PECL declaran:

(1) Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del derecho de los contratos en la Unión Europea.

(2) Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.

(3) También podrán aplicarse cuando las partes:

(a) Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o hayan utilizado expresiones similares.

### IX. DISPOSICIONES DIVERGENTES ENTRE LOS PU Y LOS PECL

En lo concerniente a las divergencias entre los dos instrumentos hay que comentar primeramente que hay disposiciones en los PU que difieren en contenido de las de su contraparte en los PECL. Además, hay aspectos que se incluye en los primeros pero no se consideran en los segundos y viceversa. Mientras la mayoría de estas divergencias parecen de índole meramente técnica, algunas otras que son de naturaleza política, lo cual refleja claramente el alcance diferente de los dos instrumentos.

### 1. *Divergencias de carácter técnico*

Un ejemplo se refiere a la adopción del principio de *recepción* por parte de los PU respecto al cual las partes pueden intercambiar toda clase de comunicaciones (artículo 1.9 (2)), tan opuesto al principio de *expedición* (*dispatch*) de los PECL relativo a comunicaciones provocadas por el (actual o anticipado) incumplimiento de una de las partes (artículo 1:303 (4)); que según los PU “todo contrato por escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido sino por este medio” (artículo 2.18), mientras en los PECL la misma cláusula establece sólo una presunción para dicho efecto (artículo 2:106 (1)).<sup>20</sup>

### 2. *Divergencias de naturaleza técnica*

La más significativa aparece justamente al inicio. Efectivamente, en el Preámbulo de los PU se establece que ellos contienen reglas generales para los *contratos comerciales internacionales*, mientras que los PECL se entiende que son reglas *generales para aplicarse al derecho contractual en la UE* (artículo 1:101 (1)). Ello quiere decir que, mientras los PU están destinados a los contratos “comerciales” e “internacionales”, los PECL se aplican a todo tipo de contratos, incluso las transacciones puramente domésticas, las realizadas entre comerciantes y consumidores o sólo entre comerciantes, y eventualmente sólo entre consumidores. De esta manera, el ámbito territorial de aplicación de los PU es universal, mientras que el de los PECL está formalmente limitado a los Estados miembros de la UE.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Artículo 1.9 (2) “La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida”. Artículo 1:303 (4) “Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de esta última o ante un probable incumplimiento de la misma, no deja de surtir efecto aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando no llegara a su destino. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino”. Artículo 2:106 (1) “Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito”. *Cfr.* Bonell, “The Unidroit Principles...”, *op. cit.*, nota 16, p. 236.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 238. Énfasis añadido por Bonell. En el mismo sentido, Castronovo, “I principi...”, *op. cit.*, nota 6, § 8.

## X. LOS *RESTATEMENTS* Y LOS PECL

Ahora bien, la finalidad primordial de la Comisión abanderada por Ole Lando fue siempre formular un *restatement*<sup>22</sup> del derecho contractual, por eso se habla de principios, fundamentalmente. Lo que deviene un grave inconveniente para las tradiciones jurídicas, latinas o germánicas, al inclinar la balanza a favor del *common law*, no obstante ser un sistema jurídico minoritario dentro de la UE.<sup>23</sup> En efecto, los PECL están editados en forma semejante a los *restatements* estadounidenses, contienen preceptos breves y generales, ilustrados con casos y acompañados por comentarios.

Sin embargo —explica Zimmerman—<sup>24</sup> existe un aspecto que los diversifica, pues mientras el contenido de los *restatements* está constituido por el derecho actualmente vigente, dispuesto en forma de normas concisas y con un articulado claro, los PECL pretenden en mayor medida la unificación jurídica y una reforma o evolución jurídica desde la perspectiva de los derechos nacionales. Además, es evidente que los ordenamientos jurídico-privados europeos han estado hermanados por una tradición común a lo largo de varias centurias, y comparten unos mismos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e intelectuales, que no han desaparecido en 200 años de desarrollo jurídico. De ahí que los progenitores de los PECL se refieran expresamente a un núcleo común del derecho contractual de los países que componen la UE, de cuya configuración se trata para lograr sobre esta base un ordenamiento jurídico moderno y operativo.

## XI. ESTRUCTURA DE LOS PECL

La versión completa de los Principios contiene 191 artículos, divididos en tres partes. La primera de ellas se publicó en 1995, la segunda versión de la parte I y la primera exposición de la parte II, se divulgó conjuntamente, en octubre de 1999 y la tercera parte se propaló en 2003.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Los famosos *Restatement of Contracts*, de 1932 y de 1981.

<sup>23</sup> Mozos, de los, *op. cit.*, nota 1, p. 1782.

<sup>24</sup> *Estudios...*, *op. cit.*, nota 4, p. 116.

<sup>25</sup> *Cfr.* Lando y Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht (1995); *id.*, “Principles of European Contract Law y Unidroit Principles: Similarities, Differences and perspectives”, *op. cit.*, nota 15, p. 2. Version en francés: *Les principes du droit européen du contrat, L’exécution, l’ine-xécution et ses suites*, trad. y ed. por Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette y Denis Ta-

Las partes I y II regulan la disciplina del contrato y de la relación obligatoria en general, la parte III integra y complementa las otras dos, refiriéndose siempre a los aspectos generales del contrato y de las obligaciones, pero agrega la disciplina de la prescripción. Desde luego, falta una regulación de los contratos típicos, de la cual se está haciendo cargo el grupo de estudio que está realizando el Código Civil europeo, con el fin de que las tres parcelas en que se fragmentan los PECL vengan a integrar una obra de mayor alcance. Dicho grupo es el que ahora preside Christian von Bar y en el que confluye gran parte de la Comisión Lando, con la introducción de nuevos miembros y la adopción de un modelo distinto para elaborar el contenido normativo; digamos que constituye la continuación material e ideal de la Comisión Lando.<sup>26</sup>

Las dos primeras partes de los PECL constan de 121 preceptos divididos en nueve capítulos:

1. Disposiciones generales, 14 artículos.
2. Formación, 20 artículos.
3. Poder de representación, 15 artículos.
4. Validez, nueve artículos.
5. Interpretación, siete artículos.

Ilon, fue publicada en París por La Documentation Francaise en 1997. Conviene apuntar que la versión inglesa de los *principios* es la versión original. En la *Introduction to the Principles of European Contract Law*, preparada por la Comisión sobre Derecho Europeo de los Contratos, se indica que la segunda parte se publicó en 1999, *cf.* el apartado que lleva por título *The Commission on European Contract Law; Principles of European Contract Law, Parts I & II*, preparada por The Commission on European Contract Law, editada por Ole Lando y Hugh Beale, La Haya, 1999. La parte III fue publicada en 2003 por Kluwer Law International; mientras que los autores como Castronovo, señalan que aquella se divulgó en el año 2000; *cf.* “I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo”, *Vita Notarile*, núm. 3, septiembre-diciembre de 2000, p. 1219. La primera Comisión tuvo doce reuniones entre 1982 y 1990, la segunda efectuó ocho reuniones entre 1992 y 1996; la tercera, se reunió en cinco ocasiones de 1997 a 2001. En 1995 la primera parte de los PECL contenía cuatro capítulos relativos a: disposiciones generales (10 artículos), términos y cumplimiento del contrato (17 artículos), incumplimiento y remedios de tutela en general (9 artículos), remedios específicos en caso de incumplimiento (23 artículos). La segunda versión de la parte I y la primera de la parte II fue presentada en una conferencia en Utrecht en diciembre de 1999.

<sup>26</sup> Castronovo, C., “I Principi di diritto europeo dei contratti come ipotesi di codificazione possibile”, *Vita Notarile*, Palermo, núm. 3, septiembre-diciembre de 2002, p. 1203; *id.*, *I Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, partes I y II, Milán, Giuffrè, 2001, p. 1, de la breve introducción y versión italiana de los artículos.

6. Contenido y efectos, once artículos.
7. Pago o cumplimiento, 12 artículos.
8. Incumplimiento y medios de tutela general, nueve artículos.
9. Remedios específicos en caso de incumplimiento, 24 artículos.

La tercera parte reúne setenta artículos repartidos en ocho capítulos:

10. Pluralidad de partes (acreedor y deudor), 17 artículos.
11. Cesión de créditos, 17 artículos.
12. Cesión de deudas, tres artículos.
13. Compensación, siete artículos.
14. Prescripción, 17 artículos.
15. Ilícitud, cinco artículos.
16. Obligaciones condicionales, tres artículos.
17. Capitalización de intereses, un artículo.

Como se puede apreciar, el modelo que se ha seguido en los PECL es el de una verdadera y propia codificación del derecho de los contratos y de las obligaciones, si se toman en cuenta los epígrafes de los capítulos que constituyen su contenido. En efecto, después del capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, se regulan conceptos que aparecen en los ordenamientos nacionales, como formación del contrato, validez, cumplimiento, incumplimiento, prescripción, etcétera, los cuales acabamos de mencionar.<sup>27</sup>

## XII. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

El contrato presenta, como toda expresión del pensamiento humano, el problema de la interpretación. Se pretende aquí conocer la voluntad declarada partiendo de su manifestación.

Para tal fin, el Código Civil vigente del Distrito Federal (CCDF) contiene una serie de reglas generales interpretativas (artículos 1851-1857, CCDF) que, dictadas para los contratos, deben entenderse aplicables, por

<sup>27</sup> Para más detalles, puede consultarse a Lando, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, University of Oxford, Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law, 1997, p. 3.

principio, a todos los actos jurídicos de contenido patrimonial realizados *inter vivos* (artículo 1859).

El contrato, cuando no es un acuerdo tácito, se celebra mediante palabras escritas en un documento (contrato escrito) o pronunciadas a través de la voz (contrato oral); y el sentido de las palabras, de cada uno de los vocablos o del conjunto del discurso, puede suscitar controversias. Por ello es que surge la oportunidad de aplicar los criterios legales para la interpretación del contrato; son criterios que vinculan a las partes, cuando del texto contractual no derivan los derechos esperados o las obligaciones emanadas del mismo; y son, sobre todo, criterios de los que se vale el juez, cuando se controvierte la interpretación de un contrato que se ventila en un juicio.<sup>28</sup> Los criterios de interpretación enunciados por la ley son de dos tipos: algunos, llamados de interpretación *subjetiva o histórica*, se basan en la búsqueda de la intención común de las partes, es decir, la voluntad concreta, o más precisamente, el contenido efectivo de esa voluntad común (artículos 1851-1852, CCDF); otros criterios, los cuales prevén que si la primera indagación no ha arrojado un resultado positivo y persiste aún la duda sobre el significado de la declaración, esto es, presuponen la presencia de dudas o ambigüedades, por lo que brindan los medios adecuados para subsanar unas y otras (artículos 1853-1857, CCDF); estas pautas regulan el segundo momento de la interpretación denominada *objetiva*.<sup>29</sup>

Criterios, estos últimos, destinados a puntualizar el sentido y el alcance del contrato, sin investigar en la común intención de las partes, sino con la aspiración de reconstruir el significado de la operación económica, a la luz de reglas exclusivamente normativas.

Aquí —según explica Messineo— ya no está en juego la voluntad contractual (es decir, la intención) en concreto, sino la voluntad *in abstracto*; en realidad, uno ya no se refiere a lo que *determinados* contratantes pensaron y quisieron, sino a lo que puede ser la presunta (conjeturable) voluntad

<sup>28</sup> Galgano, F., *Diritto privato*, 6a. ed., Padua, Cedam, 1990, §18.2.

<sup>29</sup> Sobre el tema puede consultarse Messineo, *Dottrina generale del contratto (a. 1321-1469, CCiv.)*, 3a. ed., Milán, CEDAM, 1948, cap. XI, 10; Grassetti, “Interpretazione dei negozi giuridici “inter vivos””, *N.D.I.*, VIII, Milán, UTET, 1957. Gazzoni, F. (*Manuale di diritto privato*, 7a. ed., Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, p. 1006) en desacuerdo, ya que él habla de criterios subjetivos y objetivos en lugar de interpretación subjetiva e interpretación objetiva (expresiones impropias) del contrato, porque la interpretación es siempre y de cualquier modo que sea objetiva, ya porque tiene como punto de referencia el acuerdo, ya porque se conduce con criterios establecidos en las normas legales.

de las partes, tomando en cuenta *aquello que las más de las veces sucede o se practica*.<sup>30</sup>

Esta situación puede presentarse, reiteramos, cuando aparecen en el contrato cláusulas ambiguas, u oscuras a las que se pueden atribuir diversos sentidos. Es entonces, cuando hay que aplicar principios esclarecedores como la buena fe, la conservación del contrato u otros elementos objetivos que la propia ley proporciona.

### XIII. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO (*FAVOR CONTRACTUS*)<sup>31</sup>

La doctrina considera este principio como *principal* entre las normas reguladoras de la interpretación objetiva del contrato. Por tal se puede entender, un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico.<sup>32</sup>

Por un lado, se habla de un principio de conservación del contrato (*favor contractus*), del negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*); mas, por otra parte, se habla de un principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin, de un principio de conservación de la norma jurídica; en otras palabras, se trata de aspectos particulares del más amplio principio de conservación del acto jurídico, que en una formulación concisa podría enunciarse así: “todo acto jurídico de significado ambiguo debe, *en la duda*, entenderse en su máximo significado útil”.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> *Loc. cit.*

<sup>31</sup> “*Favor*” (de Favere). Tendencia existente en legislación, jurisprudencia y jurisdicción para *favorecer* ciertas instituciones jurídicas (testamento, dote, libertad). La intensidad de dichas tendencias varió a lo largo de los siglos y asumió especial fuerza en el derecho justinianeo, pero tiene su origen en el derecho romano clásico. La moderna literatura romanista se inclina atribuir estas tendencias a las reformas de Justiniano; una opinión que difícilmente puede ser verdadera, ya que en varios casos los juristas revelan en sus escritos una actitud *favorable* en decisiones específicas, aunque ellos no utilicen el vocablo *favor*.

<sup>32</sup> Messineo, *loc. cit.* En este sentido, Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”, *Rev. Jurídica Cajamarca*, Lima, núm. 9, otoño 2001, p. 18. El legislador mexicano ciertamente lo tomó textual del Código Civil español y lo colocó en el artículo 1853, el cual tiene alguna relación con el 1854 del CCDF.

<sup>33</sup> Grassetti, C., “Conservazione (Principio di)”, *E.D.*, IX, Milán, Giuffrè, 1961. Para una más completa información, puede consultarse: Grassetti, *L'interpretazione del negozio*



Aplicado al contrato se explica así: cuando exista duda si el contrato en su conjunto (o también algunas de sus *cláusulas individuales*) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda ser productor de *algún efecto* (y no en el sentido distinto, en que no podrá tener ningún efecto).<sup>34</sup>

### 1. *La regla interpretativa de conservación en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos*

Pues bien, este principio de interpretación aparece consagrado en el artículo 5:106 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, rubricado como interpretación útil, el cual dispone: “Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen”.<sup>35</sup>

Como se puede apreciar, estamos frente a una regla de interpretación universalmente aceptada<sup>36</sup> y constantemente aplicada en la actual jurisprudencia

jurídica, Padua, 1938, pp. 161 y ss. Ciertamente, este principio ya se encontraba consagrado en la famosa y concisa frase de Juliano *res magis valeat quam pereat*. En efecto, el *Digesto* la recoge así: *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commo-dissimum est id accipi, quo res de qua agitar magis valeat quam pereat*; esto es, siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada más que se frustré (*De rebus dubiis*, Dig. 34.5.12 (13)). *Cfr.* pasajes de Ulpiano (*Dig.* 45, I, 80) y de Paulo (*Dig.* 34, 5, 21 (22) § I), y para la aplicación del principio en materia testamentaria los de Marcelo (*Dig.* 34, 5, 24 (25)) y Africano (*Dig.* 30, 109). Otra versión del *favor negotii* expresa: que las palabras usadas al celebrar el contrato deben tomarse en el sentido que otorgue más eficacia a la estipulación.

<sup>34</sup> Messineo, *loc. cit.*

<sup>35</sup> El texto de la versión castellana es la que ha sido revisado por el profesor Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos. Mientras que la versión italiana expresa: “Las cláusulas del contrato deben interpretarse en el sentido en que devienen lícitas y eficaces”, traducida de la versión de Castrovano, C., “Principii...”, *op. cit.*, nota 6, parte I y parte II, p. 330.

<sup>36</sup> *Cfr.* Artículos 1157 Código Civil francés, belga y luxemburgués; § 2084 BGB; 1367 Código Civil italiano; 1284 Código Civil español; 1380 Código Civil holandés; 1562 Código Civil chileno; 1300 Código Civil uruguayo; 1706 Código Civil peruano. Considerado también por el artículo 4.5 de los Principios de Unidroit: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas”; así como en el artículo 40, inciso 2, del *Avant projet del Code européen des contrats*, livre premier, 1, coordinado por G. Gandolfi, Milán, 2001, p. 19: “Dans la doute, le contrat ou les clauses séparées doivent être interprétés dans un sens qui leur confère quel-

dencia británica, norteamericana e italiana; expresión de un principio *general* de conservación de *valores jurídicos, immanente* a los distintos ordenamientos.<sup>37</sup> Realmente, los modernos sistemas jurídicos occidentales, tanto del *civil law* como del *common law*, de por sí diferentes en su conjunto,<sup>38</sup> no encuentran distinción alguna en la incidencia del principio de conservación,<sup>39</sup> el cual más bien puede considerarse uno de los rasgos comunes a

que *effet plutôt que dans un sens qui les empêcherait d'en produire*”, esto es, en la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben interpretarse en un sentido que les confiera algún efecto más que en un sentido que les impida producirlo.

<sup>37</sup> Inmanencia tal no es ciertamente expresión de una instancia *metafísica*, sino que está basada en exigencias y finalidades que, un tanto difusas, o mejor dicho *universales*, están siempre sujetas al devenir histórico. Indica, ella, que el principio de conservación es un principio *interno* al ordenamiento jurídico. Por otra parte, la inmanencia al ordenamiento en su *unidad* deviene la aportación necesaria de una de las dos funciones fundamentales que el derecho positivo contiene: en efecto, junto a la *función de transformación* del ente, es decir, de modificación, bajo el impulso de intereses antagónicos, de la sociedad, se coloca la tradicional *función de conservación* de las situaciones presentes en la sociedad. Al respecto, y para numerosas hipótesis ejemplificativas de la función de conservación, *cfr.* Pennasilico, M., *Il principio di conservazione dei “valori giuridici”*, Nápoles, ESI, 2002, §4. Es importante subrayar la consideración del ordenamientos en su *unidad*, ya que dicha adquisición metodológica (para la cual *cfr.* Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2a. ed., Nápoles, 1991, p. 111 y ss.) permite superar la incidencia del principio mismo en el tema de contratos (negocios) cuyo contenido es patrimonial (ampliamente sobre este asunto, *v.* Pennasilico, *op. cit.*, §7).

<sup>38</sup> Diferencias que, aunque bien marcadas, no dejan de atenuarse al interior de una tradición jurídica —la occidental— “fundamentalmente” unitaria: en ese sentido Watson, A., *La formazione del diritto civile* (1981), trad. de N. Sarti, Bologna, 1986, p. 11.

<sup>39</sup> Considérese, por ejemplo, el § 206 del *Restatement Second of The Law of Contracts* estadounidense (publicado por el American Law Institute en 1981), que enuncia ampliamente, en materia contractual, el principio de conservación (contenido ya en el § 236 del primitivo *Restatement* de 1932). Para la constante aplicación del principio en el sistema angloamericano, Grassetti, C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti* (1938), Padua, 1983; Gandolfi, G., *Studi di diritto privato*, Milán, 1994, pp. 265 y ss.) quien recuerda que, en la experiencia jurídica inglesa, el principio está considerado como *vieja máxima del derecho inglés*, una *regla consistente*, un “poderoso medio en las manos de los tribunales”, *ibidem*, pp. 882 y 855. Al respecto es reveladora la opinión de Ziccardi, F., “Interpretazione del negozio giuridico”, en *Enc. Giurd.*, Treccani, XVII, Roma, 1989, p. 2, quien advierte que, el uso interpretativo de los elementos extrínsecos al documento contractual es rechazado en el ordenamiento inglés, mientras que en el derecho italiano se adopta la solución opuesta (a. 1362, inciso 2, CC), y “por el contrario, en materia de interpretación ‘total’ y de conservación, contenida en los artículos 1363 y 1367 del Código Civil italiano, respectivamente, los dos ordenamientos se comportan perfectamente al unísono”.

las distintas experiencias,<sup>40</sup> propio y verdadero *universal juridico esencial*.<sup>41</sup>

El principio de conservación, así entendido, está encaminado no sólo a esclarecer el significado de un enunciado ambiguo, sino aún más, a asegurar la eficacia.<sup>42</sup> Reaparecen, irresueltas, antiguas interrogantes: ¿la operatividad del principio de conservación, en materia contractual (negocial), se limita sólo al ámbito hermenéutico o se extiende también a la validez y a la eficacia del acto? En este último supuesto, ¿se persigue “el máximo efecto útil” o sólo “algún efecto”?<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Considera, en la perspectiva comparatista, el principio general de conservación como “elemento o índice típico” de asimilación o semejanza entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, Criscuoli, G., “Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai bici della volontà”, *Riv. Dir. Civ.*, 1964, I, p. 367; véase también Gandolfi, G., “Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»”, *Rass. Dir. Civ.*, 1996, pp. 105 y ss. Ello es tanto más significativo cuando se tenga presente que el principio de buena fe, “general y enraizado en los sistemas del *civil law*, no existe como principio general en los sistemas europeos del *civil law*: “éstos regulan la buena fe sólo en situaciones particulares y tienen una serie de reglas específicas que las utilizan a modo de obtener más o menos los mismos resultados que se pueden conseguir a través de la buena fe, pero sin hacer referencia a ella” (en ese tenor, la “Introduzione della Commissione per il diritto europeo dei contratti”, en Castronovo, C., “Principi di diritto europeo dei contratti...”, *op. cit.*, nota 6, p. 13; sobre este asunto, puede consultarse, además, a Zimmerman, R., “Lineamenti di un diritto europeo dei contratti”, en *Studium iuris*, 1999, pp. 241 y ss. El principio de conservación, pues, contribuye en gran medida a facilitar un puente entre el *civil law* y el *common law*, al conciliar su distinta manera de concebir el derecho, y deviene uno de los elementos centrales en la construcción de un renovado *derecho común europeo*.

<sup>41</sup> En la teoría general del derecho, se subraya el carácter de algunos principios generales *externos o metanacionales*, “su inmanencia está en los derechos positivos de todas las sociedades humanas, o al menos de todas aquellas sociedades cuya cultura ha alcanzado el umbral de la civilización. En cuanto reglas comunes a todo derecho positivo, ellas se presentan como universales jurídicos esenciales”, *cfr.* Falzea, A., “I principi generali del diritto”, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, p. 471.

<sup>42</sup> Piénsese, pues, en la configuración de un principio de conservación en sentido amplio, de naturaleza *sustancial*, cuyo alcance traspasa los confines propios de la hermenéutica contractual. Amplia demostración en Pennasilico, *Il principio di conservazione dei “valori giuridici”*, *cit.*, especialmente el cap. I, §§ 3, 4, 9 y 10, así como el cap. II.

<sup>43</sup> Pennasilico, “La regola ermeneutica di conservazione nei principi di diritto europeo dei contratti”, *Rassegna di Diritto Civile*, Nápoles, núms. 1-2, 2003, p. 271.

## 2. *La amplia funcionalidad del principio de conservación y las influencias recíprocas entre los distintos ámbitos de su aplicación*

La solución restringida del primer planteamiento está inspirada en el propósito formal de mantener perfectamente aislados los ámbitos de validez, interpretación y eficacia: trazando un amplio principio de conservación, se confundirían distintos problemas que se encuentran a diferentes niveles.<sup>44</sup> Sin embargo, si desde un punto de vista lógico dichos ámbitos pueden ser aislados, de hecho las influencias recíprocas y las implicaciones son numerosas.<sup>45</sup> En tal sentido, declara acertadamente la letra del artículo 5:106, en donde se subordina la interpretación conservadora del contrato a la licitud y eficacia de las cláusulas y, por ende, al éxito positivo de los juicios de validez y eficacia.

El reclamo a la eficacia de las cláusulas robustece, entonces, la reconstrucción de un amplio principio de conservación, cuya operatividad no se queda confinada en el plano meramente hermenéutico. Por otra parte, no parece que la regla de interpretación contenida en el artículo 1853 del CCDF (artículo 1367, Código Civil italiano), esté destinada a conservar únicamente la voluntad contractual, dejando a las otras hipótesis normativas implícitas en el principio de conservación en sentido amplio,<sup>46</sup> la tarea

<sup>44</sup> Así, principalmente, Grassetti, “Conservazione (Principio di)”, *op. cit.*, nota 33, p. 176.

<sup>45</sup> Sobre estas interferencias, puede consultarse a Rescigno, *Manuale del diritto privato*, 11a. ed., Nápoles, 1996, p. 356, en donde se afirma que la distinción entre validez, interpretación y eficacia “responde más a una exigencia lógica que al desenvolvimiento concreto de la realidad”. En particular el examen de la validez requiere a menudo un empeño directo para reconstruir el sentido del acto y el alcance de cada una de los supuestos contenidos en él; véase Pennasilico, *Il principio... "valori giuridici"*, *op. cit.*, § 10.

<sup>46</sup> La doctrina (*cfr.* por ejemplo, Cariota Ferrara, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, s. f., p. 380; Trabucchi, A., *Istituzioni di diritto civile*, 40a. ed., Padova, 2001, p. 190) nos proporciona este catálogo en el Código Civil italiano: la inserción automática de cláusulas (artículo 1339), la nulidad parcial (artículo 1419, inciso 1), la sustitución del derecho de cláusulas nulas con normas imperativas (artículo 1419, inciso 2), la nulidad del contrato plurilateral (artículo 1420), la conversión del negocio nulo (artículo 1424), el mantenimiento del contrato rectificado (artículo 1432), la convalidación del contrato anulable (artículo 1444), la modificación del contrato rescindible por excesiva onerosidad (artículos 1450 y 1467, inciso 3), la confirmación o ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias o donaciones nulas (artículos 590 y 799), la validez del testamento secreto como ológrafo (artículo 607), la irrelevancia de las condiciones imposibles o ilícitas

de preservar la idoneidad del acto para producir efectos. En realidad, también la técnica conservadora operante en materia de interpretación incide, en último análisis, en la eficacia del acto.<sup>47</sup> Basta pensar en la formulación del artículo 1853 (artículo 1367 CC it.), que impone interpretar, en la duda, al contrato o a cada una de las cláusulas —en el sentido en que puedan producir algún efecto, antes que en el segundo que no producirían ninguno: entre estas dos opciones contrastantes, la disposición orienta al intérprete a elegir la que asegura la eficacia del contrato (negocio)—.<sup>48</sup>

Y es propiamente esta solución, que procura la aplicación teleológica de la interpretación conservadora con el efecto, la que tiende a encontrar confirmación en el artículo 5:106 de los PECL, el cual asegura la producción de los efectos, cuando dispone que las cláusulas contractuales *deben interpretarse en sentido en que ellas son lícitas y eficaces*.<sup>49</sup>

### 3. La “ambigüedad” o “vaguedad” intrínseca de los textos contractuales justifica la correcta omisión de una referencia explícita a la “duda jurídica” (presupuesto del artículo 5:106 de los PECL)

La formulación antes mencionada del artículo 5:106 de los PECL no hace alguna referencia explícita a la *duda jurídica* como lo hace claramente

colocadas en el testamento (artículo 634) o de la carga imposible o ilícita inserta todavía en el testamento (artículo 647, inciso 3).

<sup>47</sup> Las reglas interpretadoras colocadas en los artículos 1853-1857 CCDF (1367-1371, Código Civil italiano), al atribuir un significado a la declaración de voluntad ambigua, conservan el contrato, es decir, consienten la producción de efectos jurídicos: ésta es su *función última*, y por tanto su verdadera función (así, Saracini, E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milán, 1971, p. 298). Parece convincente que el artículo 1853 (artículo 1367, Código Civil italiano) funcione en el campo de la interpretación del acto, antes que en el de su eficacia. No se ve, pues, “cómo la primera pueda dissociarse de la segunda, visto que ésta constituye el fin de aquélla” (Saracini, *op. cit.*, *supra*, en esta misma nota, p. 299; en ese sentido aparece lo mismo en Grassetti, C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, *op. cit.*, nota 39, p. 299, en donde afirma que el legislador, con la regla hermenéutica de conservación, ha querido señalar como trascendente el *efecto útil*, “es decir, no sólo y no tanto el significado inteligible con preferencia al ininteligible, cuanto y sobre todo el significado que da valor a la explicación de la autonomía privada y que no la ataca con una norma que le niega efectos jurídicos; en los mismos términos”, *id.*, “Conservazione (Principi di)”, *cit.*, nota 33, p. 174.

<sup>48</sup> Análoga solución está contemplada por el artículo 40, inciso dos, del *Código europeo de los contratos*, *op. cit.*, *supra*, nota 37.

<sup>49</sup> Pennasilico, “La regola ermeneutica...”, *op. cit.*, nota 43, § 2.

el artículo 1367 del Código Civil italiano.<sup>50</sup> La ausencia de una semejante referencia expresa podría explicarse si se considera implícita o tácita la duda interpretativa. Tan es cierto esto, que en el comentario al artículo 5:106 por parte de la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos —al abordar la disyuntiva que dicho precepto provoca— aclara que: “si una cláusula es ambigua y puede ser interpretada de manera que la hiciera inválida o de algún modo válida, deberá prevalecer la segunda interpretación” (*favor contractus*).<sup>51</sup>

Sin embargo, la ausencia de una referencia explícita a la hipótesis de *duda* podría, ciertamente, asumir una significación distinta: no mera trivialidad de la reclamación expresa, sino más bien elección precisa por la insubstancialidad de dicha reclamación, en consideración a la intrínseca “va-

<sup>50</sup> El artículo 1853 da a entender la presencia (inmanencia, podríamos decir) de la *duda* jurídica al señalar que las cláusulas en los contratos pueden admitir varios sentidos (lo cual produce vaguedad) y que el intérprete habrá de guiarse por el más adecuado que *produzca efecto*. Sobre el presupuesto que aproxima el artículo 1367 con el artículo 12, inciso segundo, disposición preliminar, ambos del Código Civil italiano, *cfr.* Irti, N. “Principi e problemi di interpretazione contrattuale”, *Riv. Trim. Dtto. Proc. Civ.*, LIII, 4, diciembre de 1999, pp. 1154 y ss., quien (sobre la huella de Brunetti, G., *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, 1922) advierte que *duda*, *oscuridad*, *ambigüedad* expresan “un fenómeno jurídico, y no un estado psíquico del intérprete. La duda y la ambigüedad están en el contrato, y no en los lectores del texto lingüístico”. La *duda* evocada también por el artículo 1469 *quater c.c.it.* (no existe análoga en la ley de protección al consumidor mexicana), que, en tal caso establece la prevalencia de la “interpretación más favorable al consumidor”, y del artículo 40, inciso dos, del *Code européen des contrats* (correspondiente de alguna forma a nuestro a. 1853 CCDF) “es siempre una *duda jurídica*”: aquella, precisamente, que, resistiendo al ejercicio de los otros cánones, indica un texto todavía no “claro” y “no comprensible” (*id.*; véase también, mismo autor, “Dubbio e decisione”, *Riv. Dir. Proc.*, 2001, pp. 66 y ss.). El artículo 4.5 de los PU (véase *supra*, nota 37), por el contrario, al igual que el artículo 5:106 de los PECL, no contiene alguna reclamación expresa a la *duda*, a la *ambigüedad* semántica, como presupuesto para la operatividad de la regla hermenéutica de conservación, por lo que se puede afirmar que falta, en la recolección de principios contractuales uniforme, “una fórmula sumaria o compendiosa que corresponda a las tradicionales fórmulas enseñadas en los códigos continentales por progenitora del código civil francés (artículo 1157)”; *cfr.* Pennasilico, “La regola...”, *op. cit.*, nota 43, p. 274.

<sup>51</sup> Léase en *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cargo de Castronovo, *op. cit.*, nota 6, p. 330. La propia Comisión en el *Cuaderno anexo*, cataloga el artículo 5:106 dentro de las reglas “por la mayoría ampliamente conocidas y aceptadas”, relativas a las hipótesis de “ambigüedad, vaguedad o contrariedad del contrato”, p. 26.

guedad” o “ambigüedad” de cualquier texto que se tenga que interpretar.<sup>52</sup> En efecto, la alusión a textos lingüísticos *dudosos*, presupone la presencia de textos *ambiguos* y textos *claros*, donde la crítica decisiva al vetusto cuanto obstinado proverbio *in claris non fit interpretatio*, convence que la *claridad* no es ya un antes, sino un después, es decir, un resultado de la interpretación: todo enunuciado puede considerarse claro sólo cuando se concluya el procedimiento hermenéutico.<sup>53</sup> Esto es válido también para la “interpretación-calificación” del contrato<sup>54</sup> al considerar la sustancia identidad entre interpretación de la ley e interpretación del hecho o fáctica.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Sobre la indeterminación del lenguaje jurídico, *cfr.* Luzzati, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1990; Diciotti, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, 1999, p. 360 y ss. (cit. por Pennasilico, “La regola...”, *cit.*, p. 274), quien después de haber distinguido, en línea de principio, entre vaguedad y ambigüedad (“la vaguedad consiste en la imprecisión de un significado; la ambigüedad consiste en la pluralidad de significados de una expresión lingüística”), reconoce que, en la práctica, “hay distintos casos en que la vaguedad y la ambigüedad tienden a confundirse” (expresamente, p. 367, nota 94); “Norme vaghe e teoria generale del diritto”, *Jus*, 1, 1990, p. 32, en donde se afirma que “los problemas de vaguedad definen propiamente la identidad del jurista. Si no existiese vaguedad no se necesitarían juristas”. Belvedere, A., “Linguaggio giuridico”, *Dig. isc. priv. Sez. civ., Aggiornamento*, I, Turín, 2000, p. 561 (cit. por Pennasilico, “La regola...”, *op. cit.*, nota 43, pp. 561 y ss.), quien advierte que la interpretación tanto de las disposiciones legislativas como de un acto administrativo o de un texto contractual (o negocial), implica sólo “una operación de reducción de la vaguedad de términos y enunciados”, ya que todas las expresiones lingüísticas “en mayor o menor medida son indeterminadas, y la vaguedad puede reducirse pero no eliminarse del todo”.

<sup>53</sup> En otras palabras, es imposible que una norma no requiera interpretación alguna. “Cuando se sostiene que *in claris non fit interpretatio* se confunde el punto de llegada con el punto de partida: lejos de ser precondition garantizada, la claridad deviene el resultado de un procedimiento intelectual, que es precisamente el procedimiento interpretativo”, Viola, F. y Sacaría, G., *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 117.

<sup>54</sup> Interpretación y calificación “no son dos entidades ontológicas existentes en sí mismas, no son dos momentos que tienen objetos diversos, sino expresiones y aspectos de un mismo proceso cognoscitivo que encuentra en él su modo unitario de actuación”; Perlingeri, P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, 1975, *cit.* por Pennasilico, “La regola...”, *op. cit.*, nota 43, p. 275.

<sup>55</sup> *Cfr.* a propósito, Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milán, Giuffrè, 1949, *passim*. Puede, pues, observarse, también en orden a la interpretación del contrato, que “la claridad no es *presupuesto*, sino *resultado* de la interpretación: un texto verbal de por sí —es decir, antes de ser cuestionado por el lector— no es claro ni oscuro, ni distinto ni confuso. Sólo el proceso interpretativo y la aplicación gradual de los métodos prescritos por el legislador están en aptitud de decirnos si el texto es

En definitiva, el principio de conservación tiene un alcance seguramente *general*, no sólo porque se aplica al conjunto de los actos jurídicos (normativos, contractuales, administrativos y procesales), sino también porque se extiende a cualquier texto lingüístico, cuya formulación, en mayor o menor medida, sea siempre *ambigua o confusa*, y cuyo significado se aclara sólo al final del unitario procedimiento hermenéutico de la *interpretación-calificación*. Y es este conocimiento de la intrínseca ambigüedad o vaguedad (también de los textos contractuales), la única razón plausible de la omisión de cualquier referencia explícita a la *duda jurídica*; omisión que hace más correcta la formulación del artículo 5:106 de los PECL con respecto a aquella del artículo 1853 del CCDF (y de los correspondientes artículos 1367 del CC. it. y 40 [expresiones ambiguas], inciso dos, del Código Europeo de los Contratos, viciada por el erróneo (e ingenuo) presupuesto de la contraposición entre textos contractuales *oscuros* y textos contractuales *a priori claros*.<sup>56</sup>

#### 4. *La acepción actual de la locución “máximo efecto útil” como consecuencia de la operatividad del principio de conservación*

El discurso se refiere, ahora, al segundo interrogante del que se desprende del punto de partida: con la interpretación en función de la eficacia ¿se persigue el *máximo efecto útil* o sólo *cualquier efecto*?

Como se sabe, una autorizada doctrina ha proporcionado respuesta en el sentido de que “todo acto jurídico con significado ambiguo debe, *en la duda*, ser entendido en su máximo significado útil”.<sup>57</sup> No es éste el sitio para traer a colación la polémica disputa doctrinal, aún no apaciguada, sino cimbrada por tal respuesta. Se necesita, más bien, preguntarse —expresa el autor italiano Pennasilico— ¿qué valor asume, a la luz del actual sistema

*claro u oscuro*”, véase Irti, N., *Testo y contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Padua, CEDAM, 1996, p. 63; *cfr.* Pennasilico, *loc. cit.*, nota 37.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>57</sup> Grassetti, “Conservazione (Principio di)”, *op. cit.*, nota 33, p. 174, quien así sintetiza los argumentos desarrollados en su libro *L’interpretazione del negozio giuridico*, *cit.* por Pennasilico, *loc. cit.*, nota 37.



contractual del ordenamiento “italo-comunitario”,<sup>58</sup> la locución *máximo significado (efecto)útil*.<sup>59</sup> El sentido original de su autor: “la ley conserva, hasta el límite de lo posible, la intención de autonomía privada, el fin perseguido por las partes”.<sup>60</sup>

Las objeciones vertidas a este propósito, tienden a restringir el alcance de la regla interpretativa de conservación, al opinar que la declaración dudosa o polisémica ha de entenderse en el sentido de que efecto significa “cualquier efecto”, y no el máximo efecto útil.<sup>61</sup>

Sin embargo, la ley se limita a formular, en el ámbito hermenéutico, la consecuencia fundamental del principio de conservación (la salvaguarda, precisamente, de los efectos jurídicos), sin querer, por otra parte, limitar su ámbito de aplicación. Más bien, lo que se requiere garantizar es la máxima actuación del principio informador (y del correspondiente valor),<sup>62</sup> en el que esta regla se inspira. Efectivamente, todo principio por sí mismo *es una norma que prescribe la máxima realización de un valor*. La mejor doctrina enseña, al respecto, que los principios, en cuanto *preceptos de optimización (Optimierungsbebote)*, devienen normas que *prescriben que algo debe realizarse de la manera más amplia posible en compatibilidad con las posibilidades jurídicas y de hecho*.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Se necesita, indica este autor, “releer” el principio de conservación, refiriéndolo no tanto al Código Civil, sino al derecho civil en su compleja dimensión nacional y europea.

<sup>59</sup> Yo considero que frente al vigente artículo 1853 del CCDF (al igual que el artículo 1367 de Código Civil italiano) la fórmula estaría correcta en el sentido de “máximo efecto útil”; concuerda con esta opinión: Oppo, G., *Profili dell'interpretazione del negozio giuridico*, Bologna, Zanichelli, 1943, pp. 27 y 34.

<sup>60</sup> Grassetti, “Conservazione (Principio di)”, *op. cit.*, nota 33. También en el *common law*, el principio de conservación expresa la constante exigencia de interpretar los actos negociales (y especialmente los contratos mercantiles) de manera que ellos produzcan, lo más posible que se pueda, los efectos, *Gandolfi, In tema di “reasonable meaning”*, pp. 848, 852 y 872, *cit. op. cit.*, nota 37, p. 277.

<sup>61</sup> Así lo entiende, principalmente, Oppo, *op. cit.*, nota 59, pp. 29 y ss.,

<sup>62</sup> Para la equivalencia esencial de principio y valor, véase Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón V., Madrid, C.E.C., 1997.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 95. Mengoni, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 128: “Los principios diseñan un programa de objetivos, que debe ser realizado con el máximo alcance compatible con las posibilidades del derecho y de hecho existentes *aquí y ahora*”. Pennasilico, *op. cit.*, nota 43, p. 278.

La realización del principio de conservación en grado (tendencialmente) superior —expresa Pennasilico—<sup>64</sup> tiene plena justificación en el contexto del actual sistema ítalo-comunitario de las fuentes: la enraizada incidencia de la disciplina de la derivación comunitaria sobre la protección del consumidor o, mejor, del contratante *débil*, requiere, necesariamente la máxima realización posible del principio-valor de la conservación de la regulación contractual (negocial) en función de la tutela del contratante *débil*. De este manera, el principio de conservación,

no está colocado en defensa del imperativo *pacta sunt servanda*, expresión ésta de una concepción liberal de la autonomía contractual inspirada en el principio de igualdad de forma, más bien responde a las exigencias de protección del contratante débil y, entonces, aparece más coherente con el principio de igualdad sustancial, consagrado en el inciso segundo del artículo 3o. de la constitución italiana.<sup>65</sup>

Las conclusiones apenas obtenidas están, una vez más, respaldadas por el análisis del artículo 5:106 de los PECL, cuya expresa referencia a la eficacia de las cláusulas contractuales está clarificada por el comentario de la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos, en el sentido de que las partes “deben ser tratadas como personas sensatas que han querido otorgar a su contrato *plena eficacia*”.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> *Op. cit.*, p. 279.

<sup>65</sup> Artículo 3o. de la Constitución italiana: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

<sup>66</sup> Esta interpretación “auténtica” se lee en Castronovo (a cargo de), *Principi...*, *op. cit.*, nota 6, p. 26. El argumento no está desvalorizado por la referencia hecha por el a. 4.5 de los PU (véase, *supra*, nota 37), al igual que los artículos 1853 del CCDF, 1367 del Código Civil italiano (y su correlativo artículo 40, inciso 2, del Código Europeo de los Contratos), a “cualquier efecto”.

5. *El criterio “axiológico” de conservación entendido como “mejor efecto posible en relación al caso concreto”. Respuesta relativizada a las diversas situaciones concretas al interrogante sobre “el máximo efecto útil”*

El principio de conservación, según lo afirmado anteriormente, puede reelaborarse así: el ordenamiento jurídico conserva, hasta el límite posible los valores jurídicos, aun cuando se expresen en fórmulas más o menos ambiguas. Esto significa que entre los efectos más factibles, conforme a la letra de un texto ambiguo, “prevalece el mejor efecto, es decir, el que más convenga a la solución práctica del problema”.<sup>67</sup> Éste es, pues, el significado preciso que adquiere el criterio “axiológico” de conservación,<sup>68</sup> entendido como el mejor efecto posible *en relación al caso concreto*. Es necesario, pues, obtener el conocimiento que hoy debe darse a la vieja cuestión

<sup>67</sup> Falzea, A., *Efficacia giuridica, Enc. dir.*, XIV, Milán, 1965, p. 456, quien, al examinar el binomio: “el principio de conveniencia del efecto al hecho”, subraya que, así como “la solución debe responder al problema, así el efecto debe convenir al hecho” o de la adecuación de la forma a la sustancia, en virtud de la cual “el efecto resulta de una verdadera y propia integración de la letra de los textos en el espíritu del sistema”. Ningún jurista, afirma el propio Falzea, en ausencia de normas que prevean remedios oportunos para conservar la eficacia de los actos cumplidos “se atrevería a sostener que la mínima desviación del modelo legal conduce a una nulidad total, carente de efectos”. Ello provocaría, además, “un enorme desperdicio de energía, que ordenamiento jurídico alguno no podría permitir” (*idem*). La verdad es que bajo el perfil axiológico formal toma legítimamente la delantera (ventaja) el perfil “axiológico material”: “la tendencia general será la de la máxima conservación posible de la eficacia, adaptada naturalmente a las desviaciones o variaciones —caso por caso— distintas” (*idem*). El principio de adaptabilidad afirma, precisamente, que en los límites cada vez más o menos amplios en los que se permite el viraje del criterio sustancial del modelo formal, el efecto debe adaptarse a las variaciones de este principio. El régimen de anomalías de los negocios y, en general, de los actos jurídicos, “puede frenar una inmediata aplicación del principio de adaptabilidad, así como el régimen de la interpretación y la exigencia de conservación en el cual se inspira” (*idem*). En el sentido de la máxima conservación posible de la eficacia se comporta, como ya lo hemos señalado antes, también la regla hermética contenida en el artículo 1853 del CCDF (y su correspondiente del Código Civil español, artículo 1284). “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

<sup>68</sup> Exigencia metodológica imprescindible es la de colocar coherentemente el principio de conservación al interior de un sistema jurídico adecuado, también en las nociones, en los conceptos, y en los valores fundamentales de relevancia constitucional (véase, al respecto, Pennasilico, Mauro, *Il principio di conservazione...*, *op. cit.*, nota 37, cap. I, § 7). Además, Betti, *Interpretazione della legge...*, *op. cit.*, nota 55, pp. 284 y ss.; Falzea, *op. cit.*, nota 67, p. 432.

sobre el máximo significado (efecto) útil, a la luz de lo “relativo” del procedimiento hermenéutico,<sup>69</sup> una respuesta no generalizada o absoluta, sino más bien relativizada a las diversas situaciones concretas.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> La mejor doctrina, desde hace tiempo, ha llamado la atención sobre “una teoría de la interpretación consciente de la relatividad de sus reglas, mutables no arbitraria e independientemente, sino en relación, por un lado, a las más diversas circunstancias histórico-culturales, como en cuanto a la función y al objeto de interpretación”; Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista*, 1988, cit. por Pennasilico, “La regola...”, *op. cit.*, nota 43, p. 281.

<sup>70</sup> El principio genral de conservación, en la concepción axiológica y teleológica del derecho y de la interpretación, tiende a la máxima realización [facticidad] del valor atribuido, en términos de efectos, al acto jurídico. Sin embargo, la solución del “máximo efecto útil”, no siempre corresponde al “mejor” efecto posible en relación al caso concreto. Aun cuando, el mejor efecto, a veces, puede ser el “menor”, porque es menos gravoso para el sujeto interesado (piénsese, por ejemplo, en un contrato con obligaciones a cargo únicamente del proponente). No puede, pues, excluirse, con particular referencia a los contratos, un modo distinto de realización del principio de conservación, según las diferentes figuras y disciplinas contractuales. Richter, G. S., “Il principio di conservazione del negozio giuridico, *Riv. Trim.*, 1967, pp. 428 y ss.