

**LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA A PROPÓSITO
DEL ARTÍCULO 5:106 DE LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**

*“Interpretazione non è un affare
esclusivo e personale dell’interprete,
ma un affare del legislatore”
(Iriti, Natalio)*

Dr. Pedro Alfonso Lavarriega Villanueva[©]

(Recibido 02/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) Investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de Derecho Mercantil y Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Teléfono (0052) 5556227463

e-mail: lavarrieg@servidor.unam.mx

RESUMEN

El autor de este estudio ha encontrado que el principio de conservación del contrato está ínsito en el artículo 5: 106 de los Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL) y en el artículo 1853 del Código Civil del D.F. Esto le motiva para desarrollar el contenido de este ensayo en dos secciones. La primera referida a los antecedentes, objetivos, funciones, y estructura de los PECL. Además, estudia las convergencias y divergencias que existen entre los Principios Unidroit y los PECL. También describe la relación que hay entre los *Restatements* y los PECL.

La segunda parte está dedicada a explicar el principio de conservación del contrato (*favor contractus*) que cual universal jurídico deviene esencial, no sólo al contrato, sino también a la sentencia (*favor sententiae*) y en general al acto jurídico (*favor acts*).

Palabras clave: El principio de conservación del contrato, la interpretación objetiva, los Principios del Derecho europeo de los contratos, el máximo efecto útil, el mejor efecto posible en relación al caso concreto.

ABSTRACT

The author of this study has found that the contract conservation principle of incorporated in Article 5: 106 of the Principles of European Contract Law (PECL) and in the Article 1953 of the Civil Code of the D.F. (México). This encourages him to develop the content of this essay in two sections. The first one refers to the background, objectives, functions, and structure of the PECL. Additionally, it analyzes the convergences and divergences existing between the Unidroit Principles and the PECL. Also, it describes the relation that exists between the Restatements and the PECL.

The second part seeks to explain the principle of contract conservation (*favor contractus*) which, as juridical universal, becomes essential, not only to the contract, but also to the sentence (*favor sententiae*) and in general, to legal act (*favor acti*).

Key words: Contract conservation principle, objective interpretation, interpretation of the contract, the Principles of European Contract Law, restatements, maximum useful effect, best possible effect in relation to the concrete case.

SUMARIO

Primera parte: Introducción. 1. Antecedentes. 2. Objetivos de los PECL. 3. Funciones de los PECL. 4. Algunos principios sobre los que se sustentan los PECL. 5. Las fuentes de los PECL. 6. Los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos (PECL). 7. Disposiciones correspondientes entre los P.U. y los PECL. 8. Disposiciones divergentes entre los P.U. y los PECL. 8.1 Divergencias de carácter técnico. 8.2 Divergencias de naturaleza política. 9. Los Restatements y los PECL. 10. Estructura de los PECL.

Segunda Parte: 11. La interpretación de los contratos. 12. El principio de conservación del contrato (*favor contractus*). 12.1 La regla interpretativa de conservación en los Principios de derecho europeo de los contratos. 12.2 La amplia funcionalidad del principio de conservación y las influencias recíprocas entre los distintos ámbitos de aplicación de dicho postulado. 12.3 La “ambigüedad” o “vagüedad” intrínseca de los textos contractuales justifica la correcta omisión de una referencia explícita a la “duda jurídica”, como presupuesto del artículo 5:106 de los PECL. 12.4 La acepción actual de la locución “máximo efecto útil” como consecuencia de la operatividad del principio de conservación. 12.5 El criterio “axiológico” de conservación entendido como “mejor efecto posible en relación al caso concreto”. Respuesta relativizada a las diversas situaciones concretas al interrogante sobre “el máximo efecto útil”.

INTRODUCCIÓN

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

Ciertamente, los europeos han reconocido que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la *integración europea*, a fin de “salvaguardar y armonizar la *tradición*, representada por un acervo jurídico común, con la *sensatez* que haga posible intentar un cambio, que permita alcanzar con ello la continuidad de la tradición misma. Como expresó en alguna ocasión E. Riezler el Derecho en clave normativa, representa un saber para el futuro (Zukunftswissenschaft).⁽¹⁾

1. Antecedentes

Los Principios del derecho europeo de los contratos (en adelante PECL, del inglés *Principles of European Contract Law*) han aparecido en un momento en que la cuestión de la codificación ha ido ocupando una atención creciente;⁽²⁾ muestra de ello han sido el nuevo Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*), en vigor desde el 1 de enero de 1992; el reciente Código civil de Québec, vigente a partir de principios de 1994; en 1996, el proyecto inglés de una codificación del derecho contractual, redactado por Mc Gregor, conjuntamente publicado por la famosa editorial italiana *Giuffrè* y su homóloga inglesa Sweet and Maxwell;⁽³⁾ la

(1) De los Mozos, J.L., “El anteproyecto de Código Europeo de los contratos de la Academia de Pavía”, Diario *La ley*, Nº 5629, octubre 2002, p. 1769; Riezler cit. por Mozos, *Id.*

(2) En este sentido, v. Sacco, R., “Codificare: modo superato di legiferare?”, *Riv. Dtto. Civ.*, 1983, p. 117 y ss.; Zimmerman, R., “Codification: History and Present Significance o an Idea”, ERPL, 1995, p. 95 y ss.

(3) Mc Gregor, Harvey, *Contract Code – Drawn up on behalf of the English Law Comisión*, 1993. Este proyecto fue primeramente elaborado en los

renovación de libros enteros de códigos vigentes (como el libro II del BGB); la redacción de códigos regionales (como el código civil escocés o el código civil catalán) y; en fin, los diversos esfuerzos que varios países de Europa central y oriental han venido realizando para sustituir los códigos de derecho privado socialistas por códigos modernos.

Está claro, pues, que los PECL adquieren una posición nodal, trascendental, quizá estratégica, en este complejo maderamen de medidas de reforma del derecho privado planeadas o ya realizadas (como el Código civil holandés o el derecho unificado sobre compraventa internacional), pudiendo influir de manera eficaz, precisamente, sobre las iniciativas venideras de unificación del derecho de las obligaciones o de los contratos en la propia U. E. o en los proyectos de codificación en Europa central y oriental.⁽⁴⁾

2. Objetivos de los Principios de derecho europeo de los contratos

Los PECL son fruto de la Comisión de derecho europeo de los contratos (*Commission on European Contract Law*), entidad constituida entre 1980 y 1982, a solicitud de la entonces Comunidad Europea (hoy U.E.), por iniciativa y bajo la presidencia del Prof. Ole Lando de la Escuela de Negocios de Copenhague, con la colaboración del Dr. Winfried Hauschild, jefe de la división en la Dirección General para el Mercado interno de la Comisión de la ahora

años sesenta por la *English Law Commission* del Parlamento británico; Cfr. De los Mozos, op. cit., p. 1782. Proyecto redactado por encargo de la *Law Commission* inglesa. Traducción y nota preliminares por José María de la Cuesta Sáenz y Carlos Batiré Fuenzalida, Barcelona, 1997. El profesor Gandolfi, en el preámbulo de dicha obra, compara el significado de dicho proyecto de codificación con el arribo del hombre a la luna y a la caída de la cortina de hierro: la edificación del proyecto del código de los contratos [...] ciertamente está en el campo de los fenómenos jurídicos, uno de los aspectos de la nueva y veloz carrera del mundo en la que hoy vivimos. Es en cierto sentido comparable a la llegada del Apolo 11 a la luna [...] o la caída del muro de Berlín, como indicativo del fin de una contraposición de bloques nacionales; v. Zimmerman, R., *Estudios de derecho privado europeo*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 117-119.

(4) *Ibid.*, p. 121.

Unión Europea y conformada por juristas provenientes de los distintos países pertenecientes a dicha organización.⁽⁵⁾

En la introducción al texto de los PECL el propio Lando expresa que, durante los largos años de estudio e investigación, de cotejo y de síntesis, la Comisión estuvo animada por el intento de formular principios jurídicos idóneos que constituyeran el basamento conceptual necesario para la realización de un derecho contractual europeo. La elección de la materia contractual y en particular de los institutos de cumplimiento, incumplimiento y de sus remedios como primer espacio de operatividad de los PECL se justifica si se considera la importancia de este sector del derecho privado a nivel comunitario. Siempre más numerosas e incisivas son, ciertamente, las intervenciones del legislador comunitario sobre determinados tipos de contrato: dichas intervenciones imponen la individuación de una infraestructura unitaria que represente el común denominador de las normativas especiales relativas a cada uno de los tipos contractuales. Bajo esta perspectiva, los PECL que la Comisión ha redactado y difundido representan la etapa inicial de un recorrido todavía largo y se ubican en una relación de instrumentalización respecto a la concretización de una meta final del más amplio alcance: la construcción de un verdadero y propio código europeo de los contratos.⁽⁶⁾

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

(5) Castronovo, I “Principi di diritto europeo dei contratti e l’idea di codice”, *Riv. Dir. Comm.*, 1995, p. 21.

(6) *Cfr. Introduction to the Principles of European Contract Law*, preparada por la Comisión sobre derecho europeo de los contratos y publicada en noviembre de 1999 by Kluwer Law International P.O Box 85889, 2508 CN Hague, The Netherlands; *Principles of European Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, prepared by the Comisión on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995, V-XXXV, p. 268.

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

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

- 2.1 “Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a disposición de las partes una regulación desligada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
- 2.2 “Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la U.E. (los autores hablan de una “infraestructura” para las Directivas de la U.E.).
- 2.3 “Llevar a cabo una función de mediación entre el *common law* y los ordenamientos jurídicos continentales del *civil law*.
- 2.4 “Concretar la moderna *lex mercatoria* europea.
- 2.5 “Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual propio.
- 2.6 “Finalmente, significar un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo”.⁽⁷⁾

Los PECL representan, pues, según los propósitos de la Comisión, un importante intento de superar la contraposición entre *civil law* y *common law*: ellos buscan construir un puente entre los distintos modos de ser del derecho, proporcionando reglas cuyo objetivo es atenuar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma área político-económica, favoreciendo por esto mismo el funcionamiento

(7) Cfr. Zimmermann, *Estudios*, p. 115 y ss.

eficiente del mercado único europeo. En otras palabras, los PECL persiguen facilitar la convergencia de los derechos nacionales hacia reglas comunes, a fin de evitar que la diversidad de regímenes jurídicos continúe representando un obstáculo al comercio transfronterizo.⁽⁸⁾

3. Funciones de los Principios europeos

En ese orden de ideas, algunas de las *funciones* que se han asignado a los PECL son: (i) ayudar a la interpretación e integración del Derecho Privado comunitario vigente; (ii) servir como legislación modelo; (iii) ser incorporados por las partes en sus contratos, ya sea directamente o como derecho aplicable en caso de disputa; (iv) contribuir al nacimiento de un nuevo *ius commune europae*, especialmente a través de su estudio en las Escuelas de Derecho. Se trata, pues, de un documento multifuncional.

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

4. Algunos principios sobre los que sustentan los PECL

Se ha previsto que las partes, tanto en la fase de formación como en la conclusión, interpretación y ejecución del contrato, observen los principios de buena fe y justicia, de sensatez, de transparencia y simetría en la información, de tutela del interés crediticio, de conservación del contrato y, de adecuación en la relación entre las prestaciones. En ese orden de ideas, los legisladores de la U.E. y la actividad de jueces y árbitros ya han promovido la aplicación de estos principios, obviamente teniendo en cuenta cada una de las tradiciones jurídicas, las reglas

(8) En tal sentido, Bellantuono, G., "Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities", *Lic Papers*, no. 133, octubre, 2003, p. 28.

vigentes, la praxis actual, y por consecuencia adaptándolas al contexto normativo y cultural en que tales principios deben operar: esto significa que, sin perjudicar excesivamente la autonomía contractual o negocial, las partes contratantes están llamadas –con base en reglas de carácter general o especial destinadas a disciplinar relaciones individuales– a seguir los caminos trazados por tales principios.⁽⁹⁾

De ello, emerge una concepción del contrato, innovadora para algunos ordenamientos, ratificadora para otros, en la que el pacto privado ya no tiene una aureola sagrada, intangible para quien le es ajeno o extraño, sino entendido como una relación de reglas que pueden conducir a la interpretación objetiva del acto, a la valoración del comportamiento anterior y posterior, a su aprobación, a la integración de eventuales lagunas, a la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas cláusulas, a la introducción de nuevos remedios en caso de incumplimiento, a la conservación del acto y a su modificación –en casos excepcionales y justificados– por parte del juez o árbitro a fin de reequilibrar el programa económico de las partes cuando ello sea trastornado por circunstancias externas que repercutan en el pacto original.⁽¹⁰⁾

5. Las fuentes de los PECL

Como han expresado los autores de los PECL, resultó imposible tomar en cuenta el régimen jurídico de todos y cada uno de los países del mundo; desde luego, la influencia que ejerció cada uno de los sistemas legales consultados fue desigual. Sin embargo, es factible señalar que, de entre las compilaciones o codificaciones jurídicas nacionales, las mayormente consultadas fueron las más recientes como el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y los *Restatement (Second)* del Derecho de los Contratos, el Código Civil de Argelia de 1975, la Ley del Contrato Económico Extranjero de China, las reformas al nuevo Código Civil holandés y el nuevo código civil de Québec, los

(9) Alpa, G., “I Principi UNIDROIT 2004 e I Principi di diritto europeo dei contratti,” <http://www.covalori.net> (21.02.2006), apartado 2. Alcuni principi atti a costituire una “base comune” delle iniziative in corso in materia di diritto contrattuale; LANDO, Eight Principles of European Contract Law, in R. CRANSTON (ed.), *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 103 *et seq.*

(10) Alpa, *loc. cit.*

cuales están vigentes a partir de 1992 y 1994, respectivamente. También se consideraron los instrumentos internacionales como la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercancías y otros documentos de igual rango preparados por UNCITRAL o CNUDMI.⁽¹¹⁾ Además, se dedicó especial atención a los instrumentos no legislativos elaborados por cuerpos profesionales o asociaciones de comercio ampliamente utilizados en el comercio internacional.⁽¹²⁾

6. Los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos (PECL)

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

Tanto los P.U. como los PECL pueden ser considerados como el experimento de codificación más prestigiado y exitoso de un emergente régimen jurídico supranacional y comunitario de las transacciones internacionales.⁽¹³⁾

Es oportuno advertir que hay una influencia recíproca entre los P.U. y los PECL, pues se aseguró una positiva coordinación entre los dos grupos de trabajo mediante la duplicidad de algunos de sus miembros, por ejemplo, Lando, como presidente de la Comisión de derecho contractual europeo, Bonell, presidente del grupo Unidroit, Ulrich Drobnig (por Alemania), Denis Tallon (por Francia).⁽¹⁴⁾

(11) V.gr... Los INCOTERMS; las Condiciones Generales para el Suministro y Erección de Plantas y Maquinaria para la Importación y Exportación de la Comisión Económica de la ONU para Europa, etc.

(12) Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *Revue de droit uniforme*, 1996/2, p. 231.

(13) Lisi, A., "La crisi d'identità del documento informatico: riflessioni sulla forma scritta, "firmata" non sottoscritta nel commercio elettronico internazionale", *La Pratica Forense*, Italia, marzo 2004, p. 1. Ciertamente los PECL no tienden a ser aplicados sólo a los contratos internacionales. Los artículos que los componen son principios generales del derecho de los contratos, cfr. Lando, O., "Principles of European Contract Law. A First Step towards a European Civil Law", *Rev. dr. aff. Int.*, 1997, p. 196.

(14) Zimmermann, *Estudios...*, p. 120; en el mismo sentido, Lando, PECL and UP, *Similarities...*, *op. cit.*, p. 1.

En efecto, los PECL tienen similitud con los P.U. en el estilo de diseño y en la presentación formal. Puede afirmarse que las normas de unos y otros han resultado *esencialmente* semejantes. La única diferencia significativa con los P.U. radica –según el Prof. Bonell– en que los PECL contienen *notas* a los preceptos o reglas identificando las fuentes comunitarias y extracomunitarias principales que se han utilizado, describiendo brevemente la forma en que el asunto se trata en los distintos sistemas legales de los Estados miembros de la U.E., de modo que cada quien pueda verificar la identidad, la cercanía o diferencia según los casos (fuentes comparativas). En la parte de *comentarios* se provee la explicación (*ratio*) de las reglas adoptadas en cada artículo con una especie de interpretación auténtica, frecuentemente enriquecida por ejemplos aplicables (casos prácticos que ilustran la operatividad de las normas: propósito, contenido, alcance y vínculos con otras reglas).⁽¹⁵⁾

En este sentido, también se ha expresado que la discrepancia relevante entre ambos cuerpos normativos –genéricamente considerados– es que mientras los P.U. buscan crear un cuadro común en la praxis comercial internacional (pues son muy utilizados en la contratación internacional, y por ende, bien conocidos en los tribunales arbitrales internacionales), los PECL, por el contrario, son poco conocidos y se refieren más *genéricamente* a los contratos, incluidos los celebrados entre proveedores y consumidores.⁽¹⁶⁾

En efecto, según sus autores, los PECL podrán aplicarse cuando las partes que celebran un contrato hayan expresamente acordado que éste se regirá por aquéllos; aun a través de un simple reenvío por parte de los contratantes a los principios generales del contrato o a la *lex mercatoria*, o bien, en los casos en que no se indique –o no sea fácilmente identificable– la ley reguladora del contrato en los contratos internacionales [a. 1:101, (3) (a) y (b)] con la consecuente desvalorización de

(15) Bonell, M.J., *An International Restatement of Contract Law*, Irvington-on-Hudson: Transnational Publishers 2d ed., New York, 1997, Chapter 5: The UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, p. 88; Castronovo, *I principi...*, P. I y P. II, p. 2. *Id.*, A Restatement of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need? *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1988, p. 873.

(16) Lisi, *op. cit.*, p. 2. *Cfr. Principles of European Contract Law*, Part I, ed. Provv., marzo 1994, Introduction, p. 4.

las normas de conflicto.⁽¹⁷⁾ En el comentario D a dicho artículo se lee, entre otros asuntos, que: *el párrafo 3 invita a los jueces y colegios arbitrales a aplicar los Principios [PECL] aun cuando las partes no los hayan elegido.*

Constituyen, así, una *fuerza integradora* de la *lex mercatoria* y un punto de referencia con relación a los usos del comercio internacional, así como la base conceptual para una codificación uniforme del derecho de los negocios.⁽¹⁸⁾

7. Disposiciones correspondientes entre los P.U. y los PECL

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

Para muestra sólo un botón: Los párrafos 1 y 2 del Preámbulo de los P.U. con el a. 1:101 (2) (3) (a) (b) de los PECL. Efectivamente, los pertenecientes a los P.U. expresan: *Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.*

Mientras que los correspondientes de los PECL declaran:

- (1) *Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea.*
- (2) *Serán de aplicación cuando las partes hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos.*

(17) Esto último vale sobre todo para los Principios Unidroit. De acuerdo: Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 53.

(18) Patti, S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 53; Id., “Reflessioni su un progetto di codice eurpeo dei contratti”, R.D.C., XCIC, n. 9-12, settembre-dicembre, 2001. p. 490.

- (3) *También podrán aplicarse cuando las partes:*
- (a) *Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares.*

8. Disposiciones divergentes entre los P.U. y los PECL

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

8.1 Divergencias de carácter técnico

Un ejemplo se refiere a la adopción del principio de *recepción* por parte de los P.U, respecto al cual las partes pueden intercambiar toda clase de comunicaciones (a. 1.9 (2)), tan opuesto al principio de *expedición (dispatch)* de los PECL relativo a comunicaciones provocadas por el (actual o anticipado) incumplimiento de una de las partes (a. 1:303 (4)); que según los P.U. “todo contrato por escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido sino por este medio” (a. 2.18), mientras en los PECL la misma cláusula establece sólo una presunción para dicho efecto (a. 2:106 (1)).⁽¹⁹⁾

(19) Art. 1.9 (2) de los P.U.: “La comunicación *surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida*”. Art. 1:303 (4) de los PECL: “Una comunicación convenientemente hecha o remitida a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de ésta última o ante un probable incumplimiento de la misma, *no deja de surtir efecto* aun en situaciones de retraso, de inexactitudes en su transmisión o incluso cuando *no llegara a su destino*. Los efectos de la comunicación se entenderán producidos a partir del momento en que, en condiciones normales, habría llegado a su destino”. Art. 2:106 (1) “Un contrato escrito que disponga en una de sus cláusulas que toda modificación que se acuerde o el mutuo disenso deberán constar por escrito, únicamente permite presumir que cualquier acuerdo de modificación o resolución sólo vinculará jurídicamente si se ha hecho por escrito”. Las cursivas no vienen en el texto; *cf.* Bonell, *The UNIDROIT Principles...*, p. 236.

8.2 Divergencias de naturaleza política

La más significativa aparece justamente al inicio. Efectivamente, en el Preámbulo de los P.U. se establece que ellos contienen reglas generales para los *contratos comerciales internacionales*, mientras que los PECL se entiende que son reglas *generales para aplicarse al derecho contractual en la U.E.* (a. 1:101 (1)). Ello quiere decir que, mientras los P.U. están destinados a los contratos “comerciales” e “internacionales”, los PECL se aplican a todo tipo de contratos, incluso las transacciones puramente domésticas, las realizadas entre comerciantes y consumidores o sólo entre comerciantes, y eventualmente entre sólo consumidores. De esta manera, el ámbito territorial de aplicación de los P.U. es universal, mientras que el de los PECL está formalmente limitado a los estados miembros de la U.E.⁽²⁰⁾

9. Los Restatements y los PECL

Ahora bien, la finalidad primordial de la Comisión abanderada por Ole Lando fue siempre formular un *restatement*⁽²¹⁾ del Derecho contractual, por eso se habla de principios, fundamentalmente y sobre todo, de principios. Lo que deviene un grave inconveniente para las tradiciones jurídicas, latinas o germánicas, al inclinar la balanza a favor del *Common Law*, no obstante ser un sistema jurídico minoritario dentro de la U.E.⁽²²⁾ En efecto los PECL están editados en forma semejante a los *restatements* estadounidenses, contienen preceptos breves y generales, ilustrados con casos y acompañados por comentarios.

Sin embargo –explica Zimmerman–⁽²³⁾ existe un aspecto que los diversifica, pues, mientras el contenido de los *restatements* está constituido por el derecho actualmente vigente, dispuesto en forma de normas concisas y articulado claro, los PECL pretenden en mayor medida la unificación jurídica y, desde la perspectiva de los derechos nacionales, una reforma o una evolución jurídica. Además, es evidente

(20) *Ibid.*, 238. Énfasis añadido por Bonell. En el mismo sentido Castronovo, “I principi...”, § 8.

(21) Los famosos *Restatement of Contracts*, de 1932 y de 1981.

(22) De los Mozos, *op. cit.*, p. 1782.

(23) *Estudios...*, p. 116.

que, los ordenamientos jurídico-privados europeos han estado hermanados por una tradición común a lo largo de varias centurias, y comparan unos mismos fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e intelectuales, que no han desaparecido en doscientos años de desarrollo jurídico. De ahí que los progenitores de los PECL se refieran expresamente a un núcleo común del derecho contractual de los países que componen la U.E., de cuya configuración se trata, para lograr sobre esta base un ordenamiento jurídico moderno y operativo.

10. Estructura de los PECL

La versión completa de los Principios contiene 191 artículos, divididos en tres partes. La primera de ellas se publicó en 1995, la segunda versión de la parte I y la primera exposición de la parte II, se divulgó conjuntamente, en octubre de 1999 y la tercera parte se propaló en el 2003.⁽²⁴⁾

(24) Cfr. Lando and Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Part 1: Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht (1995); Id., "Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Similarities, Differences and perspectives", *Saggi, Conferenze e Seminari*, 49, Centro di Studi e Ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, abril 2002, p. 2.A French version, *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, translated and edited by *Isabelle de Lamberterie, Georges Roubette and Denis Tallon*, was published by *La documentation Française*, Paris in 1997. Conviene apuntar que la versión inglesa de los principios es la versión original. En la *Introduction to the Principles of European Contract Law*, preparada por la Comisión sobre derecho europeo de los contratos, se indica que la segunda parte se publicó en 1999, cfr. el apartado que lleva por título *The Commission on European Contract Law; Principles of European Contract Law, Parts I & II*, prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, The Hague 1999. La parte III was published in 2003 by Kluwer Law International, P.O. Box 85889, 2508 CN Hague, The Netherlands; mientras que los autores como Castronovo, señalan que aquélla se divulgó en el año 2000; cfr. "I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo", *Vita Notarile*, n. 3., setiembre-diciembre, 2000, p. 1219. La primera comisión tuvo doce reuniones entre 1982 y 1990, la segunda efectuó ocho reuniones entre 1992 y 1996; la tercera, se reunió en cinco ocasiones de 1997 al año 2001. En 1995 la primera parte de los PECL contenía cuatro capítulos relativos a: disposiciones generales (10 aa.), términos y cumplimiento del contrato (17 aa.), incumplimiento y remedios de tutela en general (9 aa.), remedios específicos en caso de incumplimiento (23 aa.). La segunda versión de la parte I y la primera de la parte II fue presentada en una conferencia en Utrecht en diciembre de 1999.

Las partes I y II regulan la disciplina del contrato y de la relación obligatoria en general, la parte III integra y complementa las otras dos, refiriéndose siempre a los aspectos generales del contrato y de las obligaciones, pero agrega la disciplina de la prescripción. Desde luego, falta una regulación de los contratos típicos, de la cual se está haciendo cargo el grupo de estudio que está realizando el código civil europeo, con el fin de que las tres parcelas en que se fragmentan los PECL vengan a integrar una obra de mayor alcance. Dicho grupo es el que ahora preside Christian von Bar y en el que confluye gran parte de la Comisión Lando, con la introducción de nuevos miembros y la adopción de un modelo distinto para elaborar el contenido normativo; digamos que constituye la continuación material e ideal de la Comisión Lando.⁽²⁵⁾

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

1. Disposiciones generales, catorce artículos.
2. Formación, veinte artículos.
3. Poder de representación, quince artículos.
4. Validez, nueve artículos.
5. Interpretación, siete artículos.
6. Contenido y efectos, once artículos.
7. Pago o cumplimiento, doce artículos.
8. Incumplimiento y medios de tutela general, nueve artículos.
9. Remedios específicos en caso de incumplimiento, veinticuatro artículos.

La tercera parte reúne setenta artículos repartidos en ocho capítulos:

10. Pluralidad de partes (acreedor y deudor), diecisiete artículos.
11. Cesión de créditos, diecisiete artículos.
12. Cesión de deudas, tres artículos.
13. Compensación, siete artículos.
14. Prescripción, diecisiete artículos.

(25) Castronovo, C., "I *Principi di diritto europeo dei contratti* come ipotesi di codificazione possibile", *Vita Notarile*, n. 3, settembre-dicembre, 2002, Palermo, Italia, p. 1203; *Id.*, *I Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Part I e II, Giuffrè, Milán, 2001, p. 1 de la breve introducción y versión italiana de los artículos.

15. Ilícitud, cinco artículos.
16. Obligaciones condicionales, tres artículos.
17. Capitalización de intereses, un artículo.

Como se puede apreciar, el modelo que se ha seguido en los PECL es el de una verdadera y propia codificación del derecho de los contratos y de las obligaciones, si se toman en cuenta los epígrafes de los capítulos que constituyen su contenido. En efecto, después del capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, se regulan conceptos que aparecen en los ordenamientos nacionales, como formación del contrato, validez, cumplimiento, incumplimiento, prescripción, etc. los cuales acabamos de mencionar.⁽²⁶⁾

Segunda Parte

11. La interpretación de los contratos

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

Es evidente que la insuficiencia del lenguaje exige una labor de determinación de su sentido. El pensamiento antiguo fue especialmente sensible a esta probada limitación: “Ningún hombre inteligente será nunca tan audaz como para expresar en el lenguaje aquellas cosas que su razón ha contemplado”.⁽²⁷⁾

Para tal fin, el Código Civil vigente del D.F. (CCDF) contiene una serie de reglas generales interpretativas (a. 1851-1857 CCDF) que, dictadas para los contratos deben entenderse aplicables, por principio, a todos los actos jurídicos de contenido patrimonial realizados *inter vivos* (a. 1859 CCDF).

(26) Para más detalles, puede consultarse a LANDO, *The Harmonization of European Contract Law through a Restatement of Principles*, Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law, University of Oxford 1997, p. 3.

(27) Platón, Epístola 7ª: Ad Marcellinum.

Conviene señalar que las reglas legales de interpretación están tradicionalmente reconocidas como normas jurídicas y no únicamente como simples criterios facultativos dejados al prudente arbitrio de los jueces⁽²⁸⁾ y la violación de las mismas por parte del juez que conoce el asunto implica la censura de la sentencia por parte del correspondiente tribunal en tercera instancia.

Destinatarios de tales normas son todos aquellos que tienen la obligación o la carga de interpretar el contrato: antes que nadie, los jueces, pero también las partes, particularmente cuando deben cumplir una obligación contractual por cuanto la correcta interpretación ha de insertarse en el esfuerzo diligente requerido al deudor para el exacto cumplimiento.⁽²⁹⁾

Generalmente, se sostiene⁽³⁰⁾ que las normas hermenéuticas son derogables por las partes, excepto aquéllas relativas a la interpretación conforme a la buena fe, por ser ésta, un principio de orden público.

La derogación se justifica por el hecho de que el principio fundamental de interpretación representa el respeto a la intención común de las partes; por lo tanto, el juez debe atenerse a ella, aunque se manifieste a través de la derogación de reglas legales de interpretación. En tal virtud, la intención de las partes es determinante, pero en la medida en que reconoce la hipótesis abstracta normativa que la contempla.⁽³¹⁾

Ciertamente, no resulta fácil conceptualizar la interpretación jurídica, sin embargo, para nuestros propósitos nos parece útil el

(28) Al respecto: Grassetti, *L'interpretazione del negozio...*, p. 29; Messineo, *Dottrina generale del contratto (a. 1321-1469, CCiv.)*, 3ª ed., CEDAM, Milán, 1948, p. 345; Stolfi, *Teoria generale del negozio giuridico*, Papua, 1960, p. 274.

(29) En contra Betti, (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, p. 141) quien sostiene en el cotejo entre las partes debe hablarse de carga y no de obligación. También indica que los primeros destinatarios de dichas normas son las partes y luego, los jueces. V. Casella, *Il contratto e la interpretazione*, Milán, 1961, cap. I, § 1.

(30) Bianca, C.M., *Diritto civile*, 3, Milán, 1998, p. 386; Sacco, R., "Il contratto", en *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vasalli, Turín, 1975, p. 758.

(31) Casella, *loc. cit.*

concepto que nos brinda Paul Ricoer al concebirla como “el trabajo de pensamiento que consiste en descifrar el sentido oculto en el sentido aparente, en desplegar los niveles de significado implicados en el sentido general”.⁽³²⁾

El contrato, cuando no es un acuerdo tácito, se celebra mediante palabras escritas en un documento (contrato escrito) o pronunciadas a través de la voz (contrato oral); y el sentido de las palabras, de cada uno de los vocablos o del conjunto discursivo, puede suscitar controversias. Por ello, es que surge la oportunidad de aplicar los criterios legales para la interpretación del contrato; son criterios que vinculan a las partes, cuando del texto contractual no derivan los derechos esperados o las obligaciones emanadas del mismo; y son, sobre todo, criterios de los que se vale el juez, cuando se controvierte la interpretación de un contrato que se ventila en un juicio.⁽³³⁾ Los criterios de interpretación enunciados por la ley son de dos tipos: algunos, llamados de interpretación *subjetiva* o *histórica*, se basan en la búsqueda de la intención común de las partes, es decir, la voluntad concreta, o más precisamente, el contenido efectivo de esa voluntad común (1851-1852 CCDF); otros criterios, los cuales prevén que si la primera indagación no ha arrojado un resultado positivo y persiste aún la duda sobre el significado de la declaración, esto es, presuponen la presencia de dudas o ambigüedades por lo que brindan los medios adecuados para subsanar unas y otras (aa. 1853-1857 CCDF); estas pautas regulan el segundo momento de la interpretación denominada *objetiva*.⁽³⁴⁾

(32) *Le conflit des interpretations – Essai d'herméneutique*, Seuil, París, 1969, p. 33.

(33) Galgano, F., *Diritto privato*, 6ª ed., CEDAM, Padua, 1990, §18.2.

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

En el derecho civil italiano están clara y sistemáticamente establecidos. En efecto, los criterios relativos al significado literal, global o sistemático de los contratos están ubicados en la interpretación subjetiva y abarcan los aa. 1362-1365; mientras que los criterios pertenecientes a la interpretación objetiva están previstos en los aa. 1366-1371.

Criterios, estos últimos, destinados a puntualizar el sentido y el alcance del contrato, sin investigar en la común intención de las partes, sino con la aspiración de reconstruir el significado de la operación económica, a la luz de reglas exclusivamente normativas.⁽³⁵⁾

Aquí –según explica Messineo– ya no está en juego la voluntad contractual (es decir, la intención) en concreto, sino la voluntad *in abstracto*; en realidad, uno ya no se refiere a lo que determinados contratantes pensaron y quisieron, sino a lo que puede ser la presunta (conjeturable) voluntad de las partes, tomando en cuenta *aquello que las más de las veces sucede o se practica*.⁽³⁶⁾

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

11. El principio de conservación del contrato (*favor contractus*)⁽³⁷⁾

La doctrina considera este principio como principal entre las normas reguladoras de la interpretación objetiva del contrato. Por tal se

(35) Sobre el tema: Ascarelli, “Il problema dell’adeguamento della norma giuridica al fatto economico”, en *Dir. Econ.*, Italia, 1955. p. 1188 y ss.

(36) *Loc. cit.* La interpretación de los contratos jurídicos requiere de dos distintas actividades lógicas: la de la búsqueda del fin práctico perseguido por las partes y la del encuadramiento de la voluntad encaminada a dicho fin en el adecuado esquema jurídico abstracto. Mientras ésta última actividad implica siempre la aplicación correcta de las normas, es libremente censurable en el ámbito de la legitimidad; la primera, resolviéndose en la determinación de una realidad histórica, como lo es la efectiva voluntad contractual (negocial) de las partes, se concreta en una ratificación de hecho, confiada al juez de la causa y como tal sustraída de la censura de legitimidad, bien que, sustraída de la motivación congruente e inmune de vicios lógicos y jurídicos; cfr. Cass.25/2/1987, en *Giust. Civ. Mass.* 1987, fasc. 2, cit. por Casella, *loc. cit.*

(37) “*Favor*” (de Favere). Tendencia existente en legislación, jurisprudencia y jurisdicción para *favorecer* ciertas instituciones jurídicas (testamento, dote, libertad). La intensidad de dichas tendencias varió a lo largo de los

puede entender, un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico.⁽³⁸⁾

Por un lado, se habla de un principio de conservación del contrato (*favor contractus*) o, del negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*) mas por otra parte, de un principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin, de un principio de conservación de la norma jurídica; en otras palabras, se trata de aspectos particulares del más amplio principio de conservación del acto jurídico, que en una formulación concisa podría enunciarse así: “todo acto jurídico de significado ambiguo debe, *en la duda*, entenderse en su máximo significado útil”.⁽³⁹⁾

siglos y asumió especial fuerza en el derecho justinianeo, pero tiene su origen en el derecho romano clásico. La moderna literatura romanista se inclina a atribuir estas tendencias a las reformas de Justiniano; una opinión que difícilmente puede ser verdadera, ya que en varios casos los juristas revelan en sus escritos una *actitud favorable* en decisiones específicas, aunque ellos no utilicen el vocablo *favor*. “*Favor testamenti*”. Tendencia a declarar válido un testamento, a pesar de algunas dudas al respecto, con el fin de realizar la voluntad del testador. La interpretación de disposiciones testamentarias ambiguas estuvo gobernada por el anhelo de cumplir los deseos del testador. De ahí las declaraciones frecuentes en escritos jurídicos que instan a que su voluntad será interpretada *favorablemente*. Cfr. Berger, Adolf, *E.D.R.L.*, The American Philosophical Society, New York, 1953.

(38) Messineo, *loc. cit.* En este sentido, Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”, *Rev. Jurídica Cajamarca*, No. 9, Lima, Perú, otoño 2001, p. 18. El legislador mexicano, ciertamente lo tomó textual del CC. español y lo colocó en el artículo 1853 del CCDF, el cual tiene alguna relación con el 1854 del CCDF.

(39) Grassetti, C., “Conservazione (Principio di)”, E.D., IX, Giuffrè. Milán, 1961, p. 174. Para una más completa información, puede consultarse: Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padua, 1938, p. 161 y ss. Ciertamente, este principio ya se encontraba consagrado en la famosa y concisa frase de Juliano *res magis valeat quam pereat*. En efecto, el Digesto la recoge así: *Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*; esto es, siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada más (antes) que se frustre (*De rebus dubiis*, Dig. 34.5.12 (13)). Cfr. pasajes

Aplicado al contrato se enuncia así: cuando exista *duda* si el contrato en su conjunto (o también algunas de sus *cláusulas individuales*) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda producir *algún efecto* (y no en sentido distinto, en que no podrá causar efecto alguno). Como es evidente, la duda de la que habla la doctrina no cuestiona la existencia ni la validez de los contratos, sino la de sus efectos, éstos son los que habrán de acrisolarse ante la aplicación del principio de conservación.⁽⁴⁰⁾

12.1 La regla interpretativa de conservación en los Principios de derecho europeo de los contratos

Pues bien, este principio aparece consagrado en el artículo 5:106 de los Principios de derecho europeo de los contratos, rubricado como interpretación útil, el cual dispone: “*Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen*”.⁽⁴¹⁾

Como se puede apreciar estamos frente a una regla de interpretación universalmente aceptada⁽⁴²⁾ y constantemente aplicada en la

de Ulpiano (*Dig.* 45, I, 80) y de Paulo (*Dig.* 34, 5, 21 (22) § I), y para la aplicación del principio en materia testamentaria los de Marcelo (*Dig.* 34, 5, 24 (25)) y Africano (*Dig.* 30, 109). Otra versión del *favor negotii* expresa: que las palabras usadas al celebrar el contrato deben tomarse en el sentido que otorgue más eficacia a la estipulación.

(40) Messineo, *loc. cit.*

(41) El texto de la versión castellana es la que ha sido revisado por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, actual representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos. Mientras que la versión italiana expresa: “Las cláusulas del contrato deber interpretarse en el sentido en que devienen lícitas y eficaces”, traducida de la versión de Castronovo, C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milán, Giuffrè, (LII-597), p. 330. Para el desarrollo de esta segunda parte del ensayo, nuestro referente obligado ha sido el estudio de Pennasilico, M., (“La regola ermeneutica di conservazione nei “Principi di diritto europeo dei contratti”, *Rass. dir.civ.* 1-2, 2003, pp. 268-287), ya que estimamos acertada y abundante la información que el autor ahí nos brinda.

(42) Para corroborar esa afirmación *cf.* arts.: 1157 CC. francés, belga y luxemburgués; § 2084 BGB; 1367 CC. italiano; 1284 CC. español; 1380

actual jurisprudencia británica, estadounidense e italiana, entre otras; expresión de un principio *general* de conservación de valores jurídicos, inmanente a los distintos ordenamientos.⁽⁴³⁾ Realmente, los modernos sistemas jurídicos occidentales, tanto del *civil law* como del *common law*, de por sí diferentes en su conjunto,⁽⁴⁴⁾ no encuentran distinción

CC. holandés; 1562 CC. chileno; 1300 CC. uruguayo; 1706 CC. peruano. Considerado también por el a. 4.5 de los Principios de Unidroit: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas”; así como en el a. 40, inciso dos del *Avant-projet del Code européen des contrats*, Livre premier, 1, coordinado por G. Gandolfi, Milán, 2001, p. 19: “Dans la doute, le contrat ou les clauses séparées doivent être interprétés dans un sens qui leur confère quelque effet plutôt que dans un sens qui les empêcherait d’en produire”, esto es, en la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben interpretarse en un sentido que les confiera algún efecto más que en un sentido que les impida producirlo; así, nuestra traducción.

- (43) Inmanencia tal no es ciertamente expresión de una instancia *metafísica*, sino que está basada en exigencias y finalidades que, un tanto difusas, o, mejor dicho universales, están siempre sujetas al devenir histórico. Indica, ella, que el principio de conservación es un principio *interno* al ordenamiento jurídico. Por otra parte, la inmanencia al ordenamiento en su *unidad* deviene la aportación necesaria de una de las dos funciones fundamentales que el derecho positivo contiene: en efecto, junto a la *función de transformación* del ente, es decir, de modificación (*fase dinámica*), bajo el impulso de intereses antagónicos, de la sociedad, se coloca la tradicional *función de conservación* de las situaciones presentes en la sociedad (*fase estática*). Al respecto, y para numerosas hipótesis ejemplificativas de la función de conservación, *cfr.* Pennasilico, M., *Il principio di conservazione dei “valori giuridici”*, ESI, Nápoles, 2002, §4. Es importante subrayar la consideración del ordenamientos en su unidad, ya que dicha adquisición metodológica (para la cual *cfr.* Perlingieri, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª ed., Nápoles, 1991, p. 111 y ss.) permite superar la incidencia del principio mismo en el tema de contratos (negocios) con contenido patrimonial (ampliamente sobre este asunto, *v.* Pennasilico, *Il principio, op. cit.*, §7. Desafortunadamente en la jurisprudencia mexicana no se registra alusión alguna a dicho principio.
- (44) Diferencias que, aunque bien marcadas, no dejan de atenuarse al interior de una tradición jurídica –la occidental– “fundamentalmente” unitaria: en ese sentido Watson, A., *La formazione del diritto civile* (1981), trad. it. de N. Sarti, Bologna, 1986, p. 11.

alguna en la incidencia del principio de conservación,⁽⁴⁵⁾ el cual, más bien, puede considerarse uno de los rasgos comunes a las distintas experiencias,⁽⁴⁶⁾ propio y verdadero *universal jurídico esencial*.⁽⁴⁷⁾

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

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

El principio de conservación, así entendido, está encaminado no sólo a esclarecer el significado de un enunciado ambiguo, sino aún más, a asegurar la eficacia.⁽⁴⁸⁾ En ese tenor, reaparecen antiguas interrogantes, no resueltas aún: ¿la operatividad del principio de conservación, en materia contractual (negocial), se limita sólo al ámbito hermenéutico o se extiende también a la validez y a la eficacia del acto? En este último supuesto, ¿se persigue “el máximo efecto útil” o sólo “algún efecto”?⁽⁴⁹⁾

12.2 La amplia funcionalidad⁽⁵⁰⁾ del principio de conservación y las influencias recíprocas entre los distintos ámbitos de aplicación de dicho postulado

La solución restringida del primer planteamiento está inspirada en el propósito formal de mantener perfectamente aislados los *ámbitos* de

(47) En la teoría general del derecho, se subraya el carácter de algunos principios generales *externos o metanacionales*, “su inmanencia está en los derechos positivos de todas las sociedades humanas, o al menos de todas aquéllas sociedades cuya cultura ha alcanzado el umbral de la civilización. En cuanto reglas comunes a todo derecho positivo, ellas se presentan como universales jurídicos esenciales”, *cf.* Falzea, A., “I principi generali del diritto”, *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 471. “El principio –expresa De los Mozos– (“Norma, Principio y Sistema en la integración”, en estudios en homenaje a Federico de Castro, T. II, Tecnos, Madrid, 1976, p. 325) lo mismo que la ley, goza de ese carácter de generalidad y de abstracción que es propio de ésta, uno y otra, requieren su concreción, en la aplicación del Derecho, en la regla jurídica o regla de Derecho. Pero mientras las normas se presentan, dentro de su generalidad como algo concreto y determinado por su promulgación y publicación, o especialmente por ser de índole muy diversa, constituyen un conjunto amorfo que abarca muy diversas categorías, de difícil precisión”. V. Pennasilico, *La regola...*, *op. cit.*, p. 270.

(48) Piénsese, pues, en la configuración de un principio de conservación en sentido amplio, de naturaleza sustancial, cuyo alcance traspasa los confines propios de la hermenéutica contractual. Amplia demostración en Pennasilico, *Il principio...*, *op. cit.*, especialmente el cap. I, §§ 3, 4, 9 y 10, así como el cap. II. La aplicación y la interpretación del Derecho es un *agere*, no un *facere*.

(49) Pennasilico, *La regola...*, *op. cit.*, p. 271.

(50) Con relación a la *función* de los principios tiene sentido expresar que “éstos constituyen, frente a las normas (legales o consuetudinarias), el

validez, interpretación y eficacia: trazando un amplio principio de conservación, se confundirían distintos problemas que se encuentran a diferentes niveles.⁽⁵¹⁾ Sin embargo, si desde un punto de vista lógico dichos ámbitos pueden ser aislados, de hecho, las influencias recíprocas y las implicaciones son numerosas.⁽⁵²⁾ En tal sentido, declara acertadamente, la letra del artículo 5:106, en donde se subordina la interpretación conservadora del contrato a la licitud y eficacia de las cláusulas y, por ende, al éxito positivo de los juicios de validez y eficacia.

El reclamo a la *eficacia* de las cláusulas fortifica, entonces, la reconstrucción de un amplio principio de conservación, cuya operatividad no se queda confinada en el plano meramente hermenéutico. Por otra parte, no parece que la regla de *interpretación* contenida en el artículo 1853 CCDF (a. 1367 CC it.), esté destinada a *conservar* únicamente la voluntad contractual, dejando a las otras hipótesis normativas

ordenamiento *no formulado* [esto es, aquél impuesto por la comunidad que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre: De Castro, F., Derecho civil de España, T. I, I.E.P., Madrid, 1952, p. 464], es decir, que no se traduce en normas, porque “la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesario su concreción en una regla formulada” [*Id.*], pero de donde se extraen criterios para entender las normas, para interpretarlas e integrarlas y para, en su caso, obtener la regla de Derecho aplicable al punto controvertido, en defecto de Ley y de costumbre”; De los Mozos, *Norma...*, p. 329. De Castro asigna tres funciones a los principios: como *fundamento* del ordenamiento jurídico, como regla *interpretativa* y como norma *subsidiaria*. En otras palabras, constituyen “la base de las normas legales y consuetudinarias,” ofrecen “los medios para interpretarlas” y, devienen “recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas”. De ahí que el legislador ha de respetar los principios y no tiene por qué regularlos, ni siquiera enunciarlos, ya que como se ha dicho, ellos son Derecho no formulado que por su propia naturaleza y carácter, se resisten a su formulación y ni siquiera es preciso que sean formulados para que puedan ser reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia (*op. cit.*, p. 428 y ss).

- (51) Así, principalmente, Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, *op. cit.*, p. 176.
- (52) Sobre estas interferencias, puede consultarse a Rescigno, (*Manuale del diritto privato*, 11ª ed., Nápoles, 1996, p. 356), en donde se afirma que la distinción entre validez, interpretación y eficacia “responde más a una exigencia lógica que al desenvolvimiento concreto de la realidad”. En particular el examen de la validez requiere a menudo un empeño directo para reconstruir el sentido del acto y el alcance de cada una de los supuestos contenidos en él; v. Pennasilico, *Il principio...*, § 10; *Ibid.*, *cit.*, p. 272.

implícitas en el principio de conservación en sentido amplio,⁽⁵³⁾ la tarea de preservar la idoneidad del acto para producir efectos. En realidad, también la técnica conservadora operante en materia de interpretación incide, en último análisis, en la eficacia del acto.⁽⁵⁴⁾ Basta pensar en la formulación del a. 1853 (a. 1367 CC it.), que impone interpretar, en la duda, al contrato o a cada una de las cláusulas –en el sentido en que puedan producir algún efecto, antes que en el segundo que no producirían ninguno: entre estas dos opciones contrastantes, la disposición orienta al intérprete a elegir la que asegura la eficacia del contrato (negocio).⁽⁵⁵⁾

(53) La doctrina (cfr. p.e., Cariota Ferrara, L, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano ed., Nápoles, 1949, p. 380; Trabucchi, A., *Istituzioni didiritto civile*, 40ª ed., Padua, 2001, p. 190) nos proporciona este catálogo: la inserción automática de cláusulas (a. 1339 c.c. it.), la nulidad parcial (a. 1419, § 1, c.c. it.) (a. 2238 CCDF), la sustitución del derecho de cláusulas nulas con normas imperativas (a. 1419, § 2, c.c. it.), la nulidad del contrato plurilateral (a. 1420, c.c.it.), la conversión del negocio nulo (a. 1424, c.c.it.), el mantenimiento del contrato rectificado (a. 1432, c.c.it.), la convalidación del contrato anulable (a. 1444, c.c.it.) (aa. 2231 y 2234 CCDF), la modificación del contrato rescindible por excesiva onerosidad (a. 1450 y 1467, § 3, c.c.it.), la confirmación o ejecución voluntaria de disposiciones testamentarias o donaciones nulas (aa. 590 y 799, c.c.it.), la validez del testamento secreto como ológrafo (a. 607, c.c.it.), la irrelevancia de las condiciones imposibles o ilícitas colocadas en el testamento (a. 634, c.c.it.) (a. 1358 CCDF) o de la carga imposible o ilícita inserta todavía en el testamento (a. 647, § 3, c.c.it.).

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

(55) Análoga solución está contemplada por el a. 40, inciso dos, del *Código europeo de los contratos*, *cit.*, *supra*, nota 43. Irti (en AA. VV., *Interpre-*

Y es propiamente esta solución, que procura la aplicación teleológica de la interpretación conservadora del efecto, la que tiende a encontrar confirmación en el artículo 5:106 de los PECL, el cual asegura la producción de los efectos, cuando dispone que las cláusulas contractuales “deben interpretarse en sentido en que ellas son lícitas y *eficaces*”.⁽⁵⁶⁾

12.3 La “ambigüedad” o “vagüedad” intrínseca de los textos contractuales ¿justifica la correcta omisión de una referencia explícita a la “duda jurídica”, como presupuesto del artículo 5:106 de los PECL?

La formulación antes mencionada del artículo 5:106 de los PECL, al igual que el a. 1853 CCDF, no hace alguna referencia explícita a la *duda jurídica* como lo hace claramente el artículo 1367 del CC. it.⁽⁵⁷⁾ La

tazione del contratto nella doctrina italiana, Padua, 2000, p. 626) “establece la elección del *sentido productor de efectos* y el abandono de aquél no productivo de efectos, no obstante ser revelado por el texto lingüístico. Aquí no hay voluntad verdadera ni voluntad presunta, sino únicamente la exigencia de disfrutar el material significativo del contrato en su destino jurídico, que consiste, precisamente, en servir al efecto”. La salvación de la reglamentación de los intereses, y por ende, de los efectos y “valores” jurídicos, pone en común la regla interpretativa contemplada por el a. 1853 CCDF (1367 cc. it) y las distintas disposiciones “conservadoras” genéricamente consideradas (en sentido amplio), en otras palabras, el mínimo común denominador necesario para reorientar dichas normas al cauce (alveo) del mismísimo principio general de conservación. En tal sentido, Pennasilico, *Il principio. cit.*, § 10. Resulta, además, significativa, la formulación del § 2084 B.G.B. (“Si el tenor de una disposición de última voluntad admite más interpretaciones, en caso de duda, ha de preferirse aquella interpretación con la que la disposición pueda tener efecto”) (la traducción nos compete), dictada para el testamento pero con alcance general. Aunque con respecto a la experiencia del *common law*, se observa que la aplicación del principio de conservación implica la necesidad de optar por aquella interpretación que venga a conferir a un documento mercantil “*razonable (sensata) eficacia negocial*”) (así, Gandolfi, G., “In tema di *reasonable meaning (e di direttive ermeneutiche ‘sussidiaries’)*”, en *Studi in onore di C. Grassetti*, II, Giuffré, Milán, 1980, pp. 871 y 873 y ss.

(56) Pennasilico, “*La regola...*”, *op. cit.*, § 2.

(57) El a. 1853 CCDF da a entender la presencia (inmanencia, podríamos decir) de la *duda jurídica* al señalar que las cláusulas en los contratos

ausencia de una semejante referencia expresa podría fácilmente explicarse, si se considera implícita o tácita la duda interpretativa. Tan esto es cierto, que en el comentario al a. 5:106 por parte de la Comisión para el derecho europeo de los contratos –al abordar la disyuntiva que dicho precepto provoca– aclara que: “si una cláusula es ambigua y puede ser interpretada de manera que la hiciera inválida o de algún modo válida, deberá prevalecer la segunda interpretación” (*favor contractus*).⁽⁵⁸⁾

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

pueden admitir varios sentidos (lo cual produce vaguedad) y que el intérprete habrá de guiarse por el más adecuado que produzca *efecto*. Sobre el presupuesto que aproxima el a. 1367 con el a. 12, inciso segundo, disposición preliminar, ambos del CC. it., *cfr.* Irti, N. “Principi e problemi di interpretazione contrattuale”, *Riv. Trim. Dtto.Proc.Civ.*, LIII, 4., dic.1999, p. 1154 y ss., quien (sobre la huella de Brunetti, G., *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, 1922) advierte que *duda*, oscuridad, ambigüedad expresan “*un fenómeno jurídico*, y no un estado psíquico del intérprete. La *duda* y la ambigüedad están en el *contrato*, y no en los lectores del texto lingüístico”. La *duda* evocada también por el a. 1469 *quater c.c.it.* (no existe análoga en la ley de protección al consumidor mexicana), que, en tal caso establece la prevalencia de la “interpretación más favorable al consumidor”, y del a. 40, inciso dos, del *Code européen des contrats* (correspondiente de alguna forma a nuestro a. 1853 CCDF) “es siempre una *duda jurídica*”: aquélla, precisamente, que, resistiendo al ejercicio de los otros cánones, indica un texto todavía no “claro” y “no comprensible” (*Id.*; v. también, mismo autor, “Dubbio e decisione”, *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 66 y ss.). El a. 4.5 de los P.U. (*v. supra*, nota 37), por el contrario, al igual que el a. 5:106 de los PECL, no contiene alguna convocatoria expresa a la *duda*, a la *ambigüedad* semántica, como presupuesto para la operatividad de la regla hermenéutica de conservación, por lo que se puede afirmar que falta, en la recolección de principios contractuales uniforme “una fórmula sumaria o compendiosa que corresponda a las tradicionales fórmulas enseñadas en los códigos continentales por la progenitora del código civil francés (a. 1157)”; *cfr.* Pennasilico, *La regola...*, p. 273.

- (58) Léase en *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cargo de Castronovo, cit., p. 330. La propia Comisión en el *cuaderno anexo*, cataloga el a. 5:106 dentro de las reglas “por la mayoría ampliamente conocidas y aceptadas”, relativas a las hipótesis de “ambigüedad, vaguedad o contrariedad del contrato”, p. 26. V., Pennasilico, *La regola...*, *Ibid.*

“vaguedad” o “ambigüedad” de cualquier texto que se tenga que interpretar.⁽⁵⁹⁾ En efecto, la alusión a textos lingüísticos *dudosos*, presupone la presencia de textos *ambiguos* y textos *claros*, donde la crítica decisiva al vetusto cuanto obstinado proverbio *in claris non fit interpretatio*, implica que la *claridad* no es ya un antes, sino un después, es decir, un resultado, de la interpretación: todo enunciado puede considerarse claro sólo cuando se concluya el procedimiento hermenéutico.⁽⁶⁰⁾ Esto es válido también para la “interpretación-calificación” del contrato⁽⁶¹⁾ al

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

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

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

considerar la sustancial identidad entre interpretación de la ley e interpretación del hecho o fáctica.⁽⁶²⁾

En definitiva, el principio de conservación tiene un alcance seguramente general, no sólo porque se aplica la conjunto de los actos jurídicos (normativos, contractuales, administrativos y procesales), sino también porque se extiende a cualquier texto lingüístico, cuya formulación, en mayor o menor medida, sea siempre *ambigua o confusa*, y cuyo significado se aclara sólo al final del unitario procedimiento hermenéutico de la *interpretación-calificación*. Y es este conocimiento de la intrínseca ambigüedad o vaguedad (también de los textos contractuales), la única razón plausible de la omisión de cualquier referencia explícita a la duda jurídica; omisión que hace más correcta la formulación del artículo 5:106 de los PECL con respecto a aquélla del artículo 1853 CCDF (y de los correspondientes: a. 1367 CC. it. y a. 40 [expresiones ambigüas], inciso dos, del *Código europeo de los contratos*, entre otros), viciada por el erróneo (e ingenuo) presupuesto de la contraposición entre textos contractuales *oscuros* y textos contractuales *a priori claros*.⁽⁶³⁾

12.4 La acepción actual de la locución “máximo efecto útil” como consecuencia de la operatividad del principio de conservación

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

Como se sabe, una autorizada doctrina, ha proporcionado respuesta en el sentido de que “todo acto jurídico con significado ambiguo

(62) Cfr. a propósito, Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milán, 1949, *passim*. Puede, pues, observarse, también en orden a la interpretación del contrato, que “la claridad no es *presupuesto*, sino *resultado* de la interpretación: un texto verbal *per se* –es decir, antes de ser cuestionado por el lector– no es claro ni oscuro, ni distinto ni confuso. Sólo el proceso interpretativo y la aplicación gradual de los métodos prescritos por el legislador están en aptitud de decirnos si el texto es claro u oscuro”, v. Irti, N., *Testo y contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, CEDAM, Padua, 1996, p. 63; *cfr.* Pennasilico, *loc. cit.*

(63) *Ibid.*, p. 276.

debe, *en la duda*, ser entendido en su máximo significado útil”.⁽⁶⁴⁾ No es este el sitio para traer a colación la polémica disputa doctrinal, aún no apaciguada, sino cimbrada por tal respuesta. Se necesita, más bien, preguntarse —expresa el autor italiano Pennasilico— ¿qué valor asume, a la luz del actual sistema contractual del ordenamiento “italo-comunitario”,⁽⁶⁵⁾ la locución *máximo significado (efecto) útil*.⁽⁶⁶⁾ El sentido original de su autor: “la ley conserva, hasta el límite de lo posible, la intención de autonomía privada, el fin perseguido por las partes”.⁽⁶⁷⁾

Las objeciones vertidas a este propósito, tienden a restringir el alcance de la regla interpretativa de conservación, al opinar que la declaración dudosa o polisémica ha de entenderse en el sentido de que efecto significa “cualquier efecto”, y no el máximo efecto útil.⁽⁶⁸⁾

Sin embargo, la ley se limita a formular, en el ámbito hermenéutico, la consecuencia fundamental del principio de conservación (la salvaguarda, precisamente, de los efectos jurídicos), sin querer, por otra parte, limitar su ámbito de aplicación. Más bien, lo que se requiere garantizar, es la máxima actuación del principio informador (y del correspondiente valor),⁽⁶⁹⁾ en el que esta regla se inspira.

(64) Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, cit. p. 174, quien así sintetiza los argumentos desarrollados en su libro *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit. por Pennasilico, *loc. cit.*

(65) Se necesita, indica este autor, “releer” el principio de conservación, refiriéndolo no tanto al código civil, sino al derecho civil en su compleja dimensión nacional y europea.

(66) Yo considero que frente al vigente a. 1853 CCDF (al igual que el a. 1367 c.c. it.) la fórmula estaría correcta en el sentido de “máximo efecto útil”; concuerda con esta opinión: Oppo, G., *Profili dell'interpretazione del negozio giuridico*, N. Zanichelli, Bologna, 1943, p. 27 y 34.

(67) Grassetti, *Conservazione (Principio di)*, *loc. cit.* También en el *common law*, el principio de conservación expresa la constante exigencia de interpretar los actos negociales (y especialmente los contratos mercantiles) de manera que ellos produzcan, lo más posible que se pueda, los efectos, *Gandolfi, In tema di “reasonable meaning”*, pp. 848, 852 y 872, cit. por Pennasilico, *op. cit.*, p. 276.

(68) Así lo entiende, principalmente, Oppo, *op. cit.*, p. 29 y ss.

(69) Para la equivalencia esencial de principio y valor, v. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón V., C.E.C., Madrid, 1997, 95.

Efectivamente, todo principio por sí mismo *es una norma que prescribe la máxima realización de un valor*. La mejor doctrina enseña, al respecto, que los principios, en cuanto *preceptos de optimización* (“Optimierungsbebote”), devienen normas que *prescriben que algo debe realizarse de la manera más amplia posible en compatibilidad con las posibilidades jurídicas y de hecho*.⁽⁷⁰⁾

La realización del principio de conservación en grado (tendencialmente) superior –expresa Pennasilico–⁽⁷¹⁾ tiene plena justificación en el contexto del actual sistema ítalo-comunitario de las fuentes: la enraizada incidencia de la disciplina de la derivación comunitaria sobre la protección del consumidor o, mejor, del contratante *débil*, requiere, necesariamente la máxima realización posible del principio-valor de la conservación de la regulación contractual (negocial) en función de la tutela del contratante *débil*. De este manera, el principio de conservación “no está colocado en defensa del imperativo *“pacta sunt servanda”*, expresión ésta de una concepción liberal de la autonomía contractual inspirada en el principio de igualdad de forma, más bien responde a las exigencias de protección del contratante débil y, entonces, aparece más coherente con el principio de igualdad sustancial, consagrado en el inciso segundo del artículo 3º de la constitución italiana”.⁽⁷²⁾

Las conclusiones apenas obtenidas están, una vez más, respaldadas por el análisis del artículo 5:106 de los PECL, cuya expresa

(70) Id. Mengoni., L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Giuffrè, Milán, 1996, p. 128: “Los principios diseñan un programa de objetivos, que debe ser realizado con el máximo alcance compatible con las posibilidades del derecho y de hecho existentes *aquí y ahora*”. Pennasilico, *op. cit.*, p. 278.

(71) La regola..., p. 279.

(72) Artículo 3º de la Constitución italiana: Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personas y sociales. *Cfr.* Pennasilico, *cit.*, p. 278.

Constituye obligación de la Republica suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

referencia a la eficacia de las cláusulas contractuales está clarificada por el comentario de la Comisión para el derecho europeo de los contratos, en el sentido de que las partes “deben ser tratadas como personas sensatas que han querido otorgar a su contrato plena eficacia”.⁽⁷³⁾

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

El principio de conservación según lo afirmado anteriormente, puede reelaborarse así: el ordenamiento jurídico conserva, hasta el límite posible los valores jurídicos, aun cuando se expresen en fórmulas, más o menos, ambiguas. Esto significa que entre los efectos más factibles, conforme a la letra de un texto ambiguo, “prevalece el mejor efecto, es decir, el que más convenga a la solución práctica del problema”.⁽⁷⁴⁾ Este es, pues, el significado preciso que adquiere el criterio

(73) Esta interpretación “auténtica” se lee en Castronovo, (a cargo de), *Principi...*, p. 26. El argumento no está desvalorizado por la referencia hecha por el a. 4.5 de los P.U. (*v. supra*, nota 37), al igual que el a. 1853 CCDF, 1367 c.c. it. (y su correlativo a. 40, inciso 2, del *Código europeo de los contratos*), a “cualquier efecto”.

(74) Falzea, A., *Eficacia giuridica, Enc. dir.*, XIV, Milán, 1965, p. 456, quien, al examinar el binomio: “el principio de conveniencia del efecto al hecho”, subraya que, así como “la solución debe responder al problema, así el efecto debe convenir al hecho” o la adecuación de la forma a la sustancia, en virtud de la cual “el efecto resulta de una verdadera y propia integración de la letra de los textos en el espíritu del sistema”. Ningún jurista, afirma el propio Falzea, en ausencia de normas que prevean remedios oportunos para conservar la eficacia de los actos cumplidos “se atrevería a sostener que la mínima desviación del modelo legal conduce a una nulidad total, carente de efectos”. Ello provocaría, además, “un enorme desperdicio de energía, que ordenamiento jurídico alguno no podría permitir” (*Ibidem*). La verdad es que bajo el perfil “axiológico formal toma legítimamente la delantera (ventaja) el perfil “axiológico material”: “la tendencia general será la de la máxima conservación posible de la eficacia, adaptada naturalmente a las desviaciones o variaciones –caso por caso– distintas” (*Id*). El principio de adaptabilidad afirma, precisamente, que en los límites cada vez más o menos amplios en los que se permite el viraje del criterio sustancial del modelo formal, el efecto debe adaptarse a las variaciones de este

“axiológico” de conservación,⁽⁷⁵⁾ entendido como el mejor efecto posible *en relación al caso concreto*. Es necesario, pues, obtener el conocimiento que hoy debe darse a la vieja cuestión sobre el máximo significado (efecto) útil, a la luz de lo “relativo” del procedimiento hermenéutico,⁽⁷⁶⁾ una respuesta no generalizada o absoluta, sino más bien relativizada a las diversas situaciones concretas.⁽⁷⁷⁾

principio. El régimen de anomalías de los negocios y, en general, de los actos jurídicos, “puede frenar una inmediata aplicación del principio de adaptabilidad, así como el régimen de la interpretación y la exigencia de conservación en el cual se inspira” (*Ibid.*). En el sentido de la máxima conservación posible de la eficacia se comporta, como ya lo hemos señalado antes, también la regla hermética contenida en el a. 1853 CCDF (y su correspondiente del cc. español, a. 1284). “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

- (75) Exigencia metodológica imprescindible es la de colocar coherentemente el principio de conservación al interior de un sistema jurídico adecuado, también en las nociones, en los conceptos, y en los valores fundamentales de relevancia constitucional (v. al respecto, Pennasilico, *Il principio di conservazione dei “valor giuridici” cit.*, cap. I, § 7). V. además, Betti, *Interpretazione della legge...*, cit., p. 284 y ss.; Falzea, *op. cit.*, p. 432.
- (76) La mejor doctrina, desde hace tiempo, ha llamado la atención sobre “una teoría de la interpretación consciente de la relatividad de sus reglas, mutables no arbitraria e independientemente, sino en relación por un lado, a las más diversas circunstancias histórico-culturales, como en cuanto a la función y al objeto de interpretación”; Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista*, 1988, cit. por Pennasilico, *La regola*, *op. cit.*, p. 281.
- (77) El principio general de conservación, en la concepción axiológica y teleológica del derecho y de la interpretación, tiende a la máxima realización [facticidad] del valor atribuido, en términos de efectos, al acto jurídico. Sin embargo, la solución del “máximo efecto útil”, no siempre corresponde al “mejor” efecto posible en relación al caso concreto. Aun cuando, el mejor efecto, a veces, puede ser el “menor”, porque es menos gravoso para el sujeto interesado (piénsese, p.e., en un contrato con obligaciones a cargo únicamente del proponente). No puede, pues, excluirse, con particular referencia a los contratos, un modo distinto de realización del principio de conservación, según las diferentes figuras y disciplinas contractuales. Richter, G. S., “Il principio di conservazione del negozio giuridico”, *Riv. Trim.*, 1967, p. 428 y ss.