

# EL PRINCIPIO DEL «CLARE LOQUI» Y LA TUTELA DEL CONTRATANTE DÉBIL

## THE «CLARE LOQUI» PRINCIPLE AND THE PROTECTION OF THE WEAK CONTRACTING PARTY

### IL PRINCIO DEL «CLARE LOQUI» E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE

**Ettore Battelli**

Professore di Diritto Privato, Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Roma TRE.

**Astratto:** La redazione di una clausola non trasparente, può essere sanzionata o con l'attribuire ad essa il significato sfavorevole al predisponente oppure attraverso la sua inefficacia, con conseguente applicabilità al caso controverso della disciplina dispositiva e fatto salvo, in entrambi i casi, il diritto al risarcimento dell'ulteriore danno. Il dovere del "clare loqui" non è solo un strumento interpretativo sostanzialmente legato alla regola "tradizionale" della "interpretatio contra proferentem", ma anche uno strumento di protezione del contraente debole (non solo il consumatore) ma anche di regolazione del mercato.

**Parole chiave:** Interpretazione contrattuale. Contratto asimmetrico. Rimedi contrattuali. Interpretatio contra proferentem. Principio del clare loqui.

**Abstract:** The drafting of a non-transparent clause can be sanctioned either by attributing to it the unfavorable meaning to the predisposing party or through its ineffectiveness, with consequent applicability to the disputed case of the dispositive regulation and without prejudice, in both cases, to the right to compensation for further damage. The duty of the "clare loqui" is not only an interpretative instrument substantially linked to the "traditional" rule of "interpretatio contra proferentem", but also an instrument of protection of the weak contracting party (not only the consumer) but also to regulate the market.

**Keywords:** Contractual interpretation. Asymmetric contracts. Contractual remedies. Interpretatio contra proferentem. Clare loqui principle.

**Resumen:** La redacción de una cláusula no transparente puede ser sancionada con la atribución a esta del significado desfavorable al predisponente o también con su ineficacia, con consecuente aplicabilidad al caso controvertido del régimen dispositivo, pero dejando a salvo, en ambos casos, el derecho al resarcimiento del daño ulterior. El deber del "clare loqui" no solo es un instrumento interpretativo vinculado sustancialmente a la regla "tradicional" de la "interpretatio contra proferentem", sino también es un instrumento de protección del contratante débil (no solo el consumidor), e incluso de regulación del mercado.

**Palabras clave:** Interpretación contractual. Contratos asimétricos. Remedios contractuales. Interpretatio contra proferentem. Principio del clare loqui.

**Sumario:** **1** La *interpretatio contra proferentem*: ratio del régimen jurídico y límites de su aplicabilidad – **2** La renovada actualidad de la *interpretatio contra proferentem* y el principio del «*clare loqui*» – **3** El principio de transparencia y la tutela del contratante débil

## 1 La *interpretatio contra proferentem*: ratio del régimen jurídico y límites de su aplicabilidad

Desde hace algún tiempo, la distinción –ahora definitivamente consolidada– entre las diferentes categorías negociales de los «contratos entre empresas» (B2B y B2b) y los «contratos entre empresa y consumidores»<sup>1</sup> (B2C) plantea el problema de un régimen jurídico diferenciado en lo que atañe a su interpretación. Si consideramos que en el «derecho común europeo», la expresión «contratos de empresa» debe ser sustituida por la expresión (no del todo coincidente) «contratos de los profesionales», resulta claro que la cuestión resulta ser especialmente articulada.<sup>2</sup>

Como resultado, es necesario partir de aquellos elementos comunes a todos los contratos de derivación comunitaria que involucran a un profesional

<sup>1</sup> Lo cual ha legitimado a los intérpretes a preguntarse sobre la existencia, incluso, de un tercer paradigma contractual conocido, precisamente, como «tercer contrato» (*vid. ex multis*, GITTI y VILLA, *Terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Boloña, 2008). Entre las primeras reflexiones críticas GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio (Relazione all'incontro in occasione della presentazione dei due tomi «I contratti in generale», Trattato dei contratti*, dirigido por Rescigno, Turín, 22 marzo 2000), en *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss. Para la diversidad sustancial, de naturaleza y de problemas, de los contratos de empresa y de los contratos entre empresa y consumidores, *vid.* ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, en *L'impresa*, al cuidado de Libonati y Ferro Luzzi, Florencia, 1985, p. 188 ss. ZACCHEO, *Le «tuileries» del diritto privato*, en *Riv. dir. comm.*, 2004, I, p. 33 ss., es crítico respecto a la contraposición entre contratación de empresa y contratación de masa.

<sup>2</sup> Cfr. CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, en *Corriere giur.*, 2003, p. 99 ss. En jurisprudencia Trib. CE, del 29 de mayo de 1997, en causa C-300/95, *Commissione v. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, en *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 1040 ss., quien considera contrato de empresa (*rectius* «del profesional») al contrato celebrado por una persona en vista del futuro ejercicio por su parte de una actividad empresarial. Además, el concepto de «profesional» amplía la categoría bajo análisis, incluyendo en ella a los contratos que se caracterizan únicamente por el elemento subjetivo, extendiéndola incluso a los contratos profesionales de no empresarios, como: *i*) los entes morales que ejercen empresa, *ii*) quienes ejercen profesiones liberales, *iii*) los pequeños empresarios, y *iv*) los empresarios no comerciales. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, considera profesionales (en el sentido tradicional de aquellos que ejercen las profesiones liberales) para todo efecto a las empresas, de manera que no deja dudas sobre su inclusión en la categoría: Trib. CE, del 10 de marzo de 2005, C-235/03, *ADA Media SA v. Alejandro Omedas Lecha*; Trib. CE, del 23 de marzo de 2000, C-180/98, *Pavel Paula e altri v. Stichting Pensionenfonds Medische Specialisten*. *Amplius* SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato* (Siena, 22-24 settembre 2004), Milán, 2006, *passim*.

en la contratación: 1) los deberes de información precontractual en la fase de la negociación; 2) la transparencia en la negociación; 3) la atenuación del principio de la voluntad común de los contratantes en la fase de la estipulación; 4) el sometimiento a sanciones específicas de nulidad e ineficacia; 5) el control del contenido negocial por parte de terceros como las autoridades regulatorias<sup>3</sup> (tanto sobre el contenido prohibido, como sobre el contenido necesario); 6) el principio de conformidad de la prestación<sup>4</sup> en la fase de actuación del contrato; y 7) el respeto de reglas ciertas sobre los pagos.<sup>5</sup>

La *ratio* común del régimen de derivación comunitaria debe hallarse tanto en la exigencia de mayor eficiencia y seguridad de la contratación empresarial, como en la protección de las contrapartes (ciertamente y en general cuando estas sean consumidores, y tendencialmente y por determinados aspectos cuando estas sean empresas menores) de las causas de debilidad negocial.<sup>6</sup> Mientras tanto (no obstante en la casuística residual) «en los contratos entre empresas de igual fuerza contractual, en la política legislativa actual, aparte de la defensa de la competencia, no emerge ninguna toma de postura específica».<sup>7</sup>

El elemento en común de los «contratos entre empresas» (B2b) y los «contratos entre empresa y consumidores» (B2C) sería el desequilibrio que caracteriza a las contrataciones en cuya base se encuentra la situación de debilidad (asimetría informativa) de uno de los dos contratantes,<sup>8</sup> elemento en virtud del cual se ha considerado posible configurar la categoría conceptual de los contratos desiguales, con los consumidores y con los «empresarios menores».<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Para un marco, VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Nápoles, 2013; OLIVIERI y ZOPPINI, *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008.

<sup>4</sup> GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 227 ss.

<sup>5</sup> CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milán, 2004; CUFFARO, *Esecuzione tempestiva della prestazione e tutela del contraente creditore: le «innovazioni» introdotte dalle leggi in materia di subfornitura e ritardi di pagamento*, en P. PERLINGIERI y RUGGERI, *Diritto privato comunitario*, 2008, p. 577 ss.

<sup>6</sup> Cfr. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, en *Giur. it.*, 1993, IV, c. 57 ss.; BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, en *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 26 ss.

<sup>7</sup> GENTILI, *Senso e consenso. Storia e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Turín, 2015, vol. 2 «Tecnica», p. 631.

<sup>8</sup> SCARSO, *Il contraente debole*, Turín, 2006, p. 125 ss.

<sup>9</sup> Para un empleo generalizado de la noción de «asimetría contractual» para reagrupar todas las hipótesis en que uno de los contratantes debe considerarse (económicamente) más «débil», ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, en *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss., y en ID., *Il contratto del duemila*, Turín, 2002 (3ª ed., 2011), p. 23 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, en *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.; ID., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»)?*, en VETTORI, *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padua, 2008, p. 207 ss. Sobre el tema *ex multis*: NAZZARO,

En efecto, además de los consumidores, las empresas también pueden ser y son usuarias de servicios financieros y bancarios, a distancia u *online*, así como «víctimas» de cárteles o actos de concentración, y actos vinculados que restringen la competencia, de abusos de dependencia económica, de abusos en el *franchising* o de retardos de pago en las transacciones comerciales.<sup>10</sup>

Sin embargo, aún no es posible extender analógicamente el art. 35 cód. cons. it., cuyo ámbito de aplicación está estrictamente limitado a la relación entre la «empresa» (*rectius* «profesional») y el consumidor, configurándose como norma de sector. Como resultado, la intervención del juez, que busca declarar nulas cláusulas o partes de un contrato, no constituiría interpretación sino invalidación, como también hoy plantean aquellas leyes que tienen por objeto la prevención y la sanción de desequilibrios negociales (pensemos en el art. 9 de la Ley n. 192 de 1998)<sup>11</sup> en la forma subrepticia de una interpretación invalidante. No es casualidad que el derecho europeo especial de los contratos desiguales sea un derecho de su invalidez.<sup>12</sup>

Como resultado, según lo dispuesto por las normas citadas, la interpretación tanto de la categoría de los contratos *estándar* y de los contratos tipo, destinados a aplicarse a las relaciones entre empresas (especialmente si existe una relación asimétrica entre sí) y entre profesionales y consumidores, como de los contratos individuales que constituyen su actuación concreta, debe considerarse diversificada.<sup>13</sup>

---

*Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Nápoles, 2000, p. 214 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padua, 2002; CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss.; P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, en *Riv. dir. impr.*, 2006, p. 323 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti d'impresa e volontà delle parti contraenti*, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milán, 2006, p. 851 ss.; A. DI AMATO, *L'Interpretazione dei contratti di impresa*, Nápoles, 1999, p. 76 ss.; NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore - Atti del Convegno. Pisa, 25-26 maggio 2007*, Milán, 2008; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss.

<sup>10</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 639.

<sup>11</sup> Cfr. NONNE, *op. cit.*, p. 81 ss., p. 125 ss., p. 157 ss., p. 201 ss.

<sup>12</sup> Y cuando, dentro de los límites de la ley, el juez integre («sin explicitar lo implícito, sino añadiendo lo legalmente necesario»), este ejercerá una función protectora tendiente a controlar y defender el equilibrio negocial, por ejemplo, contra el abuso de dependencia económica. Cfr. ANG. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milán, 2008, p. 146 ss., para una síntesis de casos y funciones, inspirada en el principio de integración conformativa de fin protector.

<sup>13</sup> Debemos observar que se tiende a mezclar el problema de la técnica interpretativa congruente (ordinaria o especial) y el de la vejatoriedad de la cláusula dudosa, con la consecuencia (además de la interpretación *contra stipulatorem*) de la ineficacia de la cláusula y del eventual resarcimiento por responsabilidad *in contrahendo* del predisponente. Una mezcla que, según GENTILI, *op. cit.*, p. 635, puede darse en los hechos, pero que no constituye, «un presupuesto fijo». En sentido conforme SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, en *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 759 (e *ibid.* bibliografía).

Para esta categoría de contratos caracterizada por el desequilibrio, la especialidad de la técnica hermenéutica relativa, al igual que en los contratos con los consumidores, tan solo podría ser protectora.<sup>14</sup>

Un dato objetivo a favor de una técnica hermenéutica diversificada se halla en el hecho de que en la actualidad el art. 1370 cód. civ. it. sobre los contratos *estándar*, ha entrado en crisis en toda la contratación con los consumidores gracias al art. 35 cód. cons. it., mientras que los usos del lugar de la empresa al que hace referencia el art. 1368, 2º párrafo cód. civ. it., en general son irrelevantes en los contratos con los consumidores.<sup>15</sup>

Empero, si el art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it. (norma que da actuación a la Dir. 93/13/CEE) solo se aplica si la cláusula es objetivamente ambigua, y el consumidor ha podido atribuirle justificadamente un sentido distinto del que le da el intérprete, la técnica protectora contenida en el art. 1370 cód. civ. it., operaría con mayor amplitud.<sup>16</sup> En los contratos entre profesionales y consumidores, el criterio del art. 35 cód. cons. it., se superpone y sobre todo se antepone a las técnicas hermenéuticas objetivas de selección (ej. art. 1369 cód. civ. it.), cuando las cláusulas manifiesten una pluralidad de sentidos posibles.<sup>17</sup>

Por tanto, parecería que el art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it., excluye o por lo menos precede cualquier otro criterio de interpretación objetiva, dado que la prevalencia del sentido favorable al consumidor es la elección de política legislativa realizada por esta casuística.<sup>18</sup>

Por el contrario, el consumidor está protegido de los riesgos de oscuridad y ambigüedad, no de la ingenuidad ni de la ociosidad.<sup>19</sup> Por otra parte, la *interpretatio contra stipulatorem* o *contra proferentem*<sup>20</sup> solo es uno de los remedios contra la

<sup>14</sup> Cfr. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Turín, 2013, p. 103 ss. Crítico ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, en *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss., en esp. 12.

<sup>15</sup> DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Nápoles, 2003, p. 367.

<sup>16</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 635. Cfr. SCOGNAMIGLIO, *I contratti d'impresa e la volontà delle parti contraenti*, en *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 493 ss., p. 496.

<sup>17</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, en *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 960 s.; And. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milán, 2008, p. 208; cfr. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, cit., p. 746 ss.

<sup>18</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 636.

<sup>19</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 637.

<sup>20</sup> «Cet adage, qui signifie que l'interprétation d'une clause ambiguë doit se faire contre le rédacteur ou l'utilisateur de la clause, s'explique non par la vraisemblance [...] mais plutôt comme une sanction contre celui-ci; rédigeant seul le contrat, il doit le faire de façon claire. [...] Fréquemment utilisée, dans le passé par la jurisprudence de tous les Etats européens lorsqu'aucun autre moyen ne semblait efficace pour parvenir à une solution équitable, elle fait aujourd'hui partie des règles écrites des droit italien, espagnol, allemand ou portugais. Elle est appliquée avec rigueur par les juges de Grande-Bretagne, d'Allemagne et du Danemark notamment. Sa mise en œuvre semble moins convaincante en France et en Belgique, où elle ne correspond qu'imparfaitement aux dispositions de l'article 1162 du Code civil, lequel dispose que "dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation"; así GHESTIN, Les techniques d'élimination des clauses abusives, en Les clauses abusives

oscuridad de la cláusula, toda vez que no solo está presente en el sistema civilista italiano, siendo común a otros ordenamientos europeos.<sup>21</sup>

El propio art. 1370 cód. civ. it., prescribe la que ha sido definida como «interpretación protectora»,<sup>22</sup> cuya *ratio* se identifica usualmente en la exigencia de proteger las confianzas justificadas, en tanto todo contratante tiene derecho de invocar el sentido del contrato que él podía y debía entender.

La cuestión se plantea, en especial, precisamente cuando el contenido del contrato ha sido predispuesto o incluso impuesto fácticamente, de manera que al adherente no se le permite negociarlo, sino solo abstenerse o aceptarlo.

En consecuencia, la norma se propone evitar que el predisponente, con un comportamiento contrario a la buena fe, pueda beneficiarse de la ambigüedad de las cláusulas elaboradas unilateralmente, debiendo, en su defecto, soportar el riesgo de una eventual falta de claridad en la formulación elegida.<sup>23</sup>

Presupuesto de la regla contenida en el art. 1370 cód. civ. it., expresamente, es la predisposición del texto contractual, o mejor de una parte suya, es decir, precisamente las condiciones generales invocadas o los modelos o formularios predispuestos y utilizados.<sup>24</sup> A fin de cuentas, se trata de una regla que refuerza, en sede interpretativa, la tutela del adherente, ya predispuesta por los arts. 1341 y 1342 cód. civ. it.

## 2 La renovada actualidad de la *interpretatio contra proferentem* y el principio del «*clare loqui*»

Aunque la regla de la *interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem* sea muy antigua, en la actualidad esta conoce una fortuna renovada.<sup>25</sup>

dans les contrats types en France et en Europe, al cuidado del mismo autor, París, 1991, p. 43. V. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, con prefacio de Goldman, 2ème ed., París, 1976 (París, 1973), p. 128: «Cette utilisation de la règle in dubio contra proferentem contre le stipulant existe aussi dans les droits étrangers. Elle est connue par exemple en droit allemand, en droit anglais, en droit américain, en droit espagnol, en droit suisse et en droit québécois».

<sup>21</sup> Cfr. HONDIUS, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht, 1987, p. 232.

<sup>22</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 601.

<sup>23</sup> La *ratio* referida es invocada, por ejemplo, en el comentario a los Principios UNIDROIT: *vid.* BONELL, *I Principi Unidroit nella pratica*, Milán, 2002, p. 223.

<sup>24</sup> GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici «inter vivos» (diritto civile)*, en *Noviss. dig. it.*, VIII, Turín, 1962, p. 907; RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Nápoles, 1983, p. 358 ss.; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (dir. civ.)*, en *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 3; FRANCESCHELLI, *Contratti per adesione e «interpretatio contra stipulatorem»*, en *Contratti*, 1994, p. 625 ss.; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, en VETTORI, *Regolamento*, en *Tratt. del contr.*, dirigido por Roppo, II, Milán, 2006, p. 358 s.; LONGOBUCCO, *La regola contrattuale tra testo e controllo*, en P. Perlingieri, *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, Nápoles, 2010, p. 225 ss.

<sup>25</sup> Tal como observa ASTONE, *Sub Art. 1370 c.c. - Interpretazione contro il predisponente*, en *Dei contratti in generale*, vol. II, al cuidado de Navarretta y Orestano, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Gabrielli,

Esta regla está presente tanto en los códigos, como en el *common law*, y actualmente incluso en el *soft law*.<sup>26</sup>

En el derecho moderno esta se traduce en el deber recíproco de lealtad y, por tanto, en la buena fe, que se manifiesta en el deber recíproco de *clare loqui*, por una parte, y *honeste intelligere*, por la otra.<sup>27</sup>

En definitiva, se trata de un deber de claridad (*clare loqui*), que se impone al predisponente en virtud de un principio de «autorresponsabilidad».<sup>28</sup>

Como resultado, en esta perspectiva, el riesgo de una interpretación desfavorable debería representar un estímulo a la claridad.<sup>29</sup>

A pesar del tenor de la rúbrica del art. 35 cód. cons. it. («Forma e interpretación»), el legislador, en lugar de establecer un requisito de forma (al menos en el sentido de las clásicas *species* de la forma *ad substantiam* y *ad probationem*), impone al profesional una carga de transparencia. Este último, si pretende reducir el margen de discrecionalidad del juez al evaluar la vejatoriedad de una cláusula, debe eliminar ambigüedades y oscuridades de sus contratos.

Así, la claridad y la comprensión de toda cláusula se convierten en elementos esenciales para garantizar la información, atenuando uno de los factores del desequilibrio estructural entre consumidor y empresa o profesional.

La forma negocial cumple la función de construir el mejor medio de información del contratante débil, de manera que parece posible proyectar un tipo de forma «informativa» o, por decirlo así, «*ad transparentiam*».<sup>30</sup>

Turín, 2011, p 587 ss., la regla romana nacía para la *stipulatio* (para indicaciones RICCOBONO, *Stipulatio*, en *N.mo Dig. it*, XVIII, Turín, 1971, p. 445 ss.) en la que cada parte repetía fórmulas predispuestas. De manera que la regla expresaba tanto una directiva de favor hacia el obligado, como un criterio interpretativo contra el autor de la pregunta, a quien se reconducía la elección de la fórmula. Hoy, sin embargo, la justificación en el *favor debitoris* es puesta en discusión: RESCIGNO, *Obbligazioni (nozione)*, en *Enc. del dir.*, XXIX, Milán, 1979, p. 143; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Boloña, 1943, p. 101; P. PERLINGIERI, *Appunti di «Teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, p. 89; GRASSO, *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Camerino, 1974, p. 52.

<sup>26</sup> Se trata de un criterio interpretativo tradicional acogido en numerosos ordenamientos y confirmado más recientemente no solo en los Principios UNIDROIT (art. 4.6.) y en los PECL (art. 5:103), sino también en el DCFR (art. II- 8:103), en los *Principios Acquis* (art. 6:203) y en el CESL (arts. 64 y 65), así como en la normativa de sector sobre los contratos de los consumidores (art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it.). A diferencia del código civil italiano, en ambos Principios el criterio es aplicado independientemente de la recepción de la cláusula en condiciones generales o en modelos o formularios. Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., p. 947 ss.; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Turín, 1998.

<sup>27</sup> GENTILI, *op. cit.*, p. 602.

<sup>28</sup> PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Turín, 2012, p. 31.

<sup>29</sup> Por otra parte, la función de «reequilibrio» del contrato no siempre es fácilmente realizable: el efecto de la interpretación favorable al adherente podría ser previsto por el predisponente y trasladado anticipadamente, en términos de costos, a los adherentes, mortificando así la finalidad de promover los comportamientos virtuosos de las empresas en la predisposición de condiciones generales de contrato, claras y comprensibles.

<sup>30</sup> PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, cit., p. 59.

La *interpretatio contra stipulatorem* se refiere a las hipótesis en donde la falta de claridad y comprensión en la formulación de la cláusula determina el surgimiento de una duda interpretativa, vale decir, una ambigüedad de significado del pacto que necesita ser disipada eligiendo una sola de las interpretaciones de este, lógica y razonablemente defendible; empero, será totalmente impertinente cuando el defecto de transparencia asuma un carácter distinto.<sup>31</sup>

Por ello, esta solo se aplica «ante la duda» y por lo menos exige dos significados posibles, pero si prevalece el que el adherente podía o debía entender, solo estaremos frente a una copia del art. 1366 cód. civ. it.

Por el contrario, el art. 1370 cód. civ. it., posee un espacio aplicativo autónomo, en la medida en que hace prevalecer el significado favorable al adherente, incluso cuando este podía y debía entender el sentido entendido por el profesional en interés propio, pero al observar dos sentidos posibles trata de invocar el mejor para él.<sup>32</sup>

El ámbito de aplicación asignado por el código al criterio hermenéutico contenido en el art. 1370 cód. civ. it., se caracteriza por poseer dos presupuestos: la duda y el contrato *estándar*.<sup>33</sup>

En efecto, la aplicación de la regla en cuestión está limitada a las cláusulas contractuales contenidas en condiciones generales de contratación o en modelos y formularios, predispuestos unilateralmente (y, por ende, no negociados) en vista de la estipulación con una masa indiferenciada de contrapartes (y, por ende, no a los contratos redactados unilateralmente para un negocio individual).<sup>34</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia ha extendido correctamente el alcance de la disposición de las «cláusulas» al «contrato» en su integridad.<sup>35</sup> Esta es la razón del

<sup>31</sup> DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., p. 78.

<sup>32</sup> Si en base a los datos disponibles y comprensibles (texto, co-texto y contexto), el adherente también podía y debía comprender que el sentido dado a la cláusula por el proferente-proponente obviamente era el favorable al propio proponente, podrá no obstante invocar el precepto hermenéutico en su favor, con la única condición de que un sentido alternativo favorable a él, en cambio, sea posible. Es de este modo y solo de este modo que la disposición puede perseguir una política legislativa de protección, en el marco del nuevo derecho europeo. Cfr. GENTILI, *op. cit.*, p. 604 ss.

<sup>33</sup> Por el contrario, los Principios UNIDROIT (art. 4.6) no distinguen entre cláusulas contenidas en contratos *estándar* (modelos formularios) y cláusulas predispuestas por el contratante «fuerte» para una operación individual.

<sup>34</sup> Cass. n. 8411, del 27 de mayo de 2003, en *Rep. Foro it.*, 2003, «Contratto in genere», n. 414; cfr. Cass. n. 1542, del 14 de junio de 1966, en *Giust. civ.*, 1966, I, p. 2202 ss.; Cass. n. 4515, del 16 de diciembre de 1954, *ibid.*, 1954, I, p. 2894 ss.

<sup>35</sup> Cass. n. 3510, del 10 de junio de 1982, en *Rep. Foro it.*, 1982, «Contratto in genere», n. 186: «El criterio de interpretación de los contratos establecido por el art. 1370 cód. civ. it., según el cual las cláusulas introducidas en las condiciones generales de contratación o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes, ante la duda, se interpretan a favor del otro, es legítimamente aplicado cuando en un contrato de seguro, las condiciones generales y especiales de la póliza, por su número y variedad de contenido que implican una coordinación no fácil entre sí, pueden ser entendidas de buena fe por el



por qué, por ejemplo, en el ámbito de aplicación del art. 1370 cód. civ. it., queda comprendido también el contrato individual reconducible al esquema negocial de un contrato-tipo predispuesto para distintos contratos futuros.<sup>36</sup>

En efecto, si es verdad que el interés de la empresa, por una parte, es la aplicación uniforme del reglamento predispuesto y, por la otra, el no asumir, de manera estadísticamente relevante, los riesgos de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje utilizado en un sentido distinto del querido,<sup>37</sup> se comprende cómo el art. 1370 cód. civ. it., está dedicado más específicamente no solo a la contratación en serie, sino también a los contratos individuales reconducibles a contratos tipo.<sup>38</sup>

asegurado en el significado más favorable a él»; cfr. además Cass. n. 6265, del 25 de noviembre de 1980, en *Arch. civ.*, 1981, p. 214 ss.; Cass. n. 5274, del 13 de abril de 1982, en *Rep. Foro it.*, 1982, «Contratto in genere», n. 185. Con relación a la aplicación subsidiaria de dicho criterio, véase: Cass. n. 11278, del 27 de mayo de 2005, en *Contr.*, 2006, p. 221 ss.; Cass. n. 8411, del 27 de mayo de 2003, en *Contr.*, 2004, p. 44 ss.; Cass. n. 3392, del 8 de marzo de 2001, en *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2270 ss.; Cass. n. 2636, del 10 de marzo de 1998, en *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 675 ss., y en *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. n. 1517, del 4 de abril de 1978, en *Assic.*, 1979, II, p. 53 ss.; Cass. n. 42, del 5 de enero de 1977, en *Arch. civ.*, 1977, p. 68 ss. En doctrina cfr. sobre el punto OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 103; Costanza, *Interpretazione del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 342.

<sup>36</sup> Quedan comprendidos en este esquema general no solo los contratos de las cámaras de comercio (introducidas por el legislador en el texto anterior del art. 2 de la Ley n. 580, del 29 de diciembre de 1993, pero ya históricamente presentes en la actividad tradicional de los entes camerales en Italia y en el exterior), sino también los contratos en materia de servicios «reglamentados» [art. 2, 12ª párrafo, lit. h), de la Ley n. 481, del 14 de noviembre de 1995]; los relativos al sector agroindustrial (Ley n. 88, del 16 de marzo de 1988) y los contratos agrarios, con la primera hipótesis de autonomía contractual asistida por las «organizaciones más representativas a nivel nacional» (art. 45 de la Ley n. 203 de 1982) o, más recientemente, los contratos de cesión de los productos agrícolas (art. 62 D. Leg. n. 1 de 2012) con la predeterminación normativa de su contenido «escrito» en la negociación entre empresas; así como algunas tipologías de arrendamientos de vivienda (art. 45 de la Ley n. 203 de 1982; art. 2, 3ª párrafo de la Ley n. 431 de 1998). En estos y otros casos (pensemos en el derecho deportivo, Ley n. 91 del 21 de marzo de 1981, o en el delicado sector de la distribución de hidrocarburos, hoy reformado por el art. 28, 12ª-14ª párrafo, del D. Leg. n. 98 y sucesivas modificaciones, del 6 de julio de 2011), los contratos estipulados a nivel individual se inscriben en estructuras más o menos permanentes, que a menudo prevén la intervención de reguladores privados (con mayor frecuencia asociaciones representativas de intereses colectivos o de categoría) junto a los reguladores públicos, en función de cámara de compensación de la incompletitud del contrato y de protección, monitoreo y ejecución de la relación. Sobre el tema, permítasenos indicar, *amplius* BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Nápoles, 2017, *passim*.

<sup>37</sup> DEREUX, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, en *Rev. trim. dir. civ.*, 1910, p. 503 ss. Sobre lo erróneo de la asimilación entre adhesión y aceptación, ORLANDI, *La forma*, en *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, cit., p. 241.

GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milán, 1951, p. 100, considera que la regla del conocimiento o cognoscibilidad es una aplicación específica del principio de buena fe interpretativa para justificar la eficacia de las condiciones generales no conocidas en base al comportamiento omisivo del adherente. La crítica a la doctrina tradicional realizada por RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in *Harvard Law Review*, 96, 1983, p. 1187, es aguda precisamente en el campo de los *standard contracts*.

<sup>38</sup> Según dicho planteamiento, la ley circunscribiría la regla de la *interpretatio contra proferentem* únicamente al caso en que se hayan introducido condiciones generales de contratación celebradas mediante modelos y formularios (sin plantearse el problema de distinguir entre cláusulas vejatorias individuales y no vejatorias). Cfr. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milán, 2012, p. 220;

En base al «principio de autorresponsabilidad»,<sup>39</sup> el art. 1370 cód. civ. it., también debe ser aplicado a los contratos estipulados individualmente, aun cuando «predispuestos» por una sola de las partes contratantes.<sup>40</sup>

Luego de una larga interpretación restrictiva,<sup>41</sup> recientemente se ha tratado de transformar al art. 1370 cód. civ. it., en un principio general de la interpretación de las condiciones generales del contrato.<sup>42</sup> Esto aun cuando, de hecho, luego del art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it., el problema solo se plantea para los contratos seriales entre grande y pequeña o mediana empresa (B2b), o de cualquier forma para los contratos individuales que sean actuación de contratos tipo.<sup>43</sup>

---

mientras que para los contratos de arrendamiento se indican las recientes reflexiones de CALDERAI, *La riforma delle locazioni abitative quindici anni dopo: le ragioni di un fallimento dello stato post-regolatore e gli scenari futuri*, en *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 376.

<sup>39</sup> Regla que, por ejemplo, vale para el régimen de los contratos de los consumidores que no distingue entre cláusulas contenidas en contratos *estándar* y cláusulas predispuestas por el profesional para una operación individual; *vid.* PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, en *Il diritto dei consumi*, al cuidado de P. Perlingieri y Caterini, Nápoles, 2004, p. 161. «Esta es la solución acogida en los Principios UNIDROIT, que encuentra ulterior confirmación en el derecho de los consumidores, donde se toma en consideración, más que al contrato en su integridad, sobre todo a las cláusulas»: ASTONE, *Sub Art. 1370 c.c.*, cit., p. 617.

<sup>40</sup> ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padua, 1954, p. 400. *Contra*: Cass. n. 3392, del 8 de marzo de 2001, en *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2270 ss.; Cass. n. 8411, del 27 de mayo de 2003, en *Rep. Foro it.*, 2003, «Contratto in genere», n. 414.

<sup>41</sup> No faltan lecturas que consideran a dicha disposición como destinada a proteger el interés de la parte débil de la relación, esto en virtud de su fundamento equitativo. En efecto, no se trata de desfavorecer al autor del pacto, la empresa predisponente, asignándole los riesgos de la ambigüedad, sino más bien favorecer a la contraparte, para proteger al contratante más débil en los contratos en serie. En este sentido OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 102, quien observa cómo no se ve por qué la ambigüedad debería recaer en quien ha redactado la cláusula, en lugar de quien la ha aceptado libremente. Siguen la indicación de Oppo: OSTI, *Contratto*, en *Noviss. Dig. It*, IV, Turín, 1968, p. 524; P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell'interpretazione»*, cit., p. 89.

<sup>42</sup> DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 1962 ss.; ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milán, 1975; ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milán, 1975; MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Nápoles, 1975; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Nápoles, 1977; para un marco *vid.* en esp. V. RIZZO, *Sub Art. 1370*, en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, al cuidado de G. Perlingieri, Libro IV, Tomo I, Nápoles, 2010, p. 701 ss.; COSTANZA, *L'interpretazione secondo buona fede*, Milán, 1981, p. 21 ss. (ID.), *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milán, 1989).

<sup>43</sup> Cfr. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, cit., p. 718 ss., quien se detiene en especial precisamente en un análisis del art. 35 cód. cons. it.

Mientras que la disposición contenida en el art. 1368, 2º párrafo, cód. civ., sin duda alguna es funcional a garantizar el «interés de la empresa» a cierta uniformidad de aplicación, respecto a una práctica general conocida por la misma, la *ratio* de la disposición contenida en el art. 1370 cód. civ. es distinta, precisamente porque el régimen es subjetivamente «abierto» y «subsidiario». Mientras que el art. 1370 cód. civ., se aplica a los contratos *estándar* celebrados por cualquier adherente, consumidor o empresa, el art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it., por el contrario, al prescribir que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá el más favorable al consumidor, le sustrae estos contratos, para los que no se exige predisposición, no se limita a los estandarizados (*ex multis* DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 363 ss.), y presupone simplemente la presencia de un consumidor y de un profesional, aplicándose así incluso a una relación negocial individual con un consumidor (GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Nápoles, 2005, p. 97).

Recientemente, también se ha afirmado que el art. 1370 cód. civ. it., está dirigido a manifestar una forma de control del contenido de los «actos» y, por tanto, está dirigido a una operación «individual» y no a toda la «actividad» del predisponente,<sup>44</sup> y se comprende perfectamente cómo esto vale para el contrato individual propuesto por una sola de las partes pero reconducible, aun cuando solo *per relationem*, a un contrato tipo.<sup>45</sup> Esto incluso cuando el contrato es conforme, por ejemplo, a un modelo propuesto por un tercero como una Autoridad independiente, vale decir, más propiamente al contrato «reglamentario».<sup>46</sup>

Entonces, la disposición contenida en el art. 1370 cód. civ. it., sería una suerte de complemento de la contenida en el art. 1341 cód. civ. it., en el sentido de que la cláusula vaga sería una *especie* de regla abusiva, en la medida en que *ex ante* no era concretamente cognoscible.<sup>47</sup>

El art. 1370 cód. civ. it., se preocupa precisamente de garantizar la inteligibilidad de la regla. Esto porque el lenguaje vago y ambiguo puede no permitir *ex ante* un conocimiento adecuado de aquello a lo que el contrato obliga.<sup>48</sup>

---

En doctrina y en jurisprudencia, es pacífico el carácter subsidiario del criterio contenido en el art. 1370 cód. civ. it.: su aplicación solo interviene cuando ya se ha recurrido inútilmente a las demás reglas interpretativas a las que se les reconoce posición autoritaria, exigiendo la norma, entre sus presupuestos de operatividad, la permanencia de la duda. Así, CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milán, 2006, (es a este texto al que reenviamos en las notas siguientes) p. 148; ID. *Il testo contrattuale. L'interpretazione. L'integrazione*, en *Trattato del contratto*, dirigido por Roppo, v. II (al cuidado de Vettori), Milán, 2006, en esp. p. 307 ss. Cfr. ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 396 ss.; ROSSELLO, *Interpretazione contro l'autore della clausola*, en *L'interpretazione del contratto*, al cuidado de Alpa, Milán, 1983, p. 293; MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Roma, 2000 (ed. provisoria; posteriormente definitiva, Milán, 2004), p. 135.

<sup>44</sup> Con especial atención a la relación entre principio de transparencia, interpretación y control de contenido, véase MARTUCCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, en *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Nápoles, 2008, p. 1015 ss.

<sup>45</sup> Si se excluye el sistema corporativo de comienzos del siglo XX, en los años ochenta (en especial, en el art. 4 de la Ley n. 91, del 23 de marzo de 1981, que regula el contrato-tipo en el derecho deportivo) y en los años noventa, luego, (el ejemplo más conocido es el del art. 2, 3º párrafo, de la Ley n. 431, del 9 de diciembre de 1998, tal como fue modificado por la Ley n. 2, del 8 de enero de 2002, que regula los «tipos de contrato», en materia de arrendamiento de vivienda), dicha figura es nombrada expresamente por normas del moderno derecho de los contratos, indicándose específicamente la referencia expresa, contenida en el texto originario de la Ley n. 580, del 29 de diciembre de 1993 («Reordenamiento de las Cámaras de Comercio, industria, artesanía y agricultura», modificada sucesivamente por el D. Leg. n. 23, del 15 de febrero de 2010, y por el D. Leg. n. 219, del 25 de noviembre de 2016) a la predisposición de contratos-tipo entre asociaciones de empresas y entre estas últimas y las de los consumidores.

<sup>46</sup> Según la feliz intuición de GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padua, 1994, más recientemente en *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, en *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss., y en *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, al cuidado del mismo autor, Boloña, 2006, p. 91 ss.

<sup>47</sup> Sobre la relación entre cognoscibilidad y comprensibilidad véase MAGGIOLIO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 140; en el sentido de que la incomprensibilidad de la cláusula determina la ineficacia, véase ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 187.

<sup>48</sup> Según D'AURIA, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 225 ss., en consecuencia, la cláusula será ineficaz no porque determine un desequilibrio, sino porque fácticamente carecía del requisito de la cognoscibilidad al momento de la celebración del contrato.

Esta es la razón del por qué la regla de la *interpretatio contra stipulatorem*, de hecho, no representaría sino una aplicación específica de un principio general del derecho más amplio: el principio del *clare loqui*, en base al cual de algún modo se prescribe, a cargo de aquel que toma la iniciativa de la declaración, evitar la redacción de proposiciones lingüísticas ambiguas.<sup>49</sup>

En consecuencia, este régimen debe ser leído en honor al principio general del derecho más amplio sintetizable en el célebre adagio *cuius commoda eius incommoda*.<sup>50</sup>

De esta forma, la falta de transparencia encuentra relevancia autónoma y, al mismo tiempo, potencialmente múltiple, porque puede anular la cláusula incomprensible o fundar quizá un resarcimiento, como si se tratase de la violación de deberes de información.<sup>51</sup>

La sanción más congruente es «la ineficacia» de la cláusula, de manera limitada al sentido pretendido por el predisponente, «toda vez que dicha solución resulte más favorable al adherente». «La interpretación favorable al consumidor conserva en el contrato la cláusula que, en cambio, sería totalmente suprimida de seguirse la lectura contraria más favorable al predisponente».<sup>52</sup>

Desde esta perspectiva, debemos considerar que, en el caso de adopción de un contrato por parte del profesional en las relaciones con los consumidores (B2C), cuando la duda no pueda ser resuelta en el sentido de la comprobación definitiva de la abusividad de la cláusula, encontrará aplicación el criterio contenido en el

<sup>49</sup> ANT. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 400. Por el contrario, el segundo párrafo del art. 1370 cód. civ. it., contiene una regla hermenéutica. *Prima facie*, la «duda» (V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Nápoles, 1983, p. 306 ss.) a la que este se refiere, parece no ser otra cosa que el reverso de la transparencia a la que se refiere el primer párrafo. Si la cláusula es totalmente incomprensible (y es tal no solo cuando está mal escrita, sino también cuando esté escrita con tecnicismos o jergas incomprensibles al consumidor promedio), simplemente será nula y extirpada del reglamento, y la nulidad parcial no afectará al contrato, según los principios convergentes de los arts. 1419 cód. civ., y 6, 1º párrafo, de la Dir. 93/13. Cfr. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 364.

<sup>50</sup> Según un modelo típico de razonamiento que reproduce la idea del riesgo de empresa, el contrato *estándar* es un instrumento de la organización productiva de empresa, y el privilegio otorgado por la ley, consistente en el poder de uniformizar las reglas del intercambio, implica también que los riesgos de la ambigüedad de lenguaje deban ser asignados al predisponente (RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 326 ss.). En efecto, la «vaguedad de la cláusulas podría constituir una estrategia de redacción específica de la empresa que pretende otorgarse márgenes de maniobra más amplios en la fase ejecutiva de la relación» (D'AURIA, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 224).

<sup>51</sup> MELI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione*, en *I principi del diritto comunitario dei contratti*. *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, al cuidado de De Cristofaro, Turín, 2009, p. 459 ss., en esp. 480.

<sup>52</sup> CUFFARO, *L'interpretazione del contratto*, en *Trattato di diritto privato europeo*, III, al cuidado de Lipari, Padua, 2003, 2a ed., p. 367 ss., p. 373; RIZZO, *Trasparenza e contratti dei consumatori (la novella al codice civile)*, Nápoles, 1997, p. 91; DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 360 ss. *Contra* CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, en *Il diritto privato dell'Unione europea*, al cuidado de Tizzano, Turín, 2000, I, p. 607 ss., p. 655.

art. 35, 2º párrafo, cód. cons. it., de la *interpretatio contra proferentem*; en otros términos, de una interpretación desfavorable al profesional que haya adoptado aquel contrato.<sup>53</sup>

En especial en los contratos con los consumidores, la empresa «estará obligada a demostrar haber cumplido los deberes de información, de manera tal que el sentido general de la cláusula deberá ser reconstruido de manera diferente al entendido por el consumidor con evidentes consecuencias en términos de *disclosure* de la regulación contractual».<sup>54</sup>

Según este planteamiento, la interpretación se traduce en una investigación sobre la capacidad de la empresa de merecer el puesto que ocupa en el mercado.

E incluso el contrato individual, reconducible a un contrato reglamentado (cuyo contenido mínimo es impuesto por la Autoridad que regula el sector de mercado en cuestión) o, más en general, a un contrato-tipo (que no obstante debería carecer de cláusulas oscuras, poco claras o ambiguas), ante la duda será interpretado contra el empresario que lo habrá empleado, sin limitar en absoluto o impedir en dicho sentido la tutela del contratante débil (*rectius*: consumidor).<sup>55</sup>

### 3 El principio de transparencia y la tutela del contratante débil

La fortuna jurisprudencial de la *interpretatio contra proferentem* se vincula a la buena fe interpretativa, del que el art. 1370 cód. civ. it., representa «una derivación lógica».<sup>56</sup>

<sup>53</sup> ARMBRÜSTER, *Standard contract terms in search of harmonization*, en *Standard Contract Terms in Europe. A basis for and a Challenge to European Contract Law*, al cuidado de Collins, Aalphen ad Rijn – The Netherlands, 2008, p. 163 ss., ha analizado los posibles remedios «for breach of this transparency requirement and its relation to the contra proferentem rule of interpretation of terms in standard-form contracts».

<sup>54</sup> Así D'AURIA, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 295.

<sup>55</sup> Cfr. SENIGAGLIA, *Buona fede e trasparenza contrattuale nella disciplina dei consumi*, Nápoles, 2004, p. 141 ss.

<sup>56</sup> La fórmula también se debe a GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici «inter vivos»*, cit., p. 907, en donde se lee que «el art. 1370 cód. civ., al establecer el principio de la *interpretatio contra stipulatorem*, se reconduce directamente al criterio de la buena fe, contenido en el art. 1366 cód. civ., reconduciéndose la carga del *clare loqui* a la lealtad recíproca de conducta». Que el art. 1370 cód. civ. it., represente una concretización de la cláusula general de buena fe, es una afirmación que se encuentra en algunas contribuciones más recientes, entre las que se encuentra RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 358 ss.; BIANCA, *Condizioni generali di contratto (dir. civ.)*, cit., p. 3 (quien habla de carga de claridad del predisponente, en la que se puede identificar «una expresión concreta del principio de buena fe») y, de último, CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 358 ss. En el sentido que la norma represente un canon sectorial de interpretación en materia de condiciones generales, vid. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., p. 337, que, no obstante, parece considerar que la utilidad de la regla es escasa; para un marco de nuestra literatura hasta los años ochentas, vid. en esp. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., p. 355 ss., y ID., Sub Art. 1370 c.c., en *Comm Perlingieri*, IV, 1, Turín, 1991, p. 701 ss.

Las consecuencias de este planteamiento, en el sentido de la imposición general del deber de buena fe y, por tanto, de su concretización consistente en el deber de *clare loqui*, son totalmente evidentes.<sup>57</sup>

El propio art. 1362, 2º párrafo, cód. civ. it., refleja una concepción de la buena fe interpretativa centrada en la tutela de la confianza (y como deber de no rechazar confianzas razonables).<sup>58</sup> Y el art. 1370 cód. civ. it., también puede reducirse a esta concepción, el cual se sustancia en la imposición al predisponente de una carga de *clare loqui*.<sup>59</sup> Sin embargo, la carga de *clare loqui* se traduce en una regla interpretativa «parcial», que por lo menos presupone dos soluciones interpretativas, ambas «legítimas», e impone al juez preferir la que por lo general es más favorable al adherente.<sup>60</sup>

Como se ha indicado, esta elección de nuestro legislador ha encontrado ulterior vitalidad en la directiva relativa a las cláusulas abusivas en los contratos

<sup>57</sup> Cfr. COSTANZA, *L'interpretazione secondo buona fede*, cit., p. 22 e ID., *Interpretazione nei negozi di diritto privato*, en *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, X, Turín, 1993, p. 25 ss. Con relación a los intentos orientados a reconocer en la transparencia un principio normativo autónomo no declinable bajo el canon de la buena fe, cfr. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 705 ss.; SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, en *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 167 ss.

<sup>58</sup> LENHOFF, *Contracts of adhesion and the freedom of contract: a comparative study in the light of american and foreign law*, en *Tul. L. Rev.*, 36, 1961 – 1962, p. 481 ss.

<sup>59</sup> El art. 1370 cód. civ. it., representa una concretización importante del deber de buena fe en los casos en que la predisposición del texto contractual sea en todo o en parte «unilateral», justificando el deber de *clare loqui* con relación a él. En consecuencia, como observaba fundamentalmente GRASSETTI, *Clausola del negozio*, en *Enc. dir.*, VII, Milán, 1960, p. 204: «es la carga del *clare loqui* la que aquí [...] debe tomarse en consideración. Por ello, incluso las cláusulas tipo especialmente gravosas para el obligado [...] deberán ser entendidas en el sentido menos favorable a quien pretende obtener ventaja de ellas, precisamente porque la buena fe impone que de la ambigüedad de la expresión no puedan extraerse consecuencias desfavorables para aquel que, según el significado normal y más fácilmente inteligible, tenía el derecho de entenderlas en el sentido menos gravoso». La posición de Grassetti ya está presente en la *Relazione al codice civile, Libro IV*, n. 626, donde se lee que: «[e]n honor al deber del *clare loqui* y para actuar una protección ulterior del adherente en el caso de contratos celebrados sobre modelos y formularios predisuestos o que contienen un reenvío a condiciones generales de contratación, el art. 1370 cód. civ. it., establece el principio de interpretación contra el autor de la cláusula dudosa. Pudiendo redactar la cláusula con claridad, este la compiló de manera tal que la hizo ambigua y no correspondiente a la representación que podría haber tenido, por lo que deberá sufrir las consecuencias de su hecho. La norma adoptada es mucho más próxima a la regla de la *interpretatio contra stipulatorem* acogida por el derecho romano y consagrada en el art. 1137 del código civil abrogado, el que contenía también una disposición de favor por el deudor, reconducible al principio de la carga de la prueba. Sin pretender cuestionar el concepto según el cual no hay obligación sino en la medida en que está constituida y en los límites en que fue efectivamente constituida, parece que una interpretación dirigida siempre a favor del deudor pueda perturbar el concepto de solidaridad en las relaciones obligatorias, que se asume informa el régimen de las obligaciones (n. 588). [...] De la violación de la carga de claridad no debe resultar un provecho para la contraparte; caso contrario, se facilitaría su malicia y se la incentivaría a inobservar el deber de advertir la oscuridad de la cláusula, deber que el art. 1175 cód. civ. it., le impone».

<sup>60</sup> GENTILI, *Dell'interpretazione del contratto - Sub Art. 1362*, en *Dei contratti in generale*, al cuidado de Navarretta y Orestano, cit., p. 539.

con los consumidores, que impone un deber de redactar las cláusulas de manera «clara y comprensible».<sup>61</sup>

Por otra parte, en la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas, se leen dos normas sobre la interpretación del contrato: la primera impone un deber de redactar las cláusulas del contrato de manera clara y comprensible (art. 5, primera parte); la segunda confirma el criterio inicialmente formulado por el art. 1370 cód. civ. it., especificando que, en caso de duda sobre el significado de la cláusula, prevalecerá la solución más favorable para el consumidor (art. 5, segunda parte).<sup>62</sup>

Y es precisamente para frenar preventivamente los problemas de carácter interpretativo que se exige al profesional, en sede de predisposición de los textos negociales, hacer una aplicación extensa de las reglas sobre la transparencia contractual.<sup>63</sup>

A la locución «transparencia» que –es necesario señalarlo– no es «típica» del derecho civil y como tal es de caracterización incierta,<sup>64</sup> debe atribuírsele el significado de información completa y adecuada que, para nuestros fines, también

<sup>61</sup> La fortuna normativa de la disposición, ya evidente en CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, en *Le condizioni generali di contratto*, al cuidado de C. M. Bianca, I, Milán, 1979, p. 123 ss., en esp. 125, luego de su recepción en el art. 5 del ABGB Gezetzy y en la segunda parte del art. 5 de la Dir. 93/13/CEE, continua en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 5:103: «Interpretación contra el autor de la cláusula»: «[a]nte la duda sobre el significado de una cláusula que no haya sido objeto de negociación individual, se debe preferir la interpretación desfavorable a la parte que la ha predispuesto»). Una norma similar, que sin embargo presenta una formulación diferente, se lee también en los Principios UNIDROIT (art. 4.6. «Interpretación contra el autor de la cláusula»: «[s]i las cláusulas contractuales establecidas por una parte son ambiguas, se dará preferencia a la interpretación desfavorable a aquella parte»). Tanto en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, como en los Principios UNIDROIT, así como en el AGB *Gesetz*, es clara la derivación de la regla del deber general de buena fe, estando obligada la parte que ha predispuesto el texto, «a soportar el riesgo de su inadecuación» (comentario al art. 5:103, en los *Principi di diritto europeo dei contratti*, I y II, ed. it. al cuidado de Castronovo, Milán 2001; en el mismo sentido se inclina el comentario al art. 4.6, en los Principios UNIDROIT, 2004).

<sup>62</sup> GENTILI, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., p. 538.

<sup>63</sup> Cfr.: RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto comune dei contratti, en *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 304 ss.; LENER, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, en *Soc.*, 1994, p. 1694 ss.; GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, en *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, al cuidado de Capriglione, Padua, 1995, p. 388 ss.; E. MINERVINI, *Trasparenza e riequilibrio delle condizioni bancarie*, Milán, 1997, p. 106 ss.; ID., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, en *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 104 ss.; RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, cit., p. 24 ss.; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., p. 20 ss.; SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padua, 2007, p. 50 ss.

<sup>64</sup> DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., p. 3, evidencia cómo dicha expresión «no designa (o no tanto) un verdadero y propio concepto jurídico, sino más bien (por el momento) un problema jurídico, de múltiples matices, y por ello vinculado a igualmente múltiples aspectos del régimen del contrato» Cfr. *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, al cuidado de Marini y Stolfi, Nápoles, 1992, p. 25.

se caracteriza por la plena cognoscibilidad de las cláusulas contractuales;<sup>65</sup> a ella se le contraponen la noción de opacidad.<sup>66</sup>

Si, por una parte, la transparencia asume «la forma de principio»<sup>67</sup> y como tal está en la base de una serie de normas de derecho positivo,<sup>68</sup> por la otra debe ser considerada como una cláusula general.<sup>69</sup>

El ámbito dentro del cual la transparencia asume una validez conceptual más definida es claramente el del contrato escrito<sup>70</sup> en el que la transparencia se eleva a requisito cualitativo, cuya falta está en condiciones de incidir en la validez del propio contrato.<sup>71</sup>

En consecuencia, el principio de transparencia del contenido contractual no solo es tomado muy en cuenta por la legislación especial de matriz comunitaria, sino que constituye uno de sus principios inspiradores en la perspectiva de la obtención del objetivo de favorecer la prestación de un consentimiento realmente consciente por parte del contratante no predisponente, incluso en tutela del libre mercado.<sup>72</sup>

La transparencia contractual, en abstracto, es un macroconcepto que presenta varias y distintas caracterizaciones en relación a los distintos grupos contractuales comprendidos.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> Sobre los problemas interpretativos que, en los contratos estándar, plantean las cláusulas «oscuras» o «incomprensibles», vid. AND. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., p. 125 ss. Cfr. VETTORI, *Accordi «amministrativi» e contratto*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 518 ss.

<sup>66</sup> Sobre el punto vid. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, en *L'intermediazione mobiliare, Studi in memoria di A. Maisano*, Nápoles, 1993, p. 180 y en *Giur. it.* 1992, IV, c. 411 ss.

<sup>67</sup> RIZZO, *Trasparenza e contratti dei consumatori*, cit., p. 64.

<sup>68</sup> Cfr. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, cit., p. 26.

<sup>69</sup> E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., p. 94.

<sup>70</sup> ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003, p. 1 ss.; cfr. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici «inter vivos»*, cit., p. 907.

<sup>71</sup> RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, cit., p. 58.

<sup>72</sup> En efecto, si el profesional formula su oferta económica de bienes o servicios mediante cláusulas (unilateralmente predispuestas) ambiguas, es muy probable que el consumidor termine por efectuar la elección sin ponderarla. Lo cual se refleja de manera automática y perjudicial sobre el interés de los demás operadores profesionales a no ser superados, de manera desleal, por el competidor incorrecto. Cuando las cláusulas estén destinadas a ocultar las características de la prestación o el precio efectivo, se altera el mecanismo de la competencia y se hace difícil la elección óptima. La afirmación fuerte del principio de transparencia sirve así de ayuda a los mecanismos naturales del mercado y para garantizar, en caso de que estos fallen, la posibilidad del equilibrio entre las prestaciones. Este parece ser el significado más evidente a asignar a la invocación del principio de transparencia realizado por el art. 34, 2ª párrafo, última parte; así IAIONE, *Il contratto-tipo e la tutela del consumatore*, Milán, 2004, p. 132.

COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999 (ed. 2002), p. 12, desarrolla el argumento según el cual «the modern type of regulatory discourse evolving through private law has the capacity to produce effective regulation designed to combat instances of unfairness in contracts. [...] In particular, private law is often regarded as ineffective in imposing reasonable standards of quality».

<sup>73</sup> Cfr. ALPA, *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, en *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario*, al cuidado de Ferro-Luzzi y Castaldi, III, Milán, 1996, p. 1783 ss.



Podemos hacer referencia a la distinta actitud de la transparencia, tal como es delineada en el código del consumo o en el del turismo, sin olvidar los deberes informativos previstos por el art. 21 del Texto Único de las Finanzas italiano.<sup>74</sup>

En la búsqueda de un mínimo común denominador, hay quien ha observado que el sintagma «transparencia contractual» no es más que una expresión específica del principio de corrección<sup>75</sup> en las relaciones contractuales,<sup>76</sup> del que no constituiría sino una emanación.<sup>77</sup>

Este sentido también es confirmado por las reflexiones iniciadas a razón de la Ley n. 154, del 17 de febrero de 1992 (luego confluida en el Texto Único Bancario n. 385, del 1º de setiembre de 1993, en materia crediticia), vale decir, de la primera medida normativa que introdujo el deber de transparencia.<sup>78</sup>

Sin embargo, esta concepción contradice los intentos orientados a reconocer en la transparencia un principio normativo autónomo no declinable bajo el canon de la buena fe.<sup>79</sup> Esta segunda tendencia, de hecho, considera poder calificar la transparencia como principio general, diferente y autónomo respecto a la buena fe: una forma normativa transversal con funciones polivalentes que, como tal, no puede ser reducida a una subcategoría de la regla de la buena fe.<sup>80</sup>

Según otro planteamiento, también fuertemente criticado,<sup>81</sup> la transparencia sería un concepto polivalente y, en su caso, sinónimo de equidad (del contrato) o de equivalencia (de las prestaciones contractuales).

Según esta última tendencia, se asistiría a una suerte de neoformalismo negocial en virtud del cual se celebra una unión de carácter funcional entre la forma del acto y su contenido.<sup>82</sup>

<sup>74</sup> Ex multis TERRANOVA, *La disciplina dei contratti nella nuova legge bancaria*, en *Il nuovo testo sulla normativa bancaria*, 1995, p. 123; R. CLARIZIA, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e obblighi di informazione*, en *Riv. it. leasing*, 1992, p. 221. Cfr. además GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, en *Contratti*, 2008, p. 393 ss.

<sup>75</sup> Así, DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 30 ss. Cfr. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, en *Corr. giur.*, 1993, p. 641 ss.; ID., *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, cit., III, p. 1785 ss.; MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., p. 97.

<sup>76</sup> Cfr. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, en *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, al cuidado de Bianca, Busnelli et alii, en *Nuove leggi civ. commentate*, 1997, p. 768 ss.; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, en *Contratti*, 2006, p. 164 ss.

<sup>77</sup> GIAMMARIA, *Sub Art. 1469 quater*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis -1469 sexies del Codice civile*, al cuidado de Alpa y Patti, Milán, 1997, I, p. 677.

<sup>78</sup> CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Nápoles, 2000, p. 57.

<sup>79</sup> Cfr. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 705 ss.; SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, cit., p. 167 ss.

<sup>80</sup> Cfr. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza*, 2007, Padua.

<sup>81</sup> Críticamente CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, en *Studi in onore di Davide Messinetti*, al cuidado de Ruscello, I, Nápoles, 2008, p. 265 ss.

<sup>82</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Turín, 2a ed., 2015, (1a ed., 2012), p. 233 ss.

En consecuencia, la forma vinculada es elegida por el legislador como el medio más eficaz para garantizar la cognoscibilidad de las informaciones debidas en la perspectiva de una lealtad y corrección en las relaciones contractuales.<sup>83</sup>

Todo esto se debería a la necesidad de prevenir el fenómeno de la asimetría del poder contractual, reconocido en primera instancia en el régimen sobre los contratos con causa de consumo (B2C) para luego extenderse a toda hipótesis negocial, aun cuando solo sea potencialmente desequilibrada y no esté necesariamente vinculada a una específica «cualidad» socioeconómica de las partes (B2b).<sup>84</sup>

A los críticos de esta última perspectiva de la transparencia contractual como instrumento de tutela de la parte contractualmente «débil», se critica que la noción misma de transparencia promana del derecho europeo de los contratos, el cual ha acogido el principio en cuestión, finalizándolo a un régimen de expansión y de gobierno eficiente del mercado.<sup>85</sup>

Ya que la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores aparece entre los objetivos prescritos por la solidaridad en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, se entiende que el interés consumerista referido por el art. 38 de la Carta siempre tiene como referente al mercado en competencia y a las relaciones que se desarrollan en él.<sup>86</sup>

Y es a través de un mercado tendencialmente en competencia orientado a la transparencia que se generaría una confianza por parte de los agentes económicos presentes en él (y, como efecto, más consumo).<sup>87</sup>

En este contexto, en el respeto de la autonomía privada, los principales instrumentos de transparencia por lo general constan, como es sabido, de deberes de información precontractual y de prescripciones de forma y de contenido mínimo.<sup>88</sup>

Por otra parte, no es infrecuente que la infracción de prescripciones de transparencia sea sancionada con una nulidad asistida por una integración.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Cfr. DI GIOVANNI, *La forma*, en *I Contratti in generale*, al cuidado de E. Gabrielli, t. II, en *Trattato dei contratti*, Turín, 1999, p. 774 ss.

<sup>84</sup> ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 53 ss.

<sup>85</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, en *Giur. it.*, 2011, p. 1697 ss. Sobre la cuestión de la interpretación de las cláusulas generales vid. MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: sul recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, en *Contratto e impresa. Europa*, 2008, p. 50 ss.

<sup>86</sup> Véase MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, en *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 55 ss.; GRISI, *Informazione (obblighi di)*, en *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milán, 2011, p. 606 ss.

<sup>87</sup> Cfr. Trib. UE, del 3 de junio de 2010, causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Ausbanc*. En esta perspectiva, la transparencia es, ante todo, expresión del principio de competencia en las relaciones contractuales.

<sup>88</sup> Crítico GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit., p. 164.

<sup>89</sup> *Ex multis*: BRECCIA, *La forma*, en *La formazione*, al cuidado de Granelli, en *Trattato del contratto*, dirigido por Roppo, vol. I, Milán, 2006, p. 535 ss.; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei*

Efectivamente, el derecho europeo de los contratos ha acogido el principio de transparencia a través de la noción de «información cualificada y obligatoria»<sup>90</sup> en el ámbito de un régimen de eficiencia del mercado en crecimiento «en términos de utilidad económica»<sup>91</sup> o de protección de valores solidarios y de la persona.<sup>92</sup>

En la previsión de deberes específicos de comportamiento de los profesionales y, por tanto, en el deber de brindar informaciones de manera clara y comprensible (*clare loqui*), tampoco puede dejar de identificarse una tendencia dirigida a prever reglas explícitas y específicas caracterizadas por un elevado grado de especificidad que, yendo más allá de la configuración de un principio general, a pesar de referirse a ambos contratantes, configura un verdadero y propio deber de transparencia a cargo del contratante predisponente,<sup>93</sup> en función de la superación de los desequilibrios contractuales.<sup>94</sup>

---

*contratti*, Pisa, 2009, p. 119 ss.; FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milán, 2011, p. 73 ss. y 107 ss.

<sup>90</sup> En la perspectiva del derecho privado europeo *ex multis* indicamos a CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, en *Eur. rev. priv. law*, 2009, 17, p. 559 ss. Entre los estudios menos recientes «en términos de buena fe»: COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, 14, p. 229 ss., p. 236 ss.; *Good Faith in Contract: Concepts and Context*, al cuidado de BROWNSWORD, HIRD y HOWELLS, Dartmouth, 1999.

<sup>91</sup> Según PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, cit., p. 1286: «Si se parte de la regla, reafirmada con fuerza en más de un “considerando” europeo, de que toda información óptima al consumidor, junto al efecto principal de seleccionar responsablemente las mejores ofertas comerciales, contempla también el efecto indirecto de introducir un control difuso sobre las conductas empresariales contrarias al mercado, se hace factible pensar entonces que, a través de un contrato transparente, se pueda tener (o realizar) una transparencia del mercado», que debe entenderse, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*vid. Trib. UE*, del 3 de junio de 2010, causa C-484/08, *Caixa de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Ausbanc.*) «como una situación que genera vínculos fundados en la confianza y, por efecto de un juego de concatenación, más consumo»; visión deseable e «idílica» (así DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., p. 17).

<sup>92</sup> Tal como fue sugerido, aun cuando con una diferencia de acentos y tonos, por P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, ahora en ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*, Nápoles, 2005, p. 309 ss., y por LIPARI, *Persona e mercato*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 755 ss. Sobre el vínculo entre transparencia, información y mercado, en una lógica que evidencia la superación del régimen *antitrust* como normativa de los empresarios y para los empresarios: GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, en *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss. En jurisprudencia véase la muy famosa y comentada Cass. S.U. n. 2207, del 4 de febrero de 2005, en *Giur. it.*, 2005, p. 1675 ss.; en *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 435 ss.; en *Il diritto industriale*, 2005, p. 185 ss.; en *Danno resp.*, 2005, p. 495 ss.; en *Corr. giur.*, 2005, p. 342 ss.; en *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 495 ss.; en *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss.; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 701.

<sup>93</sup> Sobre la diferencia en la aplicación del deber de transparencia y sobre la relevancia de los usos y prácticas comerciales, por lo menos en los contratos B2B, véase MCMEELE - GRIGOLEIT, *Interpretation of Contracts*, en *The Common European Sales Law in Context*, al cuidado de Dannemann y Vogenauer, Oxford, 2013, p. 459, según quienes «One would assume that as a consequence there exists a marked difference between the fairness control in B2C and in B2B contracts. This assumptions finds support in § 310 BGB: “reasonable account must be taken of commercial customs and practices” when assessing unfairness, especially in B2B transactions».

<sup>94</sup> Cfr. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit., p. 78-79; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., p. 98.

El significado que debe atribuirse a la expresión «claro y comprensible» se eleva a criterio fundamental de valoración de la transparencia contractual.<sup>95</sup>

De esta manera se comprende cuán necesariamente acentuado es el deber de transparencia en los contratos con los consumidores. Esto sin perjuicio, por cuanto respecta al derecho interno, de una prescripción legislativa expresa (art. 35 cód. cons. it.) que, como varias veces se ha observado,<sup>96</sup> parece ser ella misma oscura y fuente, a su vez, de una pluralidad de problemas hermenéuticos.

A pesar de las incertezas sobre las consecuencias a las que da lugar el irrespeto del deber de transmitir de manera clara y comprensible el contenido del contrato predispuesto, es evidente que, en caso de desequilibrio fisiológico entre las posiciones de los sujetos, la transparencia es funcional a crear las condiciones para un ejercicio correcto de la autonomía, operando casi como un mecanismo de «compensación» destinado a recrear condiciones de equilibrio entre las partes, las cuales han contribuido de forma diversa a la determinación del contrato, tanto es así que la falta de transparencia atrae en la evaluación de vejatoriedad incluso a las cláusulas que determinan el objeto del contrato y la adecuación de la contraprestación de los bienes y servicios (art. 34, punto 2, cód. cons. it.).<sup>97</sup>

En efecto, es legítimo imponer al sujeto que predispone el reglamento contractual (que, luego, es quien dispone de instrumentos de conocimiento más eficaces), el deber de formular de manera clara las condiciones, tanto normativas como económicas, que revisten una importancia decisiva en el contrato.

Dado que no todo dato informativo está en condiciones de superar las asimetrías informativas, solo una información «de calidad» es capaz de colmar, además de las asimetrías informativas, también las asimetrías cognitivas. Como resultado, la transparencia impone no solo una información completa y adecuada, sino que además exige que las cláusulas del contrato deban revestir una «forma» determinada: en específico, se trata de una forma caracterizada por claridad y comprensibilidad. Y no podría ser de otra forma. En efecto, dado que la relación consumidor-profesional se caracteriza también por un desequilibrio cognitivo a favor de este último, el conocimiento y la cognoscibilidad de todos los elementos del contrato resulta fundamental para que el acto de autonomía despliegue sus efectos.

Como resultado, se hace evidente la razón por la cual la investigación deba extenderse también a las cláusulas que proyectan el contenido económico.

<sup>95</sup> GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, cit., p. 78 ss.; GIAMMARRIA, *Sub Art. 1469 quater*, cit., p. 672.

<sup>96</sup> PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, en *Enc. dir.*, Annali V, Milán, 2012, p. 1296.

<sup>97</sup> MAR. NUZZO, *Sub art. 1469-quinquies, commi 1 e 3*, en *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., p. 729.

Bien vistas las cosas, la transparencia aquí invocada no se eleva a mero principio general de la contratación sino, más bien, a una noción sustancial y no solo formal.

En efecto, el profesional no solo está obligado a formular las cláusulas de manera inteligible, sino también a ilustrar al consumidor las informaciones necesarias para alcanzar un consentimiento consciente.<sup>98</sup>

De esta forma, el principio de transparencia no solo es un instrumento interpretativo vinculado estrechamente a la regla «tradicional» de la *interpretatio contra proferentem*, sino que también se convierte en un instrumento de regulación del mercado.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BATTELLI, Ettore. El principio del «clare loqui» y la tutela del contratante débil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 147-167, jan./mar. 2021.

---

---

<sup>98</sup> La autoridad Antitrust (Proveimiento n. 25242, del 19 de diciembre de 2014 CV/89, *Immobilream-Contratti Settore Immobiliare*, en *Boll.* 52/2014) ha evidenciado la relevancia que asume el art. 35 cód. cons. it., tomando en consideración también que el Tribunal de Justicia UE, del 30 de abril de 2014, C-26/13, recientemente ha confirmado que «el principio de claridad, transparencia y comprensibilidad de las cláusulas contractuales no solo concierne al plano formal y gramatical, sino que debe ser entendido en sentido extensivo, de manera que el consumidor pueda evaluar, en base a criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que surgen de la adhesión al contrato».