

LA SUBSIDIARIEDAD EN EL LENGUAJE JURÍDICO

SUBSIDIARITY IN THE LEGAL LANGUAGE

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 124-145



Roberto
CARLEO

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: La reforma constitucional de 2001 introdujo en la Constitución italiana (art. 118, u.c., Cost) el llamado principio de subsidiariedad horizontal, que favorece la iniciativa autónoma de los particulares para la realización de actividades de carácter general. Esto inspira una profunda reinterpretación de muchos institutos de derecho privado, empezando por el sistema de fuentes y el reparto de competencias entre legislación y jurisdicción. La propia noción de autonomía privada está siendo reconsiderada por su capacidad para establecer normas que van más allá del ámbito de las partes contratantes.

El profesor Cesare Massimo Bianca, ya en 1977, lo anticipó: “La afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un orden autónomo de los particulares, pero también responder a la idea de un orden estatal único que otorga a los particulares una competencia normativa restringida”.

PALABRAS CLAVE: Subsidiariedad; autonomía privada; Constitución; interpretación; legislación; jurisdicción.

ABSTRACT: *The so-named principle of horizontal subsidiarity was introduced in the Italian Constitution (art. 118, u.c., Cost) by the 2001 constitutional reform. This improves autonomous initiative performances of private individuals working on general character activities. All this inspires you a deep re-study of many private law's institutions. The study has to restart from the sources' system and from the splitting competences of legislation and jurisdiction. The very notion of private autonomy itself is reconsidered because of its capacity to dictate rules which go beyond the sphere of the contracting parties.*

In 1977 Professor Cesare Massimo Bianca anticipated: “The negotiation's act is itself constitutive of norms and can answer (...) to the idea of an autonomous order of private individuals but also answer to the idea of a single state order which grants a restricted normative competence to private”.

KEY WORDS: Subsidiarity; private autonomy; Constitution; interpretation; legislation; jurisdiction.

SUMARIO.- PRÓLOGO.- I. PLURALIDAD DE CONTEXTOS Y POLISEMIA DEL TÉRMINO “SUBSIDIARIEDAD”.- II. SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y HORIZONTAL.- III. SUBSIDIARIEDAD Y AUTONOMÍA PRIVADA.- IV. ALGUNAS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.- V. LA EFICACIA CONFORMADORA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

PRÓLOGO.

La reforma constitucional del 2001 introdujo el principio de “subsidiariedad horizontal” en el último párrafo del artículo 118 de la Constitución italiana.

Hoy en día existe un intenso debate sobre las aplicaciones del principio de subsidiariedad en el derecho privado¹, pero, incluso antes de la introducción de la nueva versión del artículo 118 de la Constitución italiana, el Maestro que aquí se celebra ya había demostrado la sensibilidad de prever la capacidad autónoma de los particulares de tomar la iniciativa en la formación de las normas que establecen reglas no sólo para las partes del contrato, sino también para regular actividades de interés general.

El punto de partida no puede sino encontrarse en las páginas de la monografía sobre “Autoridades privadas”². El profesor Bianca, en 1977, razonando sobre la posibilidad de considerar la negociación como una fuente normativa, observaba cómo “la afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas puede responder (...) a la idea de un sistema autónomo de los particulares pero también a la idea de un único sistema estatal que otorga a los particulares una competencia normativa restringida”.

Entre las distintas acepciones de la palabra “subsidiariedad” (de las que nos ocuparemos a continuación)³, en derecho civil, la doctrina puntualiza una distinción entre la autonomía privada (que crea normas destinadas a aplicarse en el ámbito interno de las relaciones entre particulares) y la subsidiariedad, la cual pone de manifiesto un poder conferido a los particulares para autorregularse y cuyas normas serán de aplicación también “externa” a las relaciones entre los particulares que las han emanado⁴.

-
- 1 V. los estudios de Nuzzo, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I y II, Giappichelli, Turín, 2014.
 - 2 BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Nápoles, 1977.
 - 3 Cf. par. I.
 - 4 Cf. Nuzzo, M.: *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 10 ss.

• Roberto Carleo

Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Napoli “Parthenope”. Email roberto.carleo@uniparthenope.it

Para una autorizada doctrina, en cambio, autonomía y subsidiariedad podrían coincidir, ya que no habría razón para construir una “clara distinción entre una autonomía de negociación que realiza intereses individuales y una autonomía de negociación que realiza intereses generales, en cuanto ya se hace difícil la distinción misma entre interés general e interés individual”⁵.

Para la doctrina mayoritaria, la subsidiariedad (partiendo de la etimología “subsidium”, que significa ayuda o apoyo, lo que parece implicar una relación entre un poder principal y otro subordinado, que interviene, precisamente, de forma subordinada) asumiría un papel (meramente) complementario, mientras que para otros autores⁶ asume un papel de primer orden en cuanto está llamada a gestionar los intereses concretos que están más cerca del sujeto al que se le reconoce el poder de elaborar la norma jurídica, teniendo en cuenta la utilidad social. Sólo después, si acaso, interviene el poder público. Por lo tanto la subsidiariedad no viene a integrar o completar, sino que opera en vía “originaria y primaria”.

En los ámbitos objeto de autorregulación asistimos a una “transición irrefrenable de un derecho que se creaba de forma jerárquica a un derecho que se escribe y se reescribe por diferentes sujetos, legislador, juez, autoridades independientes, doctrina, particulares, entre los que a menudo es difícil establecer quién manda y quién obedece”⁷.

Entre los numerosos casos en los que se manifiesta el principio de subsidiariedad horizontal y de “autorregulación”, de los que nos ocuparemos más adelante, a título de ejemplo y sin ninguna pretensión de exhaustividad, se pueden observar algunos casos que reflejan ciertas líneas evolutivas consolidadas, entre otras, en los códigos de conducta (y en general en el denominado softlaw, cuyos rasgos característicos y que lo diferencian del hardlaw se difuminan cada vez más), en la normativa sobre la gestión de las crisis de la empresa (en particular, se observa, en los planes de intervención y en la normativa del sobreendeudamiento), en las distintas formas de “desjudicialización” como las ADR y los instrumentos extrajudiciales para obtener la separación y el divorcio, en la reciente legislación del “tercer sector”⁸, etc.

La doctrina también ha propuesto algunas clasificaciones de las diferentes hipótesis de manifestación del principio de subsidiariedad horizontal en “los

5 PERLINGIERI, P.: “La sussidiarietà nel diritto privato”, *Ross. Dir. Civ.*, 2, 2016, p. 688; ID., “Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti”, IV ed., IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2020, p. 44 ss.; cf. IMBRENDA, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016, p. 56, la cual se muestra de acuerdo con la idea de que la autonomía ha de entenderse “como la facultad de regular incluso intereses que no son individuales”.

6 Cf. NUZZO, M.: *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., p. 15.

7 En este sentido, PUNZI, A.: “Prefazione”, en G. BENEDETTI, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Giappichelli, Turín, 2014, p. XVI.

8 CONTE, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milan, 2018, p. 129 ss.

contratos sustitutivos de medidas administrativas” (por ejemplo, acuerdos urbanísticos), en los “contratos alternativos a medidas judiciales” (por ejemplo, el laudo en un arbitraje no formal u otras formas de ADR) y en el “contrato-fuente de derecho” (por ej., contratos colectivos, códigos deontológicos)⁹.

Además, observando siempre la legislación más reciente, nuevas expresiones de la subsidiariedad horizontal pueden encontrarse por ejemplo en las “líneas guía” en materia de responsabilidad médica (dónde se asiste a una especie de delegación legislativa en favor de los médicos para dictar las reglas que establecer los standars de la conducta diligente).

Incluso entre los remedios que se debaten actualmente para adecuar los contratos de ejecución duradera a las contingencias sobrevenidas provocadas por la pandemia Covid-19 no faltan voces dirigidas a indicar la oportunidad de recurrir a la renegociación de los contratos no de forma obligatoria, impuesta de autoridad por la ley, sino de forma voluntaria, es decir, como opción elegida autónomamente por las partes, pero asistida e incentivada por intervenciones públicas, a través de formas de regulación conjunta entre el Estado y los particulares¹⁰.

Por último, la subsidiariedad parece inspirar incluso nuevas técnicas de regulación. Pensemos, por ejemplo, al principio de responsabilidad introducido en el RGPD, en el que el legislador europeo encuentra el sistema para superar incluso los límites territoriales de la ley renunciando a emanar las reglas pero designando un regulador encargado de adoptar las soluciones más adecuadas para la protección de los datos personales (el responsable del tratamiento), se encuentre dónde se encuentre¹¹.

9 MAISTO, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016.

10 Sobre este punto, puede encontrarse una referencia particular a la subsidiariedad en RABITTI, M. - MALVAGNA, U.: “Filiere produttive e COVID-19: tra rinegoziazione e co-regolazione”, *Nuovo dir. civ.*, 4/2020, p. 369 ss. (disponible en acceso abierto en www.nuovodirittocivile.it), quienes proponen una solución mediante un “impulso leve” e incentivos a la renegociación para resolver los problemas de los desequilibrios contractuales derivados de la pandemia en curso, evitando la intervención del legislador y adoptando la solución de “proporcionar una forma de corregulación, en la que las reglas sean establecidas por el mercado y compartidas por la autoridad, siguiendo el modelo del «círculo regulador»”. Es decir, se trata de un mecanismo ascendente que parte del impulso regulador del mercado e introduce normas en el sistema – o, al menos, directrices inmediatamente operativas – que luego, en su caso, pueden ser tomadas en consideración por el legislador y plasmadas en preceptos normativos. Pasando del plano teórico al práctico, la idea es que, en aplicación del principio de subsidiariedad, sea el mercado el que seleccione, con la ayuda de las Cámaras de Comercio y las Asociaciones Comerciales, las mejores prácticas – cláusulas de negociación que cumplan con el principio de corrección, buenas prácticas o prácticas comerciales justas – para compartirlas con la AGCM, que las transforma en puntos de referencia, mediante la predisposición, la difusión y la publicación de encuestas, o mediante la adopción de Vademécum o Directrices”.

11 Nos remitimos a CARLEO, R.: “Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione”, *Nuovo dir. civ.*, 1/2021, p. 359 ss. Este nuevo sistema resulta especialmente apreciado también por algunos filósofos que, para explicar eficazmente el fenómeno, recurren a la sugerente metáfora del pasaporte, que funciona como una “banda elástica” (en este sentido FLORIDI, L.: *Il verde e il blu. Idee ingenue per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2020, p. 28 s., quien elogia, en este punto, el método del GDPR (Reglamento General de Protección de Datos) “que, de forma ingeniosa, supera la desconexión post-westfaliana, explotando, en cambio, la soldadura ... entre identidad personal y datos, para justificar que,

La intuición del Maestro que en esta ocasión celebramos, ha sido, pues, muy provechosa y fecunda en sus distintos desarrollos, aún por definir, en relación a las aplicaciones del principio de subsidiariedad, a los que se dedican las siguientes reflexiones.

I. PLURALIDAD DE CONTEXTOS Y POLISEMIA DEL TÉRMINO “SUBSIDIARIEDAD”.

En el lenguaje jurídico, en una primera aproximación y en su acepción más amplia, el término “subsidiariedad”¹² se refiere a una relación entre lo principal y lo subordinado por la que el subordinado deberá ejercitar un poder o cumplir un deber sólo si el sujeto titular del poder o sobre el que grava el deber en vía principal, no pueda o no quiera llevarlo a cabo.

Este significado genérico viene especificado en los distintos contextos en los que se utiliza el término: así, por ejemplo, en el ámbito civil, el vocablo subsidiariedad se usa siempre para hacer referencia al orden según el cual, en caso de concurrencia de deudores, cada deudor tiene que realizar la prestación debida.

Se pueden ver, por ejemplo, los artículos 189 C.c. italiano (relativo a la posibilidad para los acreedores particulares o privativos de uno de los cónyuges de ejercitar una acción en vía subsidiaria contra los bienes de la comunidad); art. 190 C.c. relativo a la posibilidad de los acreedores de la sociedad conyugal de ejercitar una acción en vía subsidiaria contra los bienes privativos de uno de los cónyuges; así como la referencia que el art. 2160 C.c. hace a la responsabilidad subsidiaria del concedente del fundo en la aparcería y del aportante de los animales del contrato agrícola “soccida” (art. 2177 C.c.); al igual que la referencia contenida en el artículo 2776 C.c. italiano sobre la “ordenación subsidiaria” de algunos créditos respecto al precio de la venta forzosa de los inmuebles.

En este contexto, establecer que el patrimonio de un determinado sujeto debe ser “excluido” en vía subsidiaria respecto al de un segundo sujeto, significa que el acreedor deberá ir contra el patrimonio de este segundo sujeto y, solo en

allí donde se traten los datos de un ciudadano europeo, se aplique la ley europea”. Y continúa: “El GDPR vincula los datos a la fuente y no el derecho al territorio, un poco como la lógica del pasaporte, que no da derecho a expatriarse (por ejemplo, a veces incluso se necesita un visado) sino a repatriarse, ligando el portador a su nacionalidad, como una goma elástica”.

12 El término proviene del latín *subsidium*: ayuda, apoyo. Si partimos de la etimología para analizar este principio, se ha afirmado que éste se va desarrollando progresivamente en las sociedades modernas en diversos ámbitos sociales, incluidos (y no sólo) el jurídico (por ejemplo: político, filosófico, religioso, etc.). Nace como principio de organización social. En primer lugar, aparece como construcción teórica detallada y estructurada, que puede remontarse a la doctrina social de la Iglesia Católica, que promovió este principio, subrayando sobre todo el papel de la familia y de los “grupos de presión” en todos los sectores de la sociedad (para un análisis más completo, *vid. SGRECCIA, E.: Manuale di bioetica: aspetti medico-sociali*, Vita e Pensiero, Milan, 2002, p. 591 ss.).

caso de insuficiencia de éste, podrá dirigirse también contra el patrimonio del primer sujeto (que goza del denominado “beneficio de excusión”).

Esto diferencia la subsidiariedad de otras figuras afines, aunque diferentes, como la “solidaridad”, que representa siempre una situación de garantía para el acreedor, según la cual los deudores se encuentran situados al mismo nivel y todos está obligados a cumplir la prestación en su integridad.

En el ámbito penal, el término “subsidiariedad” indica, en cambio, la relación entre dos disposiciones que regulan diferentes grados o tipos de agresión al bien jurídicamente protegido, en virtud de la cual, ante la posibilidad de utilizar distintos instrumentos de tutela, como, por ejemplo, una sanción administrativa y una sanción penal, se reconoce al legislador el poder optar por una sola de las sanciones posibles, teniendo en cuenta que la sanción penal es la “solución extrema” a la agresión sufrida por el bien jurídico protegido y, como tal, sólo se establecerá cuando, en el juicio de valor que típicamente el legislador tiene que realizar, la sanción extra-penal no pueda cumplir la función disuasoria o represiva adecuada a la exigencia de protección del bien jurídico considerado¹³.

En este mismo sentido, en el ámbito de la ejecución penal, el término subsidiariedad indica que por lo que se refiere a la aplicación de la condena, la prisión constituye la *extrema ratio*, aplicable como tal sólo cuando, en relación a la gravedad del delito o a la personalidad del condenado, no haya otras medidas idóneas o penas alternativas.

En Derecho público, este mismo vocablo hace referencia, en cambio, al principio regulador de una organización social según el cual el ente de rango inferior (o sea, más cercano al ciudadano) debe desarrollar todas las tareas y funciones que pueda cumplir correctamente, sin verse obstaculizado por la actuación del ente o de la autoridad de nivel superior.

Estos tendrán no solo que abstenerse de intervenir (implicación negativa), sino también empeñarse a ofrecer un apoyo útil al ente subordinado, al que queda encomendada la gestión lo más autónoma posible dentro de sus competencias (implicación positiva).

La autoridad jerárquicamente superior y, en particular, el Estado, mantiene una competencia residual en relación a las materias que estime necesario, debiéndose retirar y dejar que actúen entidades más circunscritas (públicas o privadas) y más cercanas al individuo, allí dónde éstas puedan asegurar una gestión más eficiente de los distintos intereses en juego.

13 Entre otros, vid. GRASSO, G. - R. SICURELLA, R. (coord.): *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milan, 2007, p. 721 ss.; DONINI, M.: “Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 17 ss.

La relevancia de este principio se funda en la premisa según la cual las agrupaciones u organizaciones libres de personas conocen ciertas realidades periféricas mejor que las autoridades centrales de nivel más elevado. Desde hace tiempo se considera que, por lo que refiere a la administración pública, con la aplicación del principio de subsidiariedad (que trata las relaciones “verticales” entre los diversos niveles territoriales de poder), se mejoraría la lucha contra la ineficacia, el derroche, el asistencialismo y el excesivo centralismo burocrático.

En base a lo expuesto y con referencia a las relaciones entre la autoridad pública y los cuerpos intermedios, la Corte Constitucional, recientemente, ha considerado que si los “sujetos de las libertades sociales” se encuentran en condiciones de llevar a cabo una función social o de satisfacer necesidades privadas, si bien de interés general (como por ejemplo, la instrucción, la educación, la asistencia sanitaria, los servicios sociales, la información), el Estado no debe privar a estas “sociedades de orden inferior” de sus competencias, sino más bien, tiene que sostenerlas – incluso financieramente – y, como mucho, coordinar sus actuaciones con las de los otros cuerpos intermedios.

Los países de cultura anglosajona (principalmente Reino Unido y Estados Unidos) vienen mencionados a menudo como ejemplos de una sociedad en la que el principio de subsidiariedad tiene un valor fundamental. Este principio ya aparece recogido en la Constitución de los Estados Unidos, si bien únicamente por lo que se refiere a la relación entre el gobierno federal y los distintos Estados federales (subsidiariedad vertical), y no entre el Estado y los cuerpos intermedios (subsidiariedad horizontal).

En el ordenamiento europeo, el principio de subsidiariedad fue introducido en el artículo 5 del Tratado de Maastricht sobre la Constitución Europea de 1992¹⁴ (actualmente, con la reforma de los Tratados comunitarios que tuvo lugar en el 2007 por el Tratado de Lisboa, se encuentra regulado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea). En este principio está basados el ejercicio de las competencias por parte de la UE, así como el reparto de las mismas entre la Unión y los Estados miembros.

14 Este principio, en efecto, aparece recogido en el Preámbulo del Tratado: “Resueltos a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad”. Y también aparece expresamente recogido en el artículo 5 del Tratado de la CE, que hace referencia a la subsidiariedad como principio regulador de las relaciones entre Unión y Estados miembros. “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

En base al principio de subsidiariedad, en los ámbitos de competencia no exclusiva de la Unión, ésta interviene sólo si y en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser realizados adecuadamente por parte de los Estados miembros y pueden, en cambio, realizarse a nivel central de la UE. Con esta finalidad el principio de subsidiariedad se asocia al de “proporcionalidad”, en virtud del cual, el contenido y la forma de la acción de la UE “se limita a lo estrictamente necesario para conseguir los objetivos de los Tratados”.

En el Derecho europeo, por tanto, la subsidiariedad se configura como un principio dinámico, que permite ampliar las competencias de la UE cuando sea necesario y, al revés, restringirlas cuando no lo sea, sin atribuir a la UE competencias ulteriores¹⁵.

II. SUBSIDIARIEDAD VERTICAL Y HORIZONTAL.

En el Ordenamiento jurídico italiano, el término subsidiariedad ha entrado recientemente en la Constitución (junto a los principios de diferenciación y de adecuamiento) con la reforma del título V de la Parte II de la Constitución introducida con la Legge Costituzionale n. 3/2001¹⁶.

El artículo 118 de la Constitución italiana establece que “Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, salvo que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Áreas Metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuamiento”. El párrafo 4 de este artículo establece además que “El Estado, las Regiones, las Áreas Metropolitanas, las Provincias y Municipios favorecerán la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general, conforme al principio de subsidiariedad”¹⁷.

15 En relación al ejercicio del principio de subsidiariedad por parte de la UE y, en particular, al proceso de creación y armonización del Derecho privado europeo común en forma de “soft law” (es decir un derecho “opcional” contenido en un “tool box”, así como se calificaba antes al Draft Common Frame of Reference y después la actual Common European Sales Law (CESL)), precisamente el reconocimiento del principio de subsidiariedad en el artículo 5 del Tratado, que limita la legislación comunitaria únicamente a los objetivos que no pueden alcanzarse con la normativa interna, ha llevado a algunos importantes Estados de la Unión Europea (tales como Austria, Bélgica, Reino Unido y Alemania) a rechazar la propuesta de la CESL, por considerarla contraria al mencionado principio. En particular, las críticas del Reino Unido han sido expresadas claramente por HERTZELL, E. - MACQUEEN, H.: “The proposal for a Common European Sales Law: some fundamental questions – How should it function within the existing legal framework?”, 1º de marzo de 2012 (consultable en www.europarl.europa.eu).

16 A diferencia de lo que sucedió, hasta hace pocos años, en otras experiencias profundamente influidas por el federalismo (como U.S.A., Suiza, Alemania y UE), el principio de subsidiariedad, en Italia, no se ha considerado como un principio básico del ordenamiento. Es más, se consideraba incompatible con el modelo regional “pluralista” presente en la Constitución italiana. Efectivamente, antes de la introducción de este principio en el nuevo artículo 118 de la Constitución, se encontraba en vigor el denominado principio del paralelismo, en virtud del cual correspondían al Estado y a las Regiones las potestades administrativas en relación a las materias sobre las que ejercitaban la potestad legislativa.

17 El principio (además del párrafo 4 del artículo 118 de la Constitución Italiana, en la distinta acepción de subsidiariedad horizontal de la que hablamos) aparece nuevamente – en esta ocasión con referencia a los

Ya los primeros comentaristas habían subrayado que, en relación al tenor literal de las normas, el principio de subsidiariedad implicaba, en primer lugar, que las instituciones nacionales y supranacionales deberían crear las condiciones para que los particulares y las agrupaciones sociales (los denominados “cuerpos intermedios”) pue dan actuar libremente sin sustituirse a los mismos en el desarrollo de sus actividades. En segundo lugar, habían afirmado que la intervención pública debería caracterizarse por ser temporal y lo más próxima posible al ciudadano, reconociendo pero también que quedaba siempre un núcleo de funciones inderogables e inalienables (como la coordinación, el control y la garantía de los niveles mínimos de los derechos sociales, la equidad, etc.).

En base a todo lo indicado, se ha observado que el término subsidiariedad tiene, ya desde un punto de vista normativo, por lo menos dos significados:

A) subsidiariedad vertical: con el que se indica que la distribución jerárquica de las competencias debe dirigirse hacia los entes más próximos al ciudadano y, por tanto, más cercanos a las necesidades del territorio;

B) subsidiariedad horizontal: con el que se indica el principio organizativo en virtud del cual la competencia originaria y primaria (para la regulación de los intereses privados, aunque de relevancia general), corresponde a los sujetos particulares, ya se presenten de forma individual o asociados entre ellos¹⁸, mientras que el Estado, a través de sus distintas estructuras, podrá intervenir legítimamente sólo si la autorregulación de los sujetos particulares no resulta idónea para realizar una tutela equilibrada de todos los intereses en juego. Intervención que, en cualquier caso, será legítima sólo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y, por tanto, restrinja la competencia primaria de los particulares dentro de los límites estrictamente necesarios para la tutela del interés que no

poderes sustitutivos del Gobierno respecto a las Regiones y a los otros entes territoriales – también en el artículo 120, párrafo 2 (y en particular en el último párrafo), según el cual: “El Gobierno puede sustituirse a los órganos de las Regiones, de las Áreas Metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios en caso de una violación de las normas y Tratados internacionales o de la normativa comunitaria o también en caso de grave peligro para la integridad y la seguridad pública, o cuando lo requiera la protección de la unidad jurídica o la unidad económica y en particular la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales. La ley regula los procedimientos necesarios a garantizar que los poderes sustitutivos se ejerzan respetando el principio de subsidiariedad y del principio de colaboración leal”.

18 El principio de subsidiariedad, a nivel comunitario y nacional, ha sido analizado por muchos autores, entre otros, ver. ESTELLA, A.: *The EU Principle of subsidiarity and its critique*, O.u.p. Oxford, 2002; BROUGHTON, L.M.: *Subsidiarity and Proportionality in European Law*, Bepress, Berkeley, 2007; en la Doctrina italiana, ver, MASSA PINTO, I.: *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2003; STROZZI, G.: “Il principio di sussidiarietà nel futuro dell’interpretazione europea: un’incognita e molte aspettative”, *Jus*, Milan, 1994, p. 364 ss.; ALBANESE, A.: “Il principio di sussidiarietà orizzontale, autonomia sociale e compiti pubblici”, *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; DE FELICE, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2008; RESCIGNO, G.U.: “Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali”, *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; SALERNO, G.: *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’Unione Europea*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 13 ss. Por último, recogemos el interesante trabajo de BOCCHINI, F.: *Contributo allo studio del diritto sussidiario*, Aracne, Roma, 2013, en el que se analiza el problema del ámbito de operatividad del principio de subsidiariedad horizontal.

resulte protegido adecuadamente por aquellos en el ejercicio de su poder de autonomía¹⁹.

La subsidiariedad horizontal expresa, por tanto, un criterio de reparto de competencias entre los poderes públicos locales y los sujetos particulares, individuales y colectivos²⁰. La regla es que el ejercicio de las actividades de interés general corresponde a los particulares o a las formaciones sociales, mientras que la entidad pública local desarrolla un papel subsidiario de coordinación, control y promoción. Únicamente cuando las funciones asumidas y los objetivos prefijados puedan desarrollarse de forma más eficiente y eficaz por parte de los poderes públicos, éstos, entonces, tendrán también el poder de sustitución²¹.

III. SUBSIDIARIEDAD Y AUTONOMÍA PRIVADA.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional italiano, con las sentencias de 24 de febrero de 2003, núms. 300 y 301²², ha especificado ulteriormente el contenido operativo del principio de subsidiariedad afirmando que éste diseña un nuevo sistema de relaciones entre lo público y privado, atribuyendo relevancia de principio constitucional a un modelo organizativo en el que el desarrollo de la sociedad civil se realiza desde el respeto y la valorización de las fuerzas individuales, asegurando a los sujetos en los que se articula “la organización de las libertades sociales”, el derecho a interpretar las necesidades colectivas que

19 Sobre este aspecto, desde hace tiempo, v. CARETTI, P.: “Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell’ordinamento comunitario e dell’ordinamento nazionale”, *Quaderni Cost.*, 1993, p. 7 ss.

20 Un ejemplo particularmente significativo se encuentra en el difuso recurso a los “cometidos” con los que la Autoridad (y en particular la Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, pero también otras, como, últimamente, la Autorità Garante per le Comunicazioni, que ha añadido una regulación similar en las recientes modificaciones de la regulación de los procedimientos sancionadores) “orientan” los comportamientos de las empresas que, efectivamente comprometándose a tener en futuro comportamientos correctos o, por lo menos, calificados así por las Autoridades, logran evitar o reducir las sanciones por las reclamaciones formalmente recibidas.

Es cierto también que el fenómeno de la relevante expansión del número y de las funciones de las Autoridades administrativas independientes (vid. PREDIERI, A.: *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Florencia, 1997), que se ha hecho ambiguo por la naturaleza híbrida de las mismas, por la falta de representación democrática y por la interferencia con los poderes del Estado en los (numerosos y neurálgicos) sectores de competencia (IRTI, N.: *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, rist. 2003, p. 35 ss.), parece que se contraponen al principio de subsidiariedad, especialmente con la horizontal, y con la autonomía contractual, puesto que estas Autoridades constituyen un instrumento por medio del cual el Estado no solo regula, sino también interviene autoritariamente en el mercado.

21 Un ejemplo de estas dificultades puede verse en la reciente legislación que, modificando la regulación de las Cámaras de Comercio, en vez de implementar la concesión a los órganos periféricos de funciones públicas, parece por el contrario “centralizar” la gestión territorial y autónoma de actividades importantes, como, por ejemplo, la gestión del Registro Mercantil, sustrayéndosela a las Cámaras de Comercio (las cuales sin embargo representarían a nivel local un puente eficaz entre Estado y empresas) y atribuyéndola a la administración central del Estado (a través del Ministerio de Desarrollo Económico).

22 En estas sentencias, el Tribunal Constitucional estudió la naturaleza de las personas jurídicas de derecho privado de las fundaciones bancarias, declarando la inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley núm. 448/2001, limitada a algunos de los puntos en los que aparecía con más fuerza la sujeción al poder estatal (Tribunal Constitucional, sentencias de 24 de septiembre de 2003, núm. 300 y 301, en *Corr. Giur.*, 2003, 1567 ss. Para ampliar el estudio sobre esta cuestión, v. Nuzzo, M. (coord.): *Le fondazioni bancarie*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000.

emergen de la sociedad y de esforzarse directamente en su realización. Se deduce que el reparto fundamental de competencias entre el Estado, con las distintas estructuras en las que se articula, y las organizaciones que expresan las “libertades sociales” constitucionalmente garantizadas, se realiza del siguiente modo: al Estado corresponde el cumplimiento de los actos y de las actividades que tienden a la realización de los “bienes públicos”, tales como, por ejemplo, política exterior, defensa y fuerzas armadas, moneda, protección del ahorro, protección de la competencia, orden público y seguridad, etc.. A los entes que son expresión de las “libertades sociales”, entre los que se encuentran naturalmente las personas jurídico-privadas, corresponde, en cambio, la realización de los actos y de las actividades que tienden a la realización de los “bienes privados”, como la enseñanza, investigación científica, sanidad, beneficencia y asistencia a los sujetos débiles, protección y valorización del patrimonio cultural, etc.

El tenor literal del artículo 118, párrafo 4, de la Constitución Italiana, permite añadir a estos aspectos dos consideraciones adicionales: a) la atribución de competencias a la autonomía privada incluye tanto la actividad de los particulares como la de las organizaciones a las que éstos pertenecen; b) esta competencia conlleva una actividad de interés general.

Todo lo observado lleva a considerar necesario realizar algunas precisiones que no tienen sólo relevancia terminológica.

Hoy es opinión común considerar que forma parte de la competencia de los particulares, como ya ha sido descrita, el regular, en el ejercicio de su poder de autonomía, las materias en las que se encuentran involucrados intereses privados de carácter general, en el sentido indicado por la Corte Constitucional. Todo ello ha llevado a menudo a considerar que esta autonomía “normativa” que se manifiesta, por ejemplo, en los “códigos de conducta”, utilizados siempre con mayor frecuencia como fuentes reguladoras de sectores relevantes de la actividad de los particulares y de la contractual²³, constituyan momentos diferentes de un mismo fenómeno que estaría incluido en el nomen de autonomía privada.

En realidad, la referencia expresa a las actividades de interés general contenida en el artículo 118, párrafo 8, de la Constitución Italiana – que merece una atención particular²⁴ – parece situar estos poderes de autonomía en niveles o planos diferentes.

23 Con relación al tema de los Códigos de conducta de origen no estatal, es interesante el análisis realizado por GALGANO, F. - MARRELLA, F.: “Diritto e prassi del commercio internazionale”, en *Tratt. Galgano*, Cedam, Padova, 2010, p. 872 ss.

24 IRTI, N.: “Tramonto della sovranità e diffusione del potere”, *Dir. soc.*, 2009, p. 465 ss., y en *Id. Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 107 ss., en particular *vid.* p. 117, en donde el autor afirma en relación al artículo 118, párrafo 4 de la Constitución Italiana que: “es una norma a la que la doctrina deberá prestar atención, ya que confiere a la libertad de iniciativa y al ejercicio de las actividades privadas la protección del

La autonomía contractual del artículo 1322 c.c. italiano se expresa en el contrato y, por su propia esencia, se encuentra legitimada a regular las relaciones entre las partes del contrato, resultando ajena a la regulación de los intereses generales.

El poder de autorregulación atribuido a los particulares en las materias en las cuales se manifiesta su competencia originaria y primaria en virtud del principio de subsidiariedad, formulado en el artículo 118, párrafo 4 de la Constitución Italiana, tiene que ver, en cambio, con el poder de dictar reglas que, refiriéndose a intereses de relevancia general, producen efectos en relación a todos los portadores de esos intereses, a pesar de que éstos no hayan participado a la elaboración de estas reglas, como sucede, por ejemplo, en el caso de los códigos de conducta, los cuales, según la opinión dominante, producen efectos no solo para los sujetos pertenecientes a la categoría que aprobó el Código, sino también para todos los que con éstos se relacionan en las materias objeto de la autorregulación, siendo expresión “de la irrefenable transición de un derecho que se creaba en forma jerárquica a un derecho que está escrito y reescrito por sujetos diversos, legislador, juez, autoridades independientes, doctrina, particulares, entre los que a veces es difícil establecer quien manda y quien obedece”²⁵.

De este modo, la diferencia esencial entre estas dos hipótesis explica las diferencias que ya en un primer análisis parecen evidentes y, entre éstas, la razón del diverso modo de operar de la autonomía contractual, que produce efectos sólo entre las partes, y la autonomía “normativa”, que produce efectos también para terceros, precisamente por el principio de subsidiariedad. Se trata, en efecto, de figuras en las que se expresa siempre una libertad de los particulares pero según diferentes configuraciones jurídicas y con diferentes reglas, por lo que hay que considerarlas figuras distintas para poder entender correctamente el ámbito de desarrollo del principio de subsidiariedad²⁶.

IV. ALGUNAS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD HORIZONTAL EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA.

Entre los diversos ámbitos en los que puede desarrollarse el principio de subsidiariedad, en Italia, con frecuencia, viene aplicado en el ámbito del servicio sanitario nacional (donde clínicas privadas desarrollan en régimen de convenio, funciones de hospitales públicos con el reembolso integral de los costes).

“interés general”, interés, que no se considera inherente con los intereses privados, y por tanto exige una determinación específica. La protección de la libertad, y por tanto de los poderes relativos, aparece aquí en función del interés general”.

25 PUNZI, A.: *Prefazione*, en BENEDETTI, G.: *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. XVI.

26 Pero véase, en cambio, en el sentido de la coincidencia entre autonomía negociadora y subsidiariedad, la autorizada doctrina citada en la nota 5.

Otras aplicaciones, se pueden observar, por ejemplo, en el ámbito de la asistencia pública en caso de catástrofes, en las que se reconoce a las asociaciones privadas una libertad de intervención (sin contribuciones públicas), si bien bajo la coordinación de los servicios públicos de protección civil. En tales supuestos, sin embargo, la subsidiariedad se comporta más bien de un modo complementario, mientras que la intervención de la autonomía privada parece unirse más bien a la acción del Estado.

Más específicos, aunque, a veces, aparentemente menos evidentes, son los ámbitos de manifestación del principio en su acepción "horizontal": fundaciones bancarias, contratos de redes de empresas, patrimonios autónomos destinados a una finalidad determinada, instrumentos alternativos de resolución de conflictos (ADR), etc. Este elenco, por otra parte, solo ejemplificativo y, por tanto, incompleto, pone de manifiesto que el principio atraviesa enteramente el sistema jurídico privado, el cual, aun faltando puntuales intervenciones legislativas, debe ser igualmente revisado a la luz del principio de subsidiariedad.

Emblemático es el caso de las nuevas reglas sobre la crisis de las empresas, objeto de recientes y repetidas intervenciones legislativas desde el 2005.

En un primer momento, el legislador se limitó a confiar a la autonomía de los privados una materia que antes había sido sustraída a la competencia de éstos. Después, con las sucesivas modificaciones legislativas de 2007 y de 2010, ha previsto instrumentos idóneos a dar estabilidad a los efectos del acuerdo (piénsese en la exención de la acción revocatoria del artículo 67, párrafo 3, letra e) Ley Concursal italiana o "Legge Fallimentare") así como instrumentos dirigidos a facilitar a las partes adherentes el acuerdo de reestructuración (piénsese en la prohibición de empezar y proseguir acciones cautelares y ejecutivas sobre el patrimonio del deudor y en la prededucción de los créditos derivados de la financiación efectuada por la banca y los intermediarios financieros en ejecución de un acuerdo de reestructuración homologado, como también de la efectuada por los socios)²⁷.

El objetivo hacia el que se dirige el legislador, con el impulso comunitario²⁸, parece ser el de realizar una síntesis de los intereses de carácter público que se encuentran a la base de la normativa examinada (en este sentido, por ejemplo, la calificación de la insolvencia del deudor no comerciante que puede tener efectos en la economía nacional) y de los intereses de carácter privado de los diversos

27 Así, *vid.* TUCCILLO, R.: "Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi", en *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, *cit.*, vol. II, p.521.

28 Véase la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE, en el que se considera expresamente que las recomendaciones deben respetar los derechos fundamentales y el principio de subsidiariedad.

protagonistas de la situación concreta, reconociendo a estos últimos la posibilidad de definir un acuerdo dirigido a superar la crisis, aunque siempre bajo la vigilancia activa del juez.

Incluso en presencia de una pluralidad de intereses diferentes, todos merecedores de protección y tutela, como es el interés del acreedor a la mejor y más rápida satisfacción de sus propios créditos, el interés del deudor a utilizar instrumentos eficientes para superar la crisis y no tener que soportar mayores cargas que las estrictamente necesarias para la satisfacción de los intereses de los acreedores en la cantidad y según la modalidad aceptadas por los mismos, el interés objetivo del mercado y de los trabajadores a la continuidad de la actividad de la empresa saneada.

El Estado, mediante el principio de subsidiariedad horizontal, reconoce el poder de autorregulación de los particulares en la gestión de la crisis de la empresa (y también del sobreendeudamiento del deudor no comerciante).

Ya sea desde el punto de vista de la elección del mecanismo más idóneo para realizar una composición eficiente de los intereses en juego, ya sea desde la perspectiva de la valoración de la conveniencia del instrumento elegido, confiando al deudor que formula la propuesta y a los acreedores que deciden si adherir a ésta, la composición de los diversos intereses en juego, incluidos todos aquellos que, como hemos visto, no se refieren directamente a ellos, y, al mismo tiempo, reservando al Juez, por una parte, la función de control formal de la legalidad del procedimiento de decisión, privándolo de la posibilidad de realizar un juicio de fondo y, por otra parte, como reconoce la jurisprudencia, el control de la coherencia entre el acto resultante del ejercicio del poder de autorregulación de las partes y la finalidad por la cual aquel poder se le ha atribuido, es decir, un control que determine la ineficacia del acuerdo que comporte un abuso de aquel poder.

El principio de subsidiariedad horizontal en especial conlleva: a) una atribución a los particulares del poder de regular en vía primaria los intereses privados, incluso aquellos que tienen una relevancia general para la colectividad, identificada en este caso en relación a todos los intereses implicados en la situación de crisis de la empresa (a la que especialmente se refieren: el interés del deudor de liberarse de un modo eficiente de las deudas, el interés de los acreedores en lograr la mejor satisfacción de sus créditos, el interés de los trabajadores y el interés objetivo del mercado en la continuidad de la empresa rescatada); b) el poder del Juez de controlar que la combinación de todos los intereses en juego se realice de un modo razonable y proporcional, usando correctamente el procedimiento elegido, evitando que se incurra en un abuso del poder de autorregulación, es decir, en un uso distorsionado del instrumento elegido para la composición de la

crisis y que podría conllevar la atribución a cada uno de los intereses mencionados una ventaja no coherente con la finalidad para el que ese poder se atribuye a los particulares.

V. LA EFICACIA CONFORMADORA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

El principio de subsidiariedad, así entendido, se convierte de alguna manera en una “lente” a través de la cual se analizan las normativas de derecho privado, ya sea interpretándolas en base a cómo son, ya sea conformándolas en base a cómo deberán ser.

En este sentido, el principio de subsidiariedad podrá entenderse según dos significados contiguos y complementarios: por una parte, como criterio de interpretación²⁹ de las normas, cualquiera que sea su fuente, pública o privada, y, por otra parte, criterio de producción³⁰ de aquellas normas.

En el primer significado, la subsidiariedad pone el canon hermenéutico, por el que se debe atribuir preferencia a la fuente más próxima a los intereses regulados.

En su segundo significado, la subsidiariedad constituye el poder de autorregulación de los particulares en materia de intereses privados con carácter general, en el sentido de fuente de producción normativa de la autonomía privada, según el sentido expuesto en los párrafos anteriores. Actuando, por tanto, al mismo tiempo como criterio de distribución de competencias entre lo público y lo privado y como parámetro de referencia para la interpretación de las normas así establecidas.

En este sentido, la jurisprudencia más reciente, ha puesto de manifiesto un aspecto distinto del principio de subsidiariedad que incide no solo en el reparto de las competencias entre poder normativo del ordenamiento y poder de autorregulación de los particulares (también éste con eficacia normativa en el sentido anteriormente indicado), sino también en el reparto de las competencias entre legislación y jurisdicción.

En este ámbito, efectivamente, el principio de subsidiariedad, entendido como reconocimiento del poder de regular las concretas relaciones existentes, conlleva una ampliación del poder del juez que no se limita a determinar y declarar la norma legal aplicable al caso concreto, sino que se hace partícipe del proceso de producción del derecho aplicable en concreto.

29 DEL PRATO, E.: “Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti”, *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., y en *Studi in onore di N. Lipari*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 771 ss.

30 DE FELICE, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, cit., p. 10 ss.

Según una doctrina ya constante en el Tribunal Supremo italiano, hay que entender superado el tradicional reparto de competencias que asignaba a la legislación el poder exclusivo de individuar y determinar las situaciones jurídicamente relevantes, realizar la ponderación de los intereses implicados, establecer la regla de esta ponderación, indicar el interés que merece protección y, finalmente, establecer y acordar la forma técnica para su protección.

En este sentido se sostiene, en efecto, que se ha establecido un reparto diferente de competencias. Al legislador corresponde, exclusivamente, establecer cuáles son los intereses jurídicamente relevantes y al Juez, en cambio, corresponde efectuar la composición de estos intereses en relación al caso concreto sometido a su juicio y determinar el remedio más coherente con la mejor protección del interés considerado, en concreto, prevalente, favoreciendo, así, de acuerdo con las exigencias de una realidad cada vez más compleja, globalizada y que cambia siempre más rápidamente, la capacidad diversificada y elástica de las decisiones judiciales que permita ofrecer la respuesta más adecuada para cada caso concreto.

Este cambio de perspectiva que amplía el papel de la jurisdicción en relación al control de la autonomía privada³¹ y a la determinación de los “remedios” más eficaces para solucionar el caso concreto, que se ejerce a menudo recurriendo a las cláusulas generales, aplicando especialmente la figura del abuso del derecho³², al igual que los principios constitucionales³³, pone de manifiesto, no obstante, también la otra cara de la moneda, introduciendo un nuevo significado (o quizás,

-
- 31 Similares poderes por parte del Juez para controlar los actos de autonomía privada constituyen una drástica diferencia de nuestro sistema con los ordenamientos de common Law en los que rige, por el contrario, el principio de la “sanctity of contract”, por el que es inconcebible la injerencia de un tercero (o el Juez) en la regulación concordada por las partes. Hay que añadir, además, que en esos ordenamientos – como ya se ha puesto de manifiesto – aunque esté bien consolidado el principio de subsidiariedad vertical, no se contempla en cambio el de subsidiariedad horizontal.
- 32 Dejando de lado la abundante jurisprudencia en materia tributaria, en ámbito civil, entre las principales sentencias en tema de abuso de derecho, recordamos: in materia de desistimiento ad nutum, Cass., 18 de septiembre de 2009, n. 20106 (en *Foro it.*, 2010, c. 85 ss., comentada por PALMIERI, A. - PARDOLESI, R.: “Della serie “a volte ritornano”. L’abuso del diritto alla riscossa”); en materia de fraccionamiento del crédito en varias demandas judiciales de ejecución, Cass., 20 de noviembre de 2009, n. 24539 (en *Giur. it.*, 2010, p. 1875 ss., comentada por A. Ronco), y también Cass., 15 de noviembre de 2007, n. 23726 (en *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 347 ss., comentada por DONATI, A. “Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito”); en materia de arrendamiento, Cass., 31 de mayo de 2010, núm. 13208 (en *Giur. it.*, 2011, p. 794 ss., comentado por RESCIGNO, P.: “Un nuovo caso di abuso del diritto”, *Obbl. Contr.*, 2011, p. 263 ss., comentada por TRUBIANI, F.: “Un’ipotesi di utilizzo “scorretto” della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?”).
- 33 V., Corte Constitucional, ord. 2, 2 de abril de 2014, n. 77 (en *Contratti*, 2014, p. 927 ss., comentada por D’AMICO, G.: “Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva””) (v. ord. de 24 de octubre de 2013, núm. 248, en *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss., comentada por ASTONE, F.: “In tema di riducibilità della caparra manifestamente eccessiva”), en la que reconoce al Juez “posibles márgenes de intervención (...) frente a una cláusula contractual que refleja (...) una regulación de los intereses opuestos no equitativos y gravemente desequilibrados en perjuicio de una parte. En virtud de la invocación *ex officio* de la nulidad (total o parcial) ex artículo 1418 del Código Civil, de la cláusula, en contraste con el artículo 2 de la Constitución (sobre el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad), que se inserta directamente en el contrato, combinado con el canon de la buena fe, atribuyéndole *vis* normativa, “implicando de esta forma a la relación obligatoria también en la tutela del interés del socio en la medida en que no contravenga los intereses propios del obligado” (Cass., núm. 10511 del 1999; y antes núm. 3775 del 1994 y también en Cass., Sez. unite núm. 18128 del 2005 y núm. 20106 del 2009).

un declive) de la “certeza del derecho”³⁴ y llevando a sus últimas consecuencias la “crisis de la hipótesis de hecho de la norma”³⁵.

Esa “competencia normativa restringida” otorgada a los particulares, o ese “ordenamiento autónomo de los particulares” que el Maestro ya había deducido hace casi medio siglo de la “afirmación de que el acto de negociación es constitutivo de normas”, de la que hemos partido, hoy se ha extendido ampliamente, hasta el punto de dar lugar a una revolución en el sistema de fuentes y un nuevo reparto de competencias entre legislación y jurisdicción.

34 La idea de que las decisiones jurisprudenciales uniformes puedan asegurar la certeza del derecho a largo plazo en lugar de la legislación, que, a causa de su continua, incontrolada y desordenada proliferación, sólo puede garantizar una efímera certeza a corto plazo, puede encontrarse y analizarse en LEONI, B.: *La libertà e la legge*, (orig. “Freedom and the Law”, 1961) con la introducción de R. Cubeddu, Liberi-Libri, Macerata, 1994, trad. M.C. Pievatolo, p. 10 ss. También puede verse en CARLEO R. - D’ALESSANDRO, L.: “Bruno Leoni: o dello scambio come fondamento del diritto”, en IRTI, N. (coord.): *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Pádova, 1999, p. 41 ss.

35 IRTI, N.: “La crisi della fattispecie”, *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; Id.: *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, *passim*; Id.: *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, *passim*.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, A.: "Il principio di sussidiarietà orizzontale, autonomia sociale e compiti pubblici", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 51 ss.

ASTONE, F.: "In tema di riducibilità della caparra manifestamente eccessiva", *Giur. cost.*, 2013, p. 3767 ss.

BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Jovene, Nápoles, 1977.

BOCCHINI, F.: *Contributo allo studio del diritto sussidiario*, Aracne, Roma, 2013.

BROUGHTON, L.M.: *Subsidiarity and Proportionality in European Law*, Bepress, Berkeley, 2007.

CARETTI, P.: "Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale", *Quaderni Cost.*, 1993, p. 7 ss.

CARLEO R. - D'ALESSANDRO, L.: "Bruno Leoni: o dello scambio come fondamento del diritto", en IRTI, N. (coord.): *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Cedam, Pádova, 1999, p. 41 ss.

CARLEO, R.: "Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione", *Nuovo dir. civ.*, 1/2021, p. 359

CONTE, G.: *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milan, 2018, p. 129 ss.

D'AMICO, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"", *Contratti*, 2014, p. 927 ss.

DE FELICE, D.: *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2008.

DEL PRATO, E.: "Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti", *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss.

DEL PRATO, E.: "Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti", en *Studi in onore di N. Lipari*, Giuffrè, Milan, 2008, p. 771 ss.

DONATI, A.: "Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito", *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 347 ss.

DONINI, M.: "Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 17 ss.

ESTELLA, A.: *The EU Principle of subsidiarity and its critique*, O.u.p. Oxford, 2002.

FLORIDI, L.: *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2020, p. 28 s.

GALGANO, F. - MARRELLA, F.: "Diritto e prassi del commercio internazionale", in *Tratt. Galgano*, Cedam, Padova, 2010, p. 872 ss.

GRASSO, G. - R. SICURELLA, R. (coord.): *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milan, 2007, p. 721 ss.

HERTZELL, E. - MACQUEEN, H.: *The proposal for a Common European Sales Law: some fundamental questions – How should it function within the existing legal framework?*, Audizione del Parlamento Europeo, Commissione per gli affari giuridici, 1° marzo 2012, consultabile in www.europarl.europa.eu.

IMBRENDA, M.: *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016, p. 56.

IRTI, N.: "La crisi della fattispecie", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.

IRTI, N.: "Tramonto della sovranità e diffusione del potere", *Dir. soc.*, 2009, p. 465 ss.

IRTI, N.: *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, *passim*.

IRTI, N.: *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, *passim*.

IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, rist. 2003, p. 35 ss.

LEONI, B.: *La libertà e la legge*, (orig. "Freedom and the Law", 1961) Liberi-Libri, Macerata, 1994, trad. M.C. Pievatolo, p. 10 ss.

MAISTO, F.: *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2016.

MASSA PINTO, I.: *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Jovene, Nápoles, 2003.

NUZZO, M. (coord.): *Le fondazioni bancarie*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000.

NUZZO, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I y II, Giappichelli, Turín, 2014.

PALMIERI, A. - PARDOLESI, R.: "Della serie "a volte ritornano". L'abuso del diritto alla riscossa", *Foro it.*, 2010, c. 85 ss.

PERLINGIERI, P.: "Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti", IV ed., IV, *Attività e responsabilità*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2020, p. 44 ss.

PERLINGIERI, P.: "La sussidiarietà nel diritto privato", *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2016, p. 688.

PREDIERI, A.: *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Florenca, 1997.

PUNZI, A.: "Prefazione", en G. BENEDETTI, *Oggettività essenziale dell'interpretazione*, Giappichelli, Turín, 2014, p. XVI.

RABITTI, M. - MALVAGNA, U.: "Filiere produttive e COVID-19: tra rinegoziazione e corregolazione", *Nuovo dir. civ.*, 4/2020, p. 369 ss.

RESCIGNO, G.U.: "Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali", *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 5 ss.

RESCIGNO, P.: "Un nuovo caso di abuso del diritto", *Obbl. Contr.*, 2011, p. 263 ss.

SALERNO, G.: *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione Europea*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 13 ss.

SGRECCIA, E.: *Manuale di bioetica: aspetti medico-sociali*, Vita e Pensiero, Milán, 2002, p. 591 ss.

STROZZI, G.: "Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'interpretazione europea: un'incognita e molte aspettative", *Jus*, Milán, 1994, p. 364 ss.

TRUBIANI, F.: "Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?", *Obbl. Contr.*, 2011, p. 263 ss.

TUCCILLO, R.: "Accordi di ristrutturazione: elementi costitutivi, funzione e rimedi", en NUZZO, M. (coord.): *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. II, Giappichelli, Turín, 2014.

