

La cláusula contractual

GIANLUCA SICCHIERO

Profesor de Instituciones de Derecho Privado
en la Università Ca'Foscari de Venecia

RESUMEN

En el artículo se acusa la falta de atención que la doctrina ha mostrado sobre esta materia no sólo en Italia sino en toda Europa. Se parte de la distinción entre la cláusula en sentido formal y en sentido sustancial, y se analizan las ventajas e inconvenientes de ambas nociones. La primera de ellas considera que la cláusula es aquella parte del contrato que se individualiza bajo una única rúbrica, a diferencia de la noción sustancial que viene caracterizada por la idea de indivisibilidad, esto es, la «cláusula» en sentido sustancial se definiría como aquel precepto del contrato que no puede ser descompuesto en comandos más simples. En base a tal distinción, en el artículo se afronta, entre otros, el problema de la denominada «cláusula bilateral», en el sentido de analizar si ésta constituye una única cláusula formal o dos cláusulas materiales.

Los códigos civiles europeos y el *common law* no se ocupan de la cláusula contractual.

Incluso la doctrina, que ha escrito tratados enteros sobre el contrato, apenas ha afrontado la cuestión.

En el *common law*, por ejemplo, uno de los textos más famosos sobre el contrato dedica 150 páginas a las diferentes hipótesis de cláusulas, pero no contiene alguna definición de cláusula¹; otros se limitan en cambio a indicarla en «*a distinct section or provision of a legal document or instrument*»².

En la literatura alemana Von Thur³, afrontando el problema de la nulidad parcial del contrato, regulada en el párrafo 139 del BGB, indicaba que «*wenn die Willenserklärung mehrere logisch.*

¹ CHITTY, *On contracts*. 1, Londra, 1999, part three, «The terms of the contract», pp. 583-732.

² *Black's law dictionary*, St. Paul, Minesota, 1999, *ad vocem*.

³ *Der allgemeiner Teil des BGB*, II, I, Monaco-Lipsia, 1914, p. 194.

*unterscheidbare Festsetzungen enthält (das Gesetz spricht von Punkten), kann man sie in einzelne Bestandteile zerlegen»*⁴.

Se trataba de una sugerencia que podría haber sido desarrollada propiamente en relación con la cláusula contractual; en cambio, no ha tenido éxito. De hecho cincuenta años después, en una de las más conocidas monografías sobre la nulidad parcial, se utilizan de manera indistinta los términos *Bestimmung*, *Abrede*, *Klausel*, como si tratase de sinónimos⁵; signo inequívoco de que no se ha profundizado en la distinción entre cláusula en sentido formal y en sentido sustancial.

En estudios más recientes sobre la disciplina introducida por la directiva sobre las cláusulas abusivas núm. 93/13, se aprecia la distinción entre *Klausel* y *Bestimmung*. Se trata por tanto de verificar el problema de la ineficacia no referida a la forma sino al contenido dispositivo del acto⁶; también aquí, sin embargo, nos encontramos lejos de un estudio en profundidad del problema.

Mayor consideración merecen algunos estudios españoles recientes, también inspirados por la legislación sobre cláusulas abusivas, que han acogido el problema de la nulidad parcial de la cláusula y por tanto el de la necesidad de profundizar en el significado que se debe de atribuir al término, distinguiendo entre el aspecto formal de la cláusula y su contenido⁷.

En Francia el problema de la cláusula parece casi ignorado: de ella se habla sólo como «*disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date ou lieu d'exécution, etc.), soit de l'assujeter à un régime spécial, parfois neme dérogatoire au droit commun (on parle alors de clauses spéciales)*»⁸. Incluso uno de los mayores civilistas del país transalpino se limita a decir que «*le clause est une partie de contrat portant sur un point particulier. Le clause est au contract ce que l'article est à la loi*»⁹.

⁴ La cita de VON THUR hace referencia a los párrafos 154 y 155 del BGB.

⁵ VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte*. Colonia, Berlino, Bonn e Monaco, 1968, p. 84; v. anche, ad es., p. 54, en la que se usan como sinónimos *Klausel* o *Bestandteil*. o p. 119, en la que *Klausel* vale como *Teil*.

⁶ V. ad es. MEDICUS, *Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Colonia, 1987. pp. 90-91.

⁷ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, «Concepto de cláusula», en AA.VV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por NIETO CAROL, Valladolid, 2000, p. 276; PASQUAL LIAÑO, «Régimen aplicable y Efectos», en AA.VV., *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Elcano, 1999, pp. 301 ss.

⁸ «Vocabulaire juridique», dirigida por CORNU, VII ed., *Presses universitaire de France*, s.d., ad vocem.

⁹ CARBONNIER, «Droit civil. Les obligations», *Presses universitaires de France*, 1991, p. 42; contra FRANZONI, «Degli effetti del contratto», en *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, p. 39.

Este silencio parece pesar actualmente más, porque se observa que «*il devient urgent que le droit engendre une théorie générale des clauses*»¹⁰.

En realidad la cuestión no era ignorada en el pasado, si se observa que de cláusula se hablaba ya en las fuentes más antiguas, e históricamente su significado se encuentra en aquellas romanas en la individualización de una parte, un capítulo de la ley o del edicto¹¹: «*quindi l'espressione clausula edictalis, significa un capo dell'editto del pretore urbano o peregrino o degli editti provinciali*»¹², de las que daría testimonio un pasaje de Marcello¹³; «*caput edicti quod a Iuliano introductum est id est... nova clausula*»¹⁴.

La citada noción –en la que se subraya el aspecto preceptivo¹⁵– sería sucesivamente trasladada del campo del derecho público al del derecho privado, donde viene «*usata per indicare una delle particolari pattuizioni che possono aggiungersi ai vari negozi giuridici*»¹⁶.

¿Pero la cláusula del contrato constituye verdaderamente un problema para los juristas? ¿O bien la falta de estudios sobre la cuestión es la prueba de que no hay necesidad de hablar de ella?

En realidad hoy existe una referencia expresa: la directiva núm. 93/13 sobre cláusulas abusivas habla en el artículo 3 de cláusula o elementos de cláusula¹⁷.

¹⁰ FRISON-ROCHE, *Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique*, Riv. trim. dr. civ., 1998, I, p. 49; que el tema de la cláusula, referido a su estructura en relación con el problema de la nulidad parcial «no ha sido suficientemente explorada por la doctrina» es afirmado también por PASQUAL LIAÑO, «Régimen aplicable y Efectos», en AA.VV., *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por Bercovitz Rodríguez-Cano, Elcano, 1999, p. 304.

¹¹ También en la doctrina italiana moderna el término viene utilizado en tal modo: ad es. da ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, 1952, p. 49, que define como cláusula edictal la fórmula *pacta conventa seervabo* del edicto del pretor urbano que figura en el Digesto (D. 2.14.7.7); usan la misma terminología también TALAMANCA, «La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone», en AA.VV., *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana*, Napoli, 1988, pp. 54-56, 60-61, passim; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, pp. 481, 486, 641.

¹² BRUGI, voce «Clausula edictalis», en el *Digesto*, VII, 2, Torino, 1897, p. 363; las mismas palabras se utilizan en GRASSETTI, «Clausola del negozio», *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 184.

¹³ D. 37.8.3.

¹⁴ BRUGI, ibídem.

¹⁵ FRAGALI, «Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio», *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 315.

¹⁶ COSÌ SACCHI, voz Clausola, *Enciclopedia giuridica italiana*, III, II, 2, Milano, 1913, p. 631.

¹⁷ El artículo 3.2 en la versión francesa del texto de la directiva indica de hecho que «le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée...»; la traducción es idéntica en otros idiomas; en el inglés indica que «the fact that certain aspects of a term or one specific term...»; en el alemán «die Tatsache, dab bestimmte Elemente einer Vertragsklausel...».

Podría entonces considerarse oportuno distinguir la cláusula contractual del elemento de cláusula. O bien indicar que el legislador europeo ha querido superar cualquier ambigüedad y usar una terminología tan amplia para prevenir cualquier discusión inútil sobre la noción de cláusula.

Quizás la segunda opción es la mejor: de hecho el artículo 3 de la directiva no señala reglas diversas para la cláusula abusiva o para el elemento abusivo de una cláusula, por lo que la distinción no conduciría a ningún resultado práctico.

Estoy sin embargo convencido de que hay fuertes razones para fijar la noción de cláusula del contrato, a la cual he dedicado un estudio recientemente publicado en Italia¹⁸.

Deseo mostrar algunos resultados de este estudio partiendo de un ejemplo.

En Italia la ley núm. 197 del año 1991 prohíbe los pagos al contado por un montante superior a los 10.333 euros, que deben realizarse a través de otros medios indicados por la ley. Ello para prevenir el blanqueo de dinero procedente de operaciones ilícitas.

La prohibición es ineludible: los italianos hablarían de «*ordine pubblico economico*».

Supongamos ahora que un contrato contiene la siguiente cláusula: «el precio de venta es de 15.000 € a pagar al contado».

¿Qué sucede con este contrato?

El artículo 1419 CC italiano indica que «*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole, importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*¹⁹».

El parágrafo 139 del BGB contiene una fórmula opuesta²⁰: la nulidad de una cláusula del contrato provoca la nulidad del entero contrato, salvo que resulte que los contrayentes lo habrían concluido incluso en ausencia de esta cláusula.

sel oder cine einzelne Klausel...»; en el español «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada...»; en el italiano publicado en la G.U.C.E., 15 de julio de 1993, núm. 55, habla del «fatto che taluni elementi di clausola o che una clausola isolata...».

¹⁸ SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Cedam (Padova), 2003, p. 305; in precedenza v. SICCHIERO, «Studi preliminari sulla clausola del contratto» en *Contratto e impresa*, 1999, pp. 1194 ss.

¹⁹ El apartado segundo añade sin embargo que «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

²⁰ Isr ein Teil Bines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgechaft nichtig, wenn nidal anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein wurde.

En ambos casos, sin embargo, es necesario que el contrato sea autosuficiente incluso sin la cláusula nula; en el caso examinado, si se elimina la cláusula relativa al precio de la venta, el contrato no se sostiene en pie.

Por tanto debemos pensar que es nulo todo el contrato.

Todos advierten sin embargo que la solución es demasiado drástica. De hecho la ley italiana no prohíbe pagar la suma de 15.000 euros, sino su pago en efectivo; no está prohibido por tanto aquel tipo de contrato, sino que se prohíbe únicamente la modalidad de pago.

Por tanto eliminar el contrato sería una consecuencia excesiva respecto a la *ratio legis*.

El problema debe afrontarse entonces de otro modo, partiendo de la cláusula y no del contrato.

El término «*clausola del contratto*» puede asumir de hecho dos significados diversos.

El primer significado puede denominarse formal: es cláusula cualquier parte del contrato; la llamaré propiamente noción formal de cláusula (*Klausel, clause, term*).

El segundo significado puede denominarse sustancial: es cláusula cualquier proposición que produzca un efecto jurídico; la llamaré noción sustancial de cláusula (*Bestimmung*, ingl. e fr. *Determinatione*).

La cláusula «*il prezzo della vendita e di 15.000 € da pagare in contanti*» debe analizarse en función de lo apenas indicado: según la noción formal es única; no lo es en cambio según la noción sustancial.

De hecho esta cláusula puede dividirse en dos cláusulas ulteriores: a) el precio de la venta es de € 15.000; b) el precio debe pagarse al contado.

Si se procede así, no será por tanto nula toda la cláusula. Dado que hemos dicho que se trata de dos cláusulas sustanciales, será inválida sólo aquella que hace referencia al pago al contado; seguirá siendo en cambio válida la que hace referencia al precio.

Una vez eliminada sólo la cláusula sobre el pago al contado, y no la relativa al precio, el contrato es autosuficiente. Se podrá en este caso individualizar un problema diverso: ¿habrían concluido las partes el contrato en ausencia de la parte inválida? La respuesta hace referencia sin embargo al contrato y no a la cláusula por lo que no pretendo detenerme aquí²¹.

²¹ Se puede señalar que los alemanes, frente al § 139, han inventado la *salvatorische Klausel* que, si es insertada por las partes, impide declarar la nulidad del contrato (v. ad. es. LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Múnaco, 1997, p. 852; MAYER-MALY, in AA.VV. *Munchener Kommentar zum BGB*, dirigido por Sacker, Múnaco, 1993, sub § 139,

Añado en cambio que la necesidad de individualizar la cláusula sustancial ha sido objeto de algunas decisiones de la corte de casación italiana.

Se trataba de hecho de valorar la nulidad de algunos pactos contenidos en cláusulas de los contratos colectivos del trabajo: ¿debía sustituirse toda la cláusula que contenía un pacto inválido o por el contrario sólo este último, permaneciendo inalterables las otras partes de la cláusula?

La respuesta ha seguido la orientación previamente citada: la casación ha afirmado que la cláusula va individualizada en el precepto (comando) que produce el efecto prohibido y no en el conjunto de los comandos que estén unidos sólo formalmente (con un único número o una única rúbrica); en consecuencia, la nulidad y la sustitución hacen referencia no a la entera cláusula (noción formal, *Klausel*), sino sólo a aquella parte contraria a la ley (noción sustancial, *Bestimmung*)²².

En Italia prevalece esta noción de cláusula²³, aunque algunos autores disientan, prefiriendo la noción formal²⁴. También la doctrina española parece compartir tal orientación, al menos en las palabras de quien afirma que una cláusula es cada una de las reglas de conducta (en sentido material) que configuran las posiciones de las partes en un contrato²⁵.

p. 1184). Los italianos, que en el artículo 141,9 CC siguen la regla opuesta, usan en cambio la cláusula de inescindibilidad, para hacer que se declare la nulidad de todo el contrato cuando no quieren que sea jamás modificado. La cláusula de inescindibilidad plantea graves problemas cuando estamos en presencia de una nulidad «di protezione»; los jueces italianos, en estos casos, los resuelven como indica la directiva sobre cláusulas abusivas en su artículo 6, coma I. De hecho en estas hipótesis declaran nula la cláusula de inescindibilidad, para impedir que sea usada contra el sujeto que la nulidad trata de proteger (Cass., 16 de noviembre de 1996, n. 10050). Naturalmente las cuestiones a afrontar son muchas más (ad. es., qué hacer si las partes no han dicho nada al respecto), pero aquí no hay suficiente espacio para afrontar tales argumentos.

²² Cass., sez un., 16 de octubre de 1958, n. 3294; idéntica en la sustancia Cass., 28 de abril de 1959, n. 1245, en *Foro italiano*, 1959, I, c. 732. En un mismo sentido, sucesivamente, Cass., 26 de junio de 1987, n. 5675, en *Foro italiano*, 1988, I, c. 170; id., 4 de abril de 1984, n. 2183, en *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, 1984, p. 792; id. 16 de febrero de 1984, n. 1184; id. 11 de abril de 1979, n. 2123; id. 22 de junio de 1962, n. 1631, en *Foro italiano*, 1962, I, c. 1940.

²³ GALGANO, *Diritto civile e cominerciale*, Padova, 1999, II, 1, p. 144. Cfr., entre otros, ROPPO, *Il contratto en el Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 458; BIANCA, *Diritto civile, Il contrato*, Milano, 2001, p. 315; GRASSETTI, voz *Clausola del negocio*, cit., p. 185; BETTI, «Teoria generale del negozio giuridico», en el *Trattato Vassalli*, Torino, 1960; pp. 150-153; SCOGNAMIGLIO, «Dei contratti in generale» en el *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 239; CARRESI, «Il contratto» en el *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, I, 1987, pp. 214-215; CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Milano, 1971, pp. 18 ss.

²⁴ SACCO, en SACCO-DE NOVA, *Il contratto, nel Trattato Sacco*, II, Torino, 1993, p. 503; [Bigliuzzi] GERI, «Sul significato del termine «clausola» in relazione al II comma dell' artículo 1419 CC» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, spec. pp. 688-689; NATOLI, «Su una "rimeditazione" relativa al il comma dell' artículo 1419, CC, en *Rivista giuridica del lavoro*, 1958, II, pp. 545 ss.

²⁵ PAGADOR LÓPEZ, *Concepto de cláusula*, cit., p. 274; PASQUAL LIAÑO, *ibídem*.

Las indicaciones precedentes permiten examinar un caso diverso.

Piénsese en la cláusula que indique que «*con la firma del presente contratto si da quietanza per il pagamento del prezzo di € 15.000 pagato in contara*». Aquí, en realidad, no habrá una nulidad de la cláusula, porque ésta contiene una declaración confesoria; indica, esto es, como ha tenido lugar en concreto el pago, pero no contiene una obligación determinada para los contrayentes. Por tanto su contenido descriptivo no será sancionable, propiamente por su falta de idoneidad para vincular a las partes a seguir el contrato según la modalidad prohibida por la ley.

En este punto es por tanto necesario profundizar en la noción sustancial de cláusula (*Bestinimung*), mientras que la noción formal no presenta problemas, dado que viene individualizada en una parte cualquiera del contrato.

La noción sustancial de cláusula podría definirse mejor así: es cláusula cualquier precepto indivisible del contrato que produzca efectos jurídicos.

¿Por qué indivisible?

Porque cada vez que se pueda descomponer la cláusula en ulteriores comandos, tendremos entonces más cláusulas.

Piénsese por ejemplo en una cláusula que regule el transporte marítimo de las mercancías.

La hipotizamos así: «*la consegta a deve effetuarsi entro il 31 Iuglio CIF molo di Venezia*».

Formalmente la cláusula es única. Según la noción sustancial está sin embargo compuesta de al menos tres obligaciones distintas: a) la mercancía debe entregarse antes del 31 de julio; b) la mercancía debe entregarse en el puerto de Venecia; la entrega debe efectuarse CIF, es decir, *cost insurance and freight*.

Pero esta última indicación puede a su vez contener múltiples pactos. De hecho la cláusula CIF precisa, según el significado usual, que el vendedor debe asumir los gastos de transporte hasta el puerto de destino indicado y debe asegurar la mercancía, mientras los riesgos de ésta se transfieren al comprador²⁶.

Por tanto, sólo componiendo la cláusula y separando todas las obligaciones o los derechos derivados se puede verificar cuáles son las consecuencias jurídicas que la cláusula produce.

Sólo verificando las consecuencias producidas se puede comprobar qué cláusulas (noción sustancial) van eliminadas en cuanto contrarias a la ley y cuáles mantenidas.

²⁶ Incoterms, ed. 2000, p. 123.

En definitiva, si del análisis del texto contractual resultase que el efecto se produce no en virtud de una proposición contractual sino de una de sus partes, debemos por tanto entender que esta proposición no se identifica con la cláusula, sino que contiene varias²⁷; precisamente por la posibilidad de distinguir, en su interior, ulteriores proposiciones, cada una de las cuales dirigida a obtener un efecto diverso, o bien una de las cuales tenga carácter descriptivo y la otra contenido preceptivo.

Lo apuntado hasta ahora permite afrontar el problema de la llamada cláusula bilateral²⁸, es decir de la regla contractual que con una única formulación prevé obligaciones o derechos recíprocos a cargo de las partes.

En Italia el apartado segundo del artículo 1341 CC impone una específica aprobación por escrito de algunas cláusulas, retenidas particularmente gravosas («*vessatorie*») para quien se adhiera a un contrato predispuerto a través de formularios o módulos.

Sin embargo, en más de una decisión el Tribunal Supremo ha considerado que cuando una cláusula sea «bilateral», regulando, por tanto, ciertas cuestiones a ventaja no sólo del que las predispone sino también del adherente, desaparezca la obligación de su específica suscripción²⁹.

Dicha orientación, abandonada por una reciente decisión del Tribunal Supremo³⁰ y discutida por la literatura³¹, no era persuasiva: no es nada extraño que un pacto del acuerdo vincule ambas partes de la misma manera sin que salga a relucir el problema de la bilateralidad de la cláusula misma.

Hay algunas cláusulas que el mismo artículo 1341 CC indica que son, con mucha seguridad, bilaterales, por ejemplo aquéllas en

²⁷ ROPPO, cit., p. 458; CASELLA, cit., p. 20; CRISCUOLI, *Nullità*, cit., p. 143. También NATOLI, cit., p. 548, que sigue la tesis opuesta, admite de todas formas que «la nulidad parcial de la cláusula, la parte de la cláusula no está prevista».

²⁸ Según G. PATTI, «Condizioni generali di contratto» en G. y S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 351, con dicho término se hace referencia a la cláusula predispuerta por uno de los contrayentes pero formulada en un modo tal que puede hacerse valer, al menos en abstracto y según las circunstancias, a favor y a cargo de ambos contrayentes.

²⁹ Cfr., por ej., Cass., 14 de julio de 1986, n. 4540; id., 28 de abril de 1981, n. 2594, *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, I, c. 1449; por algunos aspectos –esto es para igualar los efectos del pacto de prueba en el contrato de agencia en la cláusula de receso–, id., 22 de enero de 1991, n. 544, *Giustizia civile*, 1991, I, p. 853. Entre los jueces del fondo de la cuestión Tribunal de Turín, 15 de setiembre de 1989, *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, c. 834.

³⁰ Cfr. Cass., 27 de febrero de 1998, n. 2152, *Foro italiano*, 1998, I, c. 1051, aunque ya id., 21 de diciembre de 1978, n. 6145.

³¹ Por ej., por GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, pp. 314-315; SCOGNAMIGLIO, *Contratto*, cit., pp. 278-279, y BIANCA, *Contracto*, cit., p. 352. Observaciones en sentido contrario en TAMPONI, «La risoluzione per inadempimento» en AA.VV., *I contratti in generale*, en el *Tratt. Rescigno dei contratti*, por E. GABRIELLI, Turín, 1999, p. 1520.

que se prevea la competencia arbitral en lugar de la ordinaria, cláusulas que sirven de la misma manera a ambos contrayentes.

Pero el problema puede enfocarse también valorando la cláusula bilateral en su aspecto estructural. De hecho esa cláusula sólo aparentemente es una, ya que camufla dos opuestos preceptos, porque ve a las partes recíprocamente una vez sujeto activo y otra sujeto pasivo de la regla allí contemplada.

En tal situación la especialidad de la cláusula bilateral consiste justamente en su construcción, que ve –si se permite la terminología sólo descriptiva– cada parte en un caso en el lado activo del efecto y en el otro en el lado pasivo; una vez aventajado y otra desaventajado.

En tal caso la conclusión parece simple: la reunión de los dos preceptos en una única regla no impide distinguir los preceptos en cuestión; por lo tanto, el juez podrá constatar si los contrayentes han respetado la ley (o en el caso específico, si han aprobado correctamente la cláusula de acuerdo con el artículo 1341 CC o si han intentado sortear la ley con el pretexto de la naturaleza «bilateral» de la cláusula).

Es necesario distinguir, ya que, separando los componentes de la cláusula, nos encontramos con dos efectos que se distinguen entre sí, porque la cláusula bilateral en realidad es una única cláusula formal que contiene dos cláusulas materiales.

De ahí la consecuencia que la frustrada aprobación de la cláusula, de acuerdo con la regla del artículo 1341 CC italiano, hará ineficaz el precepto que no respete la regla formal; en cambio, continuará siendo eficaz el otro precepto, que se sustrae a esa regla.

Es decir, no será nula toda la cláusula; ésta deberá descomponerse en dos cláusulas; será ineficaz sólo la que viola el artículo 1341 CC; la otra continuará siendo válida.

La función de esta propuesta es evidente: salvar en lo posible la autonomía de los contrayentes; eliminar sólo aquellas cláusulas que estén en contraste con normas imperativas de ley, preservando la eficacia de las otras partes del contrato.

Si no me equivoco, se trata de un objetivo perseguido también por algunos autores alemanes que dan dicha lectura al párrafo 139 BGB. De hecho, aunque tal disposición indique como regla general la nulidad del contrato cuando sea nula una de sus partes, se propone igualmente una lectura distinta, considerando que la nulidad de todo el contrato represente más bien una excepción³².

³² VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschfte*, cit., p. 97, escribe que «die Anwendung des § 139 firt keineswegs automatisch zu einer vollndigen Vernichtung des teilweise unwirksamen Rechtsgeschfts. Vielmehr wird eine Aufrechterhaltung haufig dem richtig

Aun y así, hemos dicho que la cláusula material (*Bestimmung*) debe producir efectos jurídicos.

En efecto, si la cláusula, en vez de imponer, describe hechos, no podrá ser nunca nula, porque los vetos de la ley afectan sólo las imposiciones que producen consecuencias prohibidas.

La ley no tiene interés en las descripciones de hechos que ocurren y a esto me refiero pensando en los denominados «antecedentes o premisas de contrato».

La praxis conoce, de hecho, un mecanismo formal muy utilizado de predisposición del texto contractual, que divide el cuerpo de las disposiciones en dos secciones: las premisas en apertura, que contienen la mayoría de las veces declaraciones sobre intenciones u objetivos de las partes, y las cláusulas preceptivas a continuación, normalmente enlazadas con una remisión a las premisas como parte integrante y material del contrato³³.

No se conoce el origen de esta praxis; que en cualquier caso pone en evidencia la preocupación de las partes por explicarse, esclarecer las razones que les induce a un determinado acuerdo y plantea el problema de la relevancia que asumen los antecedentes³⁴.

Un punto parece indiscutible, esto es, que el intérprete que interpreta el contrato no puede olvidar el contenido de las premisas³⁵, también por la obligación de respetar el criterio de la totalidad previsto en el artículo 1363 CC italiano³⁶. Tal obligación, según el Tribunal Supremo, se aplica cuando el juez que conoce del fondo de la cuestión efectúe la necesaria conexión entre las indicaciones de las premisas mismas y el contenido de las sucesivas cláusulas³⁷.

Pero la relevancia de las premisas no se limita sólo a los efectos de una completa identificación del significado de las declara-

verstandenem Parteiwillen entsprechen», también CANARIS, «Gesamtunwirksamkeit and Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen», en *Festschrift Steindorf*, 1990, p. 539.

³³ Un mecanismo similar y conocido también en *common law*; cfr. BURROWS, *Interpretation of documents*, Londra, 1946, p. 48; LEWISON, *Interpretation of contracts*, Londra, 1989, p. 208; donde una noción puramente formal: «the premises are those parts of deed with precede the habendum».

³⁴ V. de hecho ROPPO, *Contracto*, cit., p. 460.

³⁵ BIGLIAH GERI, *Interpretazione*, cit., pp. 268 ss.; CATAUDELLA, *Contratti*, cit., p. 46, n. III.

³⁶ V. de nuevo BETTI, *Teoria int.*, cit., I, pp. 307 ss., 367, *passim* así como id. *Int. Legge*, cit., pp. 15 ss., 78, 107, *passim*; CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 135; IRTI, «La sintassi delle clausole (nota intorno all'art. 1363 CC)», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, pp. 426-427; SACCO, *Il contratto*, cit., 378; BIGLIAH GERI, cit., p. 157.

³⁷ Cass., 4 de junio de 1981, n. 3629, *Giustizia civile*, 1981, I, p. 2952. Sobre la necesidad de que la búsqueda hermenéutica sobre el significado de las cláusulas en particular se extienda según el artículo 1363 CC también a las premisas del contrato v. la motivación Cass., 6 de mayo de 1998, n. 4592, *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1998, spec., p. 252; 16 de junio de 1997, n. 5387, *Contratti*, 1998, spec., p. 339.

ciones de los contrayentes, porque la indicación de las razones, motivos y objetivos de las partes es idónea muchas veces a superar las dudas que se plantean cuando el juez deba indagar si las declaraciones mismas expresan la voluntad y los intereses de los contrayentes.

Se presenta intuitiva la función que las premisas en cada caso asumen para la identificación y relevancia del error³⁸ o para la verificación de la gravedad del incumplimiento; que deben relacionarse con los intereses de las partes.

La relevancia de las premisas se percibe también en tema de conjeturas³⁹.

De hecho las declaraciones contenidas en el contrato no constituyen necesariamente indicios de una eventual decisión de ambos de atribuir a esa enunciación un significado dispositivo⁴⁰.

Así pues, la simple identificación del motivo no es suficiente para determinar su relevancia, sino resulta también que las partes lo hayan insertado concordemente en la estructura del caso en particular (es decir, en la economía del negocio), asumiéndolo como finalidad de una de sus determinaciones preceptivas⁴¹. La observación probablemente puede compartirse: la premisa que indica, por ejemplo, que la casa se adquiere en vistas del propio matrimonio, no consiente considerar que el contrato esté condicionado a la celebración del matrimonio. De hecho normalmente los motivos de las partes, como desde siempre se indica en Italia en base al artículo 1345 CC no tiene relevancia en la economía de la relación⁴². Se podrá acaso averiguar por qué razón esto se haya reflejado en el contrato, por qué esto puede ser relevante; piénsese por ejemplo si la declaración de que se adquiere la casa para casarse sirviera para obtener una financiación con un tipo de interés bajo a través de un ente que subvencione la compra de la casa destinada a residencia para los esposos.

³⁸ ROPPO, cit., p. 460.

³⁹ ROPPO, cit., p. 464.

⁴⁰ CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 150; ROPPO, cit., pp. 460, 475.

⁴¹ CAMARDI, cit., p. 151.

⁴² Sobre el pacífico apunte de que el motivo es normalmente irrelevante a efectos de la validez del acto, fuera de la hipótesis del artículo 1345 CC, ver GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., II, I, p. 317; ROPPO, cit., pp. 317, 318; BIANCA, *Contrato*, cit., p. 461; SACCO, *Contrato*, cit., pp. 684 ss. En jurisprudencia para la afirmación que con fines investigativos sobre el contenido del contrato son irrelevantes los motivos perseguidos por el contrayente aunque estén determinados por la voluntad negocial, allí donde no se hayan exteriorizado en una condición o pacto contractual y, por ej., Cass., 15 de setiembre de 1999, n. 9840.

Pero podría también suceder que el motivo haya devenido parte del contenido del contrato⁴³ convirtiéndose en un comportamiento debido a efectos del cumplimiento contractual. En esta hipótesis, entonces, la premisa tendrá sólo formalmente naturaleza declarativa, teniendo en cambio valor en concreto como resultado al que el contrato tiende.

De ahí la observación que la premisa del contrato puede constituir, por eso mismo, uno de los elementos preceptivos del acuerdo aunque sea circunscrito, pero sólo aparentemente, entre las declaraciones meramente descriptivas; en ese caso, también dichas premisas acaban adquiriendo valor dispositivo, transformándose en cláusulas de perfil material (*Bestimmungen*).

Se puede pues afirmar que las premisas no configuran nunca una parte irrelevante del texto del contrato, aun cuando no camuflen en realidad verdaderas cláusulas en sentido preceptivo, su importancia no podrá no tomarse en consideración, como la referencia a los casos de la presuposición y del error demuestran.

Pero volvamos a las cuestiones generales.

Para distinguir entre cláusulas en sentido formal y cláusulas en sentido material no es siempre posible limitarse a la formulación de la cláusula, porque a menudo ésta engaña.

Ante todo es preceptivo advertir que la cláusula no asumirá necesariamente la forma de la proposición lingüística, pudiendo ser representada también por símbolos: piénsese en las advertencias contenidas en las etiquetas de las prendas de vestir, a las que puede asignarse sin duda carácter descriptivo –la prenda no se estropea si se lava en las formas indicadas, pero también es probablemente función preceptiva–, a efectos de la garantía por vicios ocultos la prenda no debe lavarse en las formas prohibidas, en caso contrario la garantía caducará.

Otro ejemplo: la declaración «desconozco el peso» pronunciada en un discurso entre amigos, se refiere a situaciones que no relevan del perfil jurídico.

Si, en cambio, está contenida en una póliza de conocimiento de embarque, indica que el transportista no conoce el peso de la mercancía que tiene que transportar, pero al mismo tiempo impide al cargador que pueda hacer valer la presunción de correspondencia –hasta prueba contraria– de la cantidad de mercancía por él embarcada según las condiciones del seguro por el mismo estable-

⁴³ Sobre lo cual v. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, as CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milan, 1966, p. 132.

cidas de acuerdo con el artículo 462 del código de navegación italiano⁴⁴.

Así pues, puede suceder que una cláusula parezca descriptiva, pero en realidad tenga un contenido preceptivo (*Bestimmung*): sólo la forma de la cláusula no es suficiente para determinar su contenido.

Tales observaciones permiten introducir otro problema: el de la interpretación de la cláusula del contrato.

Como es sabido, la hermenéutica es la actividad de selección de los significados atribuibles a los signos lingüísticos⁴⁵.

Ninguna palabra lleva en sí una verdad del mundo sensible; de hecho no debiéramos plantearnos el problema de la interpretación si fuera cierto que las palabras tienen un único significado, natural, objetivo, intrínseco⁴⁶.

Tampoco la interpretación jurídica⁴⁷ se sustrae a dicha necesidad⁴⁸, aunque cumple una tarea ulterior: debe también localizar, al interno del

⁴⁴ Cass., 3 noviembre de 1983, n. 6470, en *Foro italiano*, 1984, I, c. 1015. Cfr. también *Corte d'Appello di Venezia, 7 luglio 1994, Diritto della navigazione*, 1995, p. 185; Tribunal de Venezia, 18 aprile 1992, asimismo, 1993, p. 441; Tribunal de Ravenna, 8 mayo 1992, así como, p. 443; MORELLI, *Sulle clausole a stampa «ignoro peso» e simili in polizza di carico nel sistema delle Regole dell'Aja*, p. 443.

⁴⁵ GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. por Vattimo, Milan, 1992, pp. 441 ss., 457; BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. por Crifó, Milano, 1990. Sobre la relación entre ambos autores MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, ahora en *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 59 ss.; ARGIROFI, *Valori, prassi, ermeneutica*, Torino, 1994.

⁴⁶ S. FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, p. 26; pero para DENOZZA, «La struttura dell'interpretazione», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, pp. 20 ss, la cuestión así está planteada y vagamente metafísica porque un problema de significado de los textos, relevante desde el punto de vista de la interpretación jurídica, no puede plantearse sin tomar en consideración el proceso comunicativo del que el texto es un componente.

⁴⁷ La literatura sobre la interpretación jurídica en general es vastísima. De Italia véanse las sugestivas páginas de SACCO, «L'interpretazione», en *Le fonti del diritto italiano*, II, en el *Trattato Sacco*, Torino, 1999, pp. 159 ss., donde la reconstrucción de la opinión de la literatura del último siglo, que se encuentra también en RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, ed ivi pp. 62 ss., en la literatura alemana y en AA. VV., *L'interpretazione del contratto*, por Irti, Padova, 2000. De enfoque distinto v. TWINING-MIERS, *Come far cose con regole*, trad. Milano, 1990, pp. 264 ss.; una lectura de teoría general en VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione Lineaments di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, pp. 105 ss.; una filosófica en ROSENFELD, *Interpretazioni, Il diritto fra etica e politica*, Bologna, 2000, donde se plantea la posibilidad de localizar en la interpretación (la correcta interpretación) el mecanismo de conexión entre justicia y derecho. Para un enfoque histórico v. GIULIANI, PALAHO y FERRANTI, *L'interpretazione dalla norma civile*, Torino, 1996; la relación entre la interpretación de la regla y su aplicación era estudiado por TARELLO ya en «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione», *Rivista italiana di diritto e procedura civile*, 1971, p. 1. La especificidad del mecanismo interpretativo en el ámbito del derecho administrativo se contempla en L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, specc., pp. 19-20 y 29 ss.; inclusive un extenso debate crítico con la evolución de las teorías sobre la interpretación.

⁴⁸ Se señalan, en todo caso, otras opiniones, por ej., DENOZZA, p. 1, así empieza su ensayo: «intendo dimostrare che l'interpretazione giuridica dispone di strumenti che le

texto contractual, las proposiciones preceptivas y aquéllas declarativas, distinguiendo las cláusulas materiales de las formales. La interpretación de la cláusula, en realidad, es parte de la interpretación del acto que la contiene. Cuando se asigna un sentido a una específica proposición del contrato, claro está, se procede mediante la valoración global del entramado de disposiciones que lo componen, pasando a continuación a asignar a cada cláusula un sentido determinado aunque provisional⁴⁹.

Dicho significado luego se reexamina porque debe resultar congruo en relación al significado del acto que lo contiene y que representa el contexto.

En efecto, es cierto e indudable que también el idioma se sustenta en reglas⁵⁰; hay, por lo tanto, la normal posibilidad de asignar siempre un significado a la proposición. Aun y así, una valoración del significado de la cláusula fuera del contexto en que está insertado podría no consentir resultado alguno⁵¹ ya que, como es notorio, la cláusula totalmente oscura no puede producir efectos⁵². O si no –lo que es lo mismo– esa valoración podría llevar a dos hipótesis de significado sintáctico perfectamente compatibles e igualmente plausibles, de hacer imposible una elección razonable, causa del carácter necesariamente elíptico del lenguaje⁵³.

consentono di attribuire al testi normativi significati non equivoci»; cfr. también RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, por ej., pp. 40, 51 ss., 102, 137, pero es hilo lógico de todo el ensayo.

⁴⁹ Cfr. BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 309-310; IRTI, *La sintassi*, cit., p. 425; id., *Testo e contesto*, Padova, 1996, pp. 1 ss., 12 ss., 44 ss., *passim*.

⁵⁰ Sobre el argumento cfr. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000. V. también SACCO, *L'interpretazione*, cit., pp. 216 ss., pero sobre la vaguedad de los sintagmas de uso común (carácter este a no confundir con la «trama abierta» de las reglas: SCHAUER, cit., pp. 70 ss.) v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle Jbnti*, cit., p. 6; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 106, 116, 169-170. Secondo CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano, 1961, pp. 47, 197, 219, habría una presunción que en términos jurídicos, salvo «derogaciones expresas», poseen el mismo significado que asumen en el lenguaje común; así también BURROWS, *Interpretation of documents*, cit., pp. 64 ss., para el cual «*prima facie words must be taken to have been in their ordinary and grammatical sense*»; POLLOK, *Principles of contract*, Londra, 1950, p. 199; LEWISON, *The interpretation of contracts*, cit., pp. 4, 65 ss.

⁵¹ «*Aggiusto un freno collegando una barra a una leva*». Claro, si se da el restante mecanismo. Sólo en conexión con éste la palanca es palanca de un freno; aislada de su apoyo no es ni siquiera una palanca; puede ser cualquier cosa posible, como también nada; WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, trad. it., Torino, 1974, p. 12; DE MAURO, *Introduzione alfa semantica*, Roma-Bari, 1975, p. 229, che en p. 214 recuerda que para Wittgenstein el significado de los términos consiste en su uso; sobre la opinión de Wittgenstein, v. también RUSSO, cit., pp. XXIII, 52, 59 ss., 66, 73, 101, *passim*. Más en general cfr. también BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 113, 174; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 106, 109, 121, 182, 191, *passim*; HART, *C'ontribui all'analisi del diritto*, trad. it., Milan. 1964, pp. 39 ss., 67, 79, *passim*.

⁵² STELLA RICHTER, «*L'interpretazione dei contratti dei consumatori*», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 1029 (y, en cierto punto, Cass., 10 de mayo de 2000, n. 5995); donde la denegación de la demanda, si fundada en la cláusula oscura, porque el autor no ha probado el fundamento de la pretensión; IRTI, «*Principi e problemi di interpretazione contrattuale*», en AA.VV., *L'interpretazione del contratto*, por Irti, cit., pp. 630-631, que refleja las indicaciones de CARRESI, últimamente en *Accertamento e interpretazione nel contratto, Contacto e impresa*, 1989, pp. 921, 932, *passim*.

⁵³ BETTI, *Teoria int.*, cit., pp. 217, 339, 805; SCHAUER, cit., p. 37.

Piénsese en el ejemplo que puede extraerse del *common law*: en un caso, el número 1.000 debía entenderse como 1.200, tratándose del antiguo *Anglicus numerus* de los inventarios anglo-normandos⁵⁴.

La literatura italiana considera que de las reglas de interpretación subjetiva contenidas en los artículos 1362 ss. CC, se deduzca el principio de la necesidad de verificar siempre el sentido de un determinado texto contractual en base a un doble procedimiento interpretativo. Ante todo deberá fijarse el significado literal de la declaración según el código lingüístico compartido por la comunidad de hablantes a que pertenecen los contrayentes⁵⁵; esta verificación se presenta como prioritaria desde el perfil lógico porque está dirigida a la búsqueda de un significado completo del acto de voluntad⁵⁶.

Pero esto no es suficiente, porque es indispensable tomar también en consideración el comportamiento global de las partes⁵⁷, sin el cual no puede aspirarse a percibir los matices del significado que las mismas habían entendido dar a las normas pacticias a que se han vinculado y que expresa la ineludible necesidad de coherencia, prohibiendo de hecho compartir un sentido que tenga *contra factum proprium*⁵⁸.

Lo que para los autores italianos no es nunca suficiente, en definitiva, es la simple interpretación literal de la cláusula: nadie cree,

⁵⁴ FERRERI, cit., p. 312 (donde otros ejemplos en que, a pesar de la palabra *evidence role*, el juez inglés atribuye un significado especial a las cláusulas del contrato en virtud del «custom or trade usage». Y el caso de los conejos *Smith vs. Wilson*, ahora en *English reports, King's Bench Division*, vol. 110. p. 266 (donde se lee la entera vicisitud de la que se extrae ('abstract), y en POLLOK, cit., p. 202: «in a lease, inter alia, of a rabbit warren, lessee covenanted that, at the expiration of the term, he would tease on the warren 10.000 rabbits, the lessor paying for them 60 £ per thousand: Held, in an action by the lessee against the lessor for refusing to pay for the rabbits lieft at the end of the term, that parol evidence was admissible to show that, by the custom of che country where the lease was made, the word thousand, as applied to rabbits, denoted twelve hundred». Otras hipótesis de lenguaje ambiguo para el *common law* en LEWISON, cit., pp. 154 ss.

⁵⁵ ROPPO, *Contracto*, cit., pp. 470-471.

⁵⁶ Como indica IRTI, *La sintassi*, cit., p. 425, porque tal actividad es el primer paso que da el intérprete cuando se acerca al texto del contrato; BETTI, cit., pp. 309, 310.

⁵⁷ Obviamente se habla del comportamiento común de los contrayentes y no del sentido que cada uno quiera atribuir autónomamente a la declaración: v. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 377; ROPPO, cit., p. 473; CATAUDELLA, *Il contratti Parte generale*, Torino, 2000, p. 145, que salvaguarda la hipótesis del comportamiento contrastante con la interpretación que la tendría interés en dar a la regla contractual; sobre la *declaratio contra se* como criterio de selección de elementos hermenéuticos v. también BIGLIAIHI GERI, «Interpretazione del contratto», en *Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 126; GENTILI-SICCHIERO, «Contratto collettivo e rilevanza della contrattazione successiva», en *Giurisprudenza italiana*, 2001, pp. 2024-2025.

⁵⁸ Así GENTILI-SICCHIERO, cit, p. 2025; GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi, Contratto e impresa*, 1999, p. 1190: pero v. ya en antiguo GIORGI, *Teoría delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1904, p. 195: cuando las partes contrayentes hayan ejecutado una convención, la manera en que la ejecutan aporta luz sobre su voluntad.

en efecto, en el antiguo axioma legal *in claris non fit interpretatio*^{59, 60} como si se tratara de encontrar un sentido existente aunque oculto, una especie de tesoro enterrado⁶¹.

A esto se añade que para los italianos está en desuso la idea de que la interpretación esté dirigida a averiguar la voluntad meramente psicológica de las partes.

En efecto, para nosotros las reglas sobre la interpretación no representan consejos para el juez, para ayudarlo, esto es, a averiguar la voluntad de los contrayentes. Todo lo contrario, ya que el juez debe interpretar el contrato siguiendo esas reglas, no tendrá que encontrar la verdad (que no existe) sino atribuir un significado relevante según el derecho a las declaraciones de los contrayentes.

Aun y así, debe decirse que los jueces italianos han escogido una solución completamente distinta: para el Supremo existiría el denominado principio del gradualismo⁶², según el cual el significado literal de las cláusulas específicamente consideradas puede también resultar suficiente para la interpretación del contrato. Al juez se le consentiría valorar el comportamiento de las partes sólo cuando la interpretación literal dé resultado negativo.

Los problemas que deben afrontarse, a propósito de la cláusula del contrato son obviamente muchos más. El de la interpretación es mucho más amplio de cuanto indicado más arriba; sería necesario tratar la posibilidad de localizar la «cláusula autosuficiente», es decir, que continúe siendo válida aunque sea nulo el contrato que la contiene, pero también la noción de cláusula estilística, la sufi-

⁵⁹ Entre los muchísimos autores italianos v. por todos GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, reedición 1983, p. 210; GALGANO, *Diritto civile*, cit., p. 436; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., pp. 230-232; BETTI, *Teoría int.*, cit., pp. 339-340; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 381, y *L'interpretazione*, cit., pp. 185-186; BIANCA, cit., p. 421.

⁶⁰ En realidad ese criterio es insuficiente también desde el perfil lógico si se observa que la calificación de claridad deriva necesariamente de una interpretación ya habida: por todos v. TROPER, «Una teoría realista dell' interpretazione», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, p. 479; GADAMER, cit., pp. 457-458; VIOLA-ZACCARIA, cit., pp. 111-117. Es notorio que entre los filósofos la posición más radical era la de NIETZSCHE, *Samdiche Werke, Der Wille zur Macht*, Kroner ed., Stuttgart, 1980 (12 ed.): «gegen den Positivismus, welcher bei dem Phänomen stehnbleibt "es gibt nur Tatsachen", würde ich salten: nein, gerade Tatsachen gibt es nicht, nur Interpretationen» (§ 481, p. 337). De hecho «was kann allein Erkenntnis sein? "Auslegung", Sinnheilen, -nicht "Erklärung" (in den meisten Fällen Bine neue Auslegung über eine alte unverständlich gewordne Auslegung, die jetzt selbst nur Zeichen ist). Es gibt keinen Tatbestand, alles flüssig, unfassbar, zurückweichend; das Dauerhafteste sind noch unsre Meinungen» (§ 604, p. 414).

⁶¹ La metáfora es de TWINING E MIERS, cit., p. 224.

⁶² Cfr. *ex multis*, Cass., 16 de enero de 2002, n. 397; 8 de marzo de 2001, n. 3424; id., 11 de mayo de 2000, n. 6028; id., 11 de junio de 1999, n. 5747, o del «racional gradualismo» según id., 30 de mayo de 1995, n. 6050. En Italia esto sucede por la cláusula arbitral.

ciencia o no del acuerdo sobre las cláusulas para la conclusión del contrato e ir así prosiguiendo.

Algunos de estos problemas se resuelven en Italia de distinta manera que en los demás países, mientras que otras veces hay soluciones convergentes.

Aquí no hay siquiera el espacio como para indicarlos todos, pero puedo decir que casi siempre las cuestiones que tienen que ver con la cláusula (y no el contrato) encuentran una adecuada respuesta sobre la base de la distinción antes mencionada entre cláusula en sentido formal y en sentido material.

