



## EL CONTRATO, ENTRE AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA. LA EXPERIENCIA ÍTALO-EUROPEA<sup>1</sup>

*Ernesto Capobianco*

Professore Ordinario di Diritto civile  
Università di Salento – Lecce (Italia)

---

TITLE: *The contract between autonomy and heteronomy. The italian-european experience*

RESUMEN: Uno de los cambios más significativos del régimen de los contratos en los países de la Unión Europea, sobre todo en los últimos tiempos, es el que se caracteriza por la cada vez mayor integración entre las legislaciones nacionales y la producción normativa de origen europea. Las normativas europea e italiana en materia de libre competencia han dictado reglas severas para el mercado: las empresas no pueden abusar de su posición de dominio, no pueden celebrar acuerdos prohibidos que amenacen la libre competencia entre los agentes económicos. El mercado es hoy regulado en vía heterónoma y vinculante. En efecto, existen reglas que controlan y adecuan el mercado con el propósito de evitar, por una parte, que los contratos solo sean el fruto de elecciones económicas en las que pueden prevalecer las imposiciones de los sujetos fuertes que solo buscan maximizar sus ganancias, y que, en cuanto tales, podrían generar desequilibrios y alteraciones del mercado; y, por la otra, que no se tome en consideración los intereses de los sujetos más débiles que también son relevantes en este.

ABSTRACT: *One of the most significant changes in the regulation of contracts in EU countries, especially in recent times, is the progressive integration of national legislations and the elaboration of European rules. European and Italian regulations in competition law have established strict rules for the market: companies cannot abuse of their dominant position, cannot make forbidden agreements threatening free competition among economic agents. The market is regulated nowadays in a heteronymous and binding way. Indeed, there are rules controlling the market with the purpose to avoid, on the one hand, that contracts are only the result of economical decisions imposed by strong agents only interested in maximizing their incomes, who could generate unbalanced situations and alterations of the market; and on the other hand, that interests of weakest agents, also relevant, are not taken into account.*

PALABRAS CLAVE: Contrato; autonomía contractual; heterorregulación.

KEY WORDS: *Contract; contractual autonomy; heteronymous regulation.*

SUMARIO: 1. EL SISTEMA ÍTALO-EUROPEO DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONTRACTUAL. 2. EL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA. 3. LA DIMENSIÓN DINÁMICA: LA RELACIÓN MERCADO/CONTRATO. 4. LA FUNCIÓN DEL CONTRATO ENTRE MERCADO Y PERSONA. 5. EL NUEVO ROSTRO DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL. 6. LA REGLA CONTRACTUAL COMO SÍNTESIS DE AUTORREGULACIÓN Y HETERORREGULACIÓN. 7. VALORES, PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS GENERALES: LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL CONTRATO. BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-35484 («La unificación del Derecho contractual europeo por vía jurisprudencial»), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es Investigador Principal el Prof. Dr. Andrés Domínguez Luelmo. Este ensayo constituye la ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Civil, celebrado en la Universidad Nacional de Tumbes (Perú) entre el 3 y 5 de septiembre de 2015, lo que explica algunas referencias al CC peruano. La traducción al español es de César Moreno More.

## 1. EL SISTEMA ÍTALO-EUROPEO DE LAS FUENTES DEL DERECHO CONTRACTUAL

Uno de los cambios más significativos del régimen de los contratos en los países de la Unión Europea, sobre todo en los últimos tiempos, es el que se caracteriza por la cada vez mayor integración entre las legislaciones nacionales y la producción normativa de origen europea (o, como frecuentemente se dice, comunitaria).

Si en el pasado la potestad legislativa dictada por las instituciones europeas operaba en materias restringidas, a razón de una influencia económica y política aún limitada, hoy en día los legisladores de los estados europeos no sólo deben concentrar muchos de sus esfuerzos para adecuar los ordenamientos internos a la abundante normativa europea (cuando sean necesarias normas de actuación), sino que sufren, de manera relevante, aquellas limitaciones de soberanía necesarias para favorecer la integración entre ordenamiento europeo y ordenamientos internos (véase, por ejemplo, para Italia los arts. 11 y 117 de la Constitución). También cobran relevancia, por cuanto respecta al Derecho de los contratos, además de las normas de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea (ahora, a partir del Tratado de Lisboa de 2009, «Unión Europea»), en especial, las directivas y reglamentos. Estos últimos son directamente aplicables y quitan espacio a la legislación nacional en determinadas materias; en presencia de un reglamento comunitario el legislador nacional no puede legislar en contrario: de hecho, el reglamento prevalece sobre la ley nacional y —en caso de contrariedad— implica la desaplicación de esta última. En cambio, las directivas son un instrumento más elástico y dan a los legisladores nacionales algunas indicaciones de resultado que estos deben cumplir, obligatoriamente, a través de instrumentos normativos de Derecho interno y dentro de un plazo preestablecido.

Por consecuencia, la actitud de los operadores y de los estudiosos del Derecho civil en Europa ha cambiado. Después de la constitución del primer «núcleo» de la futura Comunidad Europea, las fuentes del Derecho comunitario no tenían una incidencia efectiva y particular sobre las relaciones privadas, y la producción normativa comunitaria era una materia relegada a la atención casi exclusiva de los estudiosos del Derecho internacional. Er una fase en la cual el único ordenamiento jurídico considerado como tal era el ordenamiento «del Estado» (cfr. el art. 12 de las disposiciones preliminares al Código civil italiano de 1942).

Con una inversión total de esta tendencia, actualmente el Derecho europeo asume una enorme relevancia para el Derecho civil, gracias a la ampliación de las competencias y de los sectores de intervención propios de la Unión Europea, con la persecución por parte de esta última de objetivos más amplios que miran no sólo a los aspectos de la regulación económica, sino también a la tutela de los derechos fundamentales de la persona y a los aspectos peculiares de la persona física (pensemos en la figura del «consumidor» que es un sujeto al que el Derecho de la Unión Europea dirige una atención privilegiada).

En las relaciones civiles se impone ya, en el ejercicio de la función jurisdiccional, la exigencia de realizar interpretaciones «comunitariamente orientadas» de la normativa nacional, tal como afirma la jurisprudencia italiana (Cas. Salas Reunidas, n.º 13905, del 3 de junio de 2013; Cas. n.º 6513, del 3 de abril de 2014) y ello como confirmación de la imposibilidad de imaginar que el ordenamiento jurídico pueda identificarse hoy en día únicamente con el ordenamiento estatal.

## 2. EL CÓDIGO CIVIL Y LA NUEVA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA

Es ésta una confirmación de lo fundado del pensamiento de un autorizado estudioso de Derecho italiano, Filippo VASSALLI, que ya en los años cincuenta hablaba de extra-estatalidad como carácter ontológico del Derecho civil, y del deber para los cultivadores del Derecho civil de superar el dogma estatal y, por consecuencia, el de las barreras entre los pueblos. Es un camino que Europa todavía está comenzando a recorrer, pero que en un marco aún más amplio se manifiesta con los fenómenos de la globalización y de la desnacionalización del Derecho de los contratos.

Actualmente, el marco que el civilista tiene ante sí, en relación al Derecho de los contratos, es un marco del cual emerge la complejidad del régimen contractual, marco que no puede seguir siendo confinado dentro de los estrechos límites de los Códigos civiles nacionales.

## 3. LA DIMENSIÓN DINÁMICA: LA RELACIÓN MERCADO/CONTRATO

Uno de los aspectos que comienza a emerger con mayor claridad en este marco más general, caracterizado por la complejidad y por el polimorfismo del fenómeno contractual, es la exigencia de abandonar una consideración «estática» del contrato.

Hoy en día, no se puede mirar al contrato de manera estática y aislada, en función de cómo lo diseñan los códigos civiles nacionales, como ocurre con los arts. 1321 del Codice civile italiano y 1254 CC español (al igual que el art. 1351 CC peruano). Por lo general, estos describen al contrato como una operación que media entre dos particulares y que deriva de un acuerdo dirigido a la producción de determinados efectos. Se trata de una perspectiva anacrónica: para comprender el contrato debemos ubicarlo en el contexto del mercado. El mercado influye, bajo el aspecto jurídico, sobre los contratos; del mismo modo, los contratos influyen sobre el tráfico económico y, por ende, sobre el mercado (por lo que se refiere a esta vinculación véase la Corte constitucional italiana, sentencia n.º 52, del 18 de febrero de 2010).

La autonomía contractual que se desarrolla en el mercado a través de la oferta y la demanda de bienes y servicios crea el mercado; a su vez, la autonomía contractual es influenciada por el mercado, en el sentido que, desde el punto de vista económico, el mercado influye sobre las elecciones e incide sobre la autonomía de los particulares. Lo mismo ocurre desde el punto de vista jurídico, porque –y es principalmente esta la contribución de la experiencia normativa que deriva de la integración europea– en la actualidad el mercado es regulado, por tanto, los contratos y su régimen jurídico se

ubican en un contexto que es regulado y controlado. Si así no fuese, el riesgo de ver prevalecer un capitalismo global, protector en mayor medida de los intereses de los agentes comerciales dotados de mayor fuerza contractual y, por consecuencia, en condiciones de imponer sus propias reglas sobre los otros contratantes, sería mayor.

En efecto, los agentes profesionalmente organizados como las empresas, no son los únicos protagonistas del mercado. Cuando se habla de relación entre contrato y mercado no se debe pensar que el mercado está constituido únicamente por las empresas, ni que el contrato debe plegarse a las exigencias de estas últimas. La actividad de producción e intercambio de bienes y servicios puede estar dirigida tanto frente a otros operadores profesionales, como a consumidores o, más en general, a otros clientes que, por alguna razón, como los consumidores, pueden ser considerados contratantes débiles. En consecuencia, queda claro que el mercado no solo puede ser el lugar en el que deben prevalecer las exigencias de lucro, sino también el lugar en donde quedan económica y jurídicamente comprometidos los intereses de los sujetos más débiles, que no utilizan el contrato para la creación de riqueza adicional, sino, a menudo, para la satisfacción de «necesidades». Así, puede celebrarse un contrato de compraventa inmobiliaria entre dos empresas, en el que una de ellas adquiera el bien con el fin de revenderlo en el mercado; pero también puede ocurrir que el mismo contrato sea celebrado para la adquisición de una vivienda principal por parte de una persona física; contrato, este último, que se inscribe en la lógica de la tutela del derecho a la vivienda, que en Italia, por ejemplo, recibe una atención privilegiada por parte de la carta constitucional (art. 47, 2° párrafo). Los dos contratos, ambos de compraventa inmobiliaria, podrían recibir una regulación distinta a razón de su distinta finalidad: el lucro en el primer caso, y la satisfacción de una necesidad en el segundo.

El mercado, si bien comúnmente es considerado como un lugar de intercambio, en el que se genera riqueza a través de la producción de bienes y servicios, no puede quedar reducido a sólo a eso. El mercado no está compuesto únicamente de economicidad, sino que se ubica también en un contexto social y normativo en el cual cobran relevancia principios, reglas y valores de la persona que deben ser considerados prevalentes, en relación con la mera actividad de creación de riqueza. Cuando se habla de libre mercado no es necesario pensar en un mercado en donde todo es posible: se debe abandonar la perspectiva pan-contractualista que ve en el contrato el único medio de regulación del mercado, ya que el mercado también es regulado en vía heterónoma y vinculante. En efecto, existen reglas que controlan y adecuan el mercado con el propósito de evitar, por una parte, que los contratos sólo sean el fruto de elecciones económicas en las que pueden prevalecer las imposiciones de los sujetos fuertes, que solo buscan maximizar sus ganancias, y que, en cuanto tales, podrían generar desequilibrios y alteraciones del mercado; y, por otra, que no se tomen en consideración los intereses de los sujetos más débiles que también son relevantes.

#### 4. LA FUNCIÓN DEL CONTRATO ENTRE MERCADO Y PERSONA

En el contexto ítalo-europeo parece que ya no se comparte aquella visión del Derecho de los contratos en clave exclusivamente de eficiencia económica. Tomando en consideración las fuentes legislativas de grado jerárquicamente superior (tratados comunitarios, constituciones nacionales) y coordinándolas con las disposiciones del código civil, el marco que emerge es distinto. Por ejemplo, las normativas europea, italiana y española, en materia de libre competencia han dictado reglas severas para el mercado: las empresas no pueden abusar de su posición de dominio, no puede celebrar acuerdos prohibidos que amenacen la libre competencia entre los agentes económicos. En el pasado era posible, por ejemplo, que las compañías de seguros que operaban en determinado mercado, se pusieran de acuerdo mediante un cartel (*trust*) en el que se establecía que ninguna de ellas podía cobrar una prima, por el seguro de responsabilidad civil, inferior a ciertos límites. Hoy en día, en cambio, esto no está permitido, ya que la ley establece que las empresas no pueden, mediante acuerdos, fijar directa o indirectamente los precios (*vid.* en Italia, el art. 2, 2° párrafo, Ley n.º 287, del 10 de octubre de 1990) porque es el libre juego de la competencia el que debe definir el precio; y ello precisamente para evitar que las empresas puedan ponerse de acuerdo y causar un daño al mercado y, como resultado, a los consumidores.

Para asegurar la libre competencia son necesarias algunas reglas. Por tanto, no es cierto que el mercado, para ser realmente libre, deba carecer de reglas. Todo ello nos ayuda a comprender el mercado no sólo es un lugar económico, sino también un lugar «jurídico», en donde el régimen jurídico del tráfico de bienes y servicios está regulado, es decir, se asegura la corrección de los operadores, la seguridad de las contrataciones, y el desarrollo y la tutela de la persona. Un notable desarrollo en este sentido ha tenido lugar en sede europea: antes del nacimiento de la Unión Europea, la Comunidad Económica Europea (CEE) favorecía e incentivaba el libre mercado, la libre competencia y tenía por finalidad asegurar el desarrollo de las actividades económicas de las empresas en régimen de competencia. Sin embargo, la CEE tenía un límite: se trataba de una comunidad basada en reglas que favorecían la incentivación económica del mercado, descuidando la tutela de los derechos fundamentales. Con el paso del tiempo, se advirtió la necesidad de coordinar el Derecho de la CEE con el contenido de las constituciones tradicionales, comunes a los estados miembros individuales; por lo que con el Tratado de Maastricht en 1992, se reconoció finalmente que la Comunidad Europea respeta los derechos fundamentales tal como son reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y como resultan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de ese momento en adelante la «Comunidad Económica Europea» se convirtió en «Comunidad Europea» para luego, sucesivamente, transformarse en «Unión Europea». Este cambio de denominación refleja el hecho de que hoy en día el mercado de la nueva Europa es un mercado en el cual los valores de la persona son debidamente tomados en cuenta. En esta dirección se ubica la Carta de Niza, que llegó a confluir luego en el Tratado de Lisboa, el cual contiene una serie de derechos fundamentales que en el ámbito de la UE deben ser respetados. Y ello en absoluta coherencia con lo sancionado, por ejemplo, en la

Constitución italiana (art. 41) que establece que: «La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse en contravención a la utilidad social o de manera que cause daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles adecuados para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada hacia fines sociales». Por tanto, la libertad de la cual se habla solo puede ser asegurada en un mercado que sea regulado. La Constitución española no se pronuncia de manera tan clara en los arts. 128 y ss.

Significativo al respecto es la actitud del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido caso *Omega*, el cual, luego de observar que «el ordenamiento jurídico comunitario está dirigido innegablemente a asegurar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho», reconoció que «el Derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana» (Tribunal de Justicia UE, causa 36/04, del 14 de octubre de 2004). De esta forma, se consolida la idea ya expresada tímidamente en antiguos pronunciamientos, según la cual se debe impedir que la dignidad humana pueda ser violada por el empleo estéril de la autonomía individual (Corte Constitucional italiana, n.º 125, del 9 de julio de 1963).

En consecuencia, las libertades económicas sucumben ante los derechos fundamentales. No puede, por tanto, causar sorpresa la actitud de la jurisprudencia que no duda en considerar nulas por contravenir el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (así en Francia, Cas. 3ª Sala, del 6 de marzo de 1996) o el valor constitucional de la solidaridad humana (art. 2 Const. it.), las cláusulas de un contrato de arrendamiento que contengan para el arrendatario prohibiciones de alojamiento temporal (Cas. it. n.º 14343, del 19 de junio de 2009).

Se trata de señales normativas y jurisprudenciales de gran importancia, que permiten esclarecer que el Derecho no está al servicio del mercado, sino que es el mercado el que debe ser ordenado por el Derecho, en una perspectiva respetuosa de los valores preeminentes del ordenamiento. La exigencia de regular el contrato y el mercado, que en apariencia pone trabas a la libertad de los agentes económicos, sirve para favorecer una libertad contractual en la cual no existan abusos. Como resultado, no se puede hablar de *death of contract*, como en ocasiones se ha dicho. Es más correcto afirmar que la función del contrato tiende a liberarse progresivamente de su matriz individualista para enriquecerse de una plusvalía de carácter social y publicista capaz de condicionar, cada vez con mayor intensidad y significancia, el plano de la actividad de los particulares, adecuando sus contenidos, sus patologías y sus remedios.

## 5. EL NUEVO ROSTRO DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Nos encontramos, entonces, bastante lejos tanto del *death of contract* como, en sentido contrario, de la *sanctity of contract*. Se debe tomar nota, probablemente, de la existencia de una nueva relación entre autonomía y heteronomía.

Tradicionalmente, la autonomía contractual se configura como el poder que las partes tienen para determinar libremente el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos por la ley, como se destaca en los arts. 1322 del Codice civile italiano y en el art. 1244 CC español (igualmente en el art. 1354 CC peruano). Este poder es especialmente enfatizado en el Derecho italiano por los arts. 1372 CC italiano y 1091 CC español, que establecen que *el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes* (el art. 1361 CC peruano se limita a decir que los contratos son “obligatorios”). La fórmula pone de relieve que, a través del contrato, que sirve a los particulares para «crear reglas», surge un «vínculo» (representado simbólicamente por la «fuerza de ley» reconducible al efecto del acuerdo), al que los contratantes se someten. Con la autonomía contractual se consagra, por tanto, este «poder creativo» de las partes: son éstas las que, a través de acuerdo, determinan una estructura vinculante de sus propios intereses.

Estas fórmulas parecen ser expresión de un modelo abstracto de autonomía contractual que presume la existencia de un equilibrio formal entre los contratantes, especialmente en el momento en el que les ofrece la posibilidad de determinar el contenido del contrato y de celebrar contratos que no pertenezcan a las tipologías ya reguladas. Sin embargo, dicho modelo se revela obsoleto. En la actualidad, el régimen jurídico de los códigos debe ser enfocado de manera correcta dentro de un contexto más general de normativas sectoriales que regulan el mercado, el cual se caracteriza hoy por su complejidad, tanto desde el punto de vista jurídico, como económico (el art. 45 del Código de consumo peruano es significativo en este sentido, al exigir en su último párrafo la coordinación necesaria entre el *código del consumidor* y el *código civil*, en la medida en que este último «*resulte compatible con la naturaleza*» de los contratos de consumo).

Así pues, se confirma que el mercado no puede ser confiado exclusivamente a la autonomía de los particulares, ya que ello significaría ignorar que aquél se caracteriza por la existencia de situaciones de asimetría informativa y de debilidad contractual que no son funcionales a su correcto desarrollo. La imposición de cláusulas injustificadamente gravosas, los tratos contractuales discriminatorios, la imposición de precios y cláusulas, la incorrección de las prácticas comerciales son fenómenos que el ordenamiento ya no tolera.

No obstante, si echamos un vistazo al dato normativo, podemos advertir que la regla contractual no emana exclusivamente de la autonomía de los contratantes, sino además de la intervención heterónoma de las fuentes de integración del contrato (arts. 1374 CC italiano y 1258 CC español, así como el art. 1356 CC peruano). La opinión

tradicional consideraba al art. 1374 CC italiano como una norma aplicable en los casos en los que existiese una laguna del contrato. De dicho planteamiento implicaba, como consecuencia necesaria, que las reglas sobre integración del contrato debían ser necesariamente normas dispositivas o supletorias, aplicables sólo a falta de una distinta previsión de las partes. Dicha integración estaría destinada a sostener a la autonomía privada o, a lo sumo, a hacer emerger del contrato todas aquellas consecuencias que pertenezcan a la regularidad de la operación económica expresada por ella. Un planteamiento de este tipo ya no parece aceptable a la luz del abandono de la teoría voluntarista del contrato. Si en determinado momento la integración supletoria era la regla, y la vinculante casi la excepción, hoy en día la integración vinculante, especialmente en los sectores regulados por el nuevo Derecho del mercado (en donde se destaca la regulación por sujetos, por sectores de productos y por técnicas de contratación) asume caracteres de regularidad. En efecto, a menudo, la regla heterónoma no es funcional para completar lagunas de la autonomía privada. Sin embargo, interviene de manera vinculante a través de normas imperativas, integrando el contrato, en relación a lo ya previsto por las partes. Pensemos, sólo por dar un ejemplo, en las normas que en Italia establecen una duración mínima en los contratos de arrendamiento (art. 2 de la Ley n.º 431, del 9 de diciembre de 1998) haciendo nulo todo pacto de duración diversa establecido entre los contratantes (art. 13, 3º párrafo, ley cit.) con el fin de salvaguardar la estabilidad de la relación habitacional.

Como resultado, la autonomía privada no puede ser considerada solo como un poder que produce e impone reglas conformes a la voluntad de las partes; las reglas del contrato emanan: como hemos dicho, de una síntesis entre autorregulación y heterorregulación. Y la intervención heterónoma, que proviene de la aplicación de fuentes del derecho de distinto rango, puede ser de tipo supletorio o de tipo vinculante, puede añadirse o incluso superponerse, sustituir o contradecir las reglas ya establecidas por las partes en el ámbito de un acuerdo (arts. 1374 y 1339 CC italiano). Por tanto, se puede afirmar que cuanta más relevancia social asuma un contrato, menores serán los márgenes de autonomía reconocidos a los particulares: pensemos en la diferencia (bajo el aspecto de la autonomía de los contratantes) que caracteriza a la regulación de un contrato de compraventa de un bien de lujo, de aquella que caracteriza a un contrato de trabajo subordinado. En este último caso, se deja muy poco espacio a la libre regulación de los particulares, atendiendo a que en dicho caso cobra relevancia un estatuto mínimo e inderogable de la relación, determinada en vía heterónoma por las normas del ordenamiento y por la contratación colectiva.

## 6. LA REGLA CONTRACTUAL COMO SÍNTESIS DE AUTORREGULACIÓN Y HETERORREGULACIÓN

De las consideraciones anteriormente desarrolladas resulta que la autonomía contractual no puede ser reducida a la definición normativa común contenida en los códigos civiles, sino que es menester coordinar dicha definición con el sistema más general de las fuentes del derecho y, en especial, tener presente la relevancia, en esta materia, de las normas constitucionales y de las del Derecho europeo, que prevalecen jerárquicamente sobre las normas internas y, en particular, sobre la de los códigos,

ahora antiguas (a pesar de sus reformas, el CC italiano, por ejemplo, es de 1942; y el CC español de 1889). Efectivamente, no se puede dejar de observar que estas fuentes superiores del derecho (pensemos en el art. 41 de la constitución italiana o en las disposiciones de la Carta de Niza) exigen que todo acto de iniciativa económica y, por tanto, que todo contrato sea conforme a la legalidad constitucional y comunitaria, así como a los principios que de ella se deducen. Se trata de disposiciones que no son meramente puras declaraciones de principios, sino que representan instrumentos normativos relevantes para la resolución de problemas prácticos y que los jueces, cada vez con mayor frecuencia, son llamados a aplicar en las soluciones de los casos concretos.

Así pues, la autonomía privada es conformada y modulada por el legislador. La dinámica de la evolución normativa del Derecho de los contratos nos lleva a dudar del hecho de que aún sea correcto hablar, por un lado, de libertad contractual y, por el otro, de limitaciones. Identificar la normativa aplicable a los contratos es el resultado de una operación compleja y muchas de las reglas que configuran la autonomía de los contratantes son reglas vinculantes. Entonces, sería más correcto no representar a estas últimas en términos de límites, sino considerar que el Derecho de los contratos está modulado y conformado en función de los valores preeminentes del ordenamiento. Es este el resultado de una verificación del sistema normativo que en la materia de los contratos tiende a regular, cada vez más, de manera vinculante e inderogable, sujetos (por ejemplo, los consumidores), información precontractual, formas y contenidos contractuales, y a regular de manera detallada peculiares técnicas de contratación (contratación fuera del establecimiento mercantil, a distancia, contratación electrónica). Tanto es así, que hoy en día se habla, en plural, de «autonomías» contractuales, en lugar que de una autonomía singular y, en especial en Italia, se han acuñado nuevas categorías ordenantes del Derecho de los contratos (primer contrato: contrato del código civil entre contratantes indiferenciados; segundo contrato: contrato entre un profesional y un consumidor; tercer contrato: contrato entre empresas) –a mi parecer, no del todo aceptables– caracterizadas por un distinto modo de incidencia de normas, predominantemente inderogables, sobre los contratos celebrados por determinadas categorías de contratantes (consumidores, empresas débiles).

Si se admite la concurrencia paritaria entre autonomía y heteronomía en la determinación del reglamento contractual, entonces debemos preguntarnos si aún tiene sentido considerar siempre excepcionales aquellas que podían ser definidas como posibles limitaciones a la autonomía privada. Efectivamente, un discurso de este tipo solo era imaginable si se razona en términos de «libertad contractual», por un lado, y de «límites», por el otro, como regla y excepción respectivamente (así, según el art. 1355 CC peruano: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos»). Y, en efecto, las reglas excepcionales no son aplicables analógicamente.

Si, no obstante, la autonomía privada es modulada según determinados valores, asegurados por las intervenciones heterónomas, la intervención heterónoma sobre los contratos se haría funcional a aquellos valores, por tanto, ya no sería encuadrable en términos de «límite-excepción a la regla», sino que se convertiría ella misma en regla, en tanto expresión de aquellos valores a ser tutelados.

Imaginemos que determinada norma imponga, para un determinado contrato, la forma escrita bajo pena de nulidad. Si el principio general es el de la libertad de la forma y se razona en términos de «límites» (o de excepciones a la regla general), la norma que prescribe la regla de forma, sería de carácter excepcional, no habiendo posibilidad de extender la forma vinculada más allá de las hipótesis para las cuales ella está textualmente prevista. De ello resulta que una hipótesis que constituya un caso similar o una materia análoga a la hipótesis regulada se sustraería a la aplicación de la regla de forma.

El razonamiento no convence si se considera que la forma, además de elemento estructural del contrato, en ocasiones responde a una función de protección del contratante débil, como a menudo resulta de las indicaciones provenientes de la algunas Directivas europea. Si el ordenamiento prescribe determinada forma del acto para realizar un interés relevante, la prescripción de la forma escrita no puede considerarse excepcional, sino por el contrario un requisito exportable analógicamente cada vez que la misma *ratio* de tutela se haga presente. Planteo un ejemplo relativo al Derecho italiano. Si en un contrato encuentro una cláusula abusiva predispuesta unilateralmente, pero que no está comprendida en la lista de cláusulas abusivas del art. 1341 CC, que deben ser aprobadas por escrito, ¿de cualquier forma, se debe exigir al adherente la aprobación específica de la cláusula por escrito (regla de forma) para considerarla eficaz? Si me ubico en la perspectiva de la excepcionalidad de la regla de forma (en tanto límite respecto a la regla de la libertad de forma) deberé excluir que sea necesaria la aprobación por escrito; si me ubico en la perspectiva de la función protectora de la forma, respondiente al valor que el ordenamiento trata de proteger (la consciencia del consentimiento del contratante que sufre un contrato unilateralmente predispuesto) deberé considerar necesaria la aprobación por escrito de la cláusula, con extensión analógica del requisito formal incluso a cláusulas que no están previstas por el legislador, pero que de alguna forma son abusivas en ese caso concreto.

En sentido análogo, en presencia del principio del carácter vinculante de los contratos (arts. 1372 CC italiano y 1256 CC español; y art. 1361 CC peruano) también las prescripciones en materia de derecho de desistimiento deberían considerarse excepcionales. Sin embargo, la jurisprudencia italiana ha considerado que el derecho de desistimiento, otorgado al inversor por el art. 30 del Decreto Legislativo n.º 58, del 24 de febrero de 1998, y la previsión de nulidad de los contratos sobre instrumentos financieros en los que aquel derecho no esté contemplado, se aplican incluso fuera del ámbito del servicio de colocación (al que se refiere expresamente la norma) prestado por el intermediario a favor del emisor y del ofertante de dichos instrumentos, fundamentando su decisión, de manera global, en relación a la exigencia de identidad

de *ratio* en presencia de una situación análoga de mayor vulnerabilidad en la que de alguna forma llega a encontrarse el cliente por el hecho mismo de que la oferta lo alcanza fuera de la sede del intermediario o de los otros sujetos indicados por el primer párrafo de la previsión del art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la cual, al garantizar la protección de un nivel elevado de consumidores, impone interpretar las normas ambiguas en el sentido más favorable a estos últimos (Cas. Salas Reunidas, n.º 13905, del 3 de junio de 2013; así como Cas. n.º 7776, del 3 de abril de 2014).

Por este motivo, la regulación heterónoma del contrato no puede ser vista, de manera reductiva, en términos de limitación que –en cuanto tal– tendría naturaleza excepcional. En cambio, el juicio de excepcionalidad no puede ser sino posterior a un análisis preciso que permita comprender si aquella prescripción constituye o no una excepción a una regla general. Por consecuencia, es preferible hablar de «autonomía privada modulada» o «adecuada», en lugar de «autonomía privada» y «límites» (porque el límite siempre es considerado una excepción). Cuando la autonomía privada se adecúa a los valores determinados en vía heterónoma, queda por demostrar si la excepcionalidad de aquellos valores halla fundamento en el sistema.

Esto significa que la heterorregulación no es contraria a la autonomía contractual, sino más bien, a menudo y de buena manera, favorece precisamente su correcto desarrollo. La intervención en la regulación encuentra su razón de ser en el objetivo de garantizar que la autonomía contractual se desarrolle en el mercado evitando sus desequilibrios y fallas. La indiscriminada manifestación de la autonomía de los particulares debe ceder el paso cuando el objetivo sea asegurar que, en un mercado, las reglas que los particulares se pueden dar (la autorregulación), procedan conforme a caminos de equilibrio o, en general, de conformidad con los valores del sistema.

#### 7. VALORES, PRINCIPIOS Y CLÁUSULAS GENERALES: LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL CONTRATO

Cuanto mayor sea la incidencia de los «valores» en el contrato, mayor será la dificultad de que estos valores puedan ser contenidos en disposiciones normativas en sentido estricto. La intervención en el contrato de fuentes externas a la autonomía privada se realiza también a través de disposiciones de contenido indeterminado: principios y cláusulas generales. El art. 1374 del código civil italiano invoca en especial, además de a la ley, a la equidad; mientras que el arts. art. 1375 lo hace a la buena fe, al igual que el art. 1258 CC español.

Parte de la doctrina incluye a los principios en el término «ley» contenido en el art. 1374 CC italiano. En efecto, tras la modificación del marco de las fuentes del derecho (caracterizado actualmente por una mayor complejidad) a causa de la promulgación del código de 1942, el término «ley» se convierte en un contenedor muy amplio, destinado a transmitir al contrato fuentes muy distintas. Desde las normas constitucionales a las internacionales y comunitarias (reglamentos, directivas, directivas no actuadas). Y no son sólo los principios los que últimamente tienen un indudable valor normativo:

pensemos en la proporcionalidad, en la razonabilidad, en la prohibición de abusos y discriminaciones.

Con este propósito no puede dejar de señalarse que en estos últimos tiempos se puede constatar, por parte de un sector doctrinal, una cierta desconfianza en relación a la aplicación de los principios, específicamente en relación a los principios constitucionales. Se estigmatiza la existencia de una cierta ansiedad creativa por parte de la jurisprudencia (Castronovo); se remarca que el Derecho civil y el Derecho común están ya en condiciones de desarrollar por sí mismos su propia función ordenante; se critica que el juez que aplica los principios, a veces en vía de simple adecuación, otras contradiciendo abiertamente las reglas, termina por superponer su propia ponderación de intereses a la ya realizada por el legislador al predisponer la regla normativa. Se remarca, finalmente, que debe ser sólo la ley la que puede establecer programas y controles para dirigir la autonomía privada hacia fines sociales, con la consecuencia de que, por tanto, no parece haber espacio para intervenciones autónomas de los jueces inspirados en principios de indudable validez.

Al respecto debemos observar, por una parte, que la referencia a los principios no es una invención del intérprete como una nueva forma de manifestación de la normatividad (Grossi). Basten algunos ejemplos: la invocación en la normativa italiana a la corrección, transparencia y equidad en las relaciones contractuales con los consumidores (art. 2, lit. e, del Código del consumo italiano), a los principios de buena fe, corrección y lealtad en las prácticas comerciales desleales (art. 2, lit. c bis), a los principios de buena fe, corrección y lealtad en las actividades comerciales (art. 39 cod. cons.), a la razonabilidad en los contratos de garantía financiera (art. 8 D. Leg. n.º 170 de 2004), a la necesidad de que los contratos que tienen por objeto productos agrícolas y agroalimentarios deban informarse en los principios de transparencia, corrección, proporcionalidad y reciprocidad de las prestaciones (art. 62, 1º párrafo, D. Leg. n.1 de 2012) o que toda actividad humana deba adecuarse al principio del desarrollo sostenible (art. 3 quarter del código del ambiente) (integración de los intereses ambientales en la actividad contractual). En el contexto del Derecho europeo, en el ámbito del cual dichos principios se han desarrollado, tampoco puede ignorarse que los «derechos fundamentales, garantizados por el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión en tanto principios generales» (art. 6, 3º párrafo, TUE). De igual forma, las disposiciones del futuro Derecho europeo de los contratos (como por ej. el *Draft Common Frame of Reference* art. I.-1.102) hacen referencia a los «principios subyacentes» de manera que se garantice los derechos humanos, las libertades fundamentales y las normas constitucionales aplicables.

Asimismo, en España, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contiene referencias a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en sus arts. 65, 80, 82 y 87, aplicables al

Derecho de contratos (y en igual sentido el Código del consumidor peruano (art. V, art. 1, art. 47, 48, en especial con referencia a la *buena fe y equilibrio*).

El peligro, en ocasiones advertido, del carácter demasiado abierto y elástico de estas reglas, sugeriría un uso parsimonioso y residual de ellas, de modo que no se impongan límites a la autonomía privada fuera de los casos previstos por la ley (Sacco); y el peligro de otorgar a los jueces aquellos que se definen como, haciendo referencia aquí al mundo imaginario de los comics, «superpoderes» (Pardolesi), debería descartarse precisamente por la constatación de que, por ejemplo, la buena fe y la equidad son reglas invocadas específicamente por la ley, las cuales exigen su aplicación, por un lado, en tanto más envejeczan los códigos y, por el otro, para adecuar de mejor forma el reglamento contractual al caso concreto en la necesaria combinación de auto y heterointegración.

Desde hace algunos años, la jurisprudencia italiana se ha esforzado por cambiar su propia actitud y está experimentando valerosamente un nuevo rumbo en la consciencia del nuevo escenario normativo caracterizado por la coexistencia de reglas detalladas, principios y cláusulas generales. Experimentos que ciertamente hacen discutir (como en el caso de la conocida sentencia italiana sobre el control judicial del desistimiento *ad nutum*, a la luz del principio de la prohibición de abuso del derecho: Cas. n.º 20106, del 18 de septiembre de 2009; de la reducción de oficio de la cláusula penal, a la luz del principio constitucional de solidaridad: Cas. Salas Reunidas, n.º 18128, del 13 de septiembre de 2005; solución que de alguna forma ha sido extendida por la Corte Constitucional italiana a las arras: Corte Const., ord n.º 248, del 13 de octubre de 2013 y ord. n.º 148, del 26 de marzo de 2014) a aquellos que hablan de «eclipse del Derecho civil» (Castronovo), pero que no pueden considerarse totalmente arbitrarios en un ordenamiento que ha cambiado profundamente.

#### BIBLIOGRAFÍA:

1.- En orden a la incidencia del Derecho comunitario sobre las instituciones de Derecho civil, cfr. principalmente P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992; AA.VV., *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, bajo el cuidado de L. Moccia, Milano, 1993; AA.VV., *Saggi di diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private*, bajo el cuidado de R. Pardolesi, Napoli, 1995; AA.VV., *Diritto privato comunitario*, I y II, bajo el cuidado de V. Rizzo, Napoli, 1997; AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, bajo el cuidado de N. Lipari, Napoli, 1998; AA.VV., *Il diritto privato dell'unione europea*, I y II, bajo el cuidado de A. Tizzano, Torino, 2000; AA.VV., *Trattato di diritto privato europeo*, I y II, bajo el cuidado de N. Lipari, Padova, 2003; AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo e Mazzamuto*, I-III, Milano, 2007; P. PERLINGIERI, *Il "diritto privato europeo" tra riduzionismo economico e dignità della persona*, en *Europa dir. priv.*, 2010, p. 345 ss.; G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto*

*privato europeo*, en *Europa dir. priv.*, 2011, p. 1. Con especial referencia al contrato, debemos indicar la necesidad de distinguir las distintas problemáticas vinculables al tema del Derecho europeo de los contratos: de este podemos hablar como modalidades de incidencia del Derecho europeo sobre el Derecho nacional de los contratos (es la perspectiva elegida en este escrito), como Derecho comunitario vigente (entendido como conjunto de reglas de origen comunitario introducido por los órganos de la Unión), como Derecho positivo europeo de los contratos (en base a la Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y al Reglamento CE. “Roma I” n.º 593, del 17 de junio de 2008), y finalmente como futuro Derecho europeo que mira a las iniciativas, académicas u oficiales, de armonización y uniformización del Derecho europeo de los contratos. La bibliografía sobre el tema es vastísima. Entre otros, además de los estudios más generales recordados precedentemente, así como para ulteriores referencias: G. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, en *33 CML Rev.* 1996, p. 1169; C. KIRCHNER, *Europäische Vertragsrecht*, en *Europäische Vertragsrecht*, bajo el cuidado de H.-L. Weyers, Baden-Baden, 1997, p. 103 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003; V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti*, en *Europa dir. priv.*, 2004, p. 441; AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia dei privati e regolazione del mercato*, bajo el cuidado de P. Sirena, Milano, 2006; A. GENTILI, *I contratti d’impresa e il diritto comune europeo*, en *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 7 ss., H. KOTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006; A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, bajo el cuidado de E. Navarretta, Milano, 2008; M. BUSSANI y M. INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un’introduzione*, Torino, 2010; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012; G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, en *Tratt. Dir. civ. Comm.* Cicu –Messineo, Milano, 2014, p. 147 ss. y 755 ss.

2.- F. VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, en *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960; ID., *Il codice civile e il processo costituente europeo*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21; H. COLLINS, *The European civil code: the way forward*, Cambridge, 2008; en su traducción italiana ID., *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2014; C. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, en *Europa dir. priv.*, 2012, p. 687. Sobre la globalización: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2001; S. RODOTA’, *Diritto, diritti, globalizzazione*, en *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 765; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, en *Foro it.*, 2002, V, p. 151; E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, rapporti civili e diritti della persona*, en *Vita not.*, 2004, p. 3; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; J.K. LEVIT, *Global Issues in Contract Law*, en *56 Am. J. Comp. L.* 499, 2008; D. B. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2008; G. IUDICA, *L’influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 143.

3.- P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, en *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, en *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 548; ID., *Diritto dei contratti e dei mercati*, en *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.; AA.VV., *Persona e mercato. Lezioni*, bajo el cuidado de G. Vettori, Padova, 1996; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, en *Riv. trim.*, 1998, p. 30 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, en *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss.; AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, en *Riv. trim.*, 1999, p. 725 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, en *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 110 ss.; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, en *Squilibrio e usura nei contratti*, bajo el cuidado de G. Vettori, Padova, 2002, p. 1 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Camerino-Napoli, 2003; *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, en *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 5 ss.; ID., *Behavioural law and economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, en *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 167; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, en *Giur. comm.*, 2007, I, p. 379; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, en *Studi in onore di Antonino Cataudella*, bajo el cuidado de E. Del Prato, Napoli, 2013; E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 1 ss.

4.- Sobre la relación entre Derecho de los contratos y Derecho de la libre competencia, y entre Derecho de los contratos y derechos de la persona, además de los trabajos indicados en el punto 3, véase, en distinto sentido: G. OPPO, *Principi*, en *Tratt. di dir. comm.* Buonocore, Torino, 2001; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, en *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433; G. VETTORI, *Carta dei diritti e codice europeo dei contratti*, en *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 673; ID., *Contratto e concorrenza*, en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765; ID., *Contratto e concorrenza*, *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 765; ID., *Il contratto del terzo millennio*, en <http://www.personaemercato.it/2011/01/il-contratto-del-terzo-millennio>, (2011); P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003; G. PIEPOLI, *Dignità della persona e autonomia privata*, en *Pol. dir.*, 2003, p. 45; C. OSTI, *Contratto e concorrenza*, en *Tratt. Contr.*, bajo el cuidado de E. Roppo, VI, Milano, 2006, p. 633, ss.; G. OLIVIERI y A. ZOPPINI, *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009; C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, en *Europa dir. priv.*, 2011, p. 437; G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, en *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 567.

5.- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970; G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975 (reimpresa Napoli, 2011); M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, en *Quadr.*, 1988, 524; G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del*

contratto, en *Contr. impr.*, 1993, 499 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, en *I contratti in generale*, bajo el cuidado de Gabrielli, II, Torino, 1999, 1019 ss.; M. LIVI, *L'integrazione del contratto*, en *Trattato di diritto privato europeo*, bajo el cuidado de Lipari, Padova, 2003, 380 ss. N. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited: a Study in the Theory and Practice of International Commercial Transaction*, Springer, 1994; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 2000, p. 76 ss; E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006; G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale oggi*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 571; S. MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, en *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 591; U. BRECCIA, *Sub Artt. 1321 e 1322*, en *Comm. cod. civ. Gabrielli*, bajo el cuidado de E. Navarretta y A. Orestano, I, Torino, 2011; F. MACARIO, *Sub Artt. 1374 e 1375*, en *Comm. cod. civ. Gabrielli*, bajo el cuidado de E. Navarretta y A. Orestano, II, Torino, 2011; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, Artt. 1374 – 1381, en *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.

6.- Sobre el tema, se reenvía a la bibliografía indicada en el punto 5. Respecto al debate sobre el controvertido principio de la libertad de las formas cfr. N. IRTI, *Idola libertatis*, Milano, 1985, p. 3 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1997; U. BRECCIA, *La forma*, en *Trattato del contratto*, bajo el cuidado de V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 463 ss.; sobre el neoformalismo R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; ID., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul « neoformalismo» negoziale)*, en *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 777 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, en *Contr. e impr.*, 1994, p. 37 ss.; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 74 ss.; S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, en *Encicl. dir. - Annali*, Milano, 2011. Sobre las nuevas categorías ordenantes del Derecho de los contratos: AA. VV., *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, bajo el cuidado de G. Gitti y G. Villa, Bologna, 2008; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, en *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, en *Contratti*, 2009, p. 493 ss.

7.- E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, en *Contr.impr.*, 1991; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, en *Contr.impr.*, 1999, p. 83 ss.; D'ANGELO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale*, *ivi*, 939 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, en *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, en *Europa dir. priv.*, 2002, p. 915; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, en *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.; D. KENNEDY, *The Political Stakes in "Merely Technical Issues of Contract Law"*, en *European Review of Private Law*, 2001, p. 7 y, en su traducción italiana, ID, *Lunziona ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 317; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, en *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID., *Equità e*

*ordinamento giuridico*, en *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149 ss.; Id, *Sui contratti iniqui*, en *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, en *Vita not.*, 2002, p. 611 ss.; M. TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, en *Dir. giur.*, 2004, p. 1 ss.; R. SACCO, *Integrazione del contratto*, en *Digesto civ.*, Aggiornamento, Torino, 2010, p. 761 ss; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, bajo el cuidado de S. Pagliantini, Torino, 2010, p. 45 ss.; V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012; E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, en *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 953; A. JANNARELLI, *I principi nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2013; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, en *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, en *Foro it.*, 2014, I, p. 2039; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

Fecha de recepción: 18.11.2015

Fecha de aceptación: 16.03.106