
Ética del contrato y “contratos de duración para la existencia de la persona”: una entrevista al profesor Andrea Nicolussi*-*

» ENTREVISTA REALIZADA POR
JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS***

Gracias a un intercambio académico casual por correo electrónico, se fraguó la idea de contar con la presencia “virtual” (sí, el oxímoron es pertinente en estos tiempos) de Andrea Nicolussi, profesor Ordinario de Derecho civil de la Università del Sacro Cuore de Milán. En efecto, si algo positivo nos ha dejado esta crisis sanitaria global (*di necessità virtù*) es precisamente haber roto las fronteras y poder interactuar de manera más intensa y enriquecedora con juristas de todas partes del mundo. En esta oportunidad, el profesor Nicolussi, con su espíritu afable, aceptó compartir algunas ideas sobre un tema que hace unos años él, junto con otros juristas europeos, comenzó a explorar, los denominados “life-time contracts”, y que se podría traducir en

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2021. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: RODRÍGUEZ OLMOS, JAVIER M., “Ética del contrato y ‘contratos de duración para la existencia de la persona’: una entrevista al profesor Andrea Nicolussi”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 42, enero-junio 2022, 361-375, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.13>

** Profesor Ordinario de Derecho civil de la Università del Sacro Cuore di Milán en donde actualmente enseña Derecho civil y derecho civil de la familia y de los menores; también ha tenido a cargo la enseñanza de las instituciones de derecho privado y de derecho privado comparado. El profesor Nicolussi es discípulo del profesor Carlo Castronovo, y por lo tanto pertenece a la escuela de los profesores Luigi Mengoni y Guido Calabresi. Ha escrito numerosos ensayos y monografías en distintos temas de derecho civil, en particular en lo relativo al derecho de contratos y de las obligaciones, así como sobre el derecho de personas y de familia. Contacto: andrea.nicolussi@unicatt.it.

El texto corresponde a la entrevista realizada al profesor Nicolussi el día 24 de septiembre de 2021 en el marco de los “Diálogos de Derecho privado” organizados por el Departamento de Derecho civil de la Universidad Externado de Colombia. La versión española de las respuestas fue revisada por el profesor Héctor Campos García.

*** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. docente investigador del Departamento de Derecho Civil. Magíster en sistema jurídico romanista y unificación del derecho en América Latina, Universidad Tor Vergata, Roma, Italia. Magíster en derecho de la informática teoría y técnica de la normación jurídica, Universidad de Roma 1 La Sapienza, Roma, Italia. Abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: javier.rodriguez@uexternado.edu.co.

español como “contratos de duración para la existencia de la persona”¹. Sobre este tema, nuestro invitado ha plasmado sus reflexiones en varios escritos². La conversación con el profesor Nicolussi que se transcribe a continuación sirve de oportunidad y estímulo para seguir (re)planteando y (re)pensando la categoría misma de contrato a la luz de la consideración de la centralidad de la persona en el pensamiento jurídico y en la construcción constante de la sociedad.

Javier Rodríguez: *La primera pregunta lógica es ¿de qué trata esta idea de los “life-time contracts” o “contratos de duración relacionados con la vida y la existencia de una persona”? ¿Por qué se plantearon ustedes esa categoría, de dónde surge la idea, cuáles serían sus contornos, y cuál sería su utilidad?*

Andrea Nicolussi: Según un esquema muy rígido, y usando terminología aristotélica, el Derecho de los contratos sería impermeable a las razones de justicia distributiva y estaría abierta solo a las razones de la justicia sinalagmática o correctiva.

De hecho, para limitarnos al Derecho moderno, ya a fines del siglo XIX se introdujeron regulaciones destinadas a corregir las inequidades que se registraron en ciertos contratos. Pensemos, en particular, en el contrato de trabajo en el que se introdujeron algunas tutelas o mecanismos de protección que, hasta cierto punto, hicieron que el contrato de trabajo fuera especial en comparación con los contratos en general.

Durante el siglo XX, el contrato de arrendamiento para vivienda también sufrió interferencias por parte de la ley. En el último cuarto del siglo XX nace la categoría de contratos de consumo, para el cual se ha previsto un conjunto de tutelas a favor de los consumidores. Agregaría el hecho de que las constituciones posteriores a Auschwitz han enfatizado la centralidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico, contribuyendo a dar relevancia también a los elementos no patrimoniales en el Derecho Privado.

En particular, se puede destacar la aparición de la categoría de la inexigibilidad (*inesigibilità* o *Unzumutbarkeit*), que ha permitido limitar la tutela del crédito cuando colisiona con valores superiores desde el punto de vista de la Constitución.

-
- 1 Sobre este tema, es fundamental el libro editado por LUCA NOGLER Y UDO REIFNER (eds.), *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2014, que contiene los principales resultados del trabajo del grupo denominado *European Social Contracts* (EuSoCo), así como unos principios que se propusieron por dicho grupo para que rijan los contratos para la existencia de la persona.
 - 2 NICOLUSSI, A., *Etica del contratto e “Contratti ‘di durata’ per l’esistenza della persona”*, in NOGLER -REIFNER, *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, cit., 123-167; Id., *Life Time Contracts and Contracts in General: Fundamental Rights of the Person and Their Family, Fair Price, Termination*, in RATTI (ed.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts. A Research Agenda for Contract Law*, The Hague, 2018, 41-55; Id., *Etica del contratto e lo spot contract del gioco*. Spunti per una direttiva di tutela, *Jus*, 2019, 3-20; Id., *Le obbligazioni*, Padova 2021, p. 38 ss.

Pensemos en la tutela de la salud del trabajador, la tutela de la maternidad y la posibilidad de excluir la responsabilidad del deudor cuando el cumplimiento requiere el sacrificio de valores superiores, ello con ocasión del antiguo ejemplo de la cantante que no realiza el espectáculo para la que fue contratada, por ayudar a su hijo en el hospital. Así mismo, consideremos el derecho del deudor sobreendeudado a solicitar una suspensión del pago para satisfacer sus necesidades fundamentales o las de su familia.

Desafortunadamente, la globalización y las repetidas crisis financieras desarrolladas a principio de este siglo han reducido la capacidad de los Estados para enfrentar los desafíos derivados de la presencia de grandes empresas comerciales y financieras. También se ha hablado de competencia entre ordenamientos jurídicos, con la consecuencia de una carrera a la baja, porque hay una tendencia a imitar las disciplinas menos protectoras por la competencia que ejercen en el mercado global. En Europa esto ha significado una reducción, por primera vez después de varias décadas, de la tutela de las personas, especialmente de las más frágiles. Incluso las estructuras sociales, digamos tan naturales, como la familia, han entrado en crisis.

En este contexto, un grupo de académicos europeos coordinado por Udo Reifner y Luca Nogler pensó en razonar dentro de la dogmática jurídica para intentar construir un modelo de referencia que posibilite la apertura de los contratos hacia necesidades humanas fundamentales. El razonamiento se tomó inspirándose en el contrato de trabajo, el contrato de arrendamiento para vivienda y los contratos de préstamo para las necesidades de la persona (compra de viviendas u otros productos). Estos contratos muestran algunos perfiles que los unen, tales como la duración, la función de atender las necesidades fundamentales de la persona, la relevancia de la persona en su disciplina, etc.

La idea sería desarrollar un microsistema que gire en torno al esquema de un contrato de duración para la existencia de la persona, en el cual las reglas no deben concebirse como meras excepciones de los principios generales del contrato, sino que pueden extenderse a aquellos contratos que presenten características similares.

En cuanto a la definición hoy podemos encontrar principalmente dos, una doctrinal y otra incluso legal.

En el volumen *Life time contracts*³, que en la traducción oficial al castellano se ha traducido en dos maneras como "Contratos sociales a largo plazo" y como "Contratos para la existencia", se han publicado los principios que se pueden aplicar a todos estos contratos. El artículo 1 contiene una definición según la cual los "contratos para la existencia" se definen como relaciones jurídicas contractuales de larga duración cuyo objeto es satisfacer necesidades humanas esenciales a través de bienes y servicios. Facilitan la integración y participación de las personas en la sociedad, a lo largo de su vida.

3 Ver *supra* nota 1.

El artículo 2, a su turno, enfatiza la dimensión humana en este tipo de contratos y señala: Las circunstancias de la vida real de las personas contribuyen a configurar el contenido de los “contratos para la existencia”. Corresponde al Derecho establecer el marco para que las relaciones de poder subyacentes en tales contratos se orienten al desarrollo humano, para que la cooperación entre las partes contractuales ocupe un lugar central en la relación (más allá de las reglas jurídicas sobre conclusión del contrato); y para que se tenga en cuenta el contexto personal en el que estos “contratos para la existencia” se desarrollan (incluidas las relaciones familiares).

En resumen, en los contratos por la existencia de la persona, la relación adquiere una importancia algo mayor que el acto contractual, es decir las cláusulas recogidas en la estipulación del contrato.

El año pasado, la categoría de “los contratos para la existencia” fue acogida por el legislador en Alemania con una ley sobre la moratoria de pagos durante la pandemia de la covid-19. El parágrafo 240 del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, en su primer párrafo establece lo siguiente:

Un consumidor tiene derecho a suspender el pago de deudas, derivadas de un contrato de consumo que sea un contrato de duración, [...] si el consumidor, en función de las circunstancias imputables a la propagación de la pandemia, no esté en capacidad de realizar el pago, sin poner en peligro su manutención razonable o la de sus familiares. Este derecho de suspensión se contempla con referencia a contratos de duración imprescindibles para la persona. Los contratos de duración imprescindibles para la persona son aquellos que son necesarios para atender adecuadamente las exigencias de existencia⁴.

En conclusión, la categoría de los contratos para la existencia ha recibido reconocimiento no solo doctrinal sino también legal.

J. R.: *Podría decirse entonces que la categoría propuesta de “life-time contracts”, de contratos de duración para la existencia de una persona, se apoya en dos pilares: la larga duración en sentido amplio, en cuanto son contratos que de una u otra manera consume buena parte de la vida y las fuerzas de las personas; y la centralidad de la persona en sus relaciones y necesidades reales, diríamos en su materialidad y teniendo como eje su dignidad. Sobre ese primer punto, el del tiempo, la duración y*

4 «(1) Ein Verbraucher hat das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem Verbrauchervertrag steht, der ein Dauerschuldverhältnis ist und vor dem 8. März 2020 geschlossen wurde, bis zum 30. Juni 2020 zu verweigern, wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse. Wesentliche Dauerschuldverhältnisse sind solche, die zur Eindeckung mit Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge erforderlich sind».

su influencia profunda en la vida de los individuos, pareciera que, desde esta perspectiva, se hace una fuerte crítica a la construcción de la teoría general del contrato sobre el modelo de los “spot contracts”, los contratos de ejecución instantánea, en particular el paradigma de la compraventa, y esa crítica lleva a colocar en el centro del discurso las particularidades de los contratos de duración. Me hace pensar que incluso más allá de la órbita en la que parecería operar esta individualización de los “life-time contracts” o contratos para la existencia de la persona (tal y como usted lo acaba de explicar), ese reconocimiento de la importancia de los contratos de larga duración y de la necesidad de tomar en consideración sus particularidades también se ha hecho evidente en un ámbito tan diferente como es el de los contratos comerciales internacionales, cuyo ejemplo claro es la última edición de los principios Unidroit del 2016 que precisamente se concentraron en introducir modificaciones y complementos para hacer explícita esa situación de los contratos de larga duración. ¿Es entonces evidente que esa construcción de la teoría del contrato sobre el modelo de los “spot contracts”, contratos de ejecución instantánea, cada vez está más en crisis en todo el derecho contractual debido a su insuficiencia para cobijar en todas sus dimensiones las relaciones contractuales más complejas?

A. N.: La compraventa y, en el plano obligacional, la obligación de dar, son –sin duda– el modelo que históricamente inspiró el Derecho Civil en la configuración, precisamente, de la disciplina de los contratos y las obligaciones. Consideremos, entre otras cosas, que la ejecución forzosa todavía refleja, de muchas maneras, esta centralidad de la compraventa y la obligación de dar. Por otro lado, es conocida la regla del código civil francés según la cual “todas las obligaciones de hacer o no hacer se resuelven en la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento”. Así que, sólo en el caso de la obligación de dar, el acreedor puede aspirar a recibir la cosa a pesar del incumplimiento, mientras que en otros casos debe conformarse con un equivalente.

Seguramente, el dominio de la compraventa ha tenido razones económicas en su base. Y son las razones económicas las que pueden explicar la tendencia a favorecer el modelo del *spot contract* también en el derecho contemporáneo. Sin embargo, la proyección en el tiempo de las relaciones contractuales; es decir, el factor “duración” ciertamente complica las cosas y puede generar responsabilidades y riesgos que las empresas quieren evitar en la medida de lo posible.

Otro aspecto de esta idea es el uso de escudos jurídicos destinados a limitar la responsabilidad tanto como sea posible. Basta pensar, para estar al día, en el tema de las relaciones triangulares derivadas de las plataformas digitales en las que el gestor de la plataforma intenta reducir al máximo su propio rol. Por ejemplo, Uber o Airbnb intentan presentar su posición como algo separado del contrato “aguas abajo” (*downstream contract*) entre el proveedor de servicios y el usuario final. La tarea del Derecho es resaltar el papel real de la plataforma (el llamado principio de la verdad de la forma jurídica) y luego, posiblemente, señalar el comportamiento que incide en el contrato “aguas abajo” (*downstream contract*).

En cualquier caso, regresando a los contratos de duración, no hay duda de que muchas de las relaciones más importantes para la vida de las personas son de este tipo de contratos. Pensemos en el contrato de trabajo, arrendamientos de vivienda, préstamos bancarios, contratos educativos (si se realiza en forma privada), contratos de suministro de energía, teléfono, gas, agua, internet, sanidad, etc.

Pero la transición del *spot contract* al contrato de duración también se puede ver en el desarrollo del modelo de la compraventa cuando se trata de efectos legales que se prolongan en el tiempo. Pensemos en la venta a plazos (*vendita a rate*), que en Italia comenzó a difundirse entre las dos guerras mundiales y luego fue regulada en el código civil. El contrato de compraventa a plazos incorporaba algunas de las exigencias que la compraventa como *spot contract* no puede llevar a cabo. En primer lugar, la exigencia del comprador de utilizar el objeto inmediatamente y la necesidad del vendedor de contar con una garantía en relación con el aplazamiento del pago del precio a lo largo del tiempo. En segundo lugar, está el problema de la resolución por incumplimiento por parte del comprador que el código civil italiano no permite si no supera una octava parte del precio. Además, se establece que el comprador tiene derecho al reembolso de las cuotas ya pagadas, sin perjuicio de la indemnización que le corresponda pagar al vendedor por el disfrute de la cosa objeto de la compraventa.

En esta disciplina ya podemos ver una protección al consumidor frente a la duración del contrato que la venta como contrato *spot* no le ofrecería. Mucho más recientemente, en Italia se ha introducido una regla por la cual el comprador de inmuebles que los usa para su residencia no está sujeto a la acción de revocación por quiebra de los acreedores de su comprador. Podemos decir que cuando la venta está acompañada de efectos que prolongan la relación en el tiempo, el vínculo con la persona del comprador justifica algunas excepciones de la disciplina general⁵.

Además, desde hace algún tiempo también se ha discutido en el Derecho, sobre la base de estudios realizados inicialmente en los Estados Unidos acerca de los contratos relacionales (*relational contracts*). Puede ser interesante observar una aplicación muy particular de esta categoría que lo sitúa directamente en relación con una dimensión muy personal. Esta categoría ha sido utilizada en el contexto del matrimonio, precisamente, para contrarrestar la tendencia a simplificar demasiado la disciplina del divorcio.

En resumen, los *life time contracts* o “contratos para la existencia” no son una categoría excéntrica, sino que se proponen en una perspectiva que tiene elementos de coherencia con los desarrollos del derecho de las obligaciones y de los contratos.

En este contexto, me parece correcta la indicación del profesor Javier Rodríguez Olmos. Precisamente, la última edición de los principios Unidroit de 2016 se concentraron en introducir modificaciones y complementos para hacer explícita la situación de los contratos de larga duración.

5 También se puede decir que el crédito no recibe una protección absoluta y por lo tanto puede sucumbir a valores colocados más alto desde el punto de vista constitucional.

Por supuesto, la disciplina concierne al comercio internacional y, por lo tanto, desde este punto de vista, está lejos de los *life time contracts*. Además, las previsiones dedicadas a los contratos de larga duración en los principios Unidroit son bastante limitadas. Puede ser significativo señalar que la única propuesta bastante innovadora que se discutió, y luego se abandonó, se refería a la *termination for compelling reasons* (la terminación por razones imperiosas); es decir, la posibilidad de resolver inmediatamente el contrato.

Sin embargo, no hay duda de que si la disciplina del comercio internacional también comienza a interesarse seriamente en las relaciones de duración, tenemos una señal importante acerca del desarrollo del derecho de los contratos y de las obligaciones. En este contexto, creo que el aspecto que incluso el comercio internacional no puede ignorar es la cuestión de los eventos sobrevenidos (o teoría de la imprevisión) que no pueden dejarse enteramente a las cláusulas del contrato inicialmente pactado.

Aquí podemos decir que el *civil law* tiene algo que enseñar al *common law*, aunque la palabra recurrente, *hardship*, sea una palabra inglesa.

J. R.: *Al lado de este elemento de duración, señalaba usted al inicio que la noción de "contratos para la existencia de la persona" hace énfasis en las necesidades básicas de los seres humanos, llevar una vida digna y poder hacer parte activa en la vida social. En esta medida, el otro elemento que resulta interesante en la propuesta de los "life-time contracts" es ese replanteamiento de la autonomía. La autonomía relacional como un presupuesto para una nueva comprensión del contrato. Esa autonomía relacional que, por ejemplo, se encuentra en la base de algunas críticas feministas frente a lo que se denomina una versión minimalista o formal de la autonomía que en muchas ocasiones sería insuficiente para afrontar situaciones en las que necesariamente se debe tener en cuenta la posición del sujeto en la sociedad y la forma como se configuran sus relaciones familiares y sociales, relaciones que por lo demás pueden verse moldeadas por factores como la raza, el género, la clase. ¿Cómo entender esa autonomía desde la perspectiva relacional en el ámbito de los contratos para la existencia de la persona?*

A. N.: Esta pregunta es muy interesante porque me permite explicar las ocasiones en las que tomé prestada la idea de autonomía relacional.

Inicialmente, fue un pensamiento personal concebido cuando estaba tomando cursos sobre el contrato y me pareció que la idea de basar el contrato simplemente en la libertad individual o la autodeterminación o la autonomía del individuo no era satisfactoria.

En primer lugar, este enfoque no permite explicar las reglas sobre la celebración de contratos en los que el dogma de la voluntad ha sido suplantado durante mucho tiempo por la teoría de la confianza. En segundo lugar, se descuida el principio de buena fe objetiva que recorre la disciplina del contrato desde la fase precontractual,

hasta la interpretación, pasando por la fase que precede al cumplimiento hasta la propia ejecución del contrato. Finalmente, no justifica los deberes de protección o la protección del contratante débil⁶.

A todo ello podemos sumar la teoría de los contratos relacionales que surge precisamente de una sensación de insuficiencia de planteamientos basados únicamente en el perfil de autonomía individual, así como en la pretensión de solucionar todos los problemas que puedan surgir durante la relación contractual a través de cláusulas previstas en el momento de la celebración del contrato.

Una segunda oportunidad que me animó a recurrir al concepto de autonomía relacional surgió en el contexto de mis estudios de bioética y bioderecho, y en particular con referencia a cuestiones relativas a la relación entre médico y paciente. También en esta área, la corriente principal se ha caracterizado por un enfoque totalmente centrado en la autonomía o autodeterminación del paciente. Siempre me ha parecido una idea un tanto ideológica y en cierto modo paradójica, porque se recurre a la autonomía precisamente cuando la persona se encuentra en las condiciones más difíciles y, por ello, pide ayuda a un experto, que no es otro que el médico.

Por supuesto, estos escenarios no justifican una posición paternalista que suele ser estigmatizada: ninguno de nosotros quiere que el médico ocupe el lugar del paciente. Pero la cuestión es otra: se trata ante todo de entender cómo construir una relación entre médico y paciente que sea equilibrada y capaz de ayudar seriamente al paciente a tomar buenas decisiones; además, debe aclararse en qué medida el paciente puede utilizar al médico para cualquier solicitud, incluida la de ser asesinado. ¿Por qué el médico debe obedecer al paciente realizando cualquier solicitud?

Ahora bien: en este sector bioético hay varias referencias a la autonomía relacional. Las fuentes filosóficas a las que se hace referencia son diversas y no se limitan al pensamiento feminista, que, en definitiva, es muy importante. De todas formas, no solo en la corriente feminista, sino en la ética del cuidado se alude con frecuencia a los trabajos de Carol Gilligan y Joan Tronto. Aquellos que abrazan enfoques personalistas se fijan principalmente en las obras de Paul Ricoeur, Martin Buber y Emmanuel Levinas. Por otro lado, quienes enmarcan sus artículos en torno a la ética relacional mencionan los trabajos de Vangie Bergum y John Dossetor. Finalmente, para diversas reflexiones filosóficas, diferentes artículos mencionan la obra de Charles Taylor, Martin Heidegger y Hans Jonas.

Volviendo al contrato, me parece que la perspectiva relacional se puede justificar de una forma particular en los *life time contracts*. De hecho, se prestan bien para albergar deberes de protección, para potenciar las necesidades de la persona hacia la empresa limitando los excesos derivados de la posición de supremacía de esta última en el ejercicio del poder contractual.

Por otro lado, la reciprocidad propia de la relación también debe evitar los oportunismos de la llamada “parte débil”. En este frente, en mi opinión, también se tra-

6 En una relación contractual a largo plazo la dimensión de la relación prevalece sobre la del acto.

ta de aclarar qué solución es más eficaz. Por ejemplo, los autores inspirados en el liberalismo tienden a creer que el derecho de desistimiento (*diritto di recesso*) de un consumidor ayuda a la competencia y tiene efectos favorables para la justicia contractual. Tiendo a pensar que la competencia no afecta mucho a la parte regulatoria del contrato y que quizás el consumidor renunciaría a un derecho arbitrario de desistimiento (*diritto di recesso*) si fuera compensado por una regulación más equilibrada del contrato que, por ejemplo, también brinde cierta protección en caso de eventos sobrevenidos.

J. R.: *Otro tema que se encuentra ligado a la problemática planteada por ustedes por medio de la categoría de los “contratos para la existencia de la persona” es el de la relación compleja entre solidaridad y contrato. En Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional es rica en ejemplos en los que se invoca el principio de solidaridad junto con la necesidad de imponer la igualdad sustancial, como fundamento para intervenir en situaciones contractuales en donde se evidencia una asimetría de poder, en donde una de las partes por lo general hace parte del sector financiero o asegurador y la otra parte se encuentra en una situación de vulnerabilidad y la ejecución de las obligaciones contractuales podrían degenerar en una violación a los derechos fundamentales del contratante débil. ¿Cómo cree usted que se puede encontrar un debido equilibrio entre esos extremos en constante tensión? (¿Quizá incluso antes podríamos hablar de la relación entre moral y derecho y la ‘juridificación’ de la moral como paso previo para la moralización del derecho?).*

A. N.: En la Constitución italiana, el artículo 2 establece que “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del ser humano [...] y exige el cumplimiento de los deberes de solidaridad [...]”. De esta forma el Derecho se presenta como una moneda; es decir, con dos caras: derechos y deberes.

Sin embargo, como hemos aprendido del profundo debate que tuvo lugar principalmente en Alemania, la relación entre la autonomía privada y la Constitución no es tan sencilla. Personalmente, considero que los principios constitucionales no se aplican directamente en el Derecho Privado, sino a través de canales controlados, salvo –por supuesto– la declaración de ilegitimidad constitucional de determinadas normas jurídicas.

Por tanto, la solidaridad como tal no es una norma del derecho contractual. En efecto, tendemos a pensar que no desempeña un papel directo en la regulación de las relaciones entre las partes de un contrato, sino cuando se trata de tutelar a terceros, como en la teoría del contrato con efectos protectores frente a terceros.

En el contexto del contrato, me parece que la solidaridad tiene una función principalmente indirecta. En primer lugar, proporciona un horizonte de valores en la comprensión y concretización del principio de buena fe en sentido objetivo. En segundo lugar, podría verse como un valor coherente con el principio de igualdad en un sentido sustancial. El contrato en su versión decimonónica es expresión de un

principio de igualdad en sentido formal que implica un énfasis en la autonomía de la voluntad de los individuos (el eslogan de Alfred Fouillée “qui dit contractuel, dit juste” es ampliamente citado; en la versión completa fue: *En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste*). Sin embargo, durante el siglo xx se comprendió que en algunos casos la asimetría entre las partes del contrato convierte esta igualdad en sentido formal, en sí misma, en una fuente de injusticia. El contrato de trabajo ha sido el paradigma de esta nueva concepción. Hasta cierto punto, este pensamiento también se ha reflejado en el contrato de arrendamiento para vivienda. A finales del siglo xx se produjo una disciplina de los contratos de consumo en la que la premisa es precisamente una asimetría entre las partes. El contrato de alquiler por necesidades de vivienda y los contratos con el consumidor tienen algo en común: el hecho de que una de las dos partes estipule el contrato para las necesidades de su vida, no con ánimo de lucro.

En cualquier caso, estas innovaciones en la disciplina del contrato sugieren; por un lado, que las necesidades específicas vinculadas a la vida de las personas pueden ahora ser enfatizadas en el contrato y; por otro lado, que este aspecto debe de alguna manera tomar en cuenta las debidas precauciones para salvaguardar, entre otras cosas, la certeza de las relaciones jurídicas. En particular, el principio de igualdad sustancial no debe abrumar al de igualdad formal y por ello es necesario que las situaciones de debilidad se tipifiquen, por ejemplo, dando protagonismo a categorías de sujetos como el consumidor, el trabajador, el inquilino por necesidad habitacional, etc.

La pregunta planteada subraya acertadamente la necesidad de un equilibrio que es, además, una característica esencial del Derecho. En mi opinión, las principales herramientas para regular el contrato con el fin de reducir posibles injusticias siguen siendo; por un lado, la cláusula general de buena fe y; por otro lado, la equidad, que en la tradición jurídica italiana son conceptos distintos.

La primera es esencialmente una regla de responsabilidad (o comportamiento), mientras que la segunda puede operar dentro de límites muy pequeños, sobre todo del lado del equilibrio contractual o, más generalmente, la proporción del intercambio entendido en sentido amplio. La equidad, sin embargo, a diferencia de la buena fe, no es una cláusula general, no individualiza parámetros para la formación judicial de reglas de decisión, sino genéricamente aquel del equilibrio o proporción entre prestaciones e intereses de las partes. La equidad es un criterio de juicio relacionado con circunstancias fácticas irreductibles a tipologías generales que, sin embargo, el juez está autorizado a tener en cuenta para los efectos de integrar las lagunas del contrato en particular, según las necesidades de justicia del caso concreto. Esta definición es generalmente válida para el derecho privado general italiano.

También hay que añadir que la equidad es un criterio previsto por el código del consumidor como principio general de estas relaciones y podría utilizarse como herramienta para reequilibrar situaciones contractuales en las que una de las partes

es mucho más débil que la otra. En la disciplina de los contratos de consumo, el juez tiene un poder de control equitativo sobre las cláusulas de la parte normativa del contrato. En un sector distinto al del derecho contractual, a saber, el de los acuerdos en caso de divorcio, la equidad es vista como la herramienta para corregir los desequilibrios en detrimento de la parte más débil (art. 5 l. n. 898 de 1970).

No hay duda, en mi opinión, de que la cuestión general es aquella de la relación entre moral y Derecho. En este punto, me detendría en la frase indicada en la pregunta: la 'juridificación' de la moral como paso previo para la moralización del derecho.

Después de las constituciones que llamo post-Auschwitz, ya no es posible hablar de una separación rígida entre Derecho y moral. Sin embargo, esto no significa que se haya producido una completa moralización del Derecho, que quizás ni siquiera sea deseable. La autonomía del Derecho sigue siendo, en mi opinión, un valor. Y la distinción entre Derecho y moral debería ser defendida. No obstante, distinguir no significa separar. La moral puede decirle algo al Derecho, del mismo modo que el Derecho puede decirle algo a la moral. Para que la moral le diga algo al Derecho es necesario establecer canales a través de los cuales ciertos principios morales puedan entrar en el Derecho de forma controlada. Por tanto, cuando hablamos de moral en los contratos, debemos hacer referencia a aquellas cláusulas generales y conceptos elásticos que el mismo Derecho positivo admite, como la buena fe, la equidad y los principios constitucionales relevantes.

Así, por ejemplo, también se habla de un fundamento moral con respecto al cumplimiento obligacional en forma específica o *in natura*. El cumplimiento en forma específica, como mecanismo de tutela, está vinculado a una concepción de la obligación que no atribuye al deudor la elección entre el cumplimiento y el pago de la indemnización, elección que es la base de la teoría del incumplimiento eficiente.

En definitiva, cuando hablamos de la moral de los contratos no debemos pensar en una moral en estado puro, sino en una moral institucionalizada y por tanto reconocida por el mismo Derecho positivo.

Sin embargo, no debemos escandalizarnos por un discurso moral en el contrato. Este discurso es cualquier cosa, menos original. Basta mencionar la Ética a Nicómaco de Aristóteles y el debate contemporáneo sobre la justicia en el contrato⁷.

7 Algunos autores hablan sin rodeos de la relación entre moralidad y contrato. Con respecto al *common law*, por ejemplo, ver ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, p. 2: «Although English lawyers and Theorists are traditionally wont to insist that law and morality are distinct, it is none the less true that the law reflects to a considerable extent the moral standards and ideals of the community in which operates. It is therefore not surprising to find that, behind a great deal of the law of contract, there lies the simple moral principle that a person should fulfil his promises and abide by his agreements». Una dimensión moral del contrato se reconoce en Francia, por ejemplo, por FABRE-MAGNAN, M., «Avantages ou inconvénients des principes directeurs», *Revue des contrats*, 4/2012, pp. 1430–1440. En referencia a la doctrina alemana, v. CANARIS, C.W., *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. Aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993, München, 1997. Desde un punto de vista económico, es muy conocida la posición de Amitai Etzioni, *The Moral Dimension: Toward a New Economics*, New York, 1988, IX-X «We are now in the middle of a paradigmatic struggle. Challenged is the entrenched utilitarian,

Pero, sobre todo, una “dimensión moral” está siempre presente en la disciplina del contrato. De lo que se trata es de aclarar qué es. Y quizás equilibrar puntos de vista valorativos para que no se tenga una concepción absoluta respecto de uno y termine por excluir a otros. En particular, el punto de vista liberal basado en considerar como absolutas las elecciones racionales del individuo no es el único punto de vista de los sistemas europeos contemporáneos en los que se busca alcanzar un mínimo de equilibrio, especialmente, en la parte normativa del contrato.

J. R.: *Otro perfil interesante en la propuesta de los “life-time contracts” es que usted y otros autores que han abordado este tema proponen una nueva perspectiva de la coligación de ciertos contratos más allá de la tradicional unidad de operación económica, para poner como perno o eje del análisis la persona humana, sus diferentes roles. ¿En qué casos y bajo qué presupuestos podría entablarse esa relación de coligación?*

A. N.: La perspectiva que considera a la persona un elemento significativo del Derecho de obligaciones y contratos no es nueva en Europa. Otto von Gierke, en su famoso ensayo de 1914⁸, ya había destacado el hecho de que las relaciones obligatorias de duración (*Dauernde Schuldverhältnisse*) a menudo van más allá de los límites del Derecho de las obligaciones y asumen elementos del Derecho de la persona. Por ejemplo, en los *Dienstverträge*, que podría traducirse como “contratos de servicios”, Gierke argumenta que no hay realmente un intercambio de cosas, porque el trabajo remunerado no es una mercancía⁹. En ellos, dice Gierke, el desarrollo inescindible de la libre personalidad recibe expresión jurídica. Según Gierke, estos contratos son elementos de la organización social, más que meros contratos de intercambio.

La idea de Gierke ha sido retomada por Lotmar, quien se concentra sobre todo en el derecho laboral. En Italia, Mengoni subraya cómo ha sido el contrato de trabajo el que introdujo significativamente la relevancia de la persona en el derecho civil.

Ahora bien: la idea de los *life time contracts* se vincula con esta línea de pensamiento, destacando la posible conexión entre contratos en los que el tiempo está en juego en su dimensión personal. Por ello, como he indicado previamente, se tiene en

rationalistic-individualistic, neoclassical paradigm which is applied not merely to the economy but also, increasingly, to the full array of social relations, from crime to family. One main challenger is a social-conservative paradigm that sees individuals as morally deficient and often irrational, hence requiring a strong authority to control their impulses, direct their endeavors, and maintain order. Out of the dialogue between these two paradigms, a third position arises, which is advanced in this volume. It sees individuals as able to act rationally and on their own, advancing their self or ‘I’, but their ability to do so is deeply affected by how well they are anchored within a sound community and sustained by a firm moral and emotive personal underpinning— a community they perceive as theirs, as a ‘We,’ rather than as an imposed, restrained ‘they’».

8 VON GIERKE, O., *Dauernde Schuldverhältnisse* in E. STROHAL – V. EHRENBERG (Hrsg.), *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 64, Jena, 1914, pp. 355 ss.

9 VON GIERKE, O., *Dauernde Schuldverhältnisse*, cit., p. 409.

cuenta el contrato de trabajo, el contrato de arrendamiento para vivienda y los contratos de préstamo para necesidades vitales de las personas, como el préstamo para la compra de una vivienda u otros préstamos para la compra de bienes de consumo¹⁰.

Se trata de entender si las reglas que se han introducido en estos contratos pueden expresar un valor general. Me refiero a las reglas sobre desistimiento, las reglas sobre la tutela en forma específica, las reglas sobre eventos sobrevenidos, las reglas sobre la coligación contractual, etc.

Quizás sea necesario hacer una distinción entre los que por primera vez han pensado en esta categoría. Por ejemplo, Udo Reifner se mueve sobre todo desde una lectura socioeconómica que refleja un punto de vista marxista. Yo prefiero un enfoque diferente dirigido a identificar algunos servicios, bienes o necesidades de vital importancia y que, por tanto, pueden considerarse capaces de condicionar la disciplina de la relación. El contrato de trabajo –como había intuido el propio Gierke– no se puede reducir a un mero intercambio porque la persona está profundamente involucrada en el trabajo. Así mismo, el contrato de arrendamiento para uso residencial implica la relación del inquilino con su vivienda. En ambos casos, por tanto, dando un ejemplo, el desistimiento debe ir acompañado, al menos, de los deberes de protección de la contraparte.

En Italia, cuando hablamos de contratos, hacemos referencia al concepto de causa en el que se resumen los intereses legalmente relevantes en el contrato. En *los life time contracts*, si se quiere evitar hablar de la causa, al menos se puede afirmar que el interés personal cobra relevancia y condiciona la disciplina del contrato.

J. R.: *Hay una pregunta que no puede faltar, en vista de que seguimos viviendo en situación de pandemia, al menos formalmente. ¿Podría afirmarse que esta crisis sanitaria global derivada del covid-19 ha hecho más evidente la necesidad de repensar la forma como el derecho contractual ciertas situaciones que usted engloba en los denominados "life-time contracts"?*

A. N.: La respuesta es ciertamente afirmativa. Después de todo, la crisis sanitaria global derivada de la covid-19 fue en realidad un evento sobrevenido que afectó muchas relaciones contractuales. En el mundo universitario, solo pensemos en los contratos de arrendamiento para estudiantes fuera de su sede de residencia, que en muchos casos no pudieron usar el apartamento alquilado. Del mismo modo, las

10 Como se ha sugerido puntualmente en el debate posterior a esta entrevista, hipótesis de los contratos de existencia de la persona también podrían ser aquellos contratos de renta vitalicia estipulados por personas mayores que utilizan su propia casa como garantía o vendiendo la nuda propiedad o haciendo un préstamo vitalicio. Para un estudio en términos de comparación jurídica, se puede leer en italiano, A. Fusaro, *Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica*, Notariato, 2017, 114 ss. Destaca la necesidad de reforzar la protección de las personas mayores en los contratos de hipotecas inversas, LATONA, D., *Strengthening Consumer Protections for Reverse Mortgages*, in *Elder Law Journal*, 2016, 23, 417 ss.

pequeñas empresas se encontraron pagando el alquiler de un espacio comercial que no podía ser frecuentado por los clientes¹¹. Como ya he señalado, incluso el legislador alemán acaba de adoptar la categoría de contratos esenciales para la persona que ciertamente se inspira en los *life time contracts*.

Permítanme volver a la referencia a la solidaridad que se ha mencionado en una pregunta anterior. La pandemia, más allá de la cuestión de los *life time contracts*, ha puesto de relieve claramente los vínculos entre las personas, no solo entre personas cercanas, sino también entre personas que viven muy alejadas.

Todos los principales problemas de la humanidad contemporánea (cambio climático, desigualdades económicas, migración, pandemias, etc.) demuestran la necesidad de solidaridad entre las personas cercanas y lejanas. La promoción de las elecciones individuales es ciertamente un valor al que el mundo occidental está muy ligado; sin embargo, este valor no se puede concebir y aplicar como absoluto, sin darse cuenta de los vínculos de cada uno tiene con los demás y de que ciertos desafíos solo pueden ser afrontados con un esfuerzo de todos en proporción a los recursos de cada uno.

J. R.: *Una última reflexión, profesor Andrea Nicolussi: ¿cuál es para usted el futuro del contrato, y en particular de estos “contratos para la existencia de la persona”, teniendo en cuenta la realidad que ya estamos viviendo de los contratos digitales, de la automatización, de la inteligencia artificial? Los problemas de desempleo que se prevén debido a las nuevas tecnologías, las nuevas tecnologías que se utilizan cada vez más y de forma incontrolada para orientar, quizá manipular las decisiones de los consumidores, entre muchas otras perspectivas que darían para otro conversatorio. Pero solo una idea general de su parte.*

A. N.: En primer lugar, diría que el hecho de que un país muy avanzado como Alemania haya recurrido a esta categoría de contratos para la existencia de la persona para resolver problemas relacionados con la gravísima emergencia de la pandemia significa que nuestro trabajo ya ha producido un resultado práctico que puede ser imitado.

En segundo lugar, el tema de la protección de la persona y sus necesidades existenciales es también y sobre todo central en los desarrollos tecnológicos que ya estamos presenciando. Por supuesto, estoy pensando principalmente en plataformas digitales. Como se ha dicho, los llamados *users* –usuarios– no pagan con dinero sino con su propia persona, porque otorgan datos e información sobre sí mismas, exponiéndose a un sutil control y manipulación. Por otro lado, estas plataformas ofrecen formas de participación social a las que la gente ya no renuncia y que por tanto bien

11 Cubrí el tema en *The Pandemic and Change of Circumstances in Italy*, in E. HONDIUS – M. SANTOS SILVA – A. NICOLUSSI – P. SALVADOR CODERCH – CH. WENDEHORST – F. ZOLL, *Coronavirus and the Law in Europe*, London, 2021, 800 ss.

podemos decir que se han convertido en parte de la existencia de las personas. Pero hay muchas cuestiones relacionadas con esta nueva dimensión de las relaciones sociales y económicas. Naturalmente, también estoy pensando en la protección del trabajo, en los escudos legales que las plataformas pueden intentar construir, etc. Creo que la reflexión sobre los contratos por la existencia de la persona podría contribuir a abordar los problemas legales que genera este nuevo mundo. También creo que este podría ser otro terreno en el que se pueda aprovechar la teoría de las obligaciones de protección, que en Europa se ha desarrollado mucho en Alemania e Italia. No podemos detenernos aquí, pero ciertamente la reflexión sobre estas categorías jurídicas del derecho de contratos y obligaciones ha contribuido al menos a preparar el terreno para una discusión sobre el contrato abierta a la relevancia jurídica de la persona y sus necesidades de vida.

Este tema podría ser una oportunidad para continuar este fértil intercambio entre la latinidad europea y la latinidad americana. Sería bueno organizar una conferencia, tal vez en Colombia o Italia.

J. R.: *De acuerdo, sería un buen tema y una buena oportunidad para enriquecer las ideas y los puentes en esta nueva globalización. Nuevamente es de agradecer el tiempo que usted se tomó para compartirnos algunas ideas sobre este nuevo ángulo de análisis de temas clásicos y al mismo tiempo tan actuales del derecho de contratos. Sin duda alguna esta propuesta de los contratos para la existencia de la persona nos lleva a seguir reflexionando sobre la centralidad de la persona, de su dignidad, su inevitable encuadramiento en sus distintos roles y dimensiones sociales, la necesidad de pensar más en términos de relación contractual que de mero contrato, una relación contractual que en muchos casos involucra más que simples elecciones del individuo, necesidades básicas que debe satisfacer para sí y para su familia y que debe poder hacerlo en condiciones que respeten su dignidad.*